



UNIVERSITAT DE
BARCELONA

El Control de Convencionalidad según la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su difícil articulación con la noción de Estado Constitucional de Derecho

Juan Alonso Tello Mendoza

ADVERTIMENT. La consulta d'aquesta tesi queda condicionada a l'acceptació de les següents condicions d'ús: La difusió d'aquesta tesi per mitjà del servei TDX (www.tdx.cat) i a través del Dipòsit Digital de la UB (diposit.ub.edu) ha estat autoritzada pels titulars dels drets de propietat intel·lectual únicament per a usos privats emmarcats en activitats d'investigació i docència. No s'autoritza la seva reproducció amb finalitats de lucre ni la seva difusió i posada a disposició des d'un lloc aliè al servei TDX ni al Dipòsit Digital de la UB. No s'autoritza la presentació del seu contingut en una finestra o marc aliè a TDX o al Dipòsit Digital de la UB (framing). Aquesta reserva de drets afecta tant al resum de presentació de la tesi com als seus continguts. En la utilització o cita de parts de la tesi és obligat indicar el nom de la persona autora.

ADVERTENCIA. La consulta de esta tesis queda condicionada a la aceptación de las siguientes condiciones de uso: La difusión de esta tesis por medio del servicio TDR (www.tdx.cat) y a través del Repositorio Digital de la UB (diposit.ub.edu) ha sido autorizada por los titulares de los derechos de propiedad intelectual únicamente para usos privados enmarcados en actividades de investigación y docencia. No se autoriza su reproducción con finalidades de lucro ni su difusión y puesta a disposición desde un sitio ajeno al servicio TDR o al Repositorio Digital de la UB. No se autoriza la presentación de su contenido en una ventana o marco ajeno a TDR o al Repositorio Digital de la UB (framing). Esta reserva de derechos afecta tanto al resumen de presentación de la tesis como a sus contenidos. En la utilización o cita de partes de la tesis es obligado indicar el nombre de la persona autora.

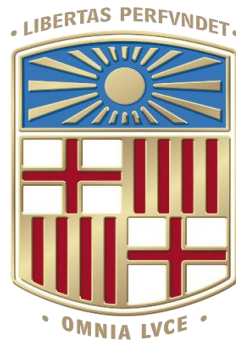
WARNING. On having consulted this thesis you're accepting the following use conditions: Spreading this thesis by the TDX (www.tdx.cat) service and by the UB Digital Repository (diposit.ub.edu) has been authorized by the titular of the intellectual property rights only for private uses placed in investigation and teaching activities. Reproduction with lucrative aims is not authorized nor its spreading and availability from a site foreign to the TDX service or to the UB Digital Repository. Introducing its content in a window or frame foreign to the TDX service or to the UB Digital Repository is not authorized (framing). Those rights affect to the presentation summary of the thesis as well as to its contents. In the using or citation of parts of the thesis it's obliged to indicate the name of the author.

UNIVERSIDAD DE BARCELONA

Facultad de Derecho

PROGRAMA OFICIAL DE DOCTORADO EN DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

Línea de investigación: Derecho Constitucional



**EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD SEGÚN LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS
HUMANOS Y SU DIFÍCIL ARTICULACIÓN CON LA NOCIÓN DE ESTADO CONSTITUCIONAL DE
DERECHO**

Autor:

TELLO MENDOZA, JUAN ALONSO

Directores:

CASTELLÀ ANDREU, JOSEP M^a

GÓMEZ MONTORO, ÁNGEL JOSÉ

Tutora:

MARTÍN NÚÑEZ, ESTHER

Barcelona - 2021

Resumen

El control de convencionalidad es una doctrina creada por la Corte IDH en 2006. Desde entonces, la ha ido desarrollando hasta llegar a una noción que podríamos resumir así: La Corte IDH y toda autoridad estatal (*operadores*) tienen el deber *ex officio* de realizar un control entre, de una parte, los tratados regionales de derechos humanos y las exégesis interamericanas (*canon*), y, de otra, todo el ordenamiento interno sin excepción, esto es, también la Constitución y las normas refrendadas por la ciudadanía (*objeto*), de modo tal que, de haber incompatibilidad, prevalezca el estándar interamericano y, con ello, se evite la declaración de responsabilidad internacional. La reacción ha sido diversa tanto en la academia como en los altos tribunales nacionales de la región. La presente investigación tiene cuatro propósitos. El primero consiste en probar cuál es el *statu quo* conceptual de la doctrina del control de convencionalidad según los propios pronunciamientos de la Corte IDH (Capítulo 1). El segundo apunta a analizar críticamente si esta figura goza de sólida y suficiente fundamentación jurídica, desde las fuentes del Derecho Internacional Público (Capítulo 2). El tercero reside en aproximarnos a las respuestas dadas por diez Estados, aprovechando para ello su experiencia normativa y judicial (Capítulo 3). Finalmente, el cuarto radica en valorar críticamente las implicancias que supone dicha figura, a partir de las categorías de comprensión del Estado Constitucional de Derecho (Capítulo 4). En suma, este esfuerzo pretende demostrar por qué la doctrina del control de convencionalidad, tal y como es entendida por la Corte IDH, debe ser rechazada o, al menos modulada, toda vez que no cuenta con suficiente y consistente fundamentación jurídica en el Derecho Internacional y pone en riesgo los principios en los que se basa el Estado Constitucional de Derecho. En última instancia, por qué su modulación o incorporación plena, requieren de una previa aceptación estatal, cuando no de un nuevo pacto regional.

Resum

El control de convencionalitat és una doctrina creada per la Cort IDH en 2006. Des de llavors, s'ha anat desenvolupant fins arribar a una noció que es pot resumir d'aquesta manera: La Cort IDH i tota autoritat estatal (*operadors*) tenen el deure *ex officio* de realitzar un control entre, per una banda, els tractats regionals de drets humans i les exegesis interamericanas (*canon*), i, d'altra banda, tot l'ordenament intern sense excepció, això és, també la Constitució i les normes ratificades per la ciutadania (*objecte*), de tal forma que, d'haver-hi incompatibilitat, prevalgui l'estàndard interamericà i, amb això, s'eviti la declaració de responsabilitat internacional. La reacció ha sigut diversa tant en la acadèmia com en els alts tribunals nacionals de la regió. La present investigació té quatre propòsits. El primer consisteix en provar quin és el *status quo* conceptual de la doctrina del control de convencionalitat segons els propis pronunciaments de la Cort IDH (Capítol 1). El segon apunta a analitzar críticament si aquesta figura té una fonamentació jurídica sòlida y suficient, des de les fonts del Dret Internacional Públic (Capítol 2). El tercer s'aproxima a les respostes donades per deu estats, aprofitant per això la seva experiència normativa i judicial (Capítol 3). Finalment, el quart radica en valorar críticament les implicacions que suposa aquesta figura, a partir de les categories de comprensió de l'Estat Constitucional de Dret (Capítol 4). En definitiva, aquest esforç pretén demostrar per què la doctrina del control de convencionalitat, tal i com és entesa per la Cort IDH, ha de ser rebutjada o, al menys modulada, en la mesura en que no té una fonamentació jurídica consistent ni suficient en el Dret Internacional i posa en risc els principis en els que es basa l'Estat Constitucional de Dret. En última instància, per què la seva modulació o incorporació plena, requereixen d'una prèvia acceptació estatal, quan no d'un nou pacte regional.

Summary

Conventionality control is a doctrine created by the IACtHR in 2006. Since then, it has been developed until reaching a notion that could be summarized as follows: The IACtHR and all state authorities (*operators*) have the duty *ex officio* to carry out a control between, on the one hand, regional human rights treaties and inter-American exegesis (*canon*), and, on the other hand, the entire domestic legal system without exception, that is, also the Constitution and the norms endorsed by the citizenry (*object*), so that, if there is inconsistency, the inter-American standard prevails and, thus, the declaration of international responsibility is avoided. The reaction has been diverse both among scholars and in the high national courts of the region. The present research has four purposes. The first is to test the conceptual *status quo* of the doctrine of conventionality control according to the IACtHR's pronouncements (Chapter 1). The second aims to critically analyze whether this figure enjoys a solid and sufficient legal basis from the sources of Public International Law (Chapter 2). The third is to examine the responses given by ten States, taking advantage of their normative and judicial experience (Chapter 3). Finally, the fourth lies in critically assess the implications of this figure, based on the categories of understanding of the Constitutional Rule of Law (Chapter 4). In short, this effort seeks to demonstrate why the doctrine of conventionality control, as understood by the IACtHR, should be rejected or at least modified, since it does not have a sufficient and consistent legal basis in international law and jeopardizes the principles on which the Constitutional Rule of Law is based. Ultimately, why its modulation or full incorporation requires prior state acceptance, if not a new regional pact.

A Olguita, mi esposa, por sus sacrificios para contribuir con este cometido. A Fátima, nuestra bebé, por renovar y elevar el sentido de este propósito.

ÍNDICE

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	11
PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	11
PREGUNTAS PARA LA INVESTIGACIÓN	14
HIPÓTESIS DE TRABAJO.....	16
OBJETIVOS Y METODOLOGÍA	17
CAPÍTULO 1: LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y LA DOCTRINA DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD	22
1.1. LA CORTE INTERAMERICANA: ASPECTOS GENERALES.....	22
<i>1.1.1. Recuento histórico de su establecimiento.....</i>	<i>23</i>
<i>1.1.2. Competencia contenciosa y competencia consultiva.....</i>	<i>25</i>
1.2. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD SEGÚN LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS	27
<i>1.2.1. Antecedentes</i>	<i>28</i>
<i>1.2.2. Desarrollo histórico</i>	<i>33</i>
1.2.2.1. La evolución en las sentencias y opiniones consultivas	34
1.2.2.2. El reflejo en los Informes Anuales entregados a la OEA	46
<i>1.2.3. Definición y ámbitos de estudio.....</i>	<i>53</i>
1.2.3.1. El <i>canon</i> del control de convencionalidad	56
1.2.3.2. El <i>objeto</i> del control convencional	57
1.2.3.3. Los <i>operadores</i> del control convencionalidad	58
<i>1.2.4. Fundamentación teórica.....</i>	<i>62</i>
<i>1.2.5. Comprensión de sus implicancias</i>	<i>68</i>

CAPÍTULO 2: UNA APROXIMACIÓN CRÍTICA AL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD DESDE EL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO	77
2.1. LAS FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO.....	78
2.2. LOS TRATADOS O CONVENIOS INTERNACIONALES	80
2.2.1. <i>Análisis de los artículos 1.1 y 2 de la CADH</i>	84
2.2.2. <i>Análisis de los artículos 67 y 68.1 de la CADH</i>	94
2.2.3. <i>Análisis de los artículos 25.1 y 29.b de la CADH</i>	99
2.2.3.1. Sobre el artículo 25.1 de la CADH	100
2.2.3.2. Sobre el artículo 29 de la CADH	101
2.2.4. <i>Análisis del artículo 62.3 de la CADH</i>	112
2.3. LA COSTUMBRE INTERNACIONAL	123
2.3.1. <i>Sobre la costumbre internacional ‘en configuración’</i>	124
2.3.2. <i>Sobre la ‘aceptación’ de los altos tribunales internos y la realidad en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos</i>	131
2.4. PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO	143
2.4.1. <i>Sobre el pacta sunt servanda y el effet utile</i>	144
2.4.1.1. Un <i>pacta sunt servanda</i> dilatado y una subsidiariedad reducida	146
2.4.1.2. El <i>effet utile</i> , el deber de prevención y la economía procesal	152
2.4.2. <i>Sobre la supremacía del derecho internacional</i>	158
2.5. DECISIONES JUDICIALES Y DOCTRINA DE LOS IUSPUBLICISTAS	165
2.6. ACTOS UNILATERALES DE LOS ESTADOS Y ACTOS DE LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES.....	171
CAPÍTULO 3: PANORÁMICA DEL STATU QUO EN ALGUNOS ESTADOS AMERICANOS...	178

4.2.1.3. El control de constitucionalidad a la luz del control de convencionalidad	303
4.2.2. <i>La división de poderes</i>	312
4.2.2.1. Aproximación histórico-conceptual.....	313
4.2.2.2. El caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica	314
4.2.2.3. ¿Una re-unificación de poderes?	323
4.2.3. <i>El reconocimiento y eficacia de los derechos fundamentales</i>	332
4.2.3.1. Aproximación histórico-conceptual.....	332
4.2.3.2. El dilema del principio <i>pro homine</i>	336
4.2.3.3. Desafíos del principio <i>pro homine</i>	344
4.3. ESTADO CONVENCIONAL DE DERECHO VS. DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL	357
4.3.1. <i>Un cambio de paradigma en construcción</i>	357
4.3.1.1. Equiparación entre la eficacia del tratado y las exégesis de la Corte IDH	358
4.3.1.2. Una supremacía internacional y un posible gobierno de jueces interamericanos.....	359
4.3.1.3. ¿Estado Convencional, supra-constitución y Tribunal Constitucional interamericano?.....	361
4.3.2. <i>Disonancias con la democracia constitucional de un Estado de Derecho</i>	365
4.3.2.1. El margen nacional de apreciación de los Estados	373
4.3.2.2. Revalorizar la democracia constitucional.....	388
4.3.2.3. Reflexión final	407
CONCLUSIONES GENERALES	414
ANEXOS	426
ANEXO I – SENTENCIAS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS QUE ENUNCIAN LA DOCTRINA DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD	426

ANEXO II – OPINIONES CONSULTIVAS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS QUE ENUNCIAN LA DOCTRINA DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD	435
BIBLIOGRAFÍA	438
OBRAS.....	438
PÁGINAS WEB	489
CONFERENCIAS, SEMINARIOS Y OTROS EVENTOS ACADÉMICOS	490
INSTRUMENTOS INTERNACIONALES	493
CONSTITUCIONES Y LEGISLACIÓN COMPARADA.....	494
PRONUNCIAMIENTOS INTERNACIONALES	497

INTRODUCCIÓN

La presente investigación, en el marco de un doctorado en Derecho Constitucional, se encuentra dirigida a examinar la *doctrina del control de convencionalidad y su complicada articulación con la noción del Estado Constitucional de Derecho*. Dicha doctrina creada oficialmente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹ (también, la Corte IDH) en 2006, ha suscitado una interesante discusión académica y jurisprudencial en la región latinoamericana. Ello pues, entre otras cuestiones, establece una nueva forma de articular la relación entre, de una parte, este órgano judicial y el ordenamiento internacional público, y, de otra, los Estados y el ordenamiento interno.

En orden a explicar cómo hemos estructurado nuestra indagación, evidenciaremos el **problema jurídico** sobre el que trata nuestro quehacer. Tras ello, formularemos las **preguntas de investigación** que han guiado nuestro recorrido y brindaremos nuestra **hipótesis inicial**. Por último, indicaremos los **objetivos** procurados y la **metodología** empleada para su consecución.

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Mediante la doctrina del control de convencionalidad, creada a partir de 2006 (*Almonacid Arellano y otros vs. Chile*²), la Corte IDH ha sentado explícitamente clara

¹ Órgano judicial del Sistema Interamericano de Derechos Humanos con arreglo a los artículos 33 y 52 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (adoptada por la Organización de Estados Americanos el 22 de noviembre de 1969 y en vigor desde el 18 de julio de 1978). Tiene sede en San José de Costa Rica y está compuesto por 7 magistrados propuestos por los Estados Parte.

² Cf. Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr. 124.

postura sobre su rol –una especie de tribunal constitucional latinoamericano en materia de derechos humanos³–, el papel de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (también CADH) –una especie de constitución supranacional⁴–, el valor jurídico de sus exégesis –vinculantes⁵ y de efectos *erga omnes*⁶– frente a todos aquellos Estados que han reconocido su competencia, aunque no hayan sido parte de un proceso litigioso⁷, y, la posición de supremacía⁸ y efectos directos⁹ del derecho internacional de cara al ordenamiento constitucional.

Así, ni las particularidades locales ni las previsiones constitucionales domésticas –quizás más protectoras– podrían alegarse en favor de un margen de apreciación o del principio *pro homine* para un apartamiento justificado respecto del canon interamericano. Esto último, parece dar a entender una generalizada presunción por la que se cree que la Corte IDH provee siempre mejores estándares de protección que los Estados, mientras éstos por –regla– gozan de una presunción negativa en cuanto a la garantía de derechos y libertades. No sorprenda, por tanto, que problemas de amplia envergadura social como las amnistías (*Gelman vs. Uruguay*), el inicio de la vida humana (*Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*), entre otros, sean resueltos verticalmente desde la Corte IDH.

³ Cf. Corte IDH. *Caso Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") Vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219. Voto razonado del juez Caldas. Párrs. 4-6.

⁴ Cf. *Ibid.*

⁵ Cf. M. CARBONELL, *Introducción general al control de convencionalidad*, Porrúa, 2013, pp. 22-23.

⁶ Cf. C. ORUNESU, “Conventionality control and international judicial supremacy: Some reflections on the Inter-American system of human rights”, *Revus*, 40, 2020, p. 5, fecha de consulta 13 febrero 2021, en <https://tinyurl.com/2wrju98f>.

⁷ Cf. S. GARCÍA RAMÍREZ, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Porrúa, México, 2007, p. 658.

⁸ Cf. G. R. BANDEIRA GALINDO, “El valor de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Los sistemas interamericano y europeo de protección de los derechos humanos: Una introducción desde la perspectiva del diálogo entre tribunales*, Palestra, Lima, 2015, pp. 241-244.

⁹ Cf. X. FUENTES TORRIJO, “International and Domestic Law: Definitely and Odd Couple”, *Revista Jurídica Universidad de Puerto Rico*, vol. 77, 2008, pp. 483-505, fecha de consulta 1 marzo 2021, en <https://tinyurl.com/azjkns78>.

Cierto es que también ha sucedido que, desde un tribunal constitucional, aprovechando una determinada jurisprudencia interamericana –o trastocándola–, se ha reformado una Constitución por vía interpretativa, sin importar la participación democrática refrendataria de los ciudadanos ni las disposiciones constitucionales expresas previstas para dicho evento. Ejemplo de esto último, podría –quizás– conformar la sentencia 84/2017¹⁰ que emitió el Tribunal Constitucional Plurinacional boliviano en 2017. En ella, haciendo uso del control de convencionalidad afirmó que, a diferencia del artículo 168¹¹ de la Constitución boliviana, el estándar interamericano no limitaba el número de reelecciones presidenciales posibles y, por tanto, era menos restrictivo respecto de los derechos políticos. Siendo así, acogió dicho patrón y habilitó jurídicamente la segunda reelección del entonces presidente Evo Morales.

Si bien el debate sobre la doctrina del control de convencionalidad ha sido permanente desde su creación en 2006, ha tenido –quizás– tres momentos de auge. El primero, evidentemente, cuando nació como doctrina; el segundo, durante las discusiones llevadas a cabo en México en 2011 en razón de la reforma de su Constitución; y, el tercero, en 2013, cuando la Suprema Corte de Justicia de Uruguay realizó una dura crítica a la tesis de convencionalidad elaborada por la Corte IDH. A la fecha, un sinnúmero de argumentos ha sido brindado tanto en apoyo como en rechazo y/o matización de dicha doctrina. Lo que nuestra investigación pretende aportar, tras una definición de la figura

¹⁰ Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia. Acción de inconstitucionalidad abstracta. Sentencia de 28 de noviembre de 2017. Resolución 0084/2017 (Expediente No. 20960-2017-42-AIA)

¹¹ Constitución Política de Bolivia. Artículo 168: *El periodo de mandato de la Presidenta o del Presidente y de la Vicepresidenta o del Vicepresidente del Estado es de cinco años, y pueden ser reelectas o reelectos por una sola vez de manera continua.*

elaborada –exclusivamente– con base en los propios pronunciamientos de la Corte IDH, es un análisis detallado de sus fundamentos desde cada una de las fuentes del Derecho Internacional Público. Asimismo, de modo especial, evidenciar cómo el *corpus* del control de convencionalidad resulta difícilmente compatible con la noción del Estado Constitucional de Derecho, salvo se modulen los alcances de dicha doctrina o se acepte transitar –en razón de tal figura– hacia un Estado Convencional de Derecho.

PREGUNTAS PARA LA INVESTIGACIÓN

Que las exégesis de la Corte IDH sean vinculantes y prevalentes en el ordenamiento interno, no debería suponer ningún problema u objeción si eso hubiese sido parte el pacto regional recogido en la CADH. Mas, como ha puesto en evidencia el debate sobre esta doctrina¹², tal no parece ser el papel competencial que los Estados otorgaron a la Corte IDH, ni el modelo de relación querido entre el derecho interno (entiéndase, particularmente, los ordenamientos constitucionales) y el derecho internacional. En tal

¹² M. SILVA ABBOTT, “¿Qué efectos produce el control de convencionalidad decretado por la corte interamericana en un ordenamiento jurídico?”, *Estudios constitucionales*, vol. 18, 2020, Universidad de Talca. Centro de Estudios Constitucionales; L. CASTILLO, “La relación entre el derecho nacional y el derecho convencional como base del control de convencionalidad”, *Estudios Constitucionales*, vol. 17 (2), 2019; E. VIO GROSSI, “El control de convencionalidad y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, vol. 1, 2018, 2019, fecha de consulta 14 febrero 2021, ; P. GONZÁLEZ-DOMÍNGUEZ, *The Doctrine of Conventionality Control: Between Uniformity and Legal Pluralism in the Inter-American Human Rights System*, vol. 11, Intersentia, 2018, fecha de consulta 18 marzo 2021, ; K. A. CASTILLA JUÁREZ, “Control de convencionalidad interamericano: una propuesta de orden ante diez años de incertidumbre”, *Revista IIDH*, 64, 2016, Instituto Interamericano de Derecho Humanos, fecha de consulta 21 mayo 2021, en <https://bit.ly/3f92aep>; E. FERRER MAC-GREGOR, “Interpretación conforme y Control Difuso de Convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, en Eduardo Ferrer Mac-Gregor (ed.) *El Control Difuso de Convencionalidad. Diálogo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los Jueces Nacionales*, FUNDAp, México, 2012; E. MALARINO, “Acerca de la pretendida obligatoriedad de la jurisprudencia en los Órganos Interamericanos de Protección de Derechos Humanos para los Tribunales Judiciales Nacionales”, en *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, Vol. 2, 2010, ISBN 978-9974-8289-0-2, p. 425-446, Fundación Konrad Adenauer. Oficina Madrid, 2010, fecha de consulta 18 febrero 2021, en <https://tinyurl.com/3as62dk2>; P. SAGÜÉS, “Dificultades operativas del ‘control de convencionalidad’ en el sistema interamericano”, *Revista Jurídica Argentina La Ley*, vol. 104, 2009, fecha de consulta 6 marzo 2018, en <https://bit.ly/3hhLVxe>.

caso, con el ánimo de desentrañar este asunto y valorar si la doctrina creada por la Corte IDH es conforme a Derecho, nos planteamos las siguientes preguntas:

1. ¿Qué es o qué debemos comprender por la doctrina del control de convencionalidad?, ¿realmente se otorga mediante ella una fuerza vinculante y unos efectos *erga omnes* a las exégesis interamericanas?
2. De cara al ámbito internacional, sabiendo la noción vigente de la doctrina del control de convencionalidad, ¿es jurídicamente sostenible desde las fuentes del Derecho Internacional Público?
3. De cara al ámbito interno, ¿cuál ha sido o viene siendo la respuesta de los Estados de la región frente a la doctrina del control de convencionalidad?, ¿la aceptan, la rechazan o la modulan?
4. De cara al ámbito interno, conociendo la definición actual de la doctrina del control de convencionalidad, ¿es jurídicamente compatible con la noción de Estado Constitucional de Derecho?
5. En atención a otras doctrinas que demarcan la relación entre los tribunales internacionales y los Estados, ¿es posible aprovechar sus aportes para proponer mecanismos y/o criterios que provean un mejor equilibrio ante una eventual admisión interna del control de convencionalidad?

HIPÓTESIS DE TRABAJO

Nuestra **hipótesis**, de cara al primer interrogante, comprende que existe una definición de la doctrina del control de convencionalidad a la cual es posible acceder recopilando todos y cada uno de los pronunciamientos oficiales que la Corte IDH ha tenido sobre la materia desde sus inicios. Según tal definición, el carácter de obligatoriedad y los efectos generales y directos no solo alcanzarían a la jurisprudencia interamericana, sino también a otras resoluciones que emite este tribunal, las opiniones consultivas, entre ellas. Desarrollaremos este asunto en el **Capítulo 1**.

De cara al segundo interrogante, nuestra hipótesis sugiere que, si ceñimos nuestra búsqueda de fundamentación a las fuentes del Derecho Internacional Público, es preciso reconocer que la doctrina del control de convencionalidad no goza de suficiente ni consistente sustento jurídico. Esta posición la explicaremos en el **Capítulo 2**. En relación con la tercera pregunta, partimos de la hipótesis que, si bien los Estados americanos estudiados incorporan la terminología del control de convencionalidad, ello no supone que, necesariamente, compartan el concepto que la Corte IDH propone sobre dicha doctrina. En algunas ocasiones los Estados rechazan tal entendimiento del control de convencionalidad; en otras lo aceptan –al menos formalmente–; y, en otras modulan su definición. Todo esto lo veremos en el **Capítulo 3**. Respecto de la cuarta pregunta, consideramos que la única forma en la que sería defendible esta figura teórica es mediante un acto estatal unilateral del Estado o un nuevo pacto regional que la reconozca localmente o, al menos, conceda tal grado de incidencia a la hermenéutica de la Corte

IDH. De lo contrario, podría horadarse la propia noción de Estado Constitucional de Derecho. Veremos esto en el **Capítulo 4**.

Este último capítulo, además, responderá también a la quinta pregunta. Desde nuestra posición, lo coherente sería proponer el rechazo de la doctrina del control de convencionalidad, toda vez que no hallamos fundamentación jurídica suficiente ni consistente en su apoyo. Sin embargo, desde una óptica finalista, dado que el propósito de fondo reside en imbuir el derecho interamericano en el derecho nacional, es necesario atender, seriamente, a la figura bajo análisis. Esto último, sin dejar de considerar que, a estas alturas, parece difícil desconocer del todo a una doctrina que ha sido y sigue siendo intensamente promovida por parte de la Corte IDH. Ante tal escenario nos parece idóneo esbozar algunos criterios que permitan calibrar adecuadamente la aplicación de dicho constructo, de modo tal que se eviten los eventuales efectos nocivos que una aplicación automática y acrítica de las exégesis interamericanas o, en sí, del control de convencionalidad, podría generar. Para ello, atenderemos a otros modelos existentes de relación entre los tribunales internacionales y los Estados.

OBJETIVOS Y METODOLOGÍA

De todo lo anterior se colige que nuestro **objetivo general** es doble pues, por un lado, radica en demostrar que, desde el Derecho Internacional Público y desde el Derecho Constitucional, la doctrina del control de convencionalidad carece de un debido fundamento jurídico para ser acogida por los Estados; pero, por otro lado, si se optase por acogerla internamente, nuestro objetivo se extendería a proponer criterios que respondan

a cómo podrían evitarse, modularse y/o matizarse los plausibles problemas jurídicos generados por la propia actuación de la Corte IDH en determinados casos. Para tal horizonte, los **objetivos específicos** que nos permitirán arribar razonablemente a este propósito son los siguientes:

En el Capítulo 1

- Describir y condensar el desarrollo que hasta la fecha ha realizado la Corte IDH sobre la doctrina del control de convencionalidad.
- Estructurar un concepto del control de convencionalidad de acuerdo a los propios aportes de la Corte IDH.
- Diferenciar los correspondientes campos de estudio que la definición agrupa y evidenciar las consecuencias jurídicas que de ella se derivan.
- Contrastar nuestra comprensión sobre la noción del control de convencionalidad con otras lecturas alternativas (versión ‘fuerte’ vs. versión ‘débil’).

En el Capítulo 2

- Sopesar, desde cada una de las fuentes del Derecho Internacional Público, los principales argumentos que soportan a la doctrina del control de

convencionalidad, preferencialmente, respecto al carácter vinculante y a los efectos *erga omnes* que se pretende para las exégesis interamericanas.

- Demostrar la debilidad y/o carencia argumentativa, desde el Derecho Internacional Público, en la base teórica que sostiene al control de convencionalidad como doctrina. Sea desde los aportes realizados por la Corte IDH o desde la academia que apoya tal tesis interamericana.

En el Capítulo 3

- Escoger una muestra de Estados en la región y aproximarnos a sus respuestas respecto de la obligación de ejercer un control de convencionalidad. En concreto, analizaremos a los nueve países que la Corte IDH ha citado en su jurisprudencia como aquellos que respaldarían su doctrina desde sus altos tribunales nacionales. Estos son: Argentina, Bolivia, Colombia, Costa Rica, Guatemala, México, Panamá, Perú y República Dominicana. Añadiremos también a Uruguay pues, en 2013, hizo una crítica expresa –que aún mantiene– a la Corte IDH en razón de la creación de la doctrina del control de convencionalidad.
- Considerar en aquella aproximación no solo las resoluciones judiciales emitidas por los altos tribunales nacionales de cada Estado, sino también su correspondiente normativa interna, cuando no la discusión doctrinaria que pueda haberse suscitado en relación a este asunto.

En el Capítulo 4

- Analizar, desde la teoría del Estado Constitucional de Derecho, los principales argumentos que soportan a la doctrina del control de convencionalidad; preferencialmente, respecto al carácter vinculante y a los efectos *erga omnes* que se pretende para las exégesis interamericanas.
- Demostrar la incoherencia intra-sistémica que supone admitir el control de convencionalidad, en el sentido propuesto por la Corte IDH, y, simultáneamente, pretender la no alteración estructural y riesgos que genera para la democracia constitucional en el marco de un Estado de Derecho.
- Hacer breve mérito de los debates sobre otras doctrinas que, en cierto modo, median la relación entre un tribunal internacional y un Estado de Derecho. En concreto, nos referiremos sucintamente al margen de apreciación nacional, dado en el marco del Sistema Europeo de Derechos Humanos, y a la identidad constitucional, dada en el marco de la Unión Europea.

El desarrollo de la presente investigación tendrá una perspectiva de análisis normativo y utilizará, además, un enfoque funcional, dogmático y comparado. **Análisis normativo**, toda vez que acudiremos de modo permanente a las disposiciones concretas previstas en los Tratados, Constituciones y Leyes para discutir jurídicamente los puntos problemáticos antedichos. **Enfoque funcional** pues, para responder a las preguntas de investigación, nos sostendremos de la base empírica proporcionada por la actuación tanto

de la Corte IDH como de los altos tribunales de la región, en ambos casos, mediante sus distintos tipos de pronunciamientos. El mecanismo en este ámbito será de carácter descriptivo, toda vez que explicitaremos y/o interpretaremos –atendiendo a conocedores de la materia– qué se ha dicho, cuál es la posición tomada, entre otros. **Enfoque dogmático** pues, en nuestro estudio, haremos un necesario uso de conceptos y/o categorías teóricas –pacíficas o no– en torno a las fuentes del Derecho Internacional Público, al Estado Constitucional de Derecho y a algunas doctrinas jurídicas que nutren la relación entre los tribunales internacionales y los Estados. Utilizaremos para ello un mecanismo prescriptivo, en la medida en que, tras el estudio de las nociones teóricas sobre los ámbitos temáticos descritos, examinaremos críticamente los datos obtenidos en los pronunciamientos de los citados tribunales, aportando de modo seguido una apreciación al respecto. Por último, **enfoque de derecho comparado** pues, en el capítulo 3, recurriremos a un cotejo y/o contraste entre las diferentes posiciones jurídicas adoptadas por los Estados estudiados.

En suma, otras aproximaciones también son posibles y enriquecedoras en tanto agregan como arista de estudio un análisis geopolítico en la relación entre los tribunales internacionales y los Estados de Derecho, o una comparación cuantitativa sobre un determinado asunto entre éstos –quizás ambos, más propios de las ciencias políticas y/o de un abordaje multidisciplinario. Sin embargo, en esta ocasión, acotaremos nuestro trabajo al quehacer jurídico, buscando con ello dar una respuesta a partir del sistema normativo y de principios en el que nos hallamos.

CAPÍTULO 1: LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y LA DOCTRINA DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

En este capítulo, atenderemos a parte del objeto central de nuestra investigación: el concepto del control de convencionalidad. De esta manera, una vez presentada esta doctrina y sus campos de estudio, realizaremos un análisis crítico desde el Derecho Internacional Público (capítulo 2) y, seguidamente, tras presentar las reacciones de algunos Estados de la región (capítulo 3), haremos lo propio desde el Derecho Constitucional (capítulo 4). Antes, sin embargo, trataremos algunos aspectos generales de la actuación de la Corte IDH, de manera tal que podamos situar mejor el contexto en el que se desarrolla la doctrina en mención.

El presente capítulo, entonces, estará dividido en dos secciones. La primera sección, la 1.1., abordará los rasgos generales de la Corte IDH. La segunda sección, la 1.2., desarrollará la figura del control de convencionalidad desde los propios pronunciamientos interamericanos.

1.1. LA CORTE INTERAMERICANA: ASPECTOS GENERALES

En este apartado situaremos históricamente el origen de la Corte IDH. Seguidamente, centraremos nuestra atención en las competencias que le han sido otorgadas en la CADH: una de carácter consultivo y una de carácter contencioso.

1.1.1. Recuento histórico de su establecimiento

Si bien es verdad que la actual Organización de Estados Americanos (también, OEA) remonta sus orígenes a la Primera Conferencia Internacional Americana (celebrada en Washington D.C. de octubre de 1889 a abril de 1890) y a la creación de la Unión Internacional de Repúblicas Americanas, fue la Carta de la OEA –suscrita en Bogotá en 1948 y en vigor desde diciembre de 1951– la que oficialmente creó a la organización que, a la fecha, reúne a los 35 Estados independientes de la región. En el marco de su actuación se celebró en noviembre de 1969 en San José de Costa Rica la Conferencia Especializada en Derechos Humanos. En ella, los delegados de los Estados miembros aprobaron la CADH, que entró en vigor el 18 de julio de 1978.

En orden a salvaguardar los derechos de las personas, la CADH instrumentó a dos órganos con competencia para conocer eventuales violaciones de derechos humanos: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (también, CIDH, creada con antelación desde 1959) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Esta última, celebró su ceremonia de instalación en San José de Costa Rica el 3 de septiembre de 1979 y aprobó su Estatuto durante el Noveno Período Ordinario de Sesiones de la Asamblea General de la OEA. Su Reglamento, lo aprobó aún en agosto de 1980. Actualmente, no obstante, rige una nueva versión en vigor desde en noviembre de 2009.

La Corte IDH es, entonces, un órgano jurisdiccional autónomo del sistema interamericano de protección de los derechos humanos (también, SIDH). Su tarea

consiste en interpretar y aplicar la CADH¹³, así como los derechos justiciables contenidos en su protocolo adicional¹⁴ –Protocolo de San Salvador, referido a derechos económicos, sociales y culturales– y otros tratados¹⁵ conexos al sistema¹⁶. Algunos de estos tratados dentro del SIDH prevén la realización de peticiones individuales. Otros, en cambio, no.

Dentro de los primeros, es decir, de los que permiten peticiones individuales, encontramos a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (artículo XIII); la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (artículo 8); la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (artículo 12); la Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas conexas de Intolerancia (artículo 15.iii); la Convención Interamericana contra toda forma de Discriminación e Intolerancia (artículo 15.iii); y, la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (artículo 36); cada uno de ellos con muy disímil número de Estados parte.

¹³ Convención Americana sobre Derechos Humanos. Artículo 62.3: *La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados Partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial, como se indica en los incisos anteriores, ora por convención especial.*

¹⁴ El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos Económicos, Sociales y Culturales, también conocido como el "Protocolo de San Salvador", es un tratado de derechos humanos suscrito el 17 de noviembre de 1988 en la ciudad de San Salvador (El Salvador) y en vigor desde el 16 de noviembre de 1999. Actualmente, 16 Estados de la región son parte del mismo. De acuerdo al propio texto del tratado (artículo 19, inciso 6), solo el derecho de los trabajadores a organizarse en sindicatos (artículo 8, inciso 1, literal "a") y el derecho a la educación (artículo 13) son justiciables, es decir, sobre los mismos se puede aplicar una petición individual según lo regulado en los artículos 44 a 51 y 61 a 69 de la CADH.

¹⁵ Convención Americana sobre Derechos Humanos. Artículo 64.1: *Los Estados miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos (...).* (Destacado nuestro)

¹⁶ Cf. M. VENTURA, "La Corte Interamericana de Derechos Humanos", San José de Costa Rica, 2002.

Dentro de los segundos, es decir, de los que no permiten peticiones individuales, encontramos al Protocolo de la CADH relativo a la Abolición de la Pena de Muerte; la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las personas con Discapacidad (aunque el artículo VI prevé la conformación de un Comité en aras de dar seguimiento a los compromisos adquiridos); y la Convención Interamericana sobre Concesión de los Derechos Políticos de la Mujer. Ahora bien, si alguno de estos tratados del segundo grupo hubiesen sido ratificados por un Estado que se halla en un proceso contencioso ante la Corte IDH, cabría la posibilidad de considerarlos para dotar de contenido a la interpretación de un determinado derecho al interior de la CADH.

Finalmente, la organización, competencias, funciones y modalidades de procedimiento de la Corte IDH están reguladas en el capítulo XVIII de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículos del 52 al 69).

1.1.2. Competencia contenciosa y competencia consultiva

La Corte IDH tiene dos tipos de funciones, una contenciosa y una consultiva. Mediante la primera función puede conocer casos individuales o interestatales donde se alegue la violación del algún derecho al interior de la CADH¹⁷. En ellos tendrá que determinar si las acciones u omisiones del Estado (entiéndase cualquier institución o

¹⁷ Convención Americana sobre Derechos Humanos. Artículo 61: *1. Sólo los Estados Partes y la Comisión tienen derecho a someter un caso a la decisión de la Corte. 2. Para que la Corte pueda conocer de cualquier caso, es necesario que sean agotados los procedimientos previstos en los artículos 48 a 50.*

funcionario del mismo) transgreden algún derecho humano reconocido en el tratado¹⁸, de modo tal que pueda declararse su responsabilidad internacional y establecerse las reparaciones necesarias. Además, puede dictar medidas provisionales de encontrarse frente a un caso de extrema gravedad y urgencia, donde sea necesario evitar daños irreparables¹⁹. A través de la segunda función, puede absolver las consultas realizadas por Estados miembros de la OEA y por otros órganos interamericanos como la Comisión IDH, la Asamblea General, el Consejo Permanente, entre otros. Estas consultas pueden estar referidas a la interpretación de la CADH u otros tratados sobre la materia, así como a la compatibilidad entre las leyes internas y los instrumentos antes aludidos²⁰.

Entre ambas competencias existen importantes diferencias a destacar. La función jurisdiccional es asequible solo a los Estados que han ratificado o se han adherido a la CADH, siendo necesario, que hayan reconocido la competencia contenciosa de la Corte IDH. Por su parte, la función consultiva prescinde de estos requisitos, estando abierta a todos los Estados miembros de la OEA y a los órganos internos de ésta. Actualmente, los 35²¹ Estados de la región han ratificado la Carta de la OEA y son miembros de la

¹⁸ Convención Americana sobre Derechos Humanos. Artículo 63.1: *Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá, asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.*

¹⁹ Convención Americana sobre Derechos Humanos. Artículo 63.2: *En casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte, en los asuntos que esté conociendo, podrá tomar las medidas provisionales que considere pertinentes. Si se tratare de asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento, podrá actuar a solicitud de la Comisión.*

²⁰ Convención Americana sobre Derechos Humanos. Artículo 64: *1. Los Estados miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. Asimismo, podrán consultarla, en lo que les compete, los órganos enumerados en el capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires. 2. La Corte, a solicitud de un Estado miembro de la Organización, podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales.*

²¹ Los siguientes Estados son miembros actuales de la OEA: Antigua y Barbuda, Argentina, Bahamas, Barbados, Belice, Bolivia, Brasil, Canadá, Colombia, Costa Rica, Chile, Cuba, Dominica, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos, Grenada, Guatemala, Guyana, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua,

organización. De los mismos, 25²² han ratificado o se han adherido a la CADH, sin embargo, tanto Trinidad y Tobago (26 de mayo de 1998) como Venezuela (10 de septiembre de 2012) han denunciado el tratado, por tanto, actualmente, ya no forman parte del él. Finalmente, 21²³ Estados han aceptado la competencia contenciosa de la Corte IDH, aunque debemos recordar que Venezuela, al denunciar el tratado, ya no se encuentra sujeta a su jurisdicción.

A la fecha, la Corte IDH ha emitido más de 420 sentencias y más de 25 opiniones consultivas. Veamos los antecedentes del control de convencionalidad.

1.2. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD SEGÚN LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Aludir a la doctrina del control de convencionalidad “según la propia Corte IDH”, no tiene ningún objetivo retórico. Por el contrario, tiene como finalidad puntualizar que nuestro cometido consiste en extraer la noción de esta figura desde los pronunciamientos interamericanos en sus propios términos. Es decir, manteniendo siempre la definición

Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Saint Kitts y Nevis, Santa Lucía, San Vicente y las Granadinas, Suriname, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela. Debemos recordar que el 3 de junio del año 2009, los Ministros de Relaciones Exteriores de las Américas adoptaron la Resolución AG/RES 2438, mediante la cual dejaron sin efecto la Resolución que en 1962 excluyó al Gobierno de Cuba de su participación en el sistema interamericano.

²² Los siguientes Estados ratificaron o se adhirieron, en su momento, a la Convención Americana de Derechos Humanos: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Dominica, Ecuador, El Salvador, Grenada, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Suriname, Trinidad y Tobago (denunció la CADH en 1998), Uruguay y Venezuela (denunció la CADH en 2012).

²³ Los Estados que, en su momento, reconocieron la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Suriname, Uruguay y Venezuela (denunció la CADH y, por ende, la competencia contenciosa de la Corte IDH en 2012).

institucional –que luego valoraremos– sin imbricarla con previos pareceres nuestros o de otro autor conocedor de la materia.

En aras de iniciar este abordaje, siempre desde la perspectiva de la Corte IDH: en primer lugar, haremos un recorrido sobre los antecedentes que debemos considerar en este asunto; en segundo lugar, realizaremos un recuento histórico del desarrollo de esta doctrina, sustentándonos en la jurisprudencia de la Corte IDH, sus opiniones consultivas y los informes anuales presentados ante la Asamblea General de la OEA; en tercer lugar, estructuraremos una definición de acuerdo con sus progresivos aportes, indicando los ámbitos de estudio que se desprenden.

1.2.1. Antecedentes

La doctrina del control de convencionalidad surgió en el año 2006 con la sentencia del caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Sin embargo, es importante considerar dos momentos previos a tal suceso: en primer lugar, los vestigios de la existencia de un control de convencionalidad implícito desde la temprana actuación de la Corte IDH; y, en segundo lugar, las referencias explícitas a tal doctrina que desde el año 2003 empezó a realizar el ex-juez interamericano GARCÍA RAMÍREZ.

En cuanto a lo primero, resulta difícil pensar que el nacimiento en 2006 de la doctrina del control de convencionalidad no haya contado con precedente alguno en el recorrido realizado por la Corte IDH hasta entonces. Si bien este ámbito es totalmente opinable, pues ni siquiera la propia Corte IDH ha señalado de dónde se sostuvo en el año

2006 para iniciar el desarrollo de esta figura, es posible señalar que existen sentencias previas a dicho año que ya recogían buena parte de la argumentación de fondo, aunque refiriéndose únicamente a la CADH como parámetro más no a la jurisprudencia emanada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos²⁴.

Nos referimos, por ejemplo, a las sentencias de los casos *Castillo Petruzzi y Otros vs. Perú*²⁵, *Durand y Ugarte vs. Perú*²⁶ y *La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*²⁷, en los años 1999, 2000 y 2001, respectivamente. En ellas, si bien no las únicas, la Corte IDH señaló que “(...) el deber general del Estado, establecido en el artículo 2 de la Convención, incluye la adopción de medidas para suprimir las normas y prácticas de cualquier naturaleza que impliquen una violación a las garantías previstas en la Convención, así como la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la observancia efectiva de dichas garantías”. Es decir, por entonces, la Corte IDH ya consideraba que de acuerdo al artículo 2²⁸ de la CADH era un deber estatal suprimir normas contrarias a la convención y expedir aquellas que contribuyan a su observancia²⁹.

²⁴ Cf. P. SAGÜÉS, “La incidencia de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la jurisprudencia peruana”, cit.

²⁵ Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52, párr. 207.

²⁶ Corte IDH. *Caso Durand y Ugarte Vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C No. 68, párr. 137.

²⁷ Corte IDH. *Caso "La Última Tentación de Cristo"(Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73, párr. 85.

²⁸ Convención Americana sobre Derechos Humanos. Artículo 2: *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.*

²⁹ En ocasiones previas, afirmaba más bien que, de acuerdo al artículo 2 de la CADH, los Estados no pueden dictar medidas que violen derechos y libertades reconocidos en ella, debiendo por el contrario dictar medidas para hacerlos efectivos. Véase, por ejemplo: Corte IDH. *Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador*. Fondo. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35, párr. 97 y *Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994. Serie A No. 14, párr. 36.

De allí que parte de la academia señale que ya contábamos con un implícito –o un ‘viejo’– control de convencionalidad referido solo a las disposiciones del tratado³⁰.

En cuanto a lo segundo, esto es, las referencias explícitas, cabe destacar que unos años más tarde el juez GARCÍA RAMÍREZ empezó a utilizar expresamente esta denominación en sus votos razonados. Así, en su voto del caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*³¹ del año 2003 señaló que, internacionalmente, el Estado funciona como un conjunto, no siendo viable dejar la actuación de determinados órganos estatales fuera del control de convencionalidad que trae consigo la jurisdicción de la Corte IDH. En 2004, mediante su voto en el caso *Tibi vs. Ecuador*³², ahondó un poco más en la fundamentación

³⁰ Cf. P. SAGÜÉS, “La incidencia de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la jurisprudencia peruana”, cit.

³¹ Corte IDH. *Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 101. Voto concurrente razonado del juez García Ramírez, párr. 27. La cita en mención señala que: *Para los efectos de la Convención Americana y del ejercicio de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, el Estado viene a cuentas en forma integral, como un todo. En este orden, la responsabilidad es global, atañe al Estado en su conjunto y no puede quedar sujeta a la división de atribuciones que señale el Derecho interno. No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte sólo a uno o algunos de sus órganos, entregar a éstos la representación del Estado en el juicio --sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto-- y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del “control de convencionalidad” que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional.*

³² Corte IDH. *Caso Tibi Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114. Voto concurrente razonado del juez García Ramírez, párrs. 3-6. La cita en mención señala que:

3. *En cierto sentido, la tarea de la Corte se asemeja a la que realizan los tribunales constitucionales. Estos examinan los actos impugnados --disposiciones de alcance general-- a la luz de las normas, los principios y los valores de las leyes fundamentales. La Corte Interamericana, por su parte, analiza los actos que llegan a su conocimiento en relación con normas, principios y valores de los tratados en los que funda su competencia contenciosa. Dicho de otra manera, si los tribunales constitucionales controlan la “constitucionalidad”, el tribunal internacional de derechos humanos resuelve acerca de la “convencionalidad” de esos actos. A través del control de constitucionalidad, los órganos internos procuran conformar la actividad del poder público --y, eventualmente, de otros agentes sociales-- al orden que entraña el Estado de Derecho en una sociedad democrática. El tribunal interamericano, por su parte, pretende conformar esa actividad al orden internacional acogido en la convención fundadora de la jurisdicción interamericana y aceptado por los Estados partes en ejercicio de su soberanía.*

4. *Del mismo modo que un tribunal constitucional no podría --ni lo pretende-- traer ante sí todos los casos en que se cuestione o se pueda cuestionar la constitucionalidad de actos y normas, un tribunal internacional de derechos humanos no aspira --mucho menos todavía que el órgano nacional-- a resolver un gran número de litigios en los que se reproduzcan violaciones previamente sometidas a su jurisdicción y acerca de cuyos temas esenciales ya ha dictado sentencias que expresan su criterio como intérprete natural de las normas que está llamado a aplicar, esto es, las disposiciones del tratado internacional que*

que correspondería a esta doctrina, haciendo un símil con el control de constitucionalidad y afirmando que la lógica de fondo radicaba en evitar pronunciarse reiteradamente sobre similares violaciones de derechos humanos resueltos en litigios precedentes, siendo el propósito del sistema que los pronunciamientos de la Corte IDH sean trasladados –según las formas y términos previstos por el derecho interno– a las leyes o a los criterios jurisdiccionales domésticos.

A inicios de 2006, en su voto razonado del caso *López Álvarez vs. Honduras*³³, afirmó que la Corte IDH “debe explorar las circunstancias *de jure* y *de facto* del caso”, en tanto es el órgano que verifica la compatibilidad entre el comportamiento del Estado y las disposiciones de la CADH, esto es, el órgano que practica el control de convencionalidad. Finalmente, en el caso *Vargas Areco vs. Paraguay*³⁴ –coetáneo con el

invocan los litigantes. Este designio, que pone de manifiesto una función de la Corte, sugiere también las características que pueden tener los asuntos llevados a su conocimiento.

5. Sería imposible, además de indeseable, tomando en cuenta el carácter subsidiario o complementario de la jurisdicción internacional, que ésta recibiera un gran número de contiendas sobre hechos idénticos o muy semejantes entre sí, para reiterar una y otra vez los criterios sostenidos en litigios precedentes. Hay que insistir en que los propios Estados, garantes del sistema interamericano de derechos humanos, son al mismo tiempo piezas esenciales de ese sistema, al que concurren a través de una voluntad política y jurídica que constituye la mejor prenda de la eficacia verdadera del régimen internacional de protección de los derechos humanos, sustentado en la eficacia del régimen interno de protección de esos derechos.

6. Consecuentemente, en la lógica del sistema --y en las aspiraciones institucionales de la Corte Interamericana, como elemento de éste-- reside la idea de que los pronunciamientos del tribunal deben trasladarse, en la forma y términos que provea el Derecho interno --que son el puente entre el sistema internacional y el nacional--, a las leyes nacionales, a los criterios jurisdiccionales domésticos, a los programas específicos en este campo y a las acciones cotidianas que el Estado despliega en materia de derechos humanos; trasladarse, en fin, al conjunto de la experiencia nacional. Es esto --un poder de influencia, reconstrucción, orientación, información-- lo que explica y justifica, a la postre, una jurisdicción internacional que no tiene la posibilidad ni la capacidad para abocarse al conocimiento de millares de juicios en los que se ventilen idénticos litigios y se reproduzcan razonamientos y pronunciamientos establecidos y reiterados con antelación. (Destacado añadido)

³³ Corte IDH. *Caso López Álvarez Vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141. Voto razonado del juez García Ramírez, párr. 30. La cita en mención señala que: *Al analizar la complejidad del asunto, la Corte que verifica la compatibilidad entre la conducta del Estado y las disposiciones de la Convención --es decir, el órgano que practica el “control de convencionalidad”-- debe explorar las circunstancias de jure y de facto del caso.*

³⁴ Corte IDH. *Caso Vargas Areco Vs. Paraguay*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 155. Voto concurrente razonado del juez García Ramírez, párrs. 6, 7 y 12. La cita en mención señala que:

6. La Corte Interamericana, que tiene a su cargo el “control de convencionalidad” fundado en la confrontación entre el hecho realizado y las normas de la Convención Americana, no puede, ni pretende -

caso *Almonacid Arellano*–, incidió en su voto concurrente señalando que mediante el control de convencionalidad se busca confrontar todo hecho interno –citando a las leyes, a los actos administrativos y a las resoluciones judiciales– con las normas de la CADH, en orden a determinar si existe o no responsabilidad internacional por parte de un Estado.

Así, aunque la Corte IDH no lo diga, parece plausible señalar que la actual doctrina del control de convencionalidad tuvo como fuentes de origen los antecedentes señalados. Pese a lo anterior, resulta importante destacar que, si bien las mencionadas sentencias de la Corte IDH y la totalidad de los aludidos votos razonados no excluyeron a la jurisprudencia interamericana en este cotejo con la normativa interna, tampoco la incluyeron –al menos de modo expreso–, refiriendo en dichas ocasiones solo a las disposiciones de la CADH –no a la jurisprudencia en sí misma. Del mismo modo, aunque es verdad que el Estado tiene un deber –entre otros– de suprimir normas internas

-jamás lo ha hecho--, convertirse en una nueva y última instancia para conocer la controversia suscitada en el orden interno. La expresión de que el Tribunal interamericano constituye una tercera o cuarta instancia, y en todo caso una última instancia, obedece a una percepción popular, cuyos motivos son comprensibles, pero no corresponde a la competencia del Tribunal, a la relación jurídica controvertida en éste, a los sujetos del proceso respectivo y a las características del juicio internacional sobre derechos humanos.

7. Valga, para estos fines, el cotejo con la misión de un tribunal de constitucionalidad, que tampoco podría absorber el conocimiento de la contienda civil o penal, en sus casos, sino sólo examinar la conformidad del proceso y de las decisiones correspondientes con la Constitución nacional. Otro tanto ocurre con la Corte Interamericana. Esta sólo puede confrontar los hechos internos --leyes, actos administrativos, resoluciones jurisdiccionales, por ejemplo-- con las normas de la Convención y resolver si existe congruencia entre aquéllos y éstas, para determinar, sobre esa base, si aparece la responsabilidad internacional del Estado por incumplimiento de sus obligaciones de la misma naturaleza. No emprende, pues, una nueva etapa --instancia-- del juicio ordinario. Este comienza, se desarrolla y concluye en el ámbito de la jurisdicción interna. Por ello, el juez internacional, al igual que el constitucional, no sustituye al juez de la causa en la apreciación de hechos y pruebas y la emisión de absoluciones o condenas.

(...)

12. Con apoyo en estas consideraciones, la Corte ha expresado la preocupación que le suscitan ciertas evidentes fracturas de la proporcionalidad que se debiera observar cuando existe una restricción o afectación de un derecho o se emite una decisión que sanciona la violación cometida al amparo de cierta ley y en el desempeño de determinada jurisdicción. El juez de convencionalidad no se erige, por esta vía, en legislador o juzgador nacional, sino aprecia los actos de aquéllos al amparo de la Convención, aunque detenga su análisis en ese ejercicio de mera apreciación y no llegue a fijar, por su parte, medidas cuya determinación específica incumbe al Estado, principalmente si existen, como los hay en el presente caso, límites derivados del acto de reconocimiento de la competencia de la Corte. (Destacado añadido)

contrarias a la CADH, los antecedentes encontrados no hicieron mención alguna sobre una suerte de encargo a los jueces nacionales de realizar esta tarea de cotejo, pareciendo ser los únicos responsables explícitos de entonces los jueces interamericanos.

Hasta aquí, los antecedentes narrados nos han permitido exponer el contexto a partir del cual la Corte IDH inició, colegiadamente, el desarrollo de la doctrina del control de convencionalidad. A continuación, revisaremos este aspecto.

1.2.2. Desarrollo histórico

Si consideramos el desarrollo explícito del control de convencionalidad por parte del órgano colegiado de la Corte IDH, esto es, sin contar a aquellas resoluciones donde esta doctrina ha sido abordada solo por el voto razonado de un determinado juez, o por los alegatos de las partes, tenemos que desde septiembre del año 2006 hasta abril de 2021 se han emitido sesenta y cinco sentencias (véase **Anexo I**) y cinco opiniones consultivas (véase **Anexo II**) que, en menor o mayor grado, la plantean. No obstante, sin dejar de distinguir la peculiar naturaleza e implicancia jurídica que cada una de estas resoluciones tiene, en el presente análisis destacaremos solo aquellas que realizan un aporte conceptual a la doctrina del control de convencionalidad, dejando de lado los que se limitan a mencionarla o reiteran algo ya señalado. Asimismo, expondremos la rendición de cuentas que, sobre esta materia, realiza la Corte IDH cuando presenta sus informes anuales ante la Asamblea General de la OEA.

1.2.2.1. La evolución en las sentencias y opiniones consultivas

Como lo hemos señalado desde un inicio, la primera sentencia que desarrolló explícitamente la doctrina del control de convencionalidad fue la del Caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*³⁵ en septiembre de 2006. En ella, la Corte IDH designó a los jueces nacionales como los responsables de su aplicación, siendo que dicha tarea debía ser ejercida en torno a las normas jurídicas internas (entiéndase, "ley", según el contexto de aquella ocasión), teniéndose como parámetro no solo al tratado, sino también a la jurisprudencia interamericana.

A los pocos meses, en noviembre del mismo año, la sentencia del caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*³⁶ abordó la materia

³⁵ Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*. Op. Cit., párrs. 123 y 124. La cita es la que sigue: *123. La descrita obligación legislativa del artículo 2 de la Convención tiene también la finalidad de facilitar la función del Poder Judicial de tal forma que el aplicador de la ley tenga una opción clara de cómo resolver un caso particular. Sin embargo, cuando el Legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, el Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella. El cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado, y es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el sentido de que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados, según el artículo 1.1 de la Convención Americana. Y 124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana. (Destacado añadido)*

³⁶ Corte IDH. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 158, párr. 128. La cita es la que sigue: *Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de*

refiriendo por “normas internas” ya no exclusivamente a las "leyes", sino a todo tipo de norma. Adicionalmente, señaló que el control de convencionalidad³⁷: (i) procede “de oficio” sin necesidad de que las partes lo soliciten; y (ii) debe ejercerse dentro del marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, considerando otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia.

En noviembre de 2007 se dictó la sentencia del caso *Boyce y otros vs. Barbados*³⁸. En ella, se explicó cómo debe realizarse el juicio de convencionalidad, el cual incluye como normas bajo control tanto a las leyes como a la Constitución. Es decir, si existiesen dudas sobre si aquel control de convencionalidad sobre “las normas internas” incluye o no a la Constitución, deben quedar disipadas. Ello pues, la Corte IDH, como ha hecho en casos anteriores³⁹, declaró una disposición constitucional como contrario a la CADH. En

constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones. (Destacado añadido)

³⁷ Como es posible apreciar, no se trata ya de “una especie de control de convencionalidad” como se dijo en la sentencia *Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*, sino un “control de convencionalidad”, es decir, una figura con contenido y personalidad propia.

³⁸ Corte IDH. *Caso Boyce y otros Vs. Barbados*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C No. 169, párrs. 77 y 78. La cita es como sigue: 77. *La Corte observa que el CJCP llegó a la conclusión mencionada anteriormente a través de un análisis puramente constitucional, en el cual no se tuvo en cuenta las obligaciones que tiene el Estado conforme a la Convención Americana y según la jurisprudencia de esta Corte. De acuerdo con la Convención de Viena sobre la Ley de Tratados, Barbados debe cumplir de buena fe con sus obligaciones bajo la Convención Americana y no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación para el incumplimiento de dichas obligaciones convencionales. En el presente caso, el Estado está precisamente invocando disposiciones de su derecho interno a tales fines. Y 78. El análisis del CJCP no debería haberse limitado a evaluar si la LDCP era inconstitucional. Más bien, la cuestión debería haber girado en torno a si la ley también era “convencional”. Es decir, los tribunales de Barbados, incluso el CJCP y ahora la Corte de Justicia del Caribe, deben también decidir si la ley de Barbados restringe o viola los derechos reconocidos en la Convención. (...).*

³⁹ Corte IDH. *Caso “La Última Tentación de Cristo”(Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73, párrs. 72-73; *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros Vs. Trinidad y Tobago*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de junio de 2002. Serie C No. 94, párr. 152(c); *Caso Caesar Vs. Trinidad y Tobago*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de marzo de 2005. Serie C No. 123, párrs. 115-117.

concreto, manifestó que el artículo 26 de la Constitución de Barbados vulneraba el artículo 2 de la CADH, *ergo*, era inconvencional. Siendo así, no debe de extrañar su instrucción en el sentido de que los tribunales nacionales no deben limitarse a evaluar la constitucionalidad de sus resoluciones judiciales, sino también su convencionalidad⁴⁰.

Mediante la sentencia del caso *Heliodoro Portugal vs. Panamá*⁴¹ de agosto de 2008, la Corte IDH destacó un papel diferente para el juez nacional frente al mero rol de inaplicador de normas internas contrarias a la CADH que antes había señalado. Precisó que todo operador de justicia debe “velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales”, tarea que se enmarcaría en dos tipos de medidas que derivan del artículo 2 de la CADH, a decir: i) la supresión de normas y prácticas que contravengan la Convención, y ii) la expedición de normas y desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías.

No obstante, con el fallo del caso *Radilla Pacheco vs. México*⁴² dado en noviembre de 2009, la Corte IDH aseveró que la sola expedición o supresión de normas no garantiza

⁴⁰ Corte IDH (2019). *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. P. 5. Véanse también las anteriores ediciones de 2017 y 2015.

⁴¹ Corte IDH. *Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 186, párr. 180. La cita es la que sigue: *La Corte ha interpretado que tal adecuación implica la adopción de medidas en dos vertientes, a saber: i) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio, y ii) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías. Precisamente, respecto a la adopción de dichas medidas, es importante destacar que la defensa u observancia de los derechos humanos a la luz de los compromisos internacionales en cuanto a la labor de los operadores de justicia, debe realizarse a través de lo que se denomina “control de convencionalidad”, según el cual cada juzgador debe velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales, de manera que no quede mermado o anulado por la aplicación de normas o prácticas internas contrarias al objeto y fin del instrumento internacional o del estándar internacional de protección de los derechos humanos.* (Destacado añadido)

⁴² Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco Vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C No. 209, párrs. 338 y 340. La cita es como sigue: 338. *Para este Tribunal, no sólo la supresión o expedición de las normas en el derecho interno garantizan los derechos contenidos en la Convención Americana, de conformidad a la obligación comprendida en el*

los derechos contenidos en la CADH, siendo necesario, además, que la interpretación de las normas –prácticas judiciales– sea conforme o se adecue a los criterios establecidos en su jurisprudencia. Esta directriz fue repetida en el caso *Atala Riffo vs. Chile*⁴³ de febrero de 2012 y en el caso *Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena Mapuche) vs. Chile*⁴⁴ de mayo de 2014. Este último fallo, por ejemplo, reiteró que, en ejercicio del control de convencionalidad, las autoridades judiciales tienen como deber “aplicar los criterios o estándares establecidos en la jurisprudencia de la Corte”.

En noviembre de 2010, la sentencia del caso *Vélez Loor vs. Panamá*⁴⁵ delegó la responsabilidad de ejercer el control de convencionalidad a “los órganos de cualquiera de

artículo 2 de dicho instrumento. También se requiere el desarrollo de prácticas estatales conducentes a la observancia efectiva de los derechos y libertades consagrados en la misma. En consecuencia, la existencia de una norma no garantiza por sí misma que su aplicación sea adecuada. Es necesario que la aplicación de las normas o su interpretación, en tanto prácticas jurisdiccionales y manifestación del orden público estatal, se encuentren ajustadas al mismo fin que persigue el artículo 2 de la Convención. En términos prácticos, la interpretación del artículo 13 de la Constitución Política mexicana debe ser coherente con los principios convencionales y constitucionales de debido proceso y acceso a la justicia, contenidos en el artículo 8.1 de la Convención Americana y las normas pertinentes de la Constitución mexicana.; y 340. De tal manera, es necesario que las interpretaciones constitucionales y legislativas referidas a los criterios de competencia material y personal de la jurisdicción militar en México, se adecuen a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal, los cuales han sido reiterados en el presente caso (...). (Destacado añadido)

⁴³ Corte IDH. *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 284. La cita es como sigue: *En conclusión, con base en el control de convencionalidad, es necesario que las interpretaciones judiciales y administrativas y las garantías judiciales se apliquen adecuándose a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal en el presente caso. Ello es de particular relevancia en relación con lo señalado en el presente caso respecto a la proscripción de la discriminación por la orientación sexual de la persona de acuerdo a lo estipulado en el artículo 1.1. de la Convención Americana (supra apartado C.2).* (Destacado añadido)

⁴⁴ Corte IDH. *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C No. 279, párrs. 436, 461 y 464. La cita es como sigue: 436. (...) Adicionalmente, el Tribunal recuerda que, a fin de garantizar dicho derecho de la defensa a interrogar testigos, las autoridades judiciales deben aplicar esos criterios o estándares establecidos por la Corte (supra párrs. 242-247) en ejercicio del control de convencionalidad; 461. (...) No obstante, la Corte recuerda la importancia de que las autoridades judiciales apliquen los criterios o estándares establecidos en la jurisprudencia de la Corte respecto al contenido del derecho a recurrir del fallo penal condenatorio en ejercicio del control de convencionalidad a fin de garantizar dicho derecho (supra párr. 298); y, 464. (...) No obstante, la Corte recuerda que las autoridades judiciales deben aplicar los criterios o estándares establecidos en la jurisprudencia de la Corte (supra párrs. 307-312) en ejercicio del control de convencionalidad a fin de garantizar que la medida de prisión preventiva sea siempre adoptada de acuerdo a esos parámetros.

⁴⁵ Corte IDH. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 Serie C No. 218, párr. 287. La cita es la que sigue: *Asimismo, cabe*

los poderes cuyas autoridades ejerzan funciones jurisdiccionales”. Con ello, amplió el campo de operadores de este control. A los pocos días se emitió la sentencia del caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*⁴⁶ en la que además de reiterarse que la obligación de ejercer la doctrina es para todos “los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia”, se agregó que ello debe realizarse “en todos los niveles”.

En febrero de 2011, mediante la sentencia del caso *Gelman vs. Uruguay*⁴⁷, la Corte IDH estableció que la doctrina es también aplicable a leyes aprobadas en plebiscito y debe

resaltar que cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, quienes ejercen funciones jurisdiccionales también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos de cualquiera de los poderes cuyas autoridades ejerzan funciones jurisdiccionales deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. (Destacado añadido)

⁴⁶ Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010 Serie C No. 220, párr. 225. La cita es como sigue: *Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos judiciales vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana. (Destacado añadido)*

⁴⁷ Corte IDH. *Caso Gelman Vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C No.221., párr. 239. La cita es como sigue: *La sola existencia de un régimen democrático no garantiza, per se, el permanente respeto del Derecho Internacional, incluyendo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo cual ha sido así considerado incluso por la propia Carta Democrática Interamericana. La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo “susceptible de ser decidido” por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un “control de convencionalidad” (supra párr. 193), que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial. En este sentido, la Suprema Corte de Justicia ha ejercido, en el Caso Nibia Sabalsagaray Curutchet, un adecuado control de convencionalidad respecto de la Ley de Caducidad, al establecer, inter alia, que “el límite de la decisión de la mayoría reside, esencialmente, en dos cosas: la tutela de los derechos fundamentales (los primeros,*

ser ejercida no solo por los jueces, sino también por todos los poderes del Estado (en particular, los vinculados a la administración de justicia). Para una mejor ilustración citamos la sección pertinente:

(...) la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo “susceptible de ser decidido” por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un “control de convencionalidad” (supra párr. 193), que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial (párr. 239).

La sentencia del caso *Masacres de Río Negro vs. Guatemala*⁴⁸ de septiembre de 2012 agregó que la doctrina no solo debía ser aplicada entre las normas internas, por un lado, y la CADH e interpretación que de ella haga la Corte IDH, por otro; sino que también debían considerarse otros tratados de derechos humanos de los que es parte el Estado, así como la interpretación que de los mismos haga el mencionado tribunal. De

entre todos, son el derecho a la vida y a la libertad personal, y no hay voluntad de la mayoría, ni interés general ni bien común o público en aras de los cuales puedan ser sacrificados) y la sujeción de los poderes públicos a la ley” . Otros tribunales nacionales se han referido también a los límites de la democracia en relación con la protección de derechos fundamentales. (Destacado añadido)

⁴⁸ Corte IDH. *Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012 Serie C No. 250, párr. 262. La cita es como sigue: *Asimismo, este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que, cuando un Estado es parte de tratados internacionales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer, dichos tratados obligan a todos sus órganos, incluido el poder judicial, cuyos miembros deben velar por que los efectos de las disposiciones de dichos tratados no se vean mermados por la aplicación de normas o interpretaciones contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un “control de convencionalidad” entre las normas internas y los tratados de derechos humanos de los cuales es Parte el Estado, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, como el ministerio público, deben tener en cuenta no solamente la Convención Americana y demás instrumentos interamericanos, sino también la interpretación que de estos ha hecho la Corte Interamericana. (Destacado añadido)*

igual modo, agregó como responsable de la aplicación del control de convencionalidad al Ministerio Público de cada país.

Mediante el caso *Gutiérrez y Familia vs. Argentina*⁴⁹ de noviembre de 2013 se incluyó por primera vez en los Puntos Resolutivos la tarea estatal de instruir a autoridades públicas (Policía Federal Argentina, Policía de la Provincia de Buenos Aires y Policía Judicial de dicha Provincia), entre otras cosas, en el control de convencionalidad. Tal medida ha sido reiterada en posteriores sentencias como las del caso *Osorio Rivera y Familiares vs. Perú*⁵⁰ de noviembre de 2013 y el caso *Rochac Hernández y otros vs. El Salvador*⁵¹ de octubre de 2014. Pese a ello, a los pocos meses, en enero de 2014, la sentencia del caso *Liakat Ali Alibux vs. Suriname*⁵² estableció que, aunque existe una

⁴⁹ Corte IDH. *Caso Gutiérrez y Familia Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C No. 271, punto resolutivo N° 10. La cita es como sigue: *El Estado deberá integrar a los currículos de formación o planes de estudio de la Policía Federal Argentina y de la Policía de la Provincia de Buenos Aires, así como de la Policía Judicial de dicha Provincia, en un plazo razonable y con la respectiva disposición presupuestaria, cursos de capacitación sobre las obligaciones de respeto y garantía de los derechos humanos, particularmente el derecho a la vida, y sobre la obligación de investigar con debida diligencia y la tutela judicial efectiva, así como el control de convencionalidad, refiriéndose al presente caso y a esta Sentencia, de conformidad con lo establecido en los párrafos 166 a 168 de la misma.*

⁵⁰ Corte IDH. *Caso Osorio Rivera y Familiares Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2013. Serie C No. 274, párr. 274. La cita es como sigue: *Si bien la Corte ya ha ordenado al Estado peruano realizar cursos de capacitación permanentes en derechos humanos a miembros de fuerzas armadas y policiales en el marco de los casos La Cantuta y Anzualdo Castro, no consta que a la fecha se hubiere dado cumplimiento cabal a dichas medidas. Dado que la educación en derechos humanos en el seno de las Fuerzas Armadas resulta crucial para generar garantías de no repetición de hechos tales como los del presente caso, la Corte estima pertinente ordenar al Estado que implemente, en un plazo razonable, programas permanentes de derechos humanos y derecho internacional humanitario en las escuelas de formación de las Fuerzas Armadas, incluyendo específicamente cuestiones de desaparición forzada de personas y control de convencionalidad.*

⁵¹ Corte IDH. *Caso Rochac Hernández y otros Vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014. Serie C No. 285, párr. 244. La cita es como sigue: *Por otra parte, la Corte estima pertinente ordenar al Estado que implemente, en un plazo razonable, programas permanentes de derechos humanos dirigidos a policías, fiscales, jueces y militares, así como a funcionarios encargados de la atención a familiares y víctimas de desaparición forzada de personas, en los cuales se incluya el tema de los derechos humanos de niñas y niños desaparecidos durante el conflicto armado interno y del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, así como del control de convencionalidad.*

⁵² Corte IDH. *Caso Liakat Ali Alibux Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de enero de 2014. Serie C No. 276, párr. 124. La cita es como sigue: *“Finalmente, en relación con los argumentos del representante y de la Comisión (supra párrs. 112 y 113) sobre la vulneración del derecho a la protección judicial con motivo de la ausencia de un Tribunal Constitucional, si bien la Corte reconoce la importancia de éstos órganos como protectores de los mandatos constitucionales y los derechos fundamentales, la Convención Americana no impone un modelo específico*

obligación de aplicar el control de convencionalidad, la CADH no impone un modelo específico de cómo concretarlo.

En agosto del mismo año, la Corte IDH emitió su opinión consultiva⁵³ OC-21/14 – *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*⁵⁴. En ella afirmó que los órganos estatales deben realizar el control de convencionalidad también sobre base de lo recogido en sus opiniones consultivas, en tanto su competencia contenciosa y no contenciosa comparten el propósito de proteger los derechos fundamentales de las personas.

Adicionalmente, señaló que todos los Estados miembros de la OEA, también aquellos que no son parte de la CADH, encuentran en la *norma convencional*

para realizar un control de constitucionalidad y convencionalidad. En este sentido, la Corte recuerda que la obligación de ejercer un control de convencionalidad entre las normas internas y la Convención Americana le compete a todos los órganos del Estado, incluidos sus jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles. (Destacado añadido)

⁵³ A la fecha, la Corte IDH ha emitido más de 25 opiniones consultivas. La OC-20/09 del 29 de setiembre de 2009 incluyó en el voto concurrente del juez García Ramírez una mención de la doctrina del control de convencionalidad, más no un desarrollo (Cf. Párr. 9 del voto concurrente).

⁵⁴ Corte IDH. *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21, párr. 31. La cita es como sigue: *31. Del mismo modo, la Corte estima necesario recordar que, conforme al derecho internacional, cuando un Estado es parte de un tratado internacional, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dicho tratado obliga a todos sus órganos, incluidos los poderes judicial y legislativo, por lo que la violación por parte de alguno de dichos órganos genera responsabilidad internacional para aquél. Es por tal razón que estima necesario que los diversos órganos del Estado realicen el correspondiente control de convencionalidad, también sobre la base de lo que señale en ejercicio de su competencia no contenciosa o consultiva, la que innegablemente comparte con su competencia contenciosa el propósito del sistema interamericano de derechos humanos, cual es, “la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos”. A su vez, a partir de la norma convencional interpretada a través de la emisión de una opinión consultiva, todos los órganos de los Estados Miembros de la OEA, incluyendo a los que no son Parte de la Convención pero que se han obligado a respetar los derechos humanos en virtud de la Carta de la OEA (artículo 3.1) y la Carta Democrática Interamericana (artículos 3, 7, 8 y 9), cuentan con una fuente que, acorde a su propia naturaleza, contribuye también y especialmente de manera preventiva, a lograr el eficaz respeto y garantía de los derechos humanos y, en particular, constituye una guía a ser utilizada para resolver las cuestiones sobre infancia en el contexto de la migración y así evitar eventuales vulneraciones de derechos humanos. (Destacado añadido)*

*interpretada*⁵⁵ proveniente de la función consultiva de la Corte IDH una fuente que, acorde a su propia naturaleza, contribuye a lograr el respeto y la garantía de los derechos humanos. En este mismo sentido, en febrero de 2016, por medio de la OC-22, manifestó que las opiniones consultivas “cumplen, en alguna medida, la función propia de un control de convencionalidad preventivo”⁵⁶.

En diciembre de 2016, a través de la sentencia del caso *Andrade Salmón vs. Bolivia*, la Corte IDH reiteró que su jurisprudencia reciente “ha reconocido que todas las autoridades de un Estado Parte en la Convención, tienen la obligación de ejercer un ‘control de convencionalidad’, de forma tal que la interpretación y aplicación del derecho nacional sea consistente con las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos”⁵⁷. En otros términos, de acuerdo con el recuento realizado hasta aquí

⁵⁵ La denominación *norma convencional interpretada* fue utilizada en la resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia del *Caso Gelman vs. Uruguay* de marzo de 2013. Desde entonces, el juez interamericano Ferrer Mac-Gregor la ha utilizado en sus votos razonados, explicando que en aquella resolución la Corte IDH estableció que la *norma convencional interpretada* tiene efectos vinculantes tanto para el caso particular (*res judicata*) como para la generalidad de los Estados parte de la CADH (*res interpretata*). Este concepto, intrínsecamente relacionado a la doctrina del control de convencionalidad, constituiría según aquel autor un elemento más para la construcción de un *ius constitutionale commune americanum*, o al menos, *latinoamericanum*. Corte IDH. *Caso Gelman Vs. Uruguay*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 20 de marzo de 2013, párr. 67 y véase también el voto concurrente de Ferrer Mac Gregor en dicha oportunidad; *Caso de la Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) Vs. Ecuador*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2013. Serie C No. 266. Voto concurrente del juez Ferrer Mac-Gregor, párr. 79; *Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2013. Serie C No. 268. Voto concurrente del juez Ferrer Mac-Gregor, párr. 99.

⁵⁶ Corte IDH. *Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el sistema interamericano de derechos humanos (Interpretación y alcance del artículo 1.2, en relación con los artículos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46, y 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del artículo 8.1 A y B del Protocolo de San Salvador)*. Opinión Consultiva OC-22/16 de 26 de febrero de 2016. Serie A No. 22, párr. 26. La cita es como sigue: *La Corte recuerda, como lo ha hecho en otras oportunidades, que la labor interpretativa que debe cumplir en ejercicio de su función consultiva difiere de su competencia contenciosa en que no existen “partes” involucradas en el procedimiento consultivo, y no existe tampoco un litigio a resolver. El propósito central de la función consultiva es obtener una interpretación judicial sobre una o varias disposiciones de la Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. En este orden de ideas, las Opiniones Consultivas cumplen, en alguna medida, la función propia de un control de convencionalidad preventivo.*

⁵⁷ Corte IDH. *Caso Andrade Salmón Vs. Bolivia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de diciembre de 2016. Serie C No. 330, párr. 93. La cita es como sigue: 93. *El referido carácter*

sobre la noción de control de convencionalidad que maneja la Corte IDH, dicha “interpretación y aplicación del derecho nacional” debe ser consecuente con la CADH, con otros tratados interamericanos de derechos humanos y con la interpretación hecha por la Corte IDH en cada uno de ellos.

En noviembre de 2017, la Corte IDH emitió dos opiniones consultivas, la OC-23/17 – *Medio Ambiente y Derechos Humanos*⁵⁸ y la OC-24/17 – *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*⁵⁹. En la primera, reiteró que es necesario que el Estado realice un control de convencionalidad también sobre la base de sus opiniones consultivas (asimismo, en la OC-25/18 – *La institución del asilo y su*

complementario de la jurisdicción internacional significa que el sistema de protección instaurado por la Convención Americana no sustituye a las jurisdicciones nacionales, sino que las complementa. De tal manera, el Estado es el principal garante de los derechos humanos de las personas, por lo que, si se produce un acto violatorio de dichos derechos, es él quien debe de resolver el asunto a nivel interno y, de ser el caso, reparar, antes de tener que responder ante instancias internacionales. En este sentido, la jurisprudencia reciente ha reconocido que todas las autoridades de un Estado Parte en la Convención, tienen la obligación de ejercer un “control de convencionalidad”, de forma tal que la interpretación y aplicación del derecho nacional sea consistente con las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos.

⁵⁸ Corte IDH. *Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2020. Serie C No. 400, párr. 28. La cita es como sigue: 28. (...) *Es por tal razón que estima necesario que los diversos órganos del Estado realicen el correspondiente control de convencionalidad para la protección de todos los derechos humanos, también sobre la base de lo que señale en ejercicio de su competencia consultiva, la que innegablemente comparte con su competencia contenciosa el propósito del sistema interamericano de derechos humanos, cual es, “la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos.*

⁵⁹ Corte IDH. *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Serie A No. 24, párr. 223. La cita es como sigue: 223. *Aunado a lo anterior, la evolución del matrimonio da cuenta de que su actual configuración responde a la existencia de complejas interacciones entre aspectos de carácter cultural, religioso, sociológico, económico, ideológico y lingüístico. En ese sentido, la Corte observa que, en ocasiones, la oposición al matrimonio de personas del mismo sexo está basada en convicciones religiosas o filosóficas. El Tribunal reconoce el importante rol que juegan dichas convicciones en la vida y en la dignidad de las personas que la profesan; no obstante, éstas no pueden ser utilizadas como parámetro de convencionalidad puesto que la Corte estaría impedida de utilizarlos como una guía interpretativa para determinar los derechos de seres humanos. En tal sentido, el Tribunal es de la opinión que tales convicciones no pueden condicionar lo que la Convención establece respecto de la discriminación basada en orientación sexual. Es así como en sociedades democráticas debe existir coexistencia mutuamente pacífica entre lo secular y lo religioso; por lo que el rol de los Estados y de esta Corte, es reconocer la esfera en la cual cada uno de éstos habita, y en ningún caso forzar uno en la esfera de otro.* (Destacado añadido)

reconocimiento como derecho humano en el Sistema Interamericano de Protección⁶⁰, del año siguiente); mientras que en la segunda, tras considerar que la oposición al matrimonio entre personas del mismo sexo radicaría solo en convicciones religiosas y filosóficas, aseveró que tales creencias no pueden hacer parte del parámetro de convencionalidad.

Mediante la sentencia del caso *Órdenes Guerra y otros vs. Chile*⁶¹ de noviembre de 2018, referido a demandas civiles de indemnización en razón de crímenes de lesa humanidad dados entre 1973 y 1974, la Corte IDH consideró que si bien corresponde al legislativo determinar la inaplicabilidad de las normas de prescripción de acciones civiles que solicitaban los demandantes, de todos modos, constituye función actual y futura de todos los órganos vinculados a la administración de justicia ejercer un control de convencionalidad –inaplicando las normas de prescripción– en causas análogas a las presentadas en el caso. Al poco tiempo, la Corte IDH afirmó, a través del caso *Colindres*

⁶⁰ Corte IDH. *La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el Sistema Interamericano de Protección (interpretación y alcance de los artículos 5, 22.7 y 22.8, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-25/18 de 30 de mayo de 2018. Serie A No. 25, párr. 58. La cita es como sigue: 58. *La Corte estima necesario, además, recordar que, conforme al derecho internacional, cuando un Estado es parte de un tratado internacional, como la Convención Americana, dicho tratado obliga a todos sus órganos, incluidos los poderes judicial y legislativo, por lo que la violación por parte de alguno de dichos órganos genera responsabilidad internacional para aquél. Es por tal razón que estima necesario que los diversos órganos del Estado realicen el correspondiente control de convencionalidad, también sobre la base de lo que señale en ejercicio de su competencia no contenciosa o consultiva, la que innegablemente comparte con su competencia contenciosa, el propósito del sistema interamericano de derechos humanos, cual es, “la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos”.*

⁶¹ Corte IDH. *Caso Órdenes Guerra y otros Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2018. Serie C No. 372, párr. 136. La cita es como sigue: *En virtud de lo anterior, si bien la emisión de una ley que determine expresamente la inaplicabilidad de la figura de la prescripción en ese tipo de acciones civiles, podría ser una vía pertinente para cerrar en definitiva futuras interpretaciones contrarias a la Convención en ese sentido, la Corte considera que no han sido aportadas suficientes razones para considerar que ello sea una medida absolutamente indispensable para garantizar la no repetición de los hechos, por lo cual no corresponde ordenarlo. Corresponderá a las autoridades legislativas del Estado determinar la viabilidad y pertinencia de ello en el marco de sus competencias. Sin perjuicio de ello, es función actual y futura de todos los órganos vinculados a la administración de justicia del Estado, en todos los niveles, ejercer un adecuado control de convencionalidad en causas similares a las presentadas en este caso.*

*Schonenberg vs. El Salvador*⁶² de febrero de 2019 que, conforma una obligación ejercer un control de convencionalidad por el que la aplicación e interpretación del derecho nacional sea consistente con los compromisos internacionales en materia de derechos humanos, considerando para ello, tanto al tratado como a las exégesis de la Corte IDH.

En agosto de 2020, en el caso *Acosta Martínez y otros vs. Argentina*⁶³, la Corte IDH explicitó que el control de convencionalidad se ampara en los artículos 1.1. y 2 de la CADH. Ya en noviembre, en *Olivares Muñoz y otros vs. Venezuela*⁶⁴, reiteró el criterio *Órdenes Guerra*, aseverando que, en virtud del control de convencionalidad, “con

⁶² Corte IDH. *Caso Colindres Schonenberg Vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de febrero de 2019. Serie C No. 373, párr. 129. La cita es como sigue: *Esta Corte ha señalado que todas las autoridades de un Estado Parte en la Convención, tienen la obligación de ejercer un “control de convencionalidad” entre los actos u omisiones y las normas internas y la Convención Americana, de forma tal que la interpretación y aplicación del derecho nacional sea consistente con las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos. Este control de convencionalidad debe realizarse en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes y en esta tarea, teniendo en cuenta no solo el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.*

⁶³ Corte IDH. *Caso Acosta Martínez y otros Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2020. Serie C No. 410, párr. 79. La cita es como sigue: *Este artículo 7.2 reconoce (...) la garantía primaria del derecho a la libertad física: la reserva de ley (...) Esta reserva de ley implica, en primer lugar, una garantía formal, en el sentido de que toda restricción de la libertad debe emanar de una “norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados Partes para la formación de leyes”. Pero también implica, en segundo lugar, un aspecto material, el principio de tipicidad que obliga a los Estados a establecer, tan concretamente como sea posible y “de antemano”, las “causas” y “condiciones” de la privación de la libertad física. De esta forma, la propia Convención remite al derecho interno del Estado concernido para poder analizar el cumplimiento del artículo 7.2. Tal remisión no implica que la Corte deje de fallar de acuerdo a la Convención, ni que realice un control de constitucionalidad o de legalidad de la normativa interna. Únicamente implica un control de convencionalidad, amparado, además, en los artículos 1.1 y 2 de la Convención.*

⁶⁴ Corte IDH. *Caso Olivares Muñoz y otros Vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de noviembre de 2020. Serie C No. 415, párr. 173. La cita es como sigue: *(...) la Corte determina que el Estado venezolano, en un plazo razonable, deberá adecuar la normativa interna, a lo considerado en los párrafos 107 y 108 de la presente Sentencia. Sin perjuicio de ello, el Tribunal reitera que los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un control de convencionalidad entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes; en esta tarea, las autoridades internas 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. De esa cuenta, con independencia de las reformas legales que el Estado deba adoptar, deviene imperativo que las autoridades ajusten su interpretación normativa a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal, los que han sido reiterados en la presente Sentencia.*

independencia de las reformas legales que el Estado deba adoptar, deviene imperativo que las autoridades ajusten su interpretación normativa a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal”.

1.2.2.2.El reflejo en los Informes Anuales entregados a la OEA

Finalmente, si consideramos en el campo de indagación la totalidad de los Informes Anuales⁶⁵ que la Corte IDH ha presentado a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos desde el año 1980 hasta el último de 2020, 41 informes a la fecha, podríamos agregar que:

- a) En cuanto a su competencia contenciosa, la Corte IDH –casi sin variación– ha citado siempre de modo explícito las disposiciones de la CADH señalando que su fallo es “definitivo e inapelable” y que “los Estados Partes se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes” (artículos 67 y 68 de la Convención);
- b) En cuanto a su competencia consultiva, este órgano judicial sostuvo hasta el informe del año 1984⁶⁶ que “las opiniones de la Corte no sólo desarrollarían la jurisprudencia interamericana en el campo de los derechos humanos, sino que también ayudarían a promover uniformidad en las

⁶⁵ Convención Americana sobre Derechos Humanos. Artículo 65: *La Corte someterá a la consideración de la Asamblea General de la Organización en cada período ordinario de sesiones un informe sobre su labor en el año anterior. De manera especial y con las recomendaciones pertinentes, señalará los casos en que un Estado no haya dado cumplimiento a sus fallos.*

⁶⁶ Cf. Corte IDH. Informe Anual a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos – Año 1984, p. 7.

interpretaciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”. No obstante, a partir del informe del año 1985⁶⁷, a raíz de su Opinión Consultiva 4/84, Propuesta de modificación de la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización, modificó dicha redacción afirmando que, de acuerdo al artículo 64.2 de la CADH, también puede considerar proyectos de ley, siendo que “recurrir a esta disposición puede contribuir a que los tribunales nacionales apliquen uniformemente la Convención”. Desde el informe del año 1991⁶⁸ no incluyó más este párrafo, concluyendo solo que la competencia consultiva de la Corte IDH “fortalece la capacidad de la Organización para resolver los asuntos que surjan por la aplicación de la Convención”.

- c) En cuanto al tratamiento expreso del control de convencionalidad, en los informes del año 2010⁶⁹ y 2011⁷⁰, se incluyó un apartado exponiendo su concepto según diversas sentencias dadas hasta la fecha. En este último documento se informó también de un curso dictado sobre este tópico en Ciudad de México. En el informe de 2012⁷¹, además de ser elogiado en el prólogo por el entonces presidente de la Corte IDH, GARCÍA SAYÁN, fue abordado con amplitud –como doctrina– y se dio cuenta de la realización de algunos seminarios en Chile y en Ecuador.

⁶⁷ Cf. Corte IDH. Informe Anual a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos – Año 1985, p. 7.

⁶⁸ Cf. Corte IDH. Informe Anual a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos – Año 1991, p. 8.

⁶⁹ Cf. Corte IDH. Informe Anual a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos – Año 2010, p. 58.

⁷⁰ Cf. Corte IDH. Informe Anual a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos – Año 2011, pp. 52 y 76.

⁷¹ Cf. Corte IDH. Informe Anual a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos – Año 2012, pp. 3, 68, 69, 100 y 103.

En el informe de 2013⁷², tras ser reiterado positivamente en el prólogo por el presidente del tribunal, se incorporaron párrafos análogos a los del informe anterior y se anotó la realización un curso de capacitación sobre el asunto en Brasil. En el informe de 2014⁷³, luego de abordarse el control de convencionalidad en el prólogo por el entonces presidente SIERRA, se incluyó en el ejercicio de esta herramienta –quizás debido a la OC-21/14– no solo a las sentencias, sino también a las opiniones consultivas, exponiéndose una vez más su desarrollo:

Estos avances jurisprudenciales establecen estándares que son importantes cuando los órganos y funcionarios del poder público a nivel interno realizan el denominado “control de convencionalidad” en el ámbito de sus respectivas competencias. Al respecto, la Corte ha recordado que es consciente de que las autoridades nacionales están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por

⁷² Cf. Corte IDH. Informe Anual a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos – Año 2013, pp. 1, 53, 54 y 98.

⁷³ Corte IDH. Informe Anual a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos – Año 2014, pp. 1, 40 y 41. Los términos utilizados por el presidente de la Corte IDH se citan a continuación: *Sin embargo, las labores de la Corte Interamericana no terminan cuando una Sentencia o una Opinión consultiva son emitidas. La efectiva protección de los derechos humanos de las personas adquiere una materialización real a través del diálogo dinámico con instituciones nacionales, particularmente, las jurisdiccionales. Bajo este espíritu, son los propios operadores nacionales los que, a través del diálogo jurisprudencial y un adecuado control de convencionalidad, siempre en el marco de sus competencias, dotan de real valor a las decisiones de la Corte Interamericana. Cada vez de manera más enérgica se viene realizando un control dinámico y complementario de las obligaciones convencionales de respetar y garantizar los derechos humanos, conjuntamente con las autoridades internas.*

que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. En este sentido, la Corte ha establecido que todas las autoridades estatales están en la obligación de ejercer ex officio un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Ello se refiere al análisis que deben realizar los órganos y agentes estatales (particularmente los jueces y demás operadores de justicia) sobre la compatibilidad de las normas y prácticas nacionales con la Convención Americana. En sus decisiones y actos concretos, dichos órganos y agentes deben cumplir con la obligación general de garantizar los derechos y libertades protegidos en la Convención Americana, asegurándose de no aplicar normas jurídicas internas violatorias de dicho tratado, así como de aplicar correctamente este tratado y los estándares jurisprudenciales desarrollados por la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana. (Destacado nuestro)

En este sentido se ha instaurado un control dinámico y complementario de las obligaciones convencionales de los Estados de respetar y garantizar derechos humanos, conjuntamente entre las autoridades internas (primariamente obligadas) y las instancias internacionales (en forma complementaria), de modo que los criterios de decisión puedan ser conformados y adecuados entre sí. Así, la jurisprudencia de la Corte muestra casos en que se retoman decisiones de tribunales internos para

fundamentar y conceptualizar la violación de la Convención en el caso específico. En otros casos se ha reconocido que, en forma concordante con las obligaciones internacionales, los órganos, instancias o tribunales internos han adoptado medidas adecuadas para remediar la situación que dio origen al caso; ya han resuelto la violación alegada; han dispuesto reparaciones razonables, o han ejercido un adecuado control de convencionalidad.

En el informe de 2015⁷⁴, tras narrarse la realización de diversos talleres sobre el control de convencionalidad durante el 107º Período Ordinario de Sesiones y de incluirse su definición (apartado VIII, ‘Desarrollo Jurisprudencial’), se hizo mención de la elaboración de un Cuadernillo de Jurisprudencia que la aborda como eje temático. Asimismo, se dio cuenta de actividades donde este asunto fue tratado, entre ellos, el ‘XXI Encuentro Anual de Presidentes y Magistrados de Tribunales, Cortes y Sala Constitucionales de América Latina’ y una conferencia en la Cancillería de la República de Panamá a cargo del presidente de la Corte IDH.

En el informe de 2016⁷⁵, de modo similar, se anotó la noción actual de la Corte IDH sobre la doctrina del control de convencionalidad (apartado VIII, ‘Desarrollo Jurisprudencial’), se dio cuenta del Cuadernillo de Jurisprudencia sobre esta materia y se mencionaron los eventos en los que

⁷⁴ Cf. Corte IDH. Informe Anual a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos – Año 2015, pp. 25, 105, 162, 164 y 173.

⁷⁵ Cf. Corte IDH. Informe Anual a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos – Año 2016, pp. 122, 186 y 208.

ha sido tratada. En concreto: ‘Historias y perspectivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en un mundo global’ (Costa Rica), ‘Taller de Escuelas Judiciales y Centros de Formación de Magistrados de Iberoamérica’ (Paraguay) y ‘Curso de Capacitación para la Promoción y Defensa de los Derechos Humanos en México’ (México).

En el informe de 2017⁷⁶, además de reiterarse la noción actual de la Corte IDH sobre esta doctrina (apartado VIII, ‘Desarrollo Jurisprudencial’), se recordó –a propósito de la Opinión Consultiva N° 24– que las convicciones religiosas o filosóficas no pueden hacer parte de su parámetro. Se comentó también que el Cuadernillo de Jurisprudencia sobre el control de convencionalidad ha sido actualizado y que la lista de actividades en las que se ha promocionado esta doctrina son las siguientes: ‘El Control de Convencionalidad por Jurisdicciones Nacionales’ (Perú), ‘Impacto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Latinoamérica’ (Guatemala), ‘Justicia y migración: Una mirada desde los Derechos Humanos’ (Chile), y ‘I Seminário Referências Internacionais em Direitos Humanos – Controle de Convencionalidade e Jurisprudência na Corte Interamericana’ (Brasil).

⁷⁶ Cf. Corte IDH. Informe Anual a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos – Año 2017, pp. 122, 151, 187, 191, 193, 195 y 202.

Finalmente, los informes de los años 2018⁷⁷, 2019⁷⁸ y 2020⁷⁹ no agregaron nada sustantivo. En tal caso, tras replicar lo que la Corte IDH comprende por la doctrina del control de convencionalidad (apartado VIII, ‘Desarrollo Jurisprudencial’) y dar cuentas sobre la actualización del Cuadernillo de Jurisprudencia sobre dicha materia, se detallaron aquellos eventos en los que dicha figura ha sido promovida. En concreto, en 2018, ante el Tribunal Constitucional español y en el ‘XXIV Encuentro de la Jurisdicción de lo Contencioso’ (Colombia); en 2019, en el ‘Programa de Actualización sobre la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en El Salvador, Guatemala y Honduras’; y, en 2020, en el foro ‘Control de convencionalidad y estándares de debida diligencia en casos de violencia contra las mujeres y las niñas’ (El Salvador), y en el ‘Diplomado de Actualización sobre la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos’ (Guatemala, Honduras, El Salvador y México).

Como se aprecia, si bien la jurisprudencia interamericana constituye la fuente principal que desarrolla la doctrina del control de convencionalidad, al tener en cuenta fuentes adicionales como las opiniones consultivas, los informes anuales presentados a la Asamblea General de la OEA y las publicaciones oficiales de la Corte IDH, hemos podido acceder a una visión integral de la propuesta teórica que realiza. A continuación,

⁷⁷ Cf. Corte IDH. Informe Anual a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos – Año 2018, pp. 118, 187 y 189.

⁷⁸ Cf. Corte IDH. Informe Anual a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos – Año 2019, pp. 122-124, 194-197 y 204.

⁷⁹ Cf. Corte IDH. Informe Anual a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos – Año 2020, pp. 110, 121, 184, 188 y 191-192.

sintetizaremos los diversos elementos que componen esta doctrina –siempre desde el sentido dado por la propia Corte IDH–, en aras de presentar su definición.

1.2.3. Definición y ámbitos de estudio

Considerando los progresivos aportes realizados por la Corte IDH, a lo largo de los tres lustros de vida con los que ya cuenta la doctrina del control de convencionalidad, podríamos ensayar una definición⁸⁰. En fidelidad con sus propios términos, para la Corte IDH, se trata de:

«Una institución para aplicar el Derecho Internacional, siendo deber de toda autoridad pública, en particular de los jueces y de los órganos encargados de la administración de justicia en todos sus niveles, ejercer *ex officio* un control entre, de una parte, toda norma jurídica interna y, de otra parte, la Convención Americana, los demás instrumentos interamericanos de los que el Estado es parte, y la interpretación que de éstos ha hecho la Corte IDH, sea por medio de su función contenciosa o consultiva. Tal deber, desenvuelto en el marco de sus respectivas competencias y regulaciones procesales correspondientes, implica la adopción de medidas en dos vertientes: i) la supresión de las normas y prácticas de cualquier

⁸⁰ La Corte IDH ofrece también elementos para elaborar una definición operativa del control de convencionalidad. La misma: a) *Consiste en verificar la compatibilidad de las normas y demás prácticas internas con la CADH, la jurisprudencia de la Corte IDH y los demás tratados interamericanos de los cuales el Estado sea parte;* b) *Es una obligación que corresponde a toda autoridad pública en el ámbito de sus competencias;* c) *Para efectos de determinar la compatibilidad con la CADH, no sólo se debe tomar en consideración el tratado, sino que también la jurisprudencia de la Corte IDH y los demás tratados interamericanos de los cuales el Estado sea parte;* d) *Es un control que debe ser realizado ex officio por toda autoridad pública;* y e) *Su ejecución puede implicar la supresión de normas contrarias a la CADH o bien su interpretación conforme a la CADH, dependiendo de las facultades de cada autoridad pública.* Cf. Corte IDH (2019). *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. P. 6; y, sus ediciones anteriores en 2017 (p. 9) y 2015 (p.6).

naturaleza que entrañen la violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio, y ii) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías».

En suma, la doctrina del control de convencionalidad importa la confrontación del íntegro de normas o prácticas internas –sin excepción alguna– con los estándares interamericanos que, de acuerdo a la Corte IDH, están conformados no solo por la CADH y otros tratados interamericanos, sino también por toda interpretación que este órgano judicial haya hecho de éstos, fruto de un procedimiento contencioso o consultivo. Así, de encontrarse una incompatibilidad, los estándares interamericanos deben prevalecer. Esta tarea, además, constituye una obligación de toda autoridad nacional (de modo primario) y, luego, de la Corte IDH (de modo complementario) como parte de su labor inherente.

De ser ejercida esta labor por parte de la autoridad nacional, la prevalencia de los estándares interamericanos podría darse por medio de la supresión de normas o prácticas internas que la contraríen o a través de la expedición de normas o desarrollo de prácticas que la secunden. Esta segunda modalidad, como puede apreciarse, permitiría comprender que, ante determinadas omisiones normativas de un Estado, el ejercicio del control de convencionalidad suponga suplirlas, sea mediante normas o sea mediante el desenvolvimiento de algunas prácticas, por ejemplo, una debida interpretación conforme por parte de los operadores jurídicos. En suma, si queremos ceñirnos a lo que la misma Corte IDH comprende por esta prevalencia de los estándares interamericanos, podemos acudir a lo que ha desarrollado en torno al artículo 2 de la CADH:

La Corte Interamericana ha interpretado que la adecuación de la normativa interna a los parámetros establecidos en la Convención implica la adopción de medidas en dos vertientes, a saber: a) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio, y b) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías. La primera vertiente se satisface con la reforma, la derogación o la anulación de las normas o prácticas que tengan esos alcances, según corresponda. La segunda, obliga al Estado a prevenir la recurrencia de violaciones a los derechos humanos y, por eso, debe adoptar todas las medidas legales, administrativas y de otra índole que sean necesarias para evitar que hechos similares vuelvan a ocurrir en el futuro. El deber de adoptar disposiciones de derecho interno ha implicado, en ciertas ocasiones, la obligación por parte del Estado de tipificar penalmente determinadas conductas⁸¹.

Visto de este modo, la definición operativa fruto de la síntesis de los graduales aportes de la Corte IDH nos permitiría encontrar tres posibles ámbitos de estudio en esta materia⁸². Veámoslos a continuación.

⁸¹ CORTE IDH. *Caso Fornerón e hija vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 27 de abril de 2012. Serie C No. 242, p. 131.

⁸² Cf. E. JINESTA LOBO, “La construcción de un derecho administrativo común interamericano, reformulación de las fuentes del derecho administrativo con la constitucionalización del derecho internacional de los derechos humanos”, *Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo*, vol. 11, 2011, (Asociación de Derecho Público (San José de Costa Rica)), sec. II.

1.2.3.1.El *canon* del control de convencionalidad

El presente ámbito refiere a aquel marco referencial establecido por la Corte IDH al cual toda norma o actividad debe conformarse, de lo contrario, ser suprimida, inaplicada o reinterpretada. Así, mientras las sentencias ‘antecedente’ de los casos *Castillo Petruzzi y Otros vs. Perú* de 1999, *Durand y Ugarte vs. Perú* de 2000 y "*La Última Tentación de Cristo*" (*Caso Olmedo Bustos*) vs. *Chile* de 2001 establecieron que aquel modelo referencial residía en la CADH –no añadiendo nada sobre la jurisprudencia–, los siguientes fallos fueron a más.

En concreto, años más tarde, la sentencia *Almonacid Arellano vs. Chile* de 2006, la primera en abordar el control de convencionalidad de modo explícito, fijó como parámetros referenciales de convencionalidad no solo a la CADH, sino también a toda interpretación realizada por la Corte IDH, en otras palabras, su propia jurisprudencia. Posteriormente, en 2012, la sentencia del caso *Masacres de Río Negro vs. Guatemala* estableció que, en adelante, también debía considerarse como marco referencial todo tratado de derechos humanos que haya sido ratificado por el Estado, así como la jurisprudencia relativa elaborada por la Corte IDH. Finalmente, en 2014, por medio de la OC-21/14, la Corte IDH señaló que, en tanto su función consultiva busca proteger los derechos humanos, sus opiniones consultivas también deben formar parte del parámetro de convencionalidad.

Por tanto, condensando los aportes, tenemos que, en un primer momento, se tuvo como parámetro referencial, únicamente, a la CADH. Tras ello se incluyó a toda

interpretación que de ella realizase la Corte IDH. Luego, se agregó a todo tratado interamericano de derechos humanos del cual fuese parte el Estado, junto a las respectivas exégesis que de éstos hiciese la Corte IDH. Por último, se sumaron las resoluciones fruto de su función consultiva.

1.2.3.2.El *objeto* del control convencional

Este rubro ocupa la otra cara de la moneda, es decir, no ya aquel modelo supremo frente al cual hay que conformarse, sino –más bien– aquellas normas o prácticas que deben ser siempre coherentes con tal parámetro. Esto es, aquellos sobre los que recaerá el examen de convencionalidad.

De acuerdo a la sentencia del caso *Almonacid Arellano vs. Chile* de 2006, eran las “leyes” las que debían ser siempre evaluadas respecto a su coherencia convencional. Mas, al poco tiempo, a raíz del caso *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú* del mismo año, el *objeto* se extendió a toda “norma interna”.

Al año siguiente, en 2007, la sentencia del caso *Boyce y otros vs. Barbados* clarificó que por “toda norma”, debe comprenderse también a la Constitución. En tanto tribunal internacional llamado a aplicar derecho internacional, es cierto que no hay mayor diferencia entre el tipo de norma o acto doméstico a valorar – desde tal enfoque, todos ellos, meros hechos internos. De allí que, con anterioridad, la Corte IDH haya declarado la responsabilidad internacional de un Estado por mantener disposiciones

constitucionales consideradas como contrarias a la CADH⁸³. La novedad en esta ocasión, consiste en manifestar que las autoridades nacionales –ya no solo la Corte IDH– deban también someter su Constitución bajo un examen de convencionalidad, atendiendo a la plenitud del *canon* ya establecido.

En 2008, el caso *Heliodoro Portugal vs. Panamá* agregó, explícitamente, dentro de aquel campo de aplicación a las “prácticas de cualquier naturaleza” y, en el año 2011, la Corte IDH aseveró por medio del caso *Gelman vs. Uruguay* que la doctrina debía ser aplicada también a las “normas plebiscitadas”⁸⁴, en tanto los derechos humanos conforman un límite infranqueable a la decisión de las mayorías.

En suma, para la Corte IDH no existe hoy en día norma o práctica alguna al interior del Estado, independientemente de su nivel jerárquico y/o forma de legitimación democrática, que escape al escrutinio de convencionalidad.

1.2.3.3. Los *operadores* del control convencionalidad

Como resulta evidente, la aplicación de la doctrina no sería viable de no existir responsables concretos que la pongan en práctica. Esta sección aborda a aquellos

⁸³ Corte IDH. Caso “*La Última Tentación de Cristo*”(Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73, párrs. 72-73; Caso *Hilaire, Constantine y Benjamin y otros Vs. Trinidad y Tobago*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de junio de 2002. Serie C No. 94, párr. 152(c); Caso *Caesar Vs. Trinidad y Tobago*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de marzo de 2005. Serie C No. 123, párrs. 115-117.

⁸⁴ Sobre este asunto, haremos posteriores comentarios en el capítulo 4, atendiendo a Cf. COMISIÓN DE VENEZIA, “Directrices revisadas sobre la celebración de referendos (CDL-AD (2020) 031), adoptadas en la 124ª Sesión Plenaria en línea (8-9 de octubre de 2020)”, Estrasburgo, 2020, fecha de consulta 10 febrero 2021, en <https://bit.ly/3dBCzdA>.

designados por la Corte IDH para cumplir dicha labor, sin contar el papel que ella realiza por ser inherente a sus funciones.

Según la sentencia *Almonacid Arellano y otros de vs. Chile* de 2006, fueron los jueces nacionales (Poder Judicial) los primeros destinatarios del encargo para ejercer tal función. Con la sentencia *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú* del mismo año, se agregó que dicha tarea debía ser “de oficio”, es decir, sin necesidad de solicitud de parte, realizándolo cada juez dentro del marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes.

En 2007, con la sentencia del caso *Boyce y otros vs. Barbados*, se dispuso que los tribunales nacionales no deben circunscribirse a una valoración constitucional de sus resoluciones judiciales, sino también a una convencional. Fue recién a partir de 2008, mediante la sentencia *Heliodoro Portugal vs. Panamá*, que se enfatizó en el papel positivo de los jueces, consistente ya no solo en inaplicar normas y prácticas contrarias a la Convención, sino también en emitir normas y desarrollar prácticas que hagan efectiva la observancia de sus garantías, en tanto están llamados a velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales.

En 2009, a través del caso *Radilla Pacheco vs. México*, la Corte agregó que la sola emisión o supresión de normas no bastaba para garantizar el cumplimiento de la CADH, pues era preciso también que los jueces realicen una interpretación conforme. Por ello,

según terminología de SAGÜÉS⁸⁵, mal que bien podría decirse que, si desde *Almonacid Arellano* el acento del control de convencionalidad era “destructivo” –inaplicación de la norma–, a partir de *Radilla Pacheco* empezó a ser “constructivo”. Ello pues se daba espacio al rescate de la norma mediante la interpretación conforme. Sea ésta a través de un proceso de selección interpretativa cuando no de un proceso de construcción exegética.

Un año más tarde, por medio del caso *Vélez Loor vs. Panamá*, la Corte IDH incorporó como nuevos *operadores* a todos aquellos “órganos de cualquiera de los poderes cuyas autoridades ejerzan funciones jurisdiccionales”. Al poco tiempo, la sentencia *Cabrera García y Montiel Flores vs. México* reiteró tal aspecto, agregando que debía ser ejercido “en todos los niveles”.

Por último, en 2011, la sentencia *Gelman vs. Uruguay* estableció que no solo el Poder Judicial o todos aquellos operadores que ejerzan funciones jurisdiccionales eran responsables de la aplicación del control de convencionalidad, sino también toda autoridad pública estatal, esto es, todos los poderes del Estado. En resumen, si bien los jueces o los que ejercen cualquier tipo de función jurisdiccional fueron los primeros llamados a realizar esta confrontación normativa, actualmente, la Corte IDH considera que es tarea de toda autoridad nacional sin excepción.

* * *

⁸⁵ Cf. CORTE IDH, *Diálogo jurisprudencial e impacto de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Ciudad de México (México), 2013, sec. A partir del 51’ 30”, fecha de consulta 26 febrero 2021, en <https://bit.ly/3auAAWo>.

En suma, la narración precedente evidencia una permanente evolución de la doctrina del control de convencionalidad, por lo menos, hasta el año 2014, fecha en la que se emitió la OC-21/14. Mediante dicha resolución, según hemos ya afirmado, la Corte IDH incluyó a las opiniones consultivas como parte del parámetro de convencionalidad. Desde entonces, el tratamiento de dicha tesis en las posteriores sentencias y opiniones consultivas ha sido reiterativo y sin mayor aporte sustancial, probablemente, porque no haya mayor asunto relevante a agregar.

Si se aprecia, atendiendo a los tres ámbitos de estudio en los que hemos tenido a bien ordenar la información: el *canon*, lo conforman ya todos tratados interamericanos de derechos humanos y las exégesis sobre ellos realizadas por la Corte IDH, independientemente, de si nos hallamos en un proceso contencioso o consultivo; el *objeto*, lo constituyen ya la plenitud de normas y practicas internas, sin excepción alguna por jerarquías normativas y/o formas de legitimación democrática; los *operadores*, finalmente, están compuestos ya por todas las autoridades nacionales del Estado.

Dicho esto, habiendo agotado el estado actual de las cosas sobre esta figura, resulta provechoso preguntarnos por la fundamentación teórica sobre la que descansa, toda vez que una propuesta así –desde la perspectiva que la propia Corte IDH sugiere– supondría un cambio de paradigma al interior del SIDH en torno a la comprensión sobre lo que es un Estado Constitucional de Derecho y el rol que le compete a la Corte IDH, según veremos oportunamente en el capítulo 4.

1.2.4. *Fundamentación teórica*

Más allá de la fundamentación –no siempre ordenada ni exhaustiva– que la Corte IDH ha ido ofreciendo en cada uno de sus pronunciamientos de cara a justificar la existencia y alcances del control de convencionalidad, no ha sido sino hasta marzo de 2013 que ha detallado, en profundidad, un argumentario con el propósito de sustentar jurídicamente su creación y contenidos. Al día de hoy, dicho pronunciamiento, es el único que ha puntualizado en extenso los cimientos sobre los que se apoya la tesis del control de convencionalidad, razón por la cual acudiremos –necesaria y frecuentemente– a él.

En efecto, en dicha fecha, la Corte IDH emitió la resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia del caso *Gelman vs. Uruguay*⁸⁶. Si bien, a diferencia de los pronunciamientos que hemos venido comentando, no se trata ésta de una sentencia ni de una opinión consultiva, sino de una resolución de supervisión, no podríamos obviarla, toda vez que en ella la Corte IDH intentó responder a las duras críticas jurídicas que la Suprema Corte de Justicia del Uruguay esgrimió sobre el control de convencionalidad y el carácter vinculante de las sentencias interamericanas. Para dicho fin, la Corte IDH dividió su argumentación en dos bloques, uno referido a la mentada fuerza vinculante de sus sentencias y otro referido al control de convencionalidad en sí.

En el primer bloque, señaló que existe un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado que obliga a cumplir lo dispuesto en la decisión

⁸⁶ Corte IDH. *Caso Gelman Vs. Uruguay*. Supervisión (...). Op. Cit., párrs. 59-90. En razón de la gran cantidad de párrafos en mención incorporaremos las citas de las secciones más importantes a medida que resumimos los diversos argumentos dados por la Corte IDH.

de un Tribunal. De acuerdo a la Corte IDH, esto encuentra respaldo en la jurisprudencia internacional sobre el cumplimiento de los tratados de buena fe (*pacta sunt servanda*) y en el artículo 27⁸⁷ de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, en tanto no pueden alegarse razones de derecho interno para dejar de asumir la responsabilidad internacional establecida⁸⁸.

Asimismo, la Corte IDH agregó que, de acuerdo al artículo 2 de la Convención Americana, los Estados tienen el deber de adecuar su derecho interno a las disposiciones de la misma⁸⁹, siendo que por el artículo 67, sus fallos son definitivos e inapelables y, por el artículo 68.1, los Estados se comprometen a cumplir la decisión en todo caso en que sean partes⁹⁰. En relación a esto último, afirmó que si la sección resolutive de la sentencia

⁸⁷ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Artículo 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.*

⁸⁸ Cf. Corte IDH. *Caso Gelman Vs. Uruguay*. Supervisión (...). Op. Cit., párr. 59. La cita es como sigue: *La obligación de cumplir lo dispuesto en las decisiones del Tribunal corresponde a un principio básico del derecho sobre la responsabilidad internacional del Estado, respaldado por la jurisprudencia internacional, según el cual los Estados deben acatar el tratado internacional de buena fe (pacta sunt servanda) y, como ya ha señalado esta Corte y lo dispone el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, aquellos no pueden, por razones de orden interno, dejar de asumir la responsabilidad internacional ya establecida. Las obligaciones convencionales de los Estados Parte vinculan a todos los poderes y órganos del Estado, es decir, que todos los poderes del Estado (Ejecutivo, Legislativo, Judicial, u otras ramas del poder público) y otras autoridades públicas o estatales, de cualquier nivel, incluyendo a los más altos tribunales de justicia de los mismos, tienen el deber de cumplir de buena fe con el derecho internacional.*

⁸⁹ Cf. Corte IDH. *Caso Gelman Vs. Uruguay*. Supervisión (...). Op. Cit., párr. 60. La cita es como sigue: *Esta interpretación se deriva directamente del principio contenido en el mencionado artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Adicionalmente los Estados tienen la obligación general contenida en el artículo 2 de la Convención de adecuar su derecho interno a las disposiciones de la misma, para garantizar los derechos en ella consagrados, lo que implica, según las circunstancias de la situación concreta, la adopción de medidas en dos vertientes, a saber: i) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio, y ii) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías.*

⁹⁰ Cf. Corte IDH. *Caso Gelman Vs. Uruguay*. Supervisión (...). Op. Cit., párr. 61. La cita es como sigue: *La Corte reitera que, una vez que este Tribunal se ha pronunciado sobre el fondo y las reparaciones en un caso que fue sometido a su conocimiento, resulta necesario que el Estado observe las normas de la Convención que se refieren al cumplimiento de esa o esas sentencias. De conformidad con lo establecido en el artículo 67 de la Convención Americana, “[e]l fallo de la Corte será definitivo e inapelable”, el cual produce los efectos de autoridad de cosa juzgada. Asimismo, el artículo 68.1 de la Convención Americana estipula que “[l]os Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes”.*

refiere expresa y directamente a la sección considerativa, los razonamientos contenidos en ésta también forman parte de la obligación que el Estado debe cumplir de modo pleno⁹¹. Aseveró, finalmente, que los Estados deben garantizar el cumplimiento de la CADH y sus efectos propios (*effet utile*), referidos tanto a las normas sustantivas como a las procesales del tratado, siendo ejemplo de este último grupo aquellas que establecen el cumplimiento de las decisiones de la Corte IDH⁹².

En el segundo bloque, luego de apuntar que el control de convencionalidad es una institución para aplicar el derecho internacional de los derechos humanos en sede interna y de elaborar un breve resumen de los elementos que lo componen según la jurisprudencia dada hasta aquel momento, procedió a esgrimir dos de sus manifestaciones: una cuando el Estado ha sido parte del proceso contencioso y otra cuando no ha sido así.

Cuando el Estado ha sido parte del proceso, la Corte IDH establece que se está en presencia de una *cosa juzgada internacional*, razón por la cual el Estado tiene la

⁹¹ Cf. Corte IDH. *Caso Gelman Vs. Uruguay*. Supervisión (...). Op. Cit., párr. 62. La cita es como sigue: *Así, puesto que esta parte resolutive de sus sentencias debe ser cumplida, cuando la misma refiere expresa y directamente a la parte considerativa de las mismas (como es la Sentencia dictada en el caso Gelman), el razonamiento de la Corte es claramente parte integral de la Sentencia, a lo cual el Estado concernido también queda obligado de dar pleno cumplimiento. En este caso particular, el punto resolutive 9 de la Sentencia refiere directamente a los párrafos 252 a 256, 274 y 275 y el punto resolutive 11 de la misma refiere a los párrafos 253 y 254. De lo contrario, sería incongruente que la parte resolutive o dispositiva de la sentencia sea obligatoria sin que se tome en consideración la motivación y el contexto en que fue dictada, máxime cuando se tiene presente que, al tenor de lo dispuesto en los artículos 66 a 69 de la Convención, el fallo constituye un todo o una unidad. En atención a lo anterior, la obligación de los Estados Parte de dar pronto cumplimiento a las decisiones de la Corte es parte intrínseca de la obligación de cumplir de buena fe con la Convención Americana y vincula a todos los poderes y órganos estatales.*

⁹² Cf. Corte IDH. *Caso Gelman Vs. Uruguay*. Supervisión (...). Op. Cit., párr. 63. La cita es como sigue: *Los Estados Parte en la Convención deben garantizar el cumplimiento de las disposiciones convencionales y sus efectos propios (effet utile) en el plano de sus respectivos derechos internos. Este principio se aplica no sólo en relación con las normas sustantivas de los tratados de derechos humanos (es decir, las que contienen disposiciones sobre los derechos protegidos), sino también en relación con las normas procesales, tales como las que se refieren al cumplimiento de las decisiones de la Corte.*

obligación de cumplir y aplicar la sentencia⁹³. Añade que en estos casos “el órgano judicial tiene la función de hacer prevalecer la Convención Americana y los fallos de esta Corte sobre la normatividad interna, interpretaciones y prácticas que obstruyan el cumplimiento de lo dispuesto en un determinado caso”⁹⁴. Cuando el Estado no ha sido parte del proceso, la Corte IDH afirma que, por el solo hecho de ser parte de la CADH, todos los órganos de un Estado deben ejercer un control de convencionalidad “teniendo en cuenta el propio tratado y, según corresponda, los precedentes o lineamientos jurisprudenciales de la Corte Interamericana”⁹⁵.

De acuerdo con la Corte IDH, el control de convencionalidad realizado por las autoridades internas del Estado encontraría sentido en el principio de complementariedad o subsidiariedad y en el principio de prevención, pues el Estado es el primer garante de

⁹³ Cf. Corte IDH. *Caso Gelman Vs. Uruguay*. Supervisión (...). Op. Cit., párr. 68. La cita es como sigue: *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.*

⁹⁴ Corte IDH. *Caso Gelman Vs. Uruguay*. Supervisión (...). Op. Cit., párr. 73.

⁹⁵ Corte IDH. *Caso Gelman Vs. Uruguay*. Supervisión (...). Op. Cit., párr. 69. La cita es como sigue: *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.*

los derechos humanos de las personas y, con este mecanismo, se obligaría a los jueces y órganos a prevenir las violaciones de derechos, respectivamente. Solo en caso de no encontrarse solución en sede interna, el SIDH intervendría aplicando un *control complementario de convencionalidad*⁹⁶. Así, según la Corte IDH, en la actualidad determinadas sentencias de altos tribunales nacionales de la región darían cuenta –aunque con diversos alcances– del reconocimiento de la jurisprudencia interamericana como fuente de derecho⁹⁷.

Finalmente, la Corte IDH concluyó su argumentación señalando que:

Una vez que este Tribunal ha dictado Sentencia en el presente caso, la cual produce los efectos de la autoridad de cosa juzgada, de conformidad con los principios generales del Derecho Internacional y con lo dispuesto en los artículos 67 y 68 de la Convención Americana, el Estado y todos sus órganos se encuentran

⁹⁶ Cf. Corte IDH. *Caso Gelman Vs. Uruguay*. Supervisión (...). Op. Cit., párrs. 70 y 72. La cita es como sigue: 70. *La Corte estima pertinente precisar que la concepción del llamado control de convencionalidad tiene íntima relación con el “principio de complementariedad”, en virtud del cual la responsabilidad estatal bajo la Convención sólo puede ser exigida a nivel internacional después de que el Estado haya tenido la oportunidad de declarar la violación y reparar el daño ocasionado por sus propios medios. Este principio de complementariedad (también llamado “de subsidiariedad”) informa transversalmente el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el cual es, tal como lo expresa el Preámbulo de la misma Convención Americana, “coadyuvante o complementario de la [protección] que ofrece el derecho interno de los Estados americanos”. De tal manera, el Estado “es el principal garante de los derechos humanos de la personas, de manera que, si se produce un acto violatorio de dichos derechos, es el propio Estado quien tiene el deber de resolver el asunto a nivel interno y, [en su caso,] reparar, antes de tener que responder ante instancias internacionales como el Sistema Interamericano, lo cual deriva del carácter subsidiario que reviste el proceso internacional frente a los sistemas nacionales de garantías de los derechos humanos”; y 72. De tal modo, el control de convencionalidad es una obligación propia de todo poder, órgano o autoridad del Estado Parte en la Convención, los cuales deben, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, controlar que los derechos humanos de las personas sometidas a su jurisdicción sean respetados y garantizados. Así adquiere sentido el mecanismo convencional, el cual obliga a todos los jueces y órganos judiciales a prevenir potenciales violaciones a derechos humanos, las cuales deben solucionarse a nivel interno teniendo en cuenta las interpretaciones de la Corte Interamericana y, solo en caso contrario, pueden ser considerados por ésta, en cuyo supuesto ejercerá un control complementario de convencionalidad.*

⁹⁷ Cf. Corte IDH. *Caso Gelman Vs. Uruguay*. Supervisión (...). Op. Cit., párrs. 74-86.

obligados a darle pleno cumplimiento. La Sentencia no se limita en su efecto vinculante a la parte dispositiva del fallo, sino que incluye todos los fundamentos, motivaciones, alcances y efectos del mismo, de modo que aquélla es vinculante en su integridad, incluyendo su ratio decidendi. Así, puesto que la parte resolutive o dispositiva de la Sentencia refiere expresa y directamente a su parte considerativa, ésta es claramente parte integral de la misma y el Estado también está obligado a darle pleno acatamiento. La obligación del Estado de dar pronto cumplimiento a las decisiones de la Corte es parte intrínseca de su obligación de cumplir de buena fe con la Convención Americana y vincula a todos sus poderes y órganos, incluidos sus jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, por lo cual no puede invocar disposiciones del derecho constitucional u otros aspectos del derecho interno para justificar una falta de cumplimiento de la Sentencia. En razón de estar en presencia de cosa juzgada internacional, y precisamente porque el control de convencionalidad es una institución que sirve como instrumento para aplicar el Derecho Internacional, sería contradictorio utilizar esa herramienta como justificación para dejar de cumplir la Sentencia en su integridad⁹⁸.

En agosto de 2020, mediante el caso *Acosta Martínez y otros Vs. Argentina*, la Corte IDH se refirió a la remisión que el artículo 7.2⁹⁹ de la CADH hace hacia el derecho interno. Añadió, explícitamente, en aquella sentencia que:

⁹⁸ Cf. Corte IDH. *Caso Gelman Vs. Uruguay*. Supervisión (...). Op. Cit., párr. 102.

⁹⁹ Convención Americana sobre Derechos Humanos. Artículo 7.2: *Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.*

Tal remisión no implica que la Corte deje de fallar de acuerdo a la Convención, ni que realice un control de constitucionalidad o de legalidad de la normativa interna. Únicamente implica un control de convencionalidad, amparado, además, en los artículos 1.1 y 2 de la Convención¹⁰⁰. (Destacado nuestro)

Es decir, sin negar lo desenvuelto hasta entonces para fundamentar el control de convencionalidad, la Corte IDH puntualizó –si se quiere– que esta doctrina se encuentra respaldada o cobijada por los artículos 1.1 y 2 de la CADH. Con este panorama, podríamos afirmar por tanto que, actualmente, la argumentación jurídica ofrecida por este tribunal internacional para sostener su tesis, se mantiene vigente y sin mayor variación.

1.2.5. Comprensión de sus implicancias

Hasta aquí, hemos descrito con la mayor fidelidad posible lo que la propia Corte IDH sostiene sobre la doctrina del control de convencionalidad, de modo tal que, en adelante, podamos analizarla. Una vez más, en coincidencia con la academia mayoritaria –partidaria o no–, esta figura importa la confrontación del íntegro de normas o prácticas internas (*objeto del control*) con los estándares interamericanos (*canon del control*) que, de acuerdo a la Corte IDH, están conformados no solo por la CADH y otros tratados

¹⁰⁰ Corte IDH. *Caso Acosta Martínez y otros Vs. Argentina*. Op. Cit., párr. 79.

interamericanos, sino también por todas sus interpretaciones sobre estos instrumentos¹⁰¹, cuestión ésta donde radica la principal –y más controvertida¹⁰²– novedad¹⁰³.

De esta manera, de encontrarse una incompatibilidad, los estándares interamericanos –nunca orientativos, sino siempre vinculantes¹⁰⁴ y de efectos *erga omnes*¹⁰⁵– deben prevalecer¹⁰⁶, sea que el Estado fue parte del proceso litigioso o no¹⁰⁷. Lo cual genera, como efecto práctico inevitable, su posicionamiento jerárquicamente superior sobre el derecho nacional¹⁰⁸ y su autoejecutabilidad en el ordenamiento interno¹⁰⁹.

¹⁰¹ Cf. A. E. DULITZKY, “¿El impacto del control de convencionalidad? ¿Un cambio de paradigma en el sistema interamericano de derechos humanos?”, en Julio Cesar Rivera (ed.) *Tratado de los derechos constitucionales*, vol. 1, Abeledo Perrott Buenos Aires, 2014, p. 535; V. THURY CORNEJO, “La revisión del control de convencionalidad difuso y la identidad institucional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, vol. 50, Universitas SRL, Buenos Aires (Argentina), 2012 (EL DERECHO), sec. A.

¹⁰² Cf. CORTE IDH, *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. N° 7: Control de Convencionalidad*, 2019, p. 32, fecha de consulta 2 mayo 2020, en <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo7.pdf>.

¹⁰³ Cf. Ponencia del juez H. Sierra Porto. CORTE IDH, *Justicia Interamericana y Diálogo Jurisprudencial*, Asunción (Paraguay), 2014, sec. Entre 1h 43’ 50” y 1h 44’ 15”, fecha de consulta 26 febrero 2021, en <https://bit.ly/3dCrzWg>; P. GUTIÉRREZ COLANTUONO, “El valor de la jurisprudencia Interamericana de Derechos Humanos y su aplicación en los ámbitos nacional y local”, en *El derecho administrativo hoy: 16 años después*, Ediciones RAP, Buenos Aires, Argentina, 2013 (Jornadas sobre el Derecho Administrativo (2012 mayo 16-18: Universidad Austral. Facultad de Derecho)), p. 3, fecha de consulta 4 junio 2018, en <http://gutierrezcolantuono.com.ar/pdfs/Valor-jurisp-Corte.pdf>.

¹⁰⁴ Cf. M. CARBONELL, *Introducción general al control de convencionalidad*, Porrúa, 2013, pp. 22-23; E. FERRER MAC-GREGOR, “Control de Convencionalidad y Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, México, 2015, sec. 44’ 5” y 45’ 35”-58’ 55” y 1h 3’ 25”, fecha de consulta 17 febrero 2021, en <https://www.youtube.com/watch?v=ckLsQAvRLa8>.

¹⁰⁵ Cf. C. ORUNESU, “Conventionality control and international judicial supremacy: Some reflections on the Inter-American system of human rights”, cit., p. 5; G. R. BANDEIRA GALINDO, “El valor de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, cit., pp. 241-244.

¹⁰⁶ Cf. S. SERRANO GUZMÁN; COMISIÓN NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS (MÉXICO); CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *El control de convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 2013, pp. 19-20.

¹⁰⁷ Cf. S. GARCÍA RAMÍREZ, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Porrúa, México, 2007, p. 658; H. NOGUEIRA ALCALÁ, “Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para los tribunales nacionales, en especial, para los tribunales constitucionales”, en Eduardo Ferrer Mac-Gregor (ed.) *El Control Difuso de Convencionalidad. Diálogo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los Jueces Nacionales*, FUNDAp, México, 2012, p. 351; Ponencia de Ferrer Mac-Gregor en: CORTE IDH, *El Sistema Interamericano de Derechos Humanos: tendencias y complementariedades*, Medellín (Colombia), 2013, sec. 1h 11’ 10” y 1h 12’ 10”, fecha de consulta 26 febrero 2021, en <https://bit.ly/3epKjhK>.

¹⁰⁸ Cf. G. R. BANDEIRA GALINDO, “El valor de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, cit., pp. 241-244.

¹⁰⁹ Cf. X. FUENTES TORRIJO, “International and Domestic Law: Definitely and Odd Couple”, *Revista Jurídica Universidad de Puerto Rico*, vol. 77, 2008, pp. 483-505, fecha de consulta 1 marzo 2021, en <https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/rjupurco77&id=489&div=&collection=>.

Esta tarea, por último, constituye un deber de toda autoridad doméstica (*operador del control*), configurándose así una especie de “control difuso de convencionalidad”¹¹⁰, mas, si fuese realizada la Corte IDH como parte de su labor inherente, nos hallaríamos ante una suerte de “control concentrado o complementario de convencionalidad”¹¹¹.

Desde entonces, bajo este entendimiento sobre el control de convencionalidad, se ha producido una divergente respuesta tanto al interior de los Estados como de la academia. El debate no se ha centrado tanto en descifrar qué es lo que dijo la Corte IDH, cuestión meridianamente clara para la audiencia jurídica de la región; además de ser, como señalan algunos autores, poco original, en tanto replica el razonamiento de la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso *Marbury vs. Madison* (1803) –pretendiendo trasladarlo al disímil ámbito internacional–, utilizado para justificar un control de constitucionalidad judicial, pese a la ausencia de dicha facultad en la Constitución estadounidense de 1787¹¹².

Tampoco se ha detenido –la controversia– en dedicar mucho tiempo a dilucidar si se trata de una ‘creación’ novedosa de la Corte IDH, a partir de sus sentencias, o si nos hallamos solo ante una ‘explicitación’ de algo evidente que responde a principios sobre cumplimiento de tratados y la responsabilidad internacional de los Estados –esto último, sostenido por algunos autores¹¹³. Ello pues, resulta palmario que, en un momento concreto de la vida jurisdiccional de la Corte IDH, se comenzó a exigir –como no había sucedido

¹¹⁰ Cf. E. FERRER MAC-GREGOR, “Interpretación conforme y Control Difuso de Convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, cit., pp. 133-160.

¹¹¹ Cf. *Ibid.*, pp. 132-133.

¹¹² Cf. J. L. RODRÍGUEZ; C. ORUNESU, “Tres paradojas sobre el control de convencionalidad”, en *Derecho Nacional y Derecho Internacional. Paradojas en su articulación*, Mar del Plata, Argentina, 2017, p. 121.

¹¹³ Cf. S. SERRANO GUZMÁN Y OTROS, *El control de convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, cit., pp. 17 y 63.

antes– que las autoridades domésticas realizasen un cotejo normativo e hiciesen prevalecer los estándares interamericanos en caso de antinomia. El propio juez FERRER MAC-GREGOR comentó en una oportunidad que:

Resulta evidente que la Corte IDH crea la doctrina del “control difuso de convencionalidad” advirtiendo la tendencia de la “constitucionalización” o, si se prefiere, “nacionalización” del “Derecho Internacional de los Derechos Humanos”¹¹⁴.

En su lugar, el debate ha discurrido en la determinación de si dicha figura tiene asidero o no en la CADH o en otras fuentes de derecho internacional, de si a la Corte IDH le corresponde o no prescribirla, de si los Estados deben o no –o en qué medida– acogerla, sobre cómo debería implementarse en el ordenamiento interno, entre otros¹¹⁵. En tales controversias tenemos el propósito de ingresar.

Realizamos esta aclaración pues a inicios de nuestra investigación, se publicó la OC-24/17 de la Corte IDH, referida a la *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*. En ella, el juez interamericano VIO GROSSI, mediante un voto individual y refiriéndose en concreto al control de convencionalidad, argumentó que la jurisprudencia interamericana nunca ha prescrito de modo expreso y sin margen de dudas que, en caso de colisión o discrepancia normativa, las autoridades

¹¹⁴ E. FERRER MAC-GREGOR, “Interpretación conforme y Control Difuso de Convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, cit., p. 145.

¹¹⁵ Cf. M. L. HENRÍQUEZ; J. I. NÚÑEZ, “El control de convencionalidad: ¿hacia un no positivismo interamericano?”, *Iuris Tantum Revista Boliviana de Derecho*, 21, 2016, Fundación Iuris Tantum, pp. 333-334, fecha de consulta 7 mayo 2020, en <http://idibe.org/wp-content/uploads/2013/09/t31.pdf>.

domésticas deban hacer prevalecer a la CADH –y la jurisprudencia referida a ella– sobre el ordenamiento interno¹¹⁶.

En opinión nuestra, dicha lectura es posible y, en tal caso, supondría una comprensión ‘débil’ y no problemática del control de convencionalidad. Sin embargo, es el entendimiento ‘fuerte’ y problemático de esta figura el que la academia, en su gran mayoría, ha considerado inteligir como parte del mensaje de la Corte IDH –de allí a los intensos debates en favor o en contra que hasta el día de hoy no cesen. Ello, no solo debido a los postulados de la propia jurisprudencia interamericana en torno a este asunto, sino también en razón de la noción que otros jueces interamericanos han difundido en sus publicaciones académicas y/o votos particulares, cuando no a través de las conferencias institucionales que la Corte IDH realiza activamente en la región, registradas en los informes anuales ante la Asamblea de la OEA que hemos tenido a bien mencionar.

Es decir, aunque según desarrollaremos más adelante, coincidimos con el juez VIO GROSSI respecto del tratamiento matizado que, desde el derecho internacional público, le corresponde a la doctrina del control de convencionalidad –versión ‘débil’ y no problemática–, discrepamos de su lectura por la cual la Corte IDH no ha manifestado nunca o ha querido manifestar institucionalmente que, tanto la CADH como su jurisprudencia, tienen preminencia sobre el ordenamiento interno. En todo caso, más allá del consenso doctrinario aludido, si nos situásemos en un ámbito de razonable duda en este asunto, en atención de la autoridad académica de la que goza el juez VIO GROSSI, tendríamos dos posibles escenarios: el de una lectura ‘débil’, que no genera mayor

¹¹⁶ Voto individual también accesible en: Cf. E. VIO GROSSI, “El control de convencionalidad y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, cit., pp. 317-330.

controversia, o el de una ‘fuerte’, que sí lo hace¹¹⁷. Es decir, utilizando términos de RAZ, nos dirá una autora que:

(...) mientras de acuerdo con la versión débil los precedentes de la Corte Interamericana serían vinculantes en el sentido de ofrecer una razón de primer orden para la acción, esto es, un factor que contaría a favor de –en nuestro caso– seguir la interpretación de la Convención ofrecida por el tribunal, de acuerdo con la versión fuerte ellos serían vinculantes en el sentido de ofrecer una razón protegida para la acción, esto es, una combinación de una razón de primer orden para seguir la interpretación de la Corte Interamericana y una razón de segundo orden de carácter excluyente que exigiría dejar de lado otras interpretaciones que pudieran entrar en conflicto con la primera¹¹⁸.

Si VIO GROSSI estuviese en lo cierto, no existiría real discrepancia a analizar. Pero, análogamente, tampoco hubiese tenido sentido alguno crear, por parte de la Corte IDH, la doctrina del control de convencionalidad, pues nada nuevo añadiría a la comprensión habitual que ya existe en la relación entre los tratados interamericanos y este órgano judicial, por una parte, y, por otra parte, el ordenamiento interno y los Estados. En sí, dicho intento de innovación hubiese sido útil solo de cara a colocar en discusión, a nivel regional, la debida atención que requieren los tratados de derechos humanos y las exégesis de la Corte IDH. Sin duda, de enorme valía lo anterior, pero injustificado si para lograrlo se hace precisa una novedosa figura que, en realidad, se reduciría a lo ya sabido sobre la

¹¹⁷ Cf. C. ORUNESU, “Conventionality control and international judicial supremacy”, cit., p. 3.

¹¹⁸ Cf. *Ibid.*, p. 5.

aplicación de tratados¹¹⁹. En tal caso, de ser acertada la lectura de VIO GROSSI, aunque no tendríamos una coincidencia de diagnóstico, sí habría similitud de pronóstico en cuanto a cómo matizar y/o resituar la doctrina en cuestión, de modo tal que sea impropio comprenderla con un tenor exija inexcusable supremacía.

Sin embargo, si la lectura de VIO GROSSI no fuese acertada o convincente en este punto, nuestro aporte sería doblemente útil. Nos explicamos. A la fecha, la información analizada constata que la Corte IDH –mediante la doctrina del control de convencionalidad– sí ha afirmado, actuado y/o dado a entender:

- a) la supremacía o superior jerarquía de los tratados interamericanos de derechos humanos y de su interpretación judicial, por sobre todo el ordenamiento interno¹²⁰ –equiparándose así, el valor de la jurisprudencia con la naturaleza jurídica obligatoria que corresponde a los tratados;
- b) los efectos directos –autoejecutabilidad– y generales –*erga omnes*– en sede doméstica, procurados para tales tratados y exégesis interamericanas;
- c) el requerimiento hacia las autoridades nacionales –los jueces, particularmente– de actuar en consecuencia, realizando –según sus competencias– un control de

¹¹⁹ Cf. K. CASTILLA JUÁREZ, “Control de convencionalidad interamericano: una mera aplicación del derecho internacional”, *Revista Derecho del Estado*, 33, 2014, pp. 168-169, fecha de consulta 17 febrero 2021, en <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/3960>.

¹²⁰ Cf. C. ORUNESU, “Conventionality control and international judicial supremacy”, cit., p. 2.

validez normativo que asegure la alineación del derecho local con el interamericano¹²¹ –que debe prevalecer; y, finalmente,

- d) la competencia de la Corte IDH para verificar lo actuado y, de ser el caso, realizar un correcto control bajo esta nueva modalidad. Considérese que, si bien la Corte IDH dispone de una inherente competencia para ejercer un ‘control de convencionalidad’, este se limita a determinar la incompatibilidad con el canon interamericano y a, seguidamente, establecer la responsabilidad del Estado y las medidas a adoptar. No obstante, en adelante, el ‘control’ ejercido por este órgano judicial estaría también revestido con estas nuevas características.

Como decíamos, si así fuese, esto es, si la Corte IDH sí hubiese apostado por el sentido ‘fuerte’ de su doctrina¹²², nuestro aporte tendría, además, un doble provecho. En primer lugar, porque serviría para demostrar la carencia de fundamentos jurídicos en sostén de la tesis del control de convencionalidad. En segundo lugar, porque pondría en evidencia la inconveniencia de aceptar los postulados de dicha doctrina, siendo imperioso rechazarla o, al menos, matizarla según el pronóstico de lectura ‘débil’ en el que coincidimos con el juez VIO GROSSI.

¹²¹ Cf. X. FUENTES TORRIJO; D. PÉREZ FARÍAS, “El efecto directo del derecho internacional en el derecho chileno”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte(Coquimbo)*, vol. 25, 2, 2018, Universidad Católica del Norte, p. 131, fecha de consulta 2 marzo 2021, en https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S0718-97532018000200119&lng=es&nrm=iso&tlng=es.

¹²² Cf. M. HENRÍQUEZ VIÑAS, “El control de convencionalidad interno. Su conceptualización en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. 19, 2019, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, pp. 337-355, fecha de consulta 24 abril 2021, en http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S1870-46542019000100327&lng=es&nrm=iso&tlng=es.

Hasta aquí, hemos finiquitado la revisión descriptiva de los antecedentes, creación, desarrollo, concepto y fundamentos que la Corte IDH ofrece para sustentar su doctrina del control de convencionalidad. Asimismo, hemos realizado una pequeña digresión con el propósito de clarificar la comprensión que se tiene sobre este constructo teórico. Por tanto, contando ya con una visión integral, consideramos ahora oportuno ingresar al apartado que, desde el Derecho Internacional Público, realizará un estudio crítico.

CAPÍTULO 2: UNA APROXIMACIÓN CRÍTICA AL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD DESDE EL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

Este apartado tiene como propósito, desde el Derecho Internacional Público, exponer nuestra consideración crítica sobre los argumentos utilizados por la Corte IDH al erigir el constructo objeto de esta investigación, a efectos de evaluar la existencia de insuficiencias y/o inconsistencias teóricas en la fundamentación ofrecida. Ello, pues las justificaciones dadas no satisfacen las pretensiones a las que apunta o no revisten la integridad necesaria para sostener sus alcances, respectivamente.

Como hemos advertido desde la introducción de este trabajo, nuestra crítica abordará, preferencialmente, aquel extremo del control de convencionalidad que preconiza un carácter vinculante y unos efectos *erga omnes* para la jurisprudencia interamericana. La razón estriba en que dicho ámbito de estudio, por una parte, alberga la problemática medular de la cuestión, la más debatida, pero a su vez la menos esclarecida; y, por otra parte, supone una prioridad de análisis acuciante, en tanto desarticula –advertida o inadvertidamente– los propósitos fundantes del sistema interamericano, implantando, de modo inconsulto y sin las necesarias competencias, un problemático modelo jerárquico en la relación entre el derecho interno y el derecho internacional. Para la Corte IDH, parece incontestable que este último ocupa la cúspide jerárquica, prevaleciendo siempre sobre el primero. Así, el estudio de los ámbitos referidos al **canon** y al **objeto** del control de convencionalidad ocupará especialmente nuestra atención, cobrando menor protagonismo aquel referido a los **operadores responsables** de su ejecución.

En orden a lograr dicho objetivo, el primer segmento, el 2.1., justificará por qué es preciso acudir a las fuentes del Derecho Internacional Público para reflexionar sobre la figura creada y promovida por la Corte IDH. Los próximos segmentos, que transcurren entre el 2.2. y el 2.6., analizarán la doctrina del control de convencionalidad desde cada una de las fuentes del Derecho. Así, el 2.2., referirá a los tratados; el 2.3., a la costumbre internacional; el 2.4., a los principios generales del Derecho; el 2.5., a las decisiones judiciales y a la doctrina de los iuspublicistas connotados; y, por último, el 2.6., a los actos unilaterales de los Estados y de las organizaciones internacionales.

2.1. LAS FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

Como se aprecia del capítulo anterior, los fundamentos ofrecidos por la Corte IDH provienen del Derecho Internacional Público. Ello, nos conduce inevitablemente a evaluar desde el Derecho Internacional Público si tales fundamentos, en efecto, sostienen o no a la doctrina del control de convencionalidad. De sostenerla, como parece evidente señalar, habrá que secundarla, mas, de no ser así, habrá que cuestionar su vigencia, reformularla o, simplemente, rechazarla. Con el objeto de lograr dicho análisis, es indispensable recurrir a las propias fuentes del Derecho Internacional Público a las que la Corte IDH apela. Siendo así, estructuraremos las próximas secciones desde las mentadas fuentes, abordando analíticamente cada uno de los argumentos y tomando en cuenta – donde sea necesario– los aportes realizados por la academia, en ocasiones, más detallados que los ofrecidos por la propia Corte IDH.

Para tal cometido, adoptaremos un orden argumentativo según las fuentes del Derecho Internacional Público que sugiere el inciso 1º del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (también, CIJ). Tal disposición, a la postre, señala que:

1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:

a. las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;

b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;

c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas;

d. las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 59.

El precitado artículo, de acuerdo con el común consenso entre los iuspublicistas¹²³, conforma un ineludible referente toda vez que, de modo indirecto, nos permite conocer cuáles son las fuentes del Derecho Internacional Público. Ello, sin embargo, requiere algunas precisiones. En primer lugar, decimos de modo “indirecto” pues, como bien sabemos, tal disposición alude en sí a las fuentes que el mencionado tribunal ha de utilizar en el ejercicio de su jurisdicción. En segundo lugar, dicho listado de fuentes no pretende

¹²³ Cf. H. THIRLWAY, “The sources of international law”, en Malcolm Evans (ed.) *International Law*, Oxford ; New York, 2010, p. 121; A. PELLET, “«Article 38»”, en Andreas Zimmermann, Christian Tomuschat, Karin Oellers-Frahm (eds.) *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, Oxford University Press, Oxford; United Kingdom, 2006, pp. 735-736; L. PODESTÁ COSTA; J. M. RUDA, *Derecho Internacional Público*, vol. 1, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1985, p. 12.

gozar de un carácter taxativo. La doctrina iuspublicista contemporánea reconoce, en consonancia con la CIJ y diversas resoluciones de la ONU, que los actos unilaterales de los Estados y los actos normativos de las organizaciones internacionales también constituyen fuentes de derecho internacional¹²⁴. En tercer lugar, aunque se detalle a la jurisprudencia y a la doctrina de los iuspublicistas como fuentes de derecho, lo cierto es que no tienen en sí la capacidad autónoma para crear normas jurídicas internacionales vinculantes. En su lugar, conforman fuentes de evidencia que permiten verificar la existencia de una norma jurídica internacional, precisando su sentido o alcance, y actuando –por tanto– de modo complementario o auxiliar,¹²⁵ como lo establece expresamente el artículo citado.

A continuación, presentaremos en cada sección una sucinta noción de la fuente a tratar. Seguidamente, traeremos a colación los argumentos presentados por la Corte IDH y/o la academia que secunda la construcción de la doctrina del control de convencionalidad. Finalmente, realizaremos nuestro correspondiente análisis.

2.2. LOS TRATADOS O CONVENIOS INTERNACIONALES

La Comisión de Derecho Internacional¹²⁶ (también, CDI), acogiendo en su momento los aportes realizados por importantes iuspublicistas como BRIERLY, LAUTERPACHT,

¹²⁴ Cf. J. A. CARRILLO SALCEDO, *Curso de Derecho Internacional Público*, Tecnos, Madrid, 1994, p. 86.

¹²⁵ Cf. J. A. PASTOR RIDRUEJO, *Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales*, Tecnos, 2019, pp. 84-87; M. DÍEZ DE VELASCO VALLEJO, *Instituciones de derecho internacional público*, 12. ed, Tecnos, Madrid, 1999, pp. 110-113.

¹²⁶ Es un organismo creado el 21 de noviembre de 1947 por la Asamblea General de Naciones Unidas mediante la Resolución A/RES/174(II). Está compuesta actualmente por 34 miembros que representan a los distintos sistemas jurídicos del mundo. Los mismos son elegidos por la Asamblea General por un período de 5 años y sesionan anualmente en Ginebra (Suiza). La CDI tiene como misión principal favorecer el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación.

FITZMAURICE y WALDOCK¹²⁷, presentó como definición de “tratados” la actual redacción del artículo 2.1 a) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT)¹²⁸ es decir:

Se entiende por “tratado” un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el Derecho Internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular.

Si bien es verdad que dicha noción se limitó a los acuerdos celebrados por escrito entre los Estados¹²⁹, también es cierto que abordó los aspectos medulares del Derecho de Tratados¹³⁰, al menos aquellos que necesitamos para nuestro análisis. Ello pues la propia Corte IDH sustenta su existencia, la emisión de sus resoluciones y, además, parte de los fundamentos del control de convencionalidad, en tratados regulados por la CVDT.

De esta manera, lo que aquí evaluaremos es la fundamentación efectuada respecto de las disposiciones de la CADH, a la luz del Derecho Internacional de los Tratados recogido en la CVDT. Resulta crucial, por tanto, comenzar señalando que la obligación de ejercer un control de convencionalidad no se encuentra prevista en parte alguna de la

¹²⁷ Cf. F. NOVAK TALAVERA; L. GARCÍA-CORROCHANO, *Materiales de Derecho Internacional Público*, 2016, p. 50.

¹²⁸ Tratado suscrito en Viena (Austria) el 23 de mayo de 1969 y en vigencia desde el 27 de enero de 1980. Tuvo como objetivo principal codificar el derecho internacional consuetudinario de los tratados y desarrollarlo progresivamente. Actualmente, 116 Estados hacen parte de dicho tratado.

¹²⁹ Es decir, no incluye los acuerdos internacionales en forma no escrita, los tratados entre Estados y organizaciones internacionales, o aquellos entre organizaciones internacionales en sí, etc.

¹³⁰ Cf. J. A. PASTOR RIDRUEJO, *Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales*, cit., pp. 80-89.

CADH¹³¹ ni en ningún otro tratado, cuestión compartida no solo por la academia crítica, sino también por aquella partidaria de dicha figura¹³². Lo anterior explicaría por qué la Corte IDH se vio forzada a sustentar su postura apelando a una interpretación “innovadora y progresiva”¹³³ de distintos artículos de la CADH y de la CVDT.

En concreto, la Corte IDH justifica la doctrina del control de convencionalidad con base en los artículos 1.1¹³⁴, 2¹³⁵, 67¹³⁶ y 68.1¹³⁷ de la CADH, así como en los artículos 26 y 27 de la CVDT. La valoración sobre estas dos últimas disposiciones, no obstante, la realizaremos en la sección de ‘Principios Generales del Derecho’, toda vez que ambas codifican el principio *pacta sunt servanda* y la vinculada regla de la no invocación del derecho interno para justificar el incumplimiento de los tratados, respectivamente.

Entonces, atención a lo que ahora nos compete y según hemos narrado extensamente, la Corte IDH asevera que, de acuerdo con los artículos 1.1 y 2 de la CADH,

¹³¹ Cf. X. FUENTES TORRIJO; D. PÉREZ FARIÁS, “El efecto directo del derecho internacional en el derecho chileno”, cit., p. 130; A. BIANCHI, “Una reflexión sobre el llamado «control de convencionalidad»”, *Revista Jurídica Argentina La Ley*, 2010, pp. 5-6, fecha de consulta 3 junio 2015, en <https://bit.ly/3xe1cVc>.

¹³² Cf. G. AGUILAR CAVALLLO, “Obligatoriedad del control de convencionalidad a la luz del derecho de los tratados”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. 19, 2019, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, p. 362, fecha de consulta 11 febrero 2021, en <https://bit.ly/3flykT0>.

¹³³ P. GONZÁLEZ-DOMÍNGUEZ, *The Doctrine of Conventionality Control*, cit., vol. 11, p. 68.

¹³⁴ Convención Americana sobre Derechos Humanos. Artículo 1.1: *Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social*

¹³⁵ Convención Americana sobre Derechos Humanos. Artículo 2: *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.*

¹³⁶ Convención Americana sobre Derechos Humanos. Artículo 67: *El fallo de la Corte será definitivo e inapelable. En caso de desacuerdo sobre el sentido o alcance del fallo, la Corte lo interpretará a solicitud de cualquiera de las partes, siempre que dicha solicitud se presente dentro de los noventa días a partir de la fecha de la notificación del fallo.*

¹³⁷ Convención Americana sobre Derechos Humanos. Artículo 68.1: *Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes.*

los Estados no solo deben garantizar los derechos y libertades contenidos en ella, sino también adecuar el derecho interno a sus disposiciones, sea a través de medidas legislativas u otras de carácter judicial, administrativo, entre otras. Además, por el artículo 67, sus fallos son definitivos e inapelables y, por el artículo 68.1, los Estados se comprometen a cumplir la decisión en todo caso en que sean partes. En relación a esto último, afirmó que si la sección resolutive de la sentencia refiere expresa y directamente a la sección considerativa, los razonamientos contenidos en ésta también forman parte de la obligación que el Estado debe cumplir de modo pleno.

Asimismo, según la Corte IDH, cuando el Estado ha sido parte de un proceso litigioso, estamos ante una cosa juzgada internacional, razón por la que el Estado tiene la obligación de cumplir y aplicar la sentencia, no solo en su sección resolutive, sino también en la considerativa. En estos casos, añade, “el órgano judicial tiene la función de hacer prevalecer la Convención Americana y los fallos de esta Corte sobre la normatividad interna, interpretaciones y prácticas que obstruyan el cumplimiento de lo dispuesto en un determinado caso”¹³⁸. Cuando el Estado no ha sido parte del proceso, afirma la Corte IDH, por el solo hecho de ser parte de la CADH, todos los órganos de un Estado deben ejercer un control de convencionalidad “teniendo en cuenta el propio tratado y, según corresponda, los precedentes o lineamientos jurisprudenciales de la Corte Interamericana”¹³⁹ (destacado nuestro).

Finalmente, sin perjuicio de analizar más adelante la aparente matización que hace la Corte IDH al invocar la aplicación de su jurisprudencia “según corresponda”, cabe

¹³⁸ Corte IDH. *Caso Gelman Vs. Uruguay*. Supervisión (...). Op. Cit., párr. 73.

¹³⁹ Corte IDH. *Caso Gelman Vs. Uruguay*. Supervisión (...). Op. Cit., párr. 69.

indicar que existen autores que añaden que el control de convencionalidad ejercido por la judicatura, a fin de asegurar la compatibilidad entre las normas nacionales y los mandatos interamericanos, provendría también de los artículos 25.1¹⁴⁰ y 29.b¹⁴¹ de la CADH. Veremos si ello es así, sin dejar de lado un análisis sobre el artículo 62.3 de la CADH. Ello pues resulta legítimo cuestionar si el reconocimiento estatal de la competencia de la Corte IDH para realizar la “interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención” (destacado nuestro), supone necesariamente una aceptación preliminar de una doctrina que ha surgido de forma posterior a dicho reconocimiento, en este caso, la doctrina del control de convencionalidad.

2.2.1. Análisis de los artículos 1.1 y 2 de la CADH

Respecto de los artículos 1.1 y 2 de la CADH, la academia partidaria añade algunos argumentos. Mientras el artículo 1.1 sería “directamente aplicable y preferente frente a normas jurídicas legales internas”¹⁴² y, de éste derivaría el control de convencionalidad¹⁴³, el artículo 2, al referir a “medidas legales o de otro carácter”, supondría que “los órganos

¹⁴⁰ Cf. E. FERRER MAC-GREGOR, “Conventionality control the new doctrine of the inter-american court of human rights”, *AJIL Unbound*, vol. 109, 2015, Cambridge University Press, p. 96, fecha de consulta en https://www.cambridge.org/core/services/aop-cambridge-core/content/view/CC71A5517CAF78AA4F73FECEC1A041EC/S2398772300001240a.pdf/conventionality_control_the_new_doctrine_of_the_interamerican_court_of_human_rights.pdf.

¹⁴¹ Cf. P. A. ACOSTA ALVARADO, *Diálogo judicial y constitucionalismo multinivel: el caso interamericano*, 1, Universidad del Externado, 2015, p. 76, fecha de consulta 10 marzo 2021, en <https://www.jstor.org/stable/j.ctv13qfwxr>.

¹⁴² H. NOGUEIRA ALCALÁ, “Diálogo interjurisdiccional, control de convencionalidad y jurisprudencia del Tribunal Constitucional en período 2006 - 2011”, *Estudios constitucionales*, vol. 10, 2, 2012, p. 65, fecha de consulta 3 marzo 2021, en https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S0718-52002012000200003&lng=es&nrm=iso&tlng=es.

¹⁴³ Cf. C. NASH, “Control de convencionalidad. Precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Humberto Nogueira Alcalá (ed.) *El diálogo transjudicial de los Tribunales Constitucionales entre sí y con las Cortes Internacionales de Derechos Humanos*, Universidad de Talca, Centro de Estudios Constitucionales de Chile: Librotecnia, Santiago, Chile, 2012, pp. 360 y 364.

judiciales (...) se encuentran vinculados directa e inmediatamente por los derechos asegurados convencionalmente”¹⁴⁴.

Apelar a la obligación de respetar y garantizar los derechos y libertades previstos de la CADH (**artículo 1.1**), así como al deber de adoptar medidas –legislativas o de otro carácter– para hacerlas efectivas (**artículo 2**), no conduce a sostener la creación de la doctrina del control de convencionalidad y todo lo que ella supone, entre otros: la supremacía jerárquica y/o prevalencia de la CADH, un análogo valor vinculante y de efectos *erga omnes* para la jurisprudencia interamericana, la aplicación directa de todos éstos en el ordenamiento interno, así como el encargo a las autoridades domésticas de efectuar un control de validez con las normas o prácticas nacionales. Así, la aproximación académica antes indicada es incorrecta porque: 1) la obligatoria aplicación del control de convencionalidad no se desprende de cada uno de dichos artículos; 2) se asume sin más la tesis de la autoejecutabilidad; y, 3) se instaura una comprensión particular de la CADH, que difiere, injustificadamente, del entendimiento que se tiene frente a otros tratados con análogas disposiciones.

En cuanto a lo primero, el error principal del argumento consiste en el olvido voluntario –o exclusión injustificada– de alternativas interpretativas, colocando aquella como la única posibilidad exegética, la autoevidente o la mejor a seguir. Por ejemplo, el artículo 2 refiere a la adopción de medidas para hacer efectivos los derechos y libertades contenidos en la ‘CADH’, no en la ‘jurisprudencia’ de la Corte IDH. Esto, por supuesto,

¹⁴⁴ H. NOGUEIRA ALCALÁ, “Diálogo interjurisdiccional, control de convencionalidad y jurisprudencia del Tribunal Constitucional en período 2006 - 2011”, cit., p. 69.

no quiere decir que dicha jurisprudencia no se deba considerar, todo lo contrario; sin embargo, la línea divisoria entre eso y un deber de imitar –“adecuarse”– es muy grande como para pretender asimilarlos, según explicaremos en el respectivo apartado. Además, ¿de qué modo el artículo 2 o el 1.1 permiten concluir la vinculatoriedad y efectos *erga omnes* de la jurisprudencia de la Corte IDH?

El error se agrava cuando apreciamos que el mismo artículo 2 de la CADH no solo refiere a la adopción estatal de medidas “de otro carácter” para hacer efectivos los derechos y libertades contenidos en la Convención Americana, sino también alude a que estas medidas se den “con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención”. Es decir, incluso si un Estado decidiese acoger, como medida de “otro carácter”, parte o todo el planteamiento hecho por la Corte IDH en cuanto a la tesis de convencionalidad, tendría que hacerlo siempre en armonía con sus “procedimientos constitucionales”¹⁴⁵. Luego, el marco jurídico interamericano no establece una incorporación inmediata de medidas ni necesariamente solo en los términos dados por la Corte IDH. Difícilmente podría ser de otra manera, toda vez que, si se atiende al principio de armonía interna y externa, los automatismos de uno u otro lado no hacen parte de la necesaria “coordinación formal y material del ordenamiento jurídico interno con el Derecho internacional”¹⁴⁶.

¹⁴⁵ Cf. P. GONZÁLEZ DOMÍNGUEZ, “La relación entre la doctrina del control de convencionalidad y el derecho nacional”, *Cuestiones constitucionales*, 38, 2018, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, p. 210, fecha de consulta 26 abril 2021, en http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S1405-91932018000100199&lng=es&nrm=iso&tlng=es.

¹⁴⁶ R. A. ALJA FERNÁNDEZ; J. BONET, *El control de los tratados internacionales de derechos humanos: realidad y límites: una aproximación a la labor de los órganos de expertos desde la perspectiva de la efectividad de los derechos económicos sociales y culturales*, Atelier, Libros Jurídicos, Barcelona, 2016, p. 106.

Todo ello cobra sentido si se toma en cuenta que tales medidas a las que alude el artículo 2 de la CADH son adicionales y/o externas a las ya asumidas por ellos en dicho tratado y, por tanto, requieren un doble test, uno a nivel internacional, pero también uno –sobre todo– a nivel interno. Desde este punto de vista, entonces, al no ser la doctrina del control de convencionalidad una obligación asumida por los Estados al ratificar la CADH, no se puede colegir su automática vinculatoriedad, sino más bien que se deberá realizar según los “procedimientos constitucionales” de cada Estado. En ese sentido, los artículos 1.1 y 2 de la CADH no imponen la obligación de implementar un control de validez de normas nacionales respecto de la CADH –u otro tratado interamericano– o de la jurisprudencia que la interpreta¹⁴⁷. La doctrina del control de convencionalidad colisiona con dicho marco normativo toda vez que se trata de una obligación creada jurisprudencialmente por la Corte IDH, en un momento posterior a la entrada en vigor del tratado; por lo que, de ser aceptada y adoptada por un Estado como una medida de “otro carácter”, no ha de ser de forma automática, sino según sus debidos “procedimientos constitucionales”.

Lo anterior nos lleva a analizar el segundo punto, esto es, la tesis de la autoejecutabilidad. Es un error avalar la aplicación directa de las disposiciones del tratado. Si bien es verdad que “(e)n la mayoría de los Estados, hoy en día, las normas del Derecho Internacional no sólo rigen entre los Estados, sino también dentro de los Estados”¹⁴⁸, ello no conduce a sostener la tesis de la autoejecutabilidad de la CADH (u

¹⁴⁷ Cf. P. CONTRERAS VÁSQUEZ, “Análisis Crítico del Control de Convencionalidad”, en Manuel Núñez Poblete (ed.) *La internacionalización del Derecho Público: actas XLII Jornadas Chilenas de Derecho Público*, 1a edición, Thomson Reuters, Santiago, Chile, 2015, pp. 454-459.

¹⁴⁸ E. J. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, “La convención interamericana de derechos humanos como derecho interno”, *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, vol. 7, 1988, p. 26.

otros tratados) en el ordenamiento interno¹⁴⁹. Reconoce un autor que la doctrina del control de convencionalidad prevé el efecto directo de la CADH y las exégesis de la Corte IDH en el ámbito interno, pero no, necesariamente, su ubicación jerárquica, por tanto, dirá, aunque es posible tal lectura, es extrema y solo debe ser tratada como una hipótesis¹⁵⁰. Podríamos, quizás, coincidir con tal postura si no fuese porque la Corte IDH, a través de la doctrina bajo estudio, pide también la prevalencia del “estándar interamericano”. Si esto es así, de poco sirve mantener, formalmente, una potestad Estatal para determinar la posición jerárquica de las fuentes internacionales si, en la realidad, dicha configuración es solo simbólica frente a la prevalencia exigida –supremacía normativa en la práctica.

La corriente interpretativa de la autoejecutabilidad fue, probablemente, iniciada por JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA en 1988 y, seguida luego por autores como CANÇADO TRINDADE, NOGUEIRA ALCALÁ o BIDART CAMPOS, partió de una lectura incorrecta de la OC-7/86¹⁵¹. En efecto, Costa Rica preguntó a la Corte IDH mediante dicha consulta si al ser la CADH parte del derecho costarricense, se entendía que el derecho de réplica (artículo 14 de la CADH) estaba ya incorporado, sin necesidad de un procedimiento legislativo interno¹⁵². La mentada OC-7/86, no obstante, no refirió a ningún tipo de autoejecutabilidad, toda vez que reconoció que los efectos de la CADH en el derecho costarricense parten de una decisión que compete únicamente a sus autoridades domésticas, cuestión –por lo demás–

¹⁴⁹ *Ibid.*, p. 38.

¹⁵⁰ Cf. P. GONZÁLEZ DOMÍNGUEZ, “La relación entre la doctrina del control de convencionalidad y el derecho nacional”, cit., pp. 208-209.

¹⁵¹ Cf. X. FUENTES TORRIJO; D. PÉREZ FARÍAS, “El efecto directo del derecho internacional en el derecho chileno”, cit., pp. 127-128.

¹⁵² Corte IDH. *Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta (Arts. 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-7/86 de 29 de agosto de 1986. Serie A No. 7, párr. 13-18.

que compartieron los jueces BUERGENTHAL, NIKKEN y NIETO NAVIA en sus respectivos votos¹⁵³. El voto conjunto de estos dos últimos, por ejemplo, es bastante ilustrativo:

14. Tampoco tiene esto que ver con el carácter "self - executing" de la Convención ni con la manera como se implanta ella en el orden jurídico de los Estados Partes, no solamente porque, no obstante, la referencia que a este problema se hace en las consideraciones que originan la consulta, tal cosa no se ha preguntado, sino porque el carácter "self - executing" de un tratado es también, en general y salvo disposición especial del mismo, un problema de derecho interno y no de derecho internacional, pues se refiere a si tal tratado adquiere, dada una específica mecánica interna de aprobación, el carácter de norma interna.

15. En este orden de ideas, consideramos que la primera pregunta no podía ser respondida a través de la interpretación de la Convención sino de la del derecho interno de Costa Rica, en particular de su Constitución y del poder que ésta o la aprobación de la Asamblea Legislativa tengan para dotar de efectividad los tratados de que sea parte tal Estado, así como de la competencia de sus tribunales para aplicarlos. Esa función corresponde a los órganos internos costarricenses, pero está fuera del ámbito de jurisdicción de la Corte. (Destacado nuestro)

¹⁵³ Cf. X. FUENTES TORRIJO; D. PÉREZ FARÍAS, "El efecto directo del derecho internacional en el derecho chileno", cit., pp. 127-128.

Dicha posición, fue reiterada por la propia Corte IDH a los pocos años cuando, a través de la OC-14/94¹⁵⁴, afirmó que:

34. La pregunta se refiere únicamente a los efectos jurídicos de la ley desde el punto de vista del derecho internacional, ya que no le corresponde a la Corte pronunciarse sobre los mismos en el orden interno del Estado interesado. Esa determinación compete de manera exclusiva a los tribunales nacionales y debe ser resuelta conforme a su propio derecho.

Pese a lo anterior, a finales del siglo pasado, con las incorporaciones de los jueces CANÇADO TRINDADE¹⁵⁵ y, luego, GARCÍA RAMÍREZ¹⁵⁶, la Corte IDH fue cambiando gradualmente de postura, hasta adoptar la perspectiva inaugurada por JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA. Los pasos lógicos siguientes, una vez adoptado ese nuevo enfoque, terminaron por propiciar la elaboración de la doctrina del control de convencionalidad¹⁵⁷, construcción teórica a la cual no sería posible arribar como conclusión si, previamente, no se contaran con las premisas auguradas por la comprensión de la autoejecutabilidad o efecto directo de la CADH y la superioridad del Derecho Internacional frente a las normas del derecho interno.

¹⁵⁴ Corte IDH. Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (Arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-14/94 de 9 de diciembre de 1994. Serie A No. 14, párr. 34.

¹⁵⁵ Cf. P. GONZÁLEZ-DOMÍNGUEZ, *The Doctrine of Conventionality Control*, cit., vol. 11, p. 27.

¹⁵⁶ Cf. *Ibid.*, p. 47.

¹⁵⁷ Cf. X. FUENTES TORRIJO; D. PÉREZ FARÍAS, “El efecto directo del derecho internacional en el derecho chileno”, cit., p. 129.

Luego, no constituye un sinsentido que, a partir de allí y en concatenación con la competencia para interpretar la CADH (artículo 62.3¹⁵⁸), la Corte IDH haya incorporado el concepto de “norma convencional interpretada”¹⁵⁹. Con ella, afirma que las autoridades nacionales, sea de Estados que han reconocido o no la competencia contenciosa de este órgano judicial, tienen la obligación de:

*(...) aplicar no sólo la norma convencional sino la “norma convencional interpretada” (res interpretata); es decir, el criterio interpretativo que como estándar mínimo aplicó el Tribunal Interamericano al Pacto de San José y, en general al corpus juris interamericano, materia de su competencia, para resolver la controversia. Y así asegurar la efectividad (mínima) de la norma convencional*¹⁶⁰.

Agrega FERRER MAC-GREGOR que esta “eficacia interpretativa de la norma convencional” deriva, directamente, de los artículos 1.1 y 2 de la CADH¹⁶¹. Este asunto referido a la *res judicata* y a la *res interpretata*, lo analizaremos más adelante. Baste añadir ahora que tal proposición ha sido respaldada por el desenvolvimiento de la Corte IDH. Véase, por ejemplo, cuando interpreta el deber del Estado de “adoptar” –según reza

¹⁵⁸ Convención Americana sobre Derechos Humanos. Artículo 62.3: *La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados Partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial, como se indica en los incisos anteriores, ora por convención especial.*

¹⁵⁹ Corte IDH. *Caso Gelman Vs. Uruguay*. Supervisión (...). Op. Cit., párr. 67; *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*. Op. Cit., párr. 31.

¹⁶⁰ Corte IDH. *Caso Gelman Vs. Uruguay*. Supervisión (...). Op. Cit. Voto razonado del juez Ferrer Mac-Gregor, párr. 43.

¹⁶¹ Corte IDH. *Caso Gelman Vs. Uruguay*. Supervisión (...). Op. Cit. Voto razonado del juez Ferrer Mac-Gregor, párr. 44.

el artículo 2 de la CADH– disposiciones de derecho interno para hacer efectivos los derechos y libertades reconocidos “en” la CADH, como un deber de “adecuar”¹⁶² –de connotación cercana, mas no idéntica– las disposiciones de derecho interno “a” la CADH –y a las interpretaciones sobre ella hechas– para hacer efectivos los derechos y libertades.

En cuanto a lo tercero, es decir, al peculiar entendimiento de la CADH –distinto del que se tiene frente a otros tratados de este tipo, la tesis interpretativa de la Corte IDH en torno al artículo 1.1 y 2 de la CADH resulta extraña de cara a otros sistemas de protección de derechos humanos con disposiciones análogas en sus instrumentos principales, de los que no cabría aseverar que los Estados parte concibieron, al ratificarlos, la implementación de un control de validez de normas¹⁶³ ni, por supuesto, un efecto directo. Atendiendo a un sistema regional, considérese, por ejemplo, el artículo 1¹⁶⁴ del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (también, Convenio Europeo o CEDH). O, en atención al sistema universal, repárese, por ejemplo, de modo particular, en el artículo 2¹⁶⁵ del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (también, PIDCP) y, también, en el artículo 2¹⁶⁶ del Pacto Internacional de

¹⁶² Cf. Corte IDH. *Caso La Cantuta Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162, párr. 172.

¹⁶³ Cf. P. CONTRERAS VÁSQUEZ, “Análisis Crítico del Control de Convencionalidad”, cit., pp. 454-459.

¹⁶⁴ Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Artículo 1: *Las Altas Partes Contratantes reconocen a toda persona dependiente de su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el título I del presente Convenio.*

¹⁶⁵ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Artículo 2: *1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. 2. Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter. 3. (...)*

¹⁶⁶ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Artículo 2: *1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en*

Derechos Económicos, Sociales y Culturales (también, PIDESC), todos ellos de similar redacción a las aludidas disposiciones de la CADH.

El denominador común de estos tratados –además del compromiso de reconocer, respetar o garantizar los derechos y libertades contenidos en ellos–, asume una responsabilidad de “adoptar” medidas de distinto orden para hacerlos efectivos en el ámbito doméstico. Lo anterior, nada dice de un pretendido control de validez que altere la estructura político-constitucional de los Estados, sino solo de las obligaciones que el Estado debe cumplir, pero gozando de discrecionalidad para implementar los mecanismos adecuados a nivel interno¹⁶⁷. De hecho, este es el entendimiento que se tiene de tales tratados, coherente –además– con el marco normativo internacional, siendo la interpretación sobre la CADH que aquí objetamos, una aproximación aislada, disonante y, en tal caso, no suficientemente justificada.

En suma, no parece haber solidez suficiente en los planteamientos que buscan sustentar la doctrina del control de convencionalidad. De los artículos 1.1 y 2 de la CADH, no es posible concluir la existencia de una obligación estatal de ejercer un control de validez de sus normas y/o prácticas internas con el Pacto de San José, otros tratados interamericanos y la jurisprudencia o doctrina que la Corte IDH elabora al interpretarlos, siendo todos estos últimos prevalentes sobre los primeros. Apelar al efecto directo o autoejecutabilidad de la CADH en el derecho interno es incorrecto, pues dicha

particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos. 2. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. 3. (...)

¹⁶⁷ Cf. P. CONTRERAS VÁSQUEZ, “Análisis Crítico del Control de Convencionalidad”, cit., p. 457.

determinación corresponde a las autoridades nacionales competentes, siempre “con arreglo a sus procedimientos constitucionales”, como bien lo reconoció la propia Corte IDH en un primer momento.

De igual modo, el artículo 2 de la CADH no ofrece *per se* las razones por las cuales debería equipararse el valor de las interpretaciones de la Corte IDH con aquel que detenta la Convención Americana. En todo caso, la comprensión de un emergente deber de ejercer un control de convencionalidad a partir de los artículos 1.1 y 2 de la CADH, de ser cierto, también debería así entendido por los Estados respecto de otros tratados de derechos humanos ratificados con análogas disposiciones. No obstante, ni es así, ni la Corte IDH ha intentado reforzar su argumentación acudiendo a ellos. Difícilmente podría hacerlo de modo persuasivo, toda vez que ni siquiera de disposiciones similares en otros tratados ha nacido alguna obligación de realizar un control de validez con el derecho interno.

2.2.2. *Análisis de los artículos 67 y 68.1 de la CADH*

Como hemos señalado, en parte de su argumentación en favor del control de convencionalidad, la Corte IDH afirma que sus fallos son definitivos e inapelables (artículo 67 de la CADH)¹⁶⁸, y los Estados se han comprometido a cumplir la decisión en todo caso en que sean partes (artículo 68.1 de la CADH)¹⁶⁹. Añade, de cara a hacer imperativa su jurisprudencia, que si la sección resolutive del fallo refiere expresa y

¹⁶⁸ Convención Americana sobre Derechos Humanos. Artículo 67: *El fallo de la Corte será definitivo e inapelable. En caso de desacuerdo sobre el sentido o alcance del fallo, la Corte lo interpretará a solicitud de cualquiera de las partes, siempre que dicha solicitud se presente dentro de los noventa días a partir de la fecha de la notificación del fallo.*

¹⁶⁹ Convención Americana sobre Derechos Humanos. Artículo 68.1: *Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes.*

directamente a la sección considerativa, aquellos razonamientos también forman parte de la obligación que el Estado debe cumplir.

Sin embargo, comenzando por esta última disposición del **artículo 68** de la CADH, con acierto señala MALARINO¹⁷⁰ no se desprende la obligación de adherirse a la jurisprudencia interamericana al momento de resolver litigios internos. Es decir, mediante dicha disposición, los Estados americanos se comprometieron, exclusivamente, a cumplir las decisiones de la Corte IDH allí donde hayan sido parte de un proceso; solo respecto de la sección resolutive (la “decisión”) de la sentencia, no así de la considerativa, y, únicamente, como es obvio, sobre los hechos objeto de análisis. Ello no impide valorar y secundar la parte considerativa, pero no necesariamente acatarla a pie puntillas. Dicho de otro modo, lo que establece explícitamente el artículo 68.1 de la CADH es que:

a) los fallos de la Corte Interamericana Derechos Humanos son obligatorios para el Estado que aceptó la competencia del tribunal internacional y fue parte en el proceso internacional en el que resultó condenado; b) las decisiones de la Corte Interamericana no tienen efectos generales sobre otros casos similares existentes en el mismo u otro Estado; c) la Convención Americana no establece en ninguna disposición el alcance general de los fallos de la Corte Interamericana, ni en cuanto al decisorio ni en cuanto a los fundamentos¹⁷¹.

¹⁷⁰ Cf. E. MALARINO, “Acerca de la pretendida obligatoriedad de la jurisprudencia en los Órganos Interamericanos de Protección de Derechos Humanos para los Tribunales Judiciales Nacionales”, cit., pp. 438-439.

¹⁷¹ Citando al Procurador General argentino del caso «Acosta» (10 de marzo de 2010, No. 93/2009, A.), M. GELLI, “Cooperación, conflictos y tensiones entre la jurisdicción constitucional y la convencional”, en Griselda D. Capaldo, Jan-Reinard Sieckmann, Laura Clérico, Universidad de Buenos Aires, Alexander von Humboldt-Stiftung (eds.) *Internacionalización del derecho constitucional, constitucionalización del derecho internacional*, 1. ed, Eudeba, Buenos Aires, 2012 (Derecho), p. 421.

Siendo así, no existe asidero jurídico, al menos desde el artículo 68.1. de la CADH, para afirmar que dicha disposición:

(...) no puede ser limitante para que la jurisprudencia de la Corte IDH adquiera ‘eficacia directa’ en todos los Estados nacionales que han reconocido expresamente su jurisdicción, con independencia de que se derive de un asunto donde no han participado formalmente como ‘parte material’, ya que al ser la Corte IDH el único órgano jurisdiccional internacional del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, (...) sus interpretaciones adquieren el mismo grado de eficacia del texto convencional¹⁷².

Dicha tesis arguye que el grado de eficacia de la jurisprudencia de la Corte IDH es análogo al que corresponde a la CADH, toda vez que es emitida por el único órgano jurisdiccional del sistema. No obstante, la constatación de la individualidad del tribunal –que no haya otros de igual naturaleza– o su carácter de órgano judicial competente para resolver litigios interamericanos, nada dice sobre el valor que deben detentar las interpretaciones emitidas sobre su tratado fundante, la CADH. Dependerá, por tanto, de reglas jurídicas previstas en dicho tratado o en otra fuente de derecho internacional, no de un parecer por el cual se aprecia como sobreentendido que la jurisprudencia corre la misma suerte que el tratado.

¹⁷² E. FERRER MAC-GREGOR, “Interpretación conforme y Control Difuso de Convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, cit., pp. 159-160.

Sobre lo primero, la fuente convencional, el artículo 68.1 de la CADH, en definitiva, no apoya dicha tesis, pues solo dispone que obligación de cumplir con una decisión de la Corte IDH para aquel Estado que fue parte de un proceso interamericano; a *contrario sensu*, los demás Estados no se encuentran vinculados ni por la decisión en sí, ni por sus fundamentos. Esto último, nuevamente, no impide que debido al grado de protección y al rigor persuasivo que aporte un fallo, pueda y deba ser seguido por el resto de Estados que, tras una valoración jurídica, así lo consideren.

Ahora bien, alega adicionalmente la Corte IDH que, atendiendo al **artículo 67** de la CADH, ella es el “último intérprete de la Convención” y, por tanto, otra interpretación no es factible y/o se aleja de lo que establece la CADH, a cuyo cumplimiento se ha comprometido. Pero tal argumento tampoco es adecuado para el propósito que persigue. Ser la autoridad última al interior de un sistema judicial y, consecuentemente, emitir fallos definitivos e inapelables, no conlleva a concluir que todos los jueces nacionales deban aplicar los criterios jurisprudenciales interamericanos en todos los casos que se ventilen internamente. En otros términos:

(...) este argumento solo dice que la Corte IDH tendrá la última palabra en relación con la interpretación de la CADH en los procesos interamericanos. Ni siquiera es idóneo para fundar la obligatoriedad de la jurisprudencia de la Corte IDH en los procesos interamericanos (esto es, para la Com. IDH), pues la cuestión de la obligatoriedad de la jurisprudencia es diferente de la cuestión de la definitividad e irrevocabilidad de una decisión. Un tribunal de última instancia tiene ciertamente la última palabra sobre un caso, pero la doctrina del caso no es

*necesariamente obligatoria para otros casos y otros tribunales. Para que esto sea así el sistema debe contar con una regla adicional que establezca el carácter vinculante de los precedentes (stare decisis et quieta non movere) y esta regla no existe en el sistema interamericano. Por eso, mal puede derivarse una obligación de seguir la jurisprudencia del solo hecho de que un tribunal tenga la autoridad final para decidir un caso*¹⁷³.

En efecto, sería preciso contar primero con la regla del *stare decisis*, pero tal regla no opera en el SIDH. Sobre esta cuestión volveremos en la sección relativa a las decisiones judiciales como fuente de derecho internacional. En suma, resulta meridianamente claro que, hasta ahora, no hallamos fundamento alguno en la CADH (fuente convencional) para sustentar de modo indubitable la doctrina del control de convencionalidad en la forma en la que la Corte IDH lo hace: aseverando que su jurisprudencia es vinculante y de efectos *erga omnes*. De hecho, a dicha tesis llega, únicamente, a través de su propia jurisprudencia y haciendo uso necesario de “una interpretación mutativa por adición realizada sobre el Pacto (...), en su condición de intérprete definitiva del mismo (artículo 67). El tribunal ha agregado algo al contenido inicial formal del Pacto, aunque el texto de este no ha variado”¹⁷⁴.

En resumidas cuentas, dada esta notoria ausencia en la CADH, lo único que podría alegar la Corte IDH como imperativo a realizar es que se tenga en cuenta, que se

¹⁷³ E. MALARINO, “Acerca de la pretendida obligatoriedad de la jurisprudencia en los Órganos Interamericanos de Protección de Derechos Humanos para los Tribunales Judiciales Nacionales”, cit., p. 439.

¹⁷⁴ N. P. SAGÜÉS, “El control de convencionalidad. En particular sobre las Constituciones Nacionales”, *La Ley*, vol. 73, 35, 2009, fecha de consulta en <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:c8hnKwaiO44J:www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2015/11/doctrina42322.pdf+&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=es>.

considere, que se haga mérito de su jurisprudencia o doctrina¹⁷⁵. Sin embargo, dicha cuestión se da, necesariamente, por sobreentendida y ya ocurre en la región, aunque cierto es que no al nivel debido ni esperable –según de qué Estado se trate– para los altos propósitos que encumbran las disposiciones contenidas en la CADH.

En tal caso, el “tener en cuenta” no podría ser interpretado de un modo distinto al de la imposibilidad de ignorar las exégesis de la Corte IDH. Es decir, al juez nacional le correspondería siempre: verificar si existe hermenéutica interamericana relevante para resolver el caso que tiene entre manos, determinar la *ratio* que emerge de tales exégesis y examinar si aplica o no al problema en concreto, comprobando también la existencia de razones jurídicas internas que contraríen un eventual empleo de dicha doctrina jurisprudencial. Finalmente, sea que resuelva seguir o apartarse de los mentados criterios interamericanos, deberá ofrecer una sólida justificación de la decisión adoptada¹⁷⁶.

2.2.3. Análisis de los artículos 25.1 y 29.b de la CADH

Por último, desde las disposiciones de la CADH, agregan algunos autores que la doctrina del control de convencionalidad encontraría fundamento en los artículos 25.1¹⁷⁷ y 29.b¹⁷⁸ de la CADH. Los analizaremos a continuación.

¹⁷⁵ A. BIANCHI, “Una reflexión sobre el llamado «control de convencionalidad»”, cit., pp. 5-6.

¹⁷⁶ Citando al Procurador General argentino del caso «Acosta» (10 de marzo de 2010, No. 93/2009, A.), cf. C. ORUNESU, “Conventionality control and international judicial supremacy”, cit., p. 5.

¹⁷⁷ Convención Americana sobre Derechos Humanos. Artículo 25.1: *Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.*

¹⁷⁸ Convención Americana sobre Derechos Humanos. Artículo 29.b: *Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: (...) b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho*

2.2.3.1. Sobre el artículo 25.1 de la CADH

En concreto, en relación al artículo 25.1, se dice que, al establecerse un derecho a la protección judicial frente a violaciones de derechos fundamentales reconocidos en el derecho nacional o en la CADH, se configura un “derecho de garantía de los derechos fundamentales”¹⁷⁹, lo cual debería generar que, entre otros, los jueces locales se abstengan de aplicar el derecho interno ante una manifiesta incompatibilidad con la Convención Americana.

Si bien dicho argumento es más convincente –claro está, respetándose siempre las competencias y procedimientos que corresponden al operador del derecho concernido–, difícilmente, apoya las conclusiones finales a las que arriba la doctrina del control de convencionalidad. Nos explicamos mejor.

Ante un caso problemático de incompatibilidad normativa y/o interpretativa en materia de derechos humanos, naturalmente, un juez deberá realizar una valoración jurídica del derecho doméstico y del derecho internacional concernido –en la mayoría de situaciones, ya incorporado al sistema nacional, *ergo*, parte del derecho local que vincula directamente al operador. Tras ello, sin transgredir sus propias competencias, el juez podrá adoptar distintas acciones, entre ellas, según cada ordenamiento interno: a) elevar una consulta a un tribunal de mayor jerarquía; b) realizar una interpretación conforme al

o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados.

¹⁷⁹ E. FERRER MAC-GREGOR, “Conventionality control the new doctrine of the inter-american court of human rights”, cit., p. 96.

tratado; c) proceder a inaplicar la disposición o práctica interna problemática; o, llanamente, d) declarar su inconstitucionalidad, cuando no, su inconvencionalidad –si su sistema prevé en todo o en parte esta última figura. En dicha labor, por supuesto, considerando también –y, de ser el caso, dejándose guiar por ella– la jurisprudencia o doctrina interpretativa elaborada por el correspondiente órgano de control de tratados, en nuestro caso, la Corte IDH.

Dicho esto, tal argumento no supone en lo absoluto un soporte principal para la tesis del control de convencionalidad, sino, en tal caso, un apoyo secundario que refuerza o consolida su comprensión una vez ya erigido como tal. Alegar el artículo 25 de la CADH no conlleva a inferir la supremacía o prevalencia de la CADH ni de las exégesis interamericanas. Tampoco destaca una nueva tarea, distinta de la ya existente –para las autoridades locales– cuando un Estado ha ratificado un tratado y se compromete a garantizarlo internamente. En ese sentido, no es idóneo para sostener dicha figura teórica, al menos, tal y como está planteada por la Corte IDH.

2.2.3.2.Sobre el artículo 29 de la CADH

Análogas razones de no idoneidad aplican al uso que se pretende realizar del artículo 29¹⁸⁰ de la CADH. De acuerdo con esa posición:

¹⁸⁰ Convención Americana sobre Derechos Humanos. Artículo 29: *Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.*

(...) si una interpretación constitucional o legal en el ámbito interno no se ajusta al estándar interpretativo establecido por la Corte IDH para otorgar un mínimo de efectividad a la Convención Americana, existe un incumplimiento de la obligación de “adecuación” previsto en el artículo 2º del Pacto de San José (...); en cuanto limita la efectividad de la norma convencional al realizar una interpretación de menores alcances a la realizada por el Tribunal Interamericano, lo cual, además, prohíbe su artículo 29, al permitir que una práctica nacional limite los alcances de la norma convencional en perjuicio de la efectividad de un derecho o libertad¹⁸¹. (Destacado nuestro)

En otros términos, para esta postura, resulta imperativo que ninguna interpretación jurídica nacional se aparte, ya no solo de las disposiciones de la propia CADH, sino tampoco del patrón exegético elaborado por la Corte IDH. Ello pues, dicho “estándar interpretativo” conforma un “mínimo de efectividad” del mencionado tratado. Seguir un camino distinto supondría adoptar “una interpretación de menores alcances”, vulnerándose así el cumplimiento de lo previsto en los artículos 2 –deber de “adecuación”– y 29.a de la CADH.

No obstante, si se acude al artículo 29.a de la CADH, puede observarse que ella no refiere a la jurisprudencia de la Corte IDH, sino solo a la CADH, cuyos derechos y libertades no pueden ser interpretados de modo tal que sean suprimidos desde el ámbito doméstico. Para aquella posición que apoya la tesis de convencionalidad, dicho artículo

¹⁸¹ Corte IDH. *Caso Gelman Vs. Uruguay*. Supervisión (...). Op. Cit. Voto razonado del juez Ferrer MacGregor, párr. 48.

aplica también a la jurisprudencia interamericana toda vez que, de modo previo, ha asumido su equiparación con la propia CADH. No debería generar asombro, por tanto, que se utilicen categorías como “norma convencional interpretada” o “*res interpretata*” para aludir a la hermenéutica de la Corte IDH. Tampoco debería extrañar que, además, se afirme que tal exégesis interamericana “adquiere la misma eficacia” o goza de la misma “fuerza normativa” que la CADH¹⁸².

En suma, para aquella aproximación, cuando el Estado ha sido Estado parte de un litigio y, por tanto, existe una cosa juzgada internacional, se produce una “eficacia vinculante directa completa y absoluta”¹⁸³ de la sentencia, tanto en su ámbito resolutivo, como en el considerativo (*ratio decidendi*). En cambio, cuando no se ha sido parte material de aquel proceso interamericano, la eficacia vinculante para los Estados es diferente, básicamente, en dos sentidos: 1) si bien, por obvias razones, no estarán vinculados a la sección resolutive de la sentencia, sí estarán obligados por su sección considerativa, es decir, por la “jurisprudencia interamericana”; y, 2) en tal caso, tal eficacia vinculante ha de ser “relativa”, toda vez que:

(...) se produce siempre y cuando no exista una interpretación que otorgue mayor efectividad a la norma convencional en el ámbito nacional. Esto es así, ya que las autoridades nacionales pueden ampliar el estándar interpretativo; incluso, pueden dejar de aplicar la norma convencional cuando exista otra norma nacional o internacional que amplíe la efectividad del derecho o libertad en

¹⁸² Cf. E. FERRER MAC-GREGOR, “Interpretación conforme y Control Difuso de Convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, cit., pp. 154-155.

¹⁸³ Corte IDH. *Caso Gelman Vs. Uruguay*. Supervisión (...). Op. Cit. Voto razonado del juez Ferrer Mac-Gregor, párr. 68.

*juego, en términos del artículo 29 de la Convención Americana*¹⁸⁴. (Destacado nuestro)

Es decir, para dicha posición, aunque la jurisprudencia de la Corte IDH conforma un estándar “mínimo de efectividad” de la CADH, aquellos Estados que no hayan sido parte de un proceso litigioso, tendrán –en razón del artículo 29.b¹⁸⁵ de la CADH– la posibilidad de distanciarse si su cometido reside en “ampliar el estándar interpretativo” ya establecido. Así también, podrán dejar de aplicar la propia CADH si una norma interna u otro tratado amplía la efectividad del derecho o libertad concernida. Dicho de otro modo, “los parámetros y/o directrices fijados por la Corte Interamericana en sus resoluciones judiciales acerca de la aplicación e interpretación de la Convención Americana serían vinculantes, a menos que exista en el ámbito interno e internacional, una aplicación o interpretación más amplia de las disposiciones de ese tratado”¹⁸⁶ (destacado nuestro).

El problema que presenta esta perspectiva es que, al considerar que las exégesis de la Corte IDH constituyen un “estándar mínimo de interpretación de la norma convencional para asegurar el mínimo de efectividad de la misma”¹⁸⁷, termina desdibujando aquel principio que justamente pretende resguardar: el *pro homine*. La

¹⁸⁴ Corte IDH. *Caso Gelman Vs. Uruguay*. Supervisión (...). Op. Cit. Voto razonado del juez Ferrer MacGregor, párr. 69.

¹⁸⁵ Convención Americana sobre Derechos Humanos. Artículo 29.b: *Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; (...)*

¹⁸⁶ X. L. ROMERO PÉREZ, *Vinculación de las resoluciones judiciales de la Corte interamericana*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá (Colombia), 2011, p. 78.

¹⁸⁷ Corte IDH. *Caso Gelman Vs. Uruguay*. Supervisión (...). Op. Cit. Voto razonado del juez Ferrer MacGregor, párr. 72.

razón: si la hermenéutica interamericana conforma un “mínimo”, es decir, un límite inferior o extremo último al que puede ser reducida la comprensión y, correspondiente, actuación de las autoridades internas para cumplir con sus obligaciones internacionales, luego, no puede dejar de ser seguida y acatada en sus términos¹⁸⁸, incluso, si hubiese una interpretación alternativa –que difiera con aquella dada por la Corte IDH– más protectora sobre un determinado derecho.

Es más, en adelante, las interpretaciones de la Corte IDH deberán ser entendidas – para esta postura, claramente, lo es– como parte integrante de la CADH, con la que han de compartir idéntica eficacia jurídica. En vano es, por tanto, que de cara a reducir las naturales discrepancias jurídicas que la tesis del seguimiento forzoso de la jurisprudencia interamericana produce, se alegue que la “vinculatoriedad” de las exégesis de la Corte IDH, no debe ser comprendida como sinónimo de “obligatoriedad”, sino de “estándar mínimo de efectividad”¹⁸⁹. Las consecuencias teóricas y prácticas, según se aprecia, son ciertamente análogas.

¹⁸⁸ Por ello, no coincidimos del todo con LANDA cuando, refiriéndose al citado párrafo N° 69 del voto razonado del juez FERRER MAC-GREGOR en el caso *Gelman vs. Uruguay*, manifiesta que: *Para el juez Ferrer en mención, para los Estados no condenados en un caso en concreto la jurisprudencia tendría un grado de vinculatoriedad más flexible. En ese sentido, en principio se asemejaría al caso de la doctrina constitucional (können) o eventualmente al precedente constitucional (sollen); mientras que en el caso de los Estados condenados la fuerza vinculante del fallo de la Corte IDH es más bien de orden normativo (müssen)*. Según FERRER MAC-GREGOR, más que gradaciones de vinculatoriedad –lectura que hace LANDA–, se trata de una excepción concreta a un grado absoluto de ella, toda vez que un Estado –que no haya sido parte material– efectivice de modo más “amplio” un derecho concernido. En tal caso, comenta LANDA, es posible apartarse de sentencias con calidad de fuerza normativa (*müssen*), siempre que los motivos sean absolutamente razonables y no afecten el contenido esencial que protege el estándar interamericano. Así también, es posible apartarse de sentencias derivadas de un proceso de inconstitucionalidad cuando haya circunstancias objetivas en el tiempo y prime la lealtad constitucional como criterio determinante de la decisión del juez. Cf. C. LANDA, “El impacto del control de convencionalidad en el ordenamiento peruano: entre la época de la dictadura y la consolidación de la democracia”, en *Constitucionalismo y democracia en América Latina: controles y descontroles*, ADRUS EDITORES, Lima, 2014, pp. 10, 13-14.

¹⁸⁹ Cf. E. FERRER MAC-GREGOR, “Interpretación conforme y Control Difuso de Convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, cit., pp. 153-154.

Si esto es así, la apelación a la “eficacia relativa” por la cual se puede “ampliar el estándar interpretativo” dado por la Corte IDH, no aludirá o contemplará nunca una eventual refutación de ese piso “mínimo”, sino solo su acrecentamiento o desarrollo, a partir de allí. Asimismo, aunque se indique la posibilidad de no aplicar las normas de la CADH si otro tratado o norma nacional amplía la “efectividad del derecho o libertad en juego”, ello ocurrirá bajo el mismo marco de entendimiento ya configurado. Es decir, podrá dejarse de aplicar la CADH –según el estándar mínimo de lectura dado ya por la jurisprudencia– si otro instrumento internacional o norma interna la ensancha o incrementa, siempre desde aquel límite hermenéutico inferior ya trazado, el cual no podrá ser contrariado, bajo riesgo de generarse una responsabilidad internacional para el Estado.

Todo esto denota, por último, que nos hallaríamos en un escenario distinto al previsto en la CADH. En adelante, lo más favorable y protector en materia de derechos humanos provendría siempre, al menos como “estándar mínimo”, única y exclusivamente de las interpretaciones elaboradas por la Corte IDH en base a la CADH, dejándose de lado alternativas jurídicas razonables albergadas en otra lectura de este instrumento, en otro tratado de derechos humanos o, simplemente, en una norma constitucional.

Naturalmente, nos resulta inviable coincidir con tal enfoque del principio *pro homine*, pues no parece ser el previsto por la CADH ni el que corresponde a su habitual noción. En efecto, establece el artículo 29.b de la CADH que disposición alguna de dicho tratado puede ser interpretada en el sentido de “limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos

Estados”. De ello, se deduce que, de existir alguna norma nacional u otro tratado que reconozca cualquier derecho o libertad en favor de las personas, no podrá utilizarse la CADH para, mediante un determinado sentido interpretativo, terminar limitando su goce y ejercicio. El propósito es claro, que no se impida la aplicación de una norma más favorable o protectora cuando se sopesa y discierna sobre una situación jurídica concreta.

Esto último, se ajusta al criterio desenvuelto, en su momento, por la misma Corte IDH a través de su Opinión Consultiva 05/85¹⁹⁰, poco más de veinte años antes de la creación de la doctrina del control de convencionalidad. Tras citar textualmente la disposición contenida en el artículo 29.b de la CADH, la Corte IDH manifestó:

En consecuencia, si a una misma situación son aplicables la Convención Americana y otro tratado internacional, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana. Si la propia Convención establece que sus regulaciones no tienen efecto restrictivo sobre otros instrumentos internacionales, menos aún podrán traerse restricciones presentes en esos otros instrumentos, pero no en la Convención, para limitar el ejercicio de los derechos y libertades que ésta reconoce. (Destacado nuestro)

Difícilmente podría ser de otra manera pues, con el artículo 29.b de la Convención Americana se “ha desarrollado el principio de ‘aplicación de la norma más favorable a la tutela de los derechos humanos’”¹⁹¹. Sin que ello desconozca que lo más favorable o

¹⁹⁰ Corte IDH. *La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párr. 52.

¹⁹¹ 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

protector podría, eventualmente, estar cobijado en otro tratado o normal nacional que, en lugar de “ampliar” la jurisprudencia interamericana, difiera de ella o, incluso, la contraríe, “ampliándola” en sentido diverso. No considerar esa posibilidad, una vez más, condicionaría el principio *pro homine*, restringiendo sus posibilidades de ponderación en una única dirección de inicio: la prescrita como un “mínimo” por la Corte IDH. El principio *pro homine*, si se quiere:

*(...) es un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre*¹⁹².

En dicha línea, las normas de derechos humanos deben interpretarse en el sentido más favorable a las presuntas víctimas, tanto por los órganos internos como por los internacionales¹⁹³. De esta manera, si la Corte IDH tiene un límite en su competencia

C No. 182, párr. 218. Véase también: *Caso de la "Masacre de Mapiripán" Vs. Colombia*. Excepciones preliminares. Sentencia 7 de marzo 2005. Serie C No. 122, párr. 106; *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párrs. 180 y 181; entre otros.

¹⁹² M. PINTO, “El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, en Martín Abregú, Christian Courtis, Germán José Bidart Campos (eds.) *La Aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Del Puerto, Buenos Aires, 1997, p. 163; Cf. A. F. AMAYA VILLARREAL, “El principio pro homine: interpretación extensiva vs. el consentimiento del Estado”, *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, vol. 3, 5, 2005, pp. 350-370, fecha de consulta 4 agosto 2017, en <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/internationallaw/article/view/14087>.

¹⁹³ Cf. F. SALVIOLI, “El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos”, Estrasburgo (Francia), 2007, pp. 62 y 69, fecha de consulta en <http://www.derechoshumanos>.

consultiva cuando existe la posibilidad de que el estudio o resolución de una cuestión vulnere derechos fundamentales, desnaturalizando así su función como tribunal¹⁹⁴, por análogas razones, debería contar con una frontera en su competencia contenciosa cuando, mediante ella, puede caer en similar traspié.

En suma, el principio *pro homine* se ve desnaturalizado por la doctrina del control de convencionalidad al comprenderlo como un mero agregado a ese piso ya establecido por la Corte IDH, esto es: la jurisprudencia de la Corte IDH (estándar mínimo de efectividad) más la ampliación dada por otra interpretación o norma. En ocasiones, quizás en la mayor parte de ellas, el principio *pro homine* podrá coincidir con dicho entendimiento, pero no siempre. Si la interpretación o norma más favorable en un caso concreto supusiese, en lugar de la complementariedad o adición, la negación o distanciamiento de lo fijado en la jurisprudencia interamericana, debería poder ignorarse dicha doctrina judicial y escogerse aquella exégesis o disposición más protectora de los derechos humanos, sea que provenga del ordenamiento nacional o de otro tratado. Así las cosas, ni la hermenéutica de la Corte IDH podría conformar un forzoso estándar mínimo de efectividad, ni un eventual apartamiento de ella podría constituir una indiscutible afrenta a las obligaciones asumidas en la CADH.

Lo contrario supondría reducir los beneficios del principio *pro homine*, cuando no afirmar, de modo tácito, que toda interpretación hecha por la Corte IDH es siempre la más protectora de los derechos humanos (la salvedad, únicamente, estaría reservada a la

unlp.edu.ar/assets/files/documentos/el-sistema-interamericano-de-proteccion-de-los-derechos-humanos-fabian-salvioli.pdf.

¹⁹⁴ Cf. *Ibid.*

ampliación o maximización de lo ya dicho por la Corte IDH, nunca a su refutación). Bajo una concepción como aquella, es entendible que parte de la doctrina partidaria considere que el *canon del control* deba ser incrementado, pasando de estar integrado por las sentencias y opiniones consultivas –como hasta la fecha ha señalado la Corte IDH–, a estar compuesto, también, por toda exégesis interamericana recogida en las medidas provisionales y en las resoluciones de supervisión de cumplimiento de sentencia¹⁹⁵.

Otros, inclusive, van a más allá, aseverando que en dicho *canon del control* se encuentran el Convenio 169 de la OIT, las Convenciones de Ginebra de 1949 y otros tratados sobre derechos humanos¹⁹⁶. Ello pues, de acuerdo a aquella opinión, “el horizonte de dicho control es mucho más extenso que la sola mirada reduccionista del control de convencionalidad referido a la Convención Americana sobre Derechos Humanos y a la interpretación de la Corte IDH”¹⁹⁷. Como es de público conocimiento, los instrumentos internacionales recientemente citados no hacen parte, en lo absoluto, de la competencia material de la Corte IDH. Asimismo, salvo disposición doméstica en opuesto sentido, tales instrumentos, si bien vinculantes, no detentan –procedimentalmente– un efecto directo en el ordenamiento interno ni exigen a las autoridades internas efectuar un control de validez depurador (aunque ocioso es decir que, por buena fe y respeto a las

¹⁹⁵ Quien, además, añade los Informes de la Comisión IDH al *canon* del control, al menos, para el ámbito argentino. Cf. D. SABSAY, “El bloque de constitucionalidad federal y el control de convencionalidad”, *Revista Jurídica Argentina La Ley*, 2013, (AR/DOC/1197/2013), sec. III, fecha de consulta 14 noviembre 2015, en <https://es.scribd.com/document/319993505/El-Bloque-de-Constitucionalidad-Federal-y-El-Control-de-Convencionalidad-Sabsay>.

¹⁹⁶ Cf. G. AGUILAR CAVALLO, “El control de convencionalidad en la era del constitucionalismo de los derechos: Comentario a la sentencia de la Corte Suprema de Chile en el caso denominado Episodio Rudy Cárcamo Ruiz de fecha 24 mayo de 2012”, *Estudios constitucionales*, vol. 10, 2, 2012, Universidad de Talca. Centro de Estudios Constitucionales, pp. 717-750.

¹⁹⁷ *Ibid.*, p. 735.

obligaciones internacionales contraídas, preciso es que cada Estado adopte los necesarios mecanismos internos para cumplir con los compromisos asumidos en tales materias).

En definitiva, el artículo 29.b de la CADH y su noción de fondo, el principio *pro homine*, permiten también un apartamiento de las exégesis interamericanas cuando se considere que una interpretación o norma implica una mayor protección o favorabilidad de las libertades y derechos humanos en el caso concreto, claro está, “siempre que ello no implique una alteración del sistema”¹⁹⁸.

Siendo tal el panorama, es plausible la existencia de razonables posturas eclécticas que apuesten por la vinculatoriedad de la hermenéutica interamericana “siempre que el estándar convencional [que incluye a dicha hermenéutica] sea superior al del derecho interino, pues de lo contrario y en virtud del principio *pro homine*, no hay obligación de seguirla”¹⁹⁹. Ello sería comprensible pues, en estricto sentido, es la CADH –y no la hermenéutica de la Corte IDH– la que establece el “piso mínimo” exigible a los Estados parte, en la medida en que el “propósito de los tratados internacionales es definir un estándar de derecho internacional que deben cumplir todos los países”²⁰⁰.

¹⁹⁸ Corte IDH. *Asunto Viviana Gallardo y otras*. Resolución del Presidente de 15 de julio de 1981. Serie A No. 101. Párr. 16.

¹⁹⁹ En referencia al sistema jurídico de Costa Rica: V. OROZCO SOLANO, “El valor normativo de los Instrumentos Internacionales en materia de Derechos Humanos en el Sistema de Justicia Constitucional Costarricense: El caso particular de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Revista Judicial (Costa Rica)*, vol. 113, 2014, p. 32, fecha de consulta 15 diciembre 2017, en https://escuelajudicialpj.poder-judicial.go.cr/Archivos/documentos/revs_juds/Revista%20113/index.html.

²⁰⁰ W. DAÜBLER, “Los derechos fundamentales en ordenamientos jurídicos de niveles múltiples (local, nacional, internacional, supranacional)”, en Griselda D. Capaldo, Jan-Reinard Sieckmann, Laura Clérico, Universidad de Buenos Aires, Alexander von Humboldt-Stiftung (eds.) *Internacionalización del derecho constitucional, constitucionalización del derecho internacional*, 1. ed, Eudeba, Buenos Aires, 2012 (Derecho), p. 138.

Aun así, de ofrecer el tratado una menor protección que una Constitución nacional, debería primar esta última; caso contrario, debería prevalecer la convención²⁰¹. Y, de preverse en distintos tratados una misma cuestión, pero sin solución unificada, no deberían verse afectados los derechos más favorables que pudiesen resultar, “de manera que en cada caso se aplique la solución más beneficiosa para el ciudadano”²⁰². En suma, apelar al artículo 29.b de la CADH para evocar una particular comprensión del principio *pro homine* y, con ello, intentar sustentar o al menos fortalecer la doctrina del control de convencionalidad, no parece ser sostenible jurídicamente. Por el contrario, puede suponer un detrimento en la protección de derechos humanos llegado un caso concreto.

Lo anterior, por supuesto, no impide dificultades teóricas y prácticas. En el capítulo 4, correspondiente a la aproximación desde el Derecho Constitucional, intentaremos discurrir en ellas. Baste en esta sección hacer constar lo que los artículos 25.1 y 29.b de la CADH prevén y el que, en ellos, no es factible hallar un sustento sólido en apoyo del control de convencionalidad.

2.2.4. *Análisis del artículo 62.3 de la CADH*

Arribados a este punto, ¿no es la Corte IDH la competente para interpretar las disposiciones de la CADH (artículo 62.3²⁰³) y, por tanto, la facultada para señalar qué es

²⁰¹ Cf. *Ibid.*, pp. 138-139.

²⁰² *Ibid.*, p. 139.

²⁰³ Convención Americana sobre Derechos Humanos. Artículo 62.3: *La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados Partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial, como se indica en los incisos anteriores, ora por convención especial.*

lo que ésta dice?²⁰⁴ De ser así, ¿no sería plausible argumentar la aceptación de la doctrina del control de convencionalidad en la medida en que, precisamente, nace a partir de la interpretación de la Corte IDH sobre determinadas disposiciones de la CADH?, ¿no sería también razonable alegar que tales interpretaciones jurisprudenciales conforman un “estándar mínimo” de la CADH que debe ser acatado por los Estados como si se tratase del mismo tratado? Es más, si se acata dicho “estándar mínimo”, ¿no se evitarían futuras violaciones de derechos humanos –deber de prevención– y potenciales declaraciones de responsabilidad internacional? Finalmente, ¿no estaría todo esto reforzado por la noción de la Corte IDH como la “intérprete última” de la CADH (artículo 67)?²⁰⁵

Veamos. El “deber de prevención” lo abordaremos más adelante. El artículo 67 de la CADH lo hemos desarrollado ya. En resumen, alude a la decisión de la Corte IDH como “definitiva e inapelable”, *ergo*, “última”. Sin embargo, “última” para el caso concreto en discusión y respecto de la sección resolutive, no para el resto de casos venideros, ni para la totalidad de los tribunales de la región. Para ello sería precisa la regla

²⁰⁴ Véase, por ejemplo, lo argumentado en su momento por el Tribunal Constitucional peruano: 12. *La vinculatoriedad de las sentencias de la CIDH no se agota en su parte resolutive (la cual, ciertamente, alcanza sólo al Estado que es parte en el proceso), sino que se extiende a su fundamentación o ratio decidendi, con el agregado de que, por imperio de la CDFT de la Constitución y el artículo V del Título Preliminar del CPConst, en dicho ámbito la sentencia resulta vinculante para todo poder público nacional, incluso en aquellos casos en los que el Estado peruano no haya sido parte en el proceso. En efecto, la capacidad interpretativa y aplicativa de la Convención que tiene la CIDH, reconocida en el artículo 62.3 de dicho tratado, aunada al mandato de la CDFT de la Constitución, hace que la interpretación de las disposiciones de la Convención que se realiza en todo proceso, sea vinculante para todos los poderes públicos internos, incluyendo, desde luego, a este Tribunal* (Tribunal Constitucional del Perú. *Caso Arturo Castillo Chirinos*. Sentencia de 21 julio del 2006. EXP. N.º 2730-2006-PA/TC. Fundamento 12.).

²⁰⁵ Cf. C. SÁNCHEZ AYALA, “Impacto de la cosa interpretada por la Corte IDH y la reforma constitucional en México”, *FORO. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Nueva Época*, vol. 17, 1, 2015, pp. 361-362, fecha de consulta 25 febrero 2021, en <https://revistas.ucm.es/index.php/FORO/article/view/48625>.

stare decisis, precepto estricto de estar a lo decidido²⁰⁶, usual en el derecho anglosajón, pero ajeno al interamericano.

Teniendo ello presente, en efecto, debido al artículo 62.3, la Corte IDH tiene competencia para conocer cualquier caso referido a la interpretación y aplicación de la CADH. Empero, de ello no se colige que la exégesis generada goce del mismo valor jurídico y efecto irradiador que la disposición bajo interpretación. De ser así, tendríamos que reconocer que cada tesis jurisprudencial de la Corte IDH supone una permanente e inadvertida extensión, modificación y/o actualización de la CADH y, consecuentemente, un “estándar mínimo” que todo Estado debe secundar a modo de precedente de obligatorio cumplimiento²⁰⁷. Como bien se observa, una implicación práctica de dicha admisión:

(...) nos conduce una vez más al status autoatribuido por la Corte Interamericana (...), en el sentido de ser ella the final interpreter del Pacto, una suerte de “conferencia internacional en sesión permanente” que con sus decisiones no se limita a reproducir las normas a la manera del juez Winstanley o de Montesquieu, ni a “declarar el derecho” (...), sino que frecuentemente incorpora nuevas pautas invocando el Pacto (cuya novela “sigue escribiendo”), pautas que devienen en nuevas reglas de derecho internacional “made by the Court alone”²⁰⁸.

²⁰⁶ Cf. K. K. DUVIVIER, “Are Some Words Better Left Unpublished?: Precedent and the Role of Unpublished Decisions”, *The Journal of Appellate Practice and Process*, vol. 3, 1, 2001, pp. 415-416, fecha de consulta 12 diciembre 2020, en <https://lawrepository.ualr.edu/appellatepracticeprocess/vol3/iss1/19>.

²⁰⁷ Cf. E. FERRER MAC-GREGOR, “Interpretación conforme y Control Difuso de Convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, cit., pp. 154-155.

²⁰⁸ E. SODERO, “Precedente e internacionalización del derecho constitucional”, en Griselda D. Capaldo, Jan-Reinard Sieckmann, Laura Clérico, Universidad de Buenos Aires, Alexander von Humboldt-Stiftung (eds.) *Internacionalización del derecho constitucional, constitucionalización del derecho internacional*, 1. ed, Eudeba, Buenos Aires, 2012 (Derecho), p. 469.

Es decir, en la práctica, considerar a las resoluciones de la Corte IDH como precedentes de obligatorio cumplimiento nos llevaría no solo a comprender a la jurisprudencia interamericana como una permanente extensión de la CADH –mediante una interpretación mutativa por adición²⁰⁹–, sino también a desplazar a los Estados de la participación en la creación de las obligaciones internacionales que han de asumir. En adelante, bastaría la intervención de los jueces de la Corte IDH, convertidos ahora en una suerte de legisladores interamericanos.

De hecho, es lo que viene sucediendo en los últimos años según ha demostrado gráficamente PAÚL²¹⁰. En un informe, este autor replica la CADH en su redacción original y, seguidamente, añade las ampliaciones, reducciones y/o modificaciones que el tratado ha sufrido mediante la emisión de la jurisprudencia hasta 2017, en ocasiones, en contra de las propias disposiciones del tratado.

Evidentemente, la labor interpretativa inherente de un tribunal, como la Corte IDH, genera una profundización y/o desarrollo de aquellas disposiciones interpretadas, claro está, dentro de un marco razonable de comprensión. El cruce de dichas fronteras, en algunas ocasiones grises y ambiguas, desnaturaliza la función jurisdiccional, lo cual ocasiona, con buena razón, críticas jurídicas –cuando no, el distanciamiento– de parte de los Estados y la academia. Asumir que todas las respuestas estatales críticas son una mera

²⁰⁹ Cf. N. P. SAGÜÉS, *La interpretación judicial de la constitución*, LexisNexis, Buenos Aires, 2006, p. 42 y ss.

²¹⁰ Cf. Á. PAÚL, “The American Convention on Human Rights: Updated by the Inter-American Court”, *Revista de Derecho Iuris Dictio*, 2017, fecha de consulta 10 marzo 2021, en <https://www.ssrn.com/abstract=3090993>.

y típica resistencia, una habitual ignorancia del Derecho Internacional Público, una persistente mala fe en el respeto de sus obligaciones internacionales o una vana contienda exegética –dada su condición de “intérprete último” de la CADH– es un gran desacierto, por decir lo menos. Si atendemos ahora a la eventual controversia interpretativa, quizás el caso *Fontevicchia*²¹¹ sea de utilidad.

Como es sabido, el caso *Fontevicchia* refirió a la condena civil de resarcimiento económico de dos periodistas, dada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina (CSJN) en razón del daño moral causado al entonces presidente Menem, tras vincularsele, en 1995, con la existencia de un presunto hijo no reconocido. Si bien es verdad que, tras mutuas concesiones entre la Corte IDH y la CSJN, dicho asunto halló solución en su punto más controvertido²¹² –dejar la sentencia de la CSJN sin efecto–, a la vez es verdad que la crítica que realizó esta última colocó sobre la mesa un relevante debate sobre las relaciones entre el derecho interno y el internacional.

En concreto, argumentó la CSJN²¹³ que la Corte IDH no es una cuarta instancia que “revisa o anula decisiones jurisdiccionales estatales”. Debido a ello, requerirle “dejar sin efecto” o revocar sus sentencias pasadas por “autoridad de cosa juzgada” viola principios estructurales del SIDH –la subsidiariedad, por ejemplo–, le priva de su “carácter de órgano supremo del Poder Judicial” y conforma un “exceso de las obligaciones (...) asumidas por el Estado (...) al ingresar a dicho sistema”. Esto último pues, el compromiso

²¹¹ Cf. Corte IDH. *Caso Fontevicchia y D`Amico Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2011. Serie C No. 238.

²¹² Cf. Corte IDH. *Fontevicchia y D`Amico Vs. Argentina*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 11 de marzo de 2020. Punto resolutorio 1.

²¹³ Cf. Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina. *CSJ 368/1998 (34-M) CSI*. Sentencia de 14 de febrero de 2017. Considerandos 6, 8, 11, 12, 16 y 17.

contraído “alcanza únicamente a las sentencias dictadas por el tribunal internacional dentro del marco de sus potestades remediales”, siendo que el mecanismo reconstitutivo solicitado “no se encuentra en el texto convencional” y transgrede “los artículos 27 y 108 de la Constitución (...)”. Su cumplimiento así, resulta “jurídicamente imposible”.

En respuesta, la Corte IDH²¹⁴ señaló que la CSJN se arrogaba competencias que no le correspondían al querer determinar “cuándo una sentencia (...) es obligatoria” o “cuándo este Tribunal actúa en el marco de sus competencias”. Lo primero, según la Corte IDH, surge al ratificarse la CADH y reconocerse su competencia contenciosa; lo segundo, lo define solo éste, por ser una de sus facultades inherentes (*compétence de la compétence/Kompetenz-Kompetenz*). El final del caso es sabido, así como la Corte IDH circunscribió su “dejar sin efecto” a una mera anotación marginal que indicase que la sentencia nacional había sido violatoria de la CADH, la CSJN –sin revocar el fallo– ordenó añadir una leyenda que manifestase la incompatibilidad entre ambas, dándose por resuelto el impasse.

Dejando de lado el alegato concreto de la CSJN, pero atendiendo a su propósito medular, la tesis sostenida por la Corte IDH en torno a la “competencia sobre la competencia” no parece del todo consistente, ya sea por la noción deslizada o por la modalidad de refutación utilizada. Sobre lo primero, la noción deslizada, ciertamente, el artículo 62.3 de la CADH –junto al 62.1²¹⁵– alude al conocido principio ‘competencia de

²¹⁴ Cf. Corte IDH. *Fontevicchia y D’Amico Vs. Argentina*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 18 de octubre de 2017, párrs. 23 y 26.

²¹⁵ Convención Americana sobre Derechos Humanos. Art. 62.1: *Todo Estado parte puede (...) declarar que reconoce como obligatoria (...) la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención.*

la competencia²¹⁶ (también, *compétence de la compétence* o *Kompetenz-Kompetenz*) del que es titular la Corte IDH. Pero, evidentemente, ello no supone una licencia de este órgano judicial para reformar –por vía interpretativa y a iniciativa propia– la CADH y, menos aún, para ampliar sus atribuciones, si no han sido concedidas por los Estados parte. Decantarse por el sentido contrario, desconocería arbitrariamente que, en el ámbito del Derecho Internacional Público en el que se sitúa la Corte IDH, su actuación está ceñida al marco del tratado que le dio origen, la CADH²¹⁷, ratificado y por ende vinculante para los Estados parte.

La *compétence de la compétence*²¹⁸ significa que un órgano arbitral o judicial goza de la facultad para determinar, por sí mismo, la existencia o no de su competencia para resolver una controversia de fondo o realizar actos relacionados, dictar medidas provisionales, por ejemplo. Es decir, la Corte IDH dispone de una potestad preliminar

²¹⁶ Cf. C. LANDA, “Jurisdicción constitucional y jurisdicción internacional: cooperación, conflictos y tensiones”, en Griselda D. Capaldo, Jan-Reinard Sieckmann, Laura Clérico, Universidad de Buenos Aires, Alexander von Humboldt-Stiftung (eds.) *Internacionalización del derecho constitucional, constitucionalización del derecho internacional*, 1. ed, Eudeba, Buenos Aires, 2012 (Derecho), p. 441.

²¹⁷ Cf. D. G. MEJÍA-LEMONS, “On the «Control de Convencionalidad» Doctrine: a Critical Appraisal of the Inter-American Court of Human Rights’ Relevant Case Law”, *Anuario mexicano de derecho internacional*, vol. 14, 2014, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, p. 144, fecha de consulta 11 febrero 2021, en http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S1870-46542014000100004&lng=es&nrm=iso&tlng=en.

²¹⁸ Cf. C. TOMUSCHAT, “«Article 36» (para. 6)”, en Andreas Zimmermann, Karin Oellers-Frahm, Christian Tomuschat, Christian Tams (eds.) *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, 2, Oxford University Press, Oxford; United Kingdom, 2012, p. 694 y ss.; A. NUÑO, “«Artículos 61, 62, 66 - 69 | Competencia, funciones y procedimiento ante la Corte IDH»”, en Christian Steiner, Patricia Uribe (eds.) *Convención Americana sobre derechos humanos. Comentario*, Konrad Adenauer Stiftung La Paz, 2014, p. 894, fecha de consulta 26 marzo 2021 en <https://www.corteidh.or.cr/tablas/30237.pdf>; I. FILARTIGA, “El Principio «Competence-Competence»; Análisis Comparativo y su Aplicación en la Legislación de Arbitraje Paraguayo (The «Competence-Competence» Principle; Comparative Analysis and Its Application in the Paraguayan Arbitration Law)”, *SSRN Electronic Journal*, 2016, pp. 937-938, fecha de consulta 26 marzo 2021, en <http://www.ssrn.com/abstract=2831780>; S. LLAIN ARENILLA, “El rol del principio de competence-competence en la prevención de tácticas dilatorias en el arbitraje comercial internacional.”, *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 24, 2014, pp. 148-150, fecha de consulta 26 marzo 2021, en <http://revistas.javeriana.edu.co/index.php/internationallaw/article/view/8543>; M. F. VASQUEZ PALMA, “Comprensión del principio «competencia-competencia» y configuración de la nulidad o ineficacia del acuerdo arbitral”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, 15, 2010, Universidad Externado de Colombia, pp. 182-183, fecha de consulta 26 marzo 2021, en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5336274>.

para “resolver cualquier controversia relativa a su jurisdicción”²¹⁹, absolviendo objeciones *ratione materiae, ratione loci, ratione temporis, ratione personae*, entre otras²²⁰.

Consecuentemente, no podría utilizarse la *Kompetenz-Kompetenz* como herramienta de refutación frente a una eventual crítica jurídica proveniente de algún Estado. Un entendimiento como aquel expresado por la Corte IDH respecto de dicho principio, además de errado, impediría de modo absoluto cualquier reparo –por razonable que fuese– si se diese una zafia extralimitación de las facultades de la Corte IDH en torno a la interpretación de un derecho. Esto pues, sería siempre y solo ella la que evaluaría cómo ejerce sus potestades. No es ese el sentido de este principio, que apunta a que la Corte IDH sea maestra de su jurisdicción para resolver un asunto, no a que goce de poder absoluto para redefinir sus funciones o expandir sus facultades a ámbitos no concedidos por los Estados, cuestión que –además– arriesgaría el principio estructural de subsidiariedad que rige en el SIDH, así como el democrático ejercicio del margen de apreciación nacional²²¹, materia que desarrollaremos en el capítulo 4.

Las opiniones consultivas hacen un buen ejemplo de dicha auto-extensión de facultades. Ello pues, aunque no gozan de naturaleza jurídica obligatoria en la CADH – cuestión reconocida por la Corte IDH en su momento²²²– han devenido, según nuevo

²¹⁹ Cf. Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú*. Competencia. Sentencia de 24 de septiembre de 1999. Serie C No. 55, párr. 33; *Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú*. Competencia. Sentencia de 24 de septiembre de 1999. Serie C No. 54, párr. 34.

²²⁰ Cf. Corte IDH. *Furlán y familiares vs. Argentina*. Op. Cit., párr. 15; *Caso Cantos Vs. Argentina*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 7 de septiembre de 2001. Serie C No. 85, párr. 21; *Caso Constantine y otros Vs. Trinidad y Tobago*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 1 de septiembre de 2001. Serie C No. 82, párrs. 72-73.

²²¹ Cf. Procuraduría General de la República de Costa Rica. Informe de Estado. Caso *Grettel Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica* (Fecundación *in vitro*). Título IV y párrafo 436.

²²² Cf. Corte IDH. OC-1/82, párr. 51; OC-2/83, párr. 32.

criterio de ésta²²³, en vinculantes a partir de 2014, cuando afirmó que este tipo de resoluciones hacían parte del *canon* de convencionalidad.

Sobre lo segundo, la modalidad de refutación utilizada, rebatir la ‘ausencia de atribuciones’ de la Corte IDH, mediante la ‘ausencia de atribuciones’ de la CSJN para determinar tal cuestión, conlleva a un atolladero discursivo y pone de manifiesto un problema abierto y, posiblemente, sin solución de consenso total: de suceder, ¿quién decide? Es verdad que, más allá de los principios generales del Derecho, un Estado no cuenta con facultades positivadas para resolver cuándo la Corte IDH actúa o no dentro de sus competencias, pero también es verdad que la Corte IDH no puede constreñir a un Estado –salvo que éste acceda– a acatar decisiones que rebasen las competencias conferidas²²⁴ (actos *ultra vires*), más aún, si de ello derivan mandatos fuera del marco de las obligaciones contraídas.

En tal caso, de suponer ello un desacato, prevé la CADH que la Corte IDH informe a la Asamblea General de la OEA²²⁵. Pero, la pregunta sigue y, al parecer, seguirá abierta. Siendo así, conviene desdramatizar las plausibles fricciones que pudiesen surgir cada cierto tiempo en esta materia, pues, finalmente, se trata de un problema real que puede suponer excesos, tanto de los Estados, como de la Corte IDH. Con todo, siempre:

²²³ Cf. Corte IDH. OC-21/14 y ss., *op. cit.*, nota 2.

²²⁴ Cf. J. I. MARTÍNEZ ESTAY, “Auto-restricción, deferencia y margen de apreciación. Breve Análisis de sus orígenes y su desarrollo”, *Estudios constitucionales*, vol. 12, 1, 2014, p. 379, fecha de consulta 14 febrero 2021, en <https://bit.ly/3wiFH19>.

²²⁵ Convención Americana sobre Derechos Humanos. Artículo 65: “La Corte someterá a la consideración de la Asamblea General de la Organización en cada período ordinario de sesiones un informe sobre su labor en el año anterior. De manera especial y con las recomendaciones pertinentes, señalará los casos en que un Estado no haya dado cumplimiento a sus fallos.”

*(...) debería existir la posibilidad, al menos en las democracias liberales, de limitar dentro del ordenamiento interno el efecto de una norma o de un acto derivado del derecho internacional que colisione de forma grave con principios constitucionales. Ello está en consonancia con la evolución del derecho internacional, y con la discutida legitimidad de determinados actos jurídicos internacionales*²²⁶.

En suma, acierta la Corte IDH cuando, frente a un cuestionamiento sobre su capacidad para emitir medidas provisionales, responde al Estado de Venezuela que, “como todo órgano con funciones jurisdiccionales, tiene el poder inherente a sus atribuciones de determinar el alcance de su propia competencia, así como de sus resoluciones y fallos. El cumplimiento de estos últimos no puede quedar al mero arbitrio de las partes (...)”²²⁷. Es decir, efectivamente, constituye parte de sus facultades inherentes precisar el ámbito de su jurisdicción para dirimir una cuestión de fondo, así como para delimitar la medida de sus resoluciones. Sin embargo, sería un desacierto derivar de ello un poder intrínseco para trastocar la naturaleza jurídica de sus pronunciamientos o para proveerles un efecto interno del que no gozan en el sistema interamericano ni en la inmensa mayoría de Estados parte.

--- o ---

²²⁶ A. VON BOGDANDY, “Del paradigma de la soberanía al paradigma del pluralismo normativo. Una nueva perspectiva (mirada) de la relación entre el derecho internacional y los ordenamientos jurídicos nacionales”, en Griselda D. Capaldo, Jan-Reinard Sieckmann, Laura Clérico, Universidad de Buenos Aires, Alexander von Humboldt-Stiftung (eds.) *Internacionalización del derecho constitucional, constitucionalización del derecho internacional*, 1. ed, Eudeba, Buenos Aires, 2012 (Derecho), p. 40.

²²⁷ Corte IDH. *Asunto Marta Colomina y Liliana Velásquez respecto Venezuela*. Medidas provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 04 de mayo de 2004. Considerando N° 8

En conclusión, si tuviésemos que condensar en una idea central este apartado referido al análisis crítico sobre la doctrina del control de convencionalidad, desde los tratados como fuente de Derecho Público Internacional, convendría quizás replicar con BIANCHI que:

(...) bajo la CADH, la Corte IDH no puede imponer otra obligación que la de "tener en cuenta" su jurisprudencia. En efecto, no existe norma alguna en la CADH que le otorgue a la Corte IDH poder para imponer a los Estados integrantes del SIDH la obligación de "acatar" su jurisprudencia bajo pena de incurrir en responsabilidad internacional. Esta responsabilidad solamente surge frente al incumplimiento de los fallos recaídos en los casos en los cuales los Estados son parte. Conforme al artículo 68(1) CADH solamente tales sentencias son obligatorias²²⁸.

Ciertamente, dicho deber de “tener en cuenta” o hacer mérito de, no conlleva –en lo absoluto– a identificar las exégesis interamericanas como poco o nada relevantes, sino solo a precisar su correcto rol orientador y fuerza persuasiva, como sucede –en términos jurídicos– también con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos²²⁹. En última instancia, la imitación y adopción de los criterios interpretativos de la Corte IDH dependerá del grado de legitimidad que alcance en su desempeño como órgano judicial. Ello pues, la “autoridad de las decisiones y de la jurisprudencia de los órganos del Sistema depende en parte de la legitimidad social alcanzada y de la existencia de una

²²⁸ A. BIANCHI, “Una reflexión sobre el llamado «control de convencionalidad»”, cit., pp. 5-6.

²²⁹ Cf. K. ECKART, “Should the binding effect of the judgements of the European Court of Human Rights be extended?”, en Paul Mahoney (ed.) *Protecting human rights: the European perspective: studies in memory of Rolv Ryssdal*, Heymann, Köln, 2000, p. 705 y ss.

comunidad de actores interesados que acompaña y difunde sus estándares y decisiones²³⁰. No podría ser de otra manera, toda vez que “no se trata de incidir a través de una fuerza coactiva, de la que carece, sino de una fuerza persuasiva que debe construir y preservar²³¹”.

2.3. LA COSTUMBRE INTERNACIONAL

Hasta el momento, la Corte IDH no ha indicado, de modo expreso, que la doctrina del control de convencionalidad constituya una obligación jurídica en razón de una costumbre internacional universal o, al menos, regional. Es decir, no ha presentado una argumentación por la que la supuesta aceptación de esta figura y, de modo específico, el carácter obligatorio de la jurisprudencia interamericana, sea procedente del derecho internacional consuetudinario. No obstante, según hemos detallado en el primer capítulo, con el ánimo de reforzar la fundamentación ofrecida en favor de esta doctrina, la Corte IDH ha reiterado en diversas sentencias la relación de Estados que, a través de sus altos tribunales nacionales, la vendría aplicando, citando fragmentos de sus respectivas resoluciones domésticas.

Desde la academia, ROMERO²³² comenta que nos encontraríamos, regionalmente, frente a una costumbre internacional en formación que otorga carácter vinculante a las resoluciones judiciales interamericanas. De acuerdo a esta autora, la posición de aquella

²³⁰ V. ABRAMOVICH, “De las violaciones masivas a los patrones estructurales: nuevos enfoques y clásicas tensiones en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, *Derecho PUCP*, 63, 2009, p. 132, fecha de consulta 18 febrero 2021, en <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/2961>.

²³¹ *Ibid.*

²³² Cf. X. L. ROMERO PÉREZ, *Vinculación de las resoluciones judiciales de la Corte interamericana*, cit., pp. 28-37 y 54-70.

parte de la academia que niega la existencia de una costumbre en formación yerra por dos razones. En primer lugar, por considerar equiparables las resoluciones de la Corte IDH con las emitidas por la CIJ y el TEDH, pese a que la CADH dispone de un acento regional propio al establecer una obligación de “adecuación” en su artículo 2; y, en segundo lugar, por no tener en cuenta el reconocimiento que varias autoridades locales de la región han hecho respecto al valor vinculante de las sentencias interamericanas.

A continuación, analizaremos separadamente estos dos contextos. Esto es, el alegato que refiere a una costumbre regional en proceso de surgimiento y la apelación a la actuación de determinadas altas cortes nacionales como vía de respaldo a la existencia de la doctrina del control de convencionalidad.

2.3.1. Sobre la costumbre internacional ‘en configuración’

Si acudimos a una definición ampliamente aceptada, en tanto incorpora con claridad los elementos constitutivos de una costumbre internacional como fuente de derecho, podríamos manifestar que:

La costumbre es la forma primaria de manifestarse la voluntad positivadora de una comunidad: se presenta como un conjunto de reglas observadas de hecho. Dichas reglas se revelan por la repetición de ciertos actos, acompañados del sentimiento de su obligatoriedad. La repetición constante, el uso, es el elemento material y externo de la costumbre jurídica, pero no basta por sí solo para constituirla. Para que la costumbre jurídica surja, es preciso que a la repetición

*se añada la convicción de que el comportamiento en cuestión es obligatorio y que, por consiguiente, no depende del arbitrio de cada miembro de la comunidad en particular*²³³.

Es decir, si por costumbre internacional aludimos a un conjunto de prácticas constantes y uniformes –elemento material– en espacio y tiempo, realizadas bajo la convicción de su obligatoriedad –elemento subjetivo–, resulta imperioso admitir que, actualmente, no existe una práctica consolidada por parte de los Estados tendiente a reconocer lo que la doctrina del control de convencionalidad supone, particularmente, en lo referido a un eventual carácter vinculante y efectos *erga omnes* de las resoluciones judiciales de un tribunal internacional. Acudir a los modelos de la Corte internacional de Justicia y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos resulta de obligada referencia en esta materia.

Si atendemos a los artículos 59 del Estatuto de la CIJ²³⁴ o 46.1²³⁵ del CEDH, veremos que el artículo 68.1 CADH –de redacción posterior– sigue la misma pauta, esto es, que las sentencias emitidas por el correspondiente órgano judicial internacional son de obligatorio cumplimiento solo para las partes que han participado en el litigio. Luego, si bien lo dicho e interpretado en tales fallos es de vital importancia para guiar la actuación del resto de Estados que han aceptado la competencia de los mentados tribunales, no se

²³³ A. TRUYOL SERRA, *Fundamentos de derecho internacional público*, 4. ed. revisada y aumentada, Editorial Tecnos, Madrid, 1977, pp. 96-97; En el mismo sentido, véase la Conclusión 2: Cf. ONU - COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, *Identificación del derecho internacional consuetudinario (A/CN.4/L.908)*, 2018, p. 2, fecha de consulta 4 abril 2019, en <https://undocs.org/en/A/CN.4/L.908>.

²³⁴ Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Artículo 59: *La decisión de la Corte no es obligatoria sino para las partes en litigio y respecto del caso que ha sido decidido.*

²³⁵ Convenio Europeo de Derechos Humanos. Artículo 46.1: *Fuerza obligatoria y ejecución de las sentencias. 1. Las Altas Partes Contratantes se comprometen a acatar las sentencias definitivas del Tribunal en los litigios en que sean partes.*

sigue de allí ningún efecto vinculante general de sus respectivas resoluciones. Siendo así, si quisiésemos –más bien– pronosticar un eventual proceso de configuración de una nueva costumbre universal o regional, mayor acierto habría en afirmar que, el hecho de que los Estados no reconozcan una obligatoriedad y efectos *erga omnes* a las resoluciones de estos tribunales conforma una costumbre. Dicha nueva costumbre sería –quizás– un de carácter *secundum legem*²³⁶, en tanto no contraviene a sus respectivos cuerpos normativos, sino que, en su lugar, desarrolla y completa los preceptos en ellos incluidos.

Los Estatutos de la CIJ, el CEDH y la CADH destacan los efectos jurídicos de las resoluciones judiciales de sus respectivos tribunales, limitando sus alcances a los Estados parte de un proceso contencioso y respecto de los hechos objeto de controversia. Sin embargo, se aduce que, en el caso americano, existen “otros deberes estatales” que “implicarían el reconocimiento del carácter vinculante de las resoluciones judiciales de la Corte Interamericana”²³⁷. Tales deberes adicionales, según se indica, apuntan al ya analizado artículo 2 de la CADH y su deber de “adecuación” –en realidad, de “adopción”. Mas, según hemos visto en su oportunidad, de tal disposición no es factible extraer ninguna equiparación entre la eficacia del tratado y la doctrina que lo interpreta, así como tampoco es viable, a partir de él, un régimen controlante de validez normativa ni, menos aún, un carácter de autoejecutabilidad del derecho internacional en el orden doméstico.

²³⁶ Recuérdese que la costumbre *praeter legem* refiere a un asunto no contemplado en la norma dictada. Por su parte, la costumbre *secundum legem* es aquella dada en razón de la remisión que sobre la misma hace una norma. Por último, una costumbre *contra legem* contraría a la norma positiva, sea por su inobservancia o por un sentido distinto.

²³⁷ X. L. ROMERO PÉREZ, *Vinculación de las resoluciones judiciales de la Corte interamericana*, cit., p. 58.

Así las cosas, dicho intento de refutación, apoyado en el artículo 2 de la CADH, parece desmoronarse. Pero se agrega, además, que el comportamiento interno de los Estados en cuanto al reconocimiento favorable de los efectos vinculantes de la jurisprudencia interamericana habría generado una costumbre regional o, al menos, un “proceso inequívoco hacia [su] consolidación (...)”²³⁸. Si así fuese, es decir, si aceptásemos que “se está configurando una costumbre internacional regional consistente en reconocer el efecto vinculante de las resoluciones judiciales”²³⁹ de la Corte IDH, tendríamos que reconocer también que, dado que aún se encuentra en proceso de configuración, aún no existe en estricto sentido y, hasta que ello no suceda, no puede conformar de una fuente de derecho ya que genere obligaciones de modo anticipado.

Es más, incluso si dejásemos de lado este aspecto y nos quedásemos con la aseveración de que, actualmente, contamos ya con una costumbre regional en esta materia, sería preciso –de cara a no quedarnos solo con la mera afirmación que así lo manifiesta– probar su existencia. Es decir, la Corte IDH y, complementariamente, la academia favorable, tendrían la responsabilidad de asumir la carga de la prueba en este asunto, lo cual, implicaría demostrar la consciencia de obligatoriedad de los Estados parte al momento de recurrir a esta práctica. Ello pues, “es bien evidente que la sustancia del Derecho Internacional consuetudinario debe ser buscada en primer lugar en la práctica efectiva y en la *opinio iuris* de los Estados”²⁴⁰. Lo anterior, además, porque:

²³⁸ *Ibid.*, p. 60.

²³⁹ *Ibid.*, p. 55.

²⁴⁰ CIJ, *Recueil*, 1985, pp. 29-30.

*El simple hecho de que los Estados declaren su reconocimiento de ciertas reglas no es suficiente para que el Tribunal las considere como integrantes del Derecho Internacional Consuetudinario, y aplicables en tanto que tales a esos Estados (...). El Tribunal debe asegurarse que la existencia de la regla en la opinio iuris de los Estados está confirmada por la práctica*²⁴¹.

Por consiguiente, la propia CIJ ha sido renuente a reconocer una costumbre si en la práctica Estatal no figura la convicción de obligatoriedad²⁴². Siendo así, el razonamiento no consiste en dar por habida la costumbre ante la ausencia de oposición o frente al silencio estatal, sino en darla por existente solo si se prueba primero la presencia de la consciencia de obligatoriedad. De lo contrario, se tratarán de actos internacionales “motivados por simples consideraciones de cortesía, de oportunidad o de tradición, y no por sentimiento de obligación jurídica”²⁴³.

Asimismo, no basta alegar la existencia de una costumbre, regional en este caso, sino probarla. De no ser así, tal tesis se reduciría a un intento de profecía auto-cumplida –que espera que la predicción sea, a su vez, la causa que la hace realidad– o a una cómoda inversión del *onus probandi*, en la que el Estado que objeta una costumbre debe demostrar su no existencia. En tal sentido, también se ha manifestado la Corte Internacional de Justicia, cuando en el caso *Haya de la Torre*, el Gobierno colombiano manifestó la existencia de una costumbre regional americana por la cual un Estado que concede asilo

²⁴¹ CIJ, *Recueil*, 1986, pp. 97-98.

²⁴² Cf. J. A. PASTOR RIDRUEJO, *Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales*, cit., p. 74.

²⁴³ CIJ, *Recueil*, 1969, p. 44.

diplomático puede valorar, de modo unilateral y definitivo, la naturaleza del delito concernido²⁴⁴. La CIJ afirmó frente a ello que:

La parte que invoca una costumbre de esta naturaleza debe probar que se ha constituido de tal manera que se ha hecho obligatoria para la otra parte. El gobierno de Colombia debe probar que la regla que invoca está de acuerdo con un uso constante y uniforme practicado por los Estados en cuestión, y que este uso traduce un derecho perteneciente al Estado que concede el asilo y un deber que incumbe al Estado territorial²⁴⁵.

Hasta la fecha, no obstante, parece no haber –al menos por parte de la academia que se adhiere a la tesis de la costumbre internacional en formación– mayor demostración de la existencia en la región de una práctica constante y uniforme, realizada bajo convicción de obligatoriedad, que prodiga vinculatoriedad y efectos generales a las resoluciones interamericanas. Siendo así, no hay sustento para mantener tal proposición. Y, probablemente, sea inasequible ofrecerlo pues la sola empresa de probar una práctica permanente en esta materia al interior de los Estados es, realmente, tediosa, cuando no impracticable debido a su carácter cambiante. Si a ello añadimos la necesaria convicción de obligatoriedad que ha de estar presente para referirnos, propiamente, a la identificación de una costumbre internacional, el desafío crece exponencialmente.

²⁴⁴ Cf. J. A. PASTOR RIDRUEJO, *Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales*, cit., p. 80.

²⁴⁵ CIJ, *Recueil*, 1950, p. 276.

De hecho, en 2018, en orden a contribuir con la dilucidación o reconocimiento de una costumbre internacional –asunto ampliamente discutido entre iuspublicistas–, la Comisión de Derecho Internacional publicó una lista con 16 conclusiones comentadas²⁴⁶. Entre ellas, la Conclusión 7.2, por ejemplo, sugirió que, en “los casos en que la práctica de un determinado Estado varíe, se podrá otorgar menos peso a esa práctica, dependiendo de las circunstancias”. Es decir, dicho planteamiento admitió que, ante la carencia de estabilidad, una praxis estatal podía ser valorada de modo disminuido, guardándose así coherencia con aquel requerimiento por el que, para ser considerada como parte de una práctica general, es precisa una inequívoca y consistente reiteración.

Siendo así, en cuanto a nuestro tema, una cambiante práctica estatal en torno a la consideración o no de la jurisprudencia interamericana, en principio, reduciría su valoración de cara a identificar una costumbre internacional. Según intentaremos demostrar más adelante, la práctica de los Estados de la región dista mucho de una constante que nos permita diagnosticar una práctica general. Ello, sin embargo, no debe ser, como se pretende a veces, un sinónimo irreflexivo y forzoso de una mala fe estatal, pues las razones de fondo pueden variar. En tal caso, baste señalar por ahora que, como bien apunta NOLTE, incluso en Estados democráticos y de Derecho no siempre es fácil identificar dicha constante, toda vez que, en ocasiones, la práctica de un órgano estatal puede diferir con la de otro²⁴⁷.

²⁴⁶ Cf. ONU - ASAMBLEA GENERAL, *Identification of customary international law* (U.N. Doc. A/RES/73/203), 2018, fecha de consulta 4 abril 2019, en <https://undocs.org/en/A/RES/73/203>; ONU - COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, *Identificación del derecho internacional consuetudinario* (A/CN.4/L.908), cit.

²⁴⁷ Cf. G. NOLTE, *How to Identify Customary International Law? – On the Final Outcome of the Work of the International Law Commission (2018)*, Social Science Research Network, Rochester, NY, 2019, p. 17, fecha de consulta 11 febrero 2021, en <https://papers.ssrn.com/abstract=3402384>.

2.3.2. *Sobre la ‘aceptación’ de los altos tribunales internos y la realidad en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*

De acuerdo a lo que hemos advertido, tanto la Corte IDH como una sección de la academia han considerado que, entre los motivos centrales para crear la doctrina del control de convencionalidad, se encontraría la propia actuación de las altas cortes nacionales de los países de la región. Una referencia ilustrativa que ya hemos citado, pero que ahora plasmamos de modo más extenso, recoge que:

Resulta evidente que la Corte IDH crea la doctrina del “control difuso de convencionalidad” advirtiendo la tendencia de la “constitucionalización” o, si se prefiere, “nacionalización” del “Derecho Internacional de los Derechos Humanos” y particularmente la aceptación de su jurisprudencia convencional como elemento “hermenéutico” y de “control” de la normatividad interna por parte de los propios tribunales internos; es decir, la Corte IDH recibió el influjo de la práctica jurisprudencial de los jueces nacionales para crear la nueva doctrina sobre el “Control Difuso de Convencionalidad”. A su vez, se advierte que varias altas jurisdicciones nacionales incorporaron los parámetros del “Control Difuso de Convencionalidad” debido al reconocimiento de la jurisprudencia de la Corte IDH a partir de la creación de dicha doctrina en el año 2006²⁴⁸.

²⁴⁸ E. FERRER MAC-GREGOR, “Interpretación conforme y Control Difuso de Convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, cit., p. 145.

De hecho, la Corte IDH señala que aquel extremo de su doctrina referido a la obligatoriedad y efectos generales de su jurisprudencia, se habría dado en razón de la tendencia de los altos tribunales de la región que la reconocen como “fuente de derecho”, al haber referido a su “carácter vinculante” o al haber “aplicado el control de convencionalidad”. Así, la resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia del caso *Gelman vs. Uruguay* recogió citas de sentencias pertenecientes a cortes nacionales de Argentina, Bolivia, Colombia, Costa Rica, Guatemala, México, Panamá, Perú y República Dominicana²⁴⁹; referencias que, gradualmente, habían sido ya incorporadas en anteriores casos²⁵⁰, pero que no han vuelto a ser reiteradas en sentencias posteriores.

Sin embargo, como detallaremos en el próximo capítulo, en una indagación previa²⁵¹ nos hemos aproximado a la situación de cada uno de los Estados mencionados, considerando incluso los fragmentos de resoluciones –no siempre representativos, claros ni completos– provistas por la propia Corte IDH. Tras los resultados obtenidos y actualizados, con dificultad podríamos concluir que tales Estados bajo estudio –a través de sus respectivas cortes supremas y/o tribunales constitucionales– han querido reconocer, al menos hasta la fecha, un carácter obligatorio y efectos generales a la jurisprudencia interamericana.

²⁴⁹ Cf. Corte IDH. *Caso Gelman Vs. Uruguay*. Supervisión (...). Op. Cit., párrs. 77-86.

²⁵⁰ Cf. Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*. Op. Cit., párrs. 226-232; Corte IDH. *Caso Chocrón Chocrón Vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2011. Serie C No. 227, párr. 283; y, Corte IDH. *Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246, párr. 304.

²⁵¹ J. A. TELLO MENDOZA, *El control de convencionalidad: situación de algunos Estados Americanos*, 1ª ed., 2016.

Las reacciones o respuestas de los Estados de la región frente a la propuesta teórica del control de convencionalidad, como es posible barruntar, han sido y vienen siendo disímiles. Desde los que parecen allanarse por completo a la figura hasta los que la rechazan tajantemente, por supuesto, con matices en ambos casos.

Por ello, nuevamente, no basta alegar –sin aportar simultáneamente un acervo probatorio– la existencia de una costumbre “en configuración”, o afirmar –en alusión a la doctrina del control de convencionalidad– que, “la línea de pensamiento de la Corte Interamericana Derechos Humanos ha encontrado respaldo interpretativo en los países signatarios”²⁵². Asimismo, ante la ausencia de uniformidad respecto a la aceptación de la jurisprudencia interamericana, es desaconsejable apresurar el juicio y concluir que:

*(...) en los países con honda tradición democrática y con gobiernos respetuosos de los derechos humanos –como es el caso de Costa Rica– se admite sin reservas la vinculatoriedad de las sentencias y de la jurisprudencia de la CIDH. En cambio, en aquellos otros que están regidos por gobiernos autoritarios o de vocación autoritaria –tales son los casos de Venezuela y Nicaragua, respectivamente– se utilizan todo tipo de subterfugios jurídicos, como la invocación del instituto jurídico de la cosa juzgada material o el político-jurídico de la soberanía nacional, para desconocer la vinculatoriedad de la jurisprudencia de la CIDH*²⁵³.

²⁵² W. F. QUIROZ SALAZAR; A. G. ARAYA VEGA, *La prisión preventiva desde la perspectiva constitucional, dogmática y del control de convencionalidad*, Ideas, Lima, 2014, p. 27; Cf. F. NÚÑEZ PÉREZ, “La imprescriptibilidad de los delitos contra la humanidad con relación al ‘control de convencionalidad’ aplicable dentro de nuestro ordenamiento jurídico”, *Gaceta Penal & Procesal Penal*, vol. Tomo 31, 2012, pp. 103-104.

²⁵³ R. HERNÁNDEZ VALLE, “La utilización de la jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos por parte de los tribunales supremos y de los tribunales constitucionales latinoamericanos”, en

De acuerdo a lo que demostraremos en el próximo capítulo, en torno a la respuesta de los Estados –los mismos escogidos por la Corte IDH en sus citas, más la República Oriental del Uruguay–, en varios de ellos también se ha producido, en mayor o menor grado, un distanciamiento respecto de aquel extremo referido a la vinculatoriedad de la jurisprudencia interamericana. No parece, sin embargo, que podamos encontrar al interior de tales países –ni hoy, ni en 2006, cuando se creó el control de convencionalidad– la presencia de regímenes “autoritarios o de vocación autoritaria”. Considérese que, para tal investigación, no hemos abordado siquiera a Venezuela o Nicaragua.

Si acudimos a una preocupante pero necesaria realidad al interior del SIDH, podríamos –quizás– valorar mejor el *statu quo* en este asunto. Por ejemplo, entre 2001 y 2006, la tasa de incumplimiento de las decisiones de la Corte IDH bordeó²⁵⁴ el 59%, lo cual se acerca al informe elaborado por esta misma institución en 2006, que reduce el grado de cumplimiento –para entonces– al 10%²⁵⁵. Para el año 2010, parece que la cuota de sentencias cumplidas se elevó al 32%²⁵⁶ y, para el 2012, sobre “un total de más de 200 fallos solo aproximadamente el 20% de ellos habían recibido acatamiento leal en el orden

Memoria X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional: (Lima, 16-19 de septiembre de 2009), Vol. 2, Tom 2, 2009 (Memoria del X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional), ISBN 978-612-4037-07-8, p. 623-636, IDEMSA, Lima, 2009, p. 636, fecha de consulta 25 febrero 2021, en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6495945>.

²⁵⁴ Cf. V. THURY CORNEJO, “La revisión del control de convencionalidad difuso y la identidad institucional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, cit., sec. D.

²⁵⁵ Cf. S. GARCÍA RAMÍREZ, *Informe del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ante la Asamblea General de la OEA*, Panamá, 2007, fecha de consulta 14 junio 2020, en https://www.corteidh.or.cr/docs/discursos/garcia_06_06_07.pdf.

²⁵⁶ Cf. O. R. LÓPEZ, “Cumplimiento y ejecución de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: algunas reflexiones a partir del proceso de reforma en el Sistema Europeo de Derechos Humanos”, *Anuario de Derechos Humanos*, vol. 15, 2, 2019, p. 217, fecha de consulta 7 abril 2021, en <https://anuariocdh.uchile.cl/index.php/ADH/article/view/50455>.

interno de los Estados-partes”²⁵⁷. En 2016, alegan algunos que la tasa de cumplimiento se elevó al 36.8%²⁵⁸. Otros, que hicieron un seguimiento de acatamientos entre 2001 y 2013, concluyen que el 46% de las sentencias habían sido cumplidas hasta el momento²⁵⁹. En tal caso, en 2017, el juez VIO GROSSI, de cara a demostrar la poca utilidad de la doctrina del control de convencionalidad, se apoyó en el Informe Anual de la Corte IDH del año anterior y afirmó que:

*Sin duda, el control de convencionalidad ejercido bajo el amparo de la competencia contenciosa de la Corte, es de utilidad para, como ella misma lo ha señalado, “aplicar el Derecho Internacional, en este caso el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y específicamente la Convención Americana y sus fuentes, incluyendo la jurisprudencia de este Tribunal”. Empero, también es verdad que aún no cumple del todo ese rol, habida cuenta que, de los 203 fallos de fondo que ha dictado la Corte, si bien 25 han sido archivados por cumplimiento total de lo fallado, 168 se encuentran bajo el sistema de supervisión de sentencias por no haberseles dado cumplimiento total y otros 15 han sido informadas a la Asamblea General de la OEA en aplicación del artículo 65 de la Convención*²⁶⁰.

²⁵⁷ M. GELLI, “Cooperación, conflictos y tensiones entre la jurisdicción constitucional y la convencional”, cit., p. 422.

²⁵⁸ Cf. E. BERTONI, “El Sistema Interamericano de Derechos Humanos -SIDH- y la (¿real?) falta de apoyo regional”, *Iuris Dictio*, 2017, p. 95, fecha de consulta 7 abril 2021, en <https://revistas.usfq.edu.ec/index.php/iurisdictionio/article/view/906>.

²⁵⁹ Cf. J. ZAVERUCHA; R. LEITE, “A impunidade de agentes estatais nos casos julgados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos”, *Revista Brasileira de Segurança Pública*, vol. 10, 1, 2016, p. 99, fecha de consulta 4 enero 2019, en <https://app.uff.br/riuff/bitstream/1/5601/1/594-1515-1-PB.pdf>.

²⁶⁰ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-24/17. Op. Cit., voto del juez Vio Grossi, párr. 171.

A la fecha, si bien no se cuentan con mayores datos estadísticos, no parece que la situación haya cambiado mucho, más aún si consideramos que en abril de 2019, cinco Estados de la región –entre ellos, Argentina, Bolivia, Colombia, Paraguay y Chile– firmaron una declaración conjunta²⁶¹ llamando a la Corte IDH a respetar el principio de subsidiariedad y su derecho constitucional, así como el margen de apreciación y el uso estricto de las fuentes del derecho internacional público. Considérese, por último, que ni siquiera el fallo del que nació formalmente el control de convencionalidad ha sido cumplido íntegramente²⁶².

Si bien todos estos datos no son gratos ni positivos en lo absoluto y tampoco vienen a oscurecer el importante papel de la Corte IDH, dan cuenta de la distancia entre la realidad y aquella línea argumentativa que afirma encontrar en los Estados –en especial, sus altas cortes²⁶³– no solo el talante inicial de legitimidad para crear esta figura doctrinal, sino también una receptividad amplia para acogerla. Es decir, si las sentencias interamericanas emitidas y su grado de no ejecución interna respondiesen a una ausencia de sintonía –cuando no contraposición– entre la legislación y/o la jurisprudencia doméstica, de una parte, y, de otra, la jurisprudencia de la Corte IDH, luego, no parece haber asidero para –simultáneamente– sostener la acogida regional de una doctrina que supone –entre otras cosas– un proceder estatal contrario al observado.

²⁶¹ Cf. MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES DE CHILE, “Comunicado de prensa Ministerio de Relaciones Exteriores - Ministerio de Justicia y Derechos Humanos sobre Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, *Minrel*, fecha de consulta 20 abril 2021, en <https://bit.ly/3oB4H46> o <https://bit.ly/3bPCK3A>.

²⁶² Cf. L. ARDOY, “Implicancias en materia procesal de las decisiones de los órganos del sistema interamericano de protección de los derechos”, en *Nuevas herramientas procesales*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2013, p. 246.

²⁶³ Cf. X. L. ROMERO PÉREZ, *Vinculación de las resoluciones judiciales de la Corte interamericana*, cit., p. 61.

Ahora bien, incluso si fuese cierta dicha línea argumentativa, no estaría de más cuestionarnos –aunque lo desarrollaremos más adelante– si el hecho de otorgar a la jurisprudencia de la Corte IDH un valor vinculante y efectos *erga omnes* al interior del Estado corresponde a un tribunal constitucional o al poder judicial. Esto pues, una creación judicial de este tipo que no se sostenga en el ordenamiento jurídico local violaría el principio constitucional de división de poderes²⁶⁴. En tal caso, si pese a las dificultades que encontramos e iremos detallando, un Estado quisiese adoptar llanamente la doctrina del control de convencionalidad según la propone la Corte IDH, creemos que el ámbito propicio estaría en el parlamento, no en la judicatura ni en el ejecutivo. Esto último, en líneas generales, debido a su representatividad democrática y consustancial rol deliberativo, cuando no de su función –compartida o no– de reforma constitucional, si ello fuese preciso antes de incorporar la mentada doctrina bajo estudio.

De allí que parte de la academia haya propuesto sensatamente que, *mutatis mutandis*, sería necesaria la inclusión de una cláusula especial en la CADH en orden a que los Estados partes acepten voluntariamente el otorgamiento de efectos vinculantes a las resoluciones de la Corte IDH²⁶⁵. O, siquiera un acto unilateral estatal con dicho fin²⁶⁶; cuando no, al menos, la adopción –al interior de sus legislaciones nacionales– de

²⁶⁴ Cf. E. MALARINO, *Derechos humanos y derecho penal: Estudios sobre sistema interamericano de protección de derechos humanos y derecho penal internacional*, 2012, pp. 78-90.

²⁶⁵ ALPIZAR, Ronald y BELLO, Raquel. “La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. Cf. X. L. ROMERO PÉREZ, *Vinculación de las resoluciones judiciales de la Corte interamericana*, cit., p. 27, nota n° 30.

²⁶⁶ Cf. K. CASTILLA JUÁREZ, “Sobre la fuerza jurídica de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Jueces para la democracia - Información y debate*, 78, 2013, p. 150.

protocolos de ejecución y de efectos obligatorios no solo para las sentencias, sino también para la jurisprudencia interamericana²⁶⁷.

Mientras ello no ocurra, esto es, mientras no haya aceptación expresa por parte de los Estados, la legitimidad representativa que un cambio como este requiere, permanecerá ausente. Ausencia de legitimidad que, en el fondo, parece advertir la propia Corte IDH al tratar de fundamentar el valor de “precedente” de su jurisprudencia en instrumentos de derecho comparado, específicamente, una resolución que, aunque similar en sentido, no proviene de otro tribunal internacional, sino de un órgano político y representativo: la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa²⁶⁸.

En efecto, la Corte IDH, haciendo referencia a la Resolución 1226²⁶⁹ (28 de septiembre de 2000) de este órgano representativo, afirma que la “eficacia interpretativa del tratado internacional [la CEDH] se observa también en la práctica de autoridades y

²⁶⁷ Cf. R. HERNÁNDEZ VALLE, “La utilización de la jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos por parte de los tribunales supremos y de los tribunales constitucionales latinoamericanos”, cit., p. 636.

²⁶⁸ Órgano deliberativo creado el 5 de mayo de 1949 en Londres, a través del Estatuto del Consejo de Europa. Tiene sede en Estrasburgo (Francia) y en él están representados todos los Estados europeos. Cada Estado envía una delegación siguiendo un criterio de densidad poblacional que oscila entre 2 o 18 parlamentarios. Puede emitir tres tipos de textos: Recomendaciones, Resoluciones y Opiniones. Esto no supone que pueda emitir leyes de carácter obligatorio.

²⁶⁹ Cf. Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa. Resolución N° 1226 de 28 de septiembre de 2000, “Execution of judgments of the European Court of Human Rights”. Disponible en: <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-EN.asp?fileid=16834&lang=en>

La sección pertinente de la cita es la que sigue: [...] 3. *El principio de solidaridad implica que la jurisprudencia de la Corte [Europea de Derechos Humanos] forma parte de la Convención, extendiendo así la fuerza legalmente vinculante de la Convención erga omnes (a todas las otras Partes). Esto significa que los Estados Parte no sólo deben ejecutar las sentencias de la Corte pronunciadas en casos en que son parte, sino también deben tomar en consideración las posibles implicaciones que las sentencias pronunciadas en otros casos puedan tener en sus propios ordenamientos jurídicos y prácticas legales. (3. The principle of solidarity implies that the case-law of the Court forms part of the Convention, thus extending the legally binding force of the Convention erga omnes (to all the other parties). This means that the states parties not only have to execute the judgments of the Court pronounced in cases to which they are party, but also have to take into consideration the possible implications which judgments pronounced in other cases may have for their own legal system and legal practice).*

tribunales nacionales en el Sistema Europeo de Derechos Humanos”²⁷⁰. No obstante, tal afirmación no es exacta. No dudamos que la interpretación de la CEDH hecha por el TEDH suele ser extendida sin mayor problema, sin embargo, cuando existe una colisión normativa entre el ámbito interno y el internacional, en ocasiones, la situación cambia. De acuerdo a GULLCO, aquella posición que otorga primacía a la CADH respecto de una Constitución, incluso, cuando existe un conflicto entre esta última y la interpretación que la Corte IDH ha realizado sobre la Convención, “se aparta de la de los tribunales constitucionales europeos los cuales, si bien otorgan gran importancia a la jurisprudencia del TEDH, siempre insisten en la supremacía de las constituciones nacionales en los casos de conflicto entre éstas y la jurisprudencia del TEDH”²⁷¹.

En tal caso, en coincidencia con PÉREZ TREMPES²⁷², si bien en la práctica los tribunales constitucionales europeos suelen incorporar los criterios jurisprudenciales desarrollados por el TEDH, no existe un mecanismo proveniente de este último que los obligue a hacerlo –como sí lo pretende la doctrina del control de convencionalidad de la Corte IDH–, siendo su adopción, por tanto, fruto de una persuasión lograda y de la

²⁷⁰ Corte IDH. *Caso Gelman Vs. Uruguay*. Supervisión (...). Op. Cit., párr. 69, nota a pie de página N° 49.

²⁷¹ H. GULLCO, “Parecidos y diferencias entre el control de constitucionalidad y el de convencionalidad”, en Griselda D. Capaldo, Jan-Reinard Sieckmann, Laura Clérico, Universidad de Buenos Aires, Alexander von Humboldt-Stiftung (eds.) *Internacionalización del derecho constitucional, constitucionalización del derecho internacional*, 1. ed, Eudeba, Buenos Aires, 2012 (Derecho), p. 434; Ampliando el enfoque a tribunales «dialogantes», «potencialmente dialogantes» y «reticentes a dialogar»: Cf. S. RAGONE, “Las relaciones de los Tribunales Constitucionales de los Estados miembros con el Tribunal de Justicia y con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: una propuesta de clasificación”, en *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales: in memoriam Jorge Carpizo, generador incansable de diálogos--*, 2013, ISBN 978-84-9053-101-3, p. 415-446, Tirant lo Blanch, 2013, fecha de consulta 21 abril 2021, en <https://www.ugr.es/~redce/REDCE16/articulos/02SRagone.htm#dos>; Demostrando que las críticas al intervencionismo del TEDH, provenientes desde las democracias consolidadas, suelen moderar su actuación como tribunal internacional. Ø. STIANSEN; E. VOETEN, “Backlash and Judicial Restraint: Evidence from the European Court of Human Rights”, *International Studies Quarterly*, vol. 64, 4, 2020, pp. 773-782, fecha de consulta 21 abril 2021, en <https://doi.org/10.1093/isq/sqaa047>.

²⁷² Cf. CORTE IDH, *Diálogo jurisprudencial e impacto de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, cit., sec. Entre 1h 33’ 5’’ y 1h 34’ 43’’.

iniciativa de cada corte local, allí donde sus ordenamientos internos no prevean algo distinto. Como se aprecia, el grado de incidencia interna reconocido a la jurisprudencia del TEDH, parte de la voluntad estatal.

Siendo así, apoyarse institucionalmente en la Resolución 1226 –creada por un órgano representativo– para sostener la viabilidad del control de convencionalidad como creación de un órgano judicial no representativo, no resulta adecuado. Especialmente, si consideramos que esta resolución, además, no goza de carácter vinculante y no conforma la razón por la que variadas cortes europeas siguen a la jurisprudencia del TEDH. Así, estas últimas realizarían tales seguimientos por voluntad propia –por la convicción y persuasión que generan–, pero no por un mecanismo del TEDH que las obligue a ello.

En el caso interamericano, las cortes locales, si bien consideran y utilizan la jurisprudencia interamericana en mayor o menor grado, no parecen seguir el patrón descrito por la Corte IDH. Según se argumenta en favor del control de convencionalidad, la práctica de las cortes locales habría generado la creación del propio control de convencionalidad –con el respectivo carácter vinculante y efecto *erga omnes*. Sin embargo, aun así fuese, ello no explica cómo el “XXI Encuentro Anual de Presidentes y Magistrados de Tribunales y Salas Constitucionales de América Latina”²⁷³ (2015), habría

²⁷³ CORTE IDH, *XXI Encuentro Anual de Presidentes y Magistrados de Tribunales y Salas Constitucionales de América Latina*, San José de Costa Rica, 2015, fecha de consulta 26 febrero 2021, en <https://bit.ly/3n87Qb3>.

tenido a SIERRA PORTO²⁷⁴, GUERRERO²⁷⁵, SAGÜÉS²⁷⁶ y MELÉNDEZ²⁷⁷ reconociendo que el debate sobre el valor jurídico de la jurisprudencia interamericana no está zanjado, sino que, por el contrario, continúa vigente y supone posturas muy diversas en los actuales tribunales domésticos.

²⁷⁴ Cf. CORTE IDH, XXI Encuentro Anual de Presidentes y Magistrados de Tribunales y Salas Constitucionales de América Latina, San José de Costa Rica, 2015, sec. Entre 3'19'' y 4'59'', fecha de consulta 26 febrero 2021, en <https://vimeo.com/156755072> El entonces presidente de la Corte IDH, Humberto Sierra Porto, señaló: *Nos estamos encontrando con una línea de fuerza, la línea de fuerza es, todos los países, todos los tribunales internacionales, hoy en día, tienen la obligación de utilizar la jurisprudencia y la Convención Americana junto con la Constitución y las leyes internas para resolver (ilegible) problemas de derechos humanos. Pero, ¿cómo utilizarla?, ¿cómo precedente?, ¿y qué significa precedente?, ¿será que la utilizan como si fuera constitución, como si fuera la ley interna o como si fuera una jurisprudencia más de ese ordenamiento?, ¿se utiliza la técnica de la interpretación conforme? (...) Se puede hacer una interpretación teleológica, el fin de la interpretación que se haga a nivel interno tiene que concordar con la jurisprudencia del sistema interamericano. Cada país, de acuerdo con sus competencias, tiene distintas alternativas, eso es lo estamos tratando de destacar y lo que se está discutiendo acá, que hay unos lineamientos generales: utilizar la jurisprudencia de la Corte Interamericana. ¿Cómo utilizarla? Cada país, de acuerdo con sus competencias, tiene libertad para hacerlo, eso es perfectamente compatible. La idea es compartir las experiencias de todos nuestros países sobre la problemática sobre la utilización del derecho internacional en el derecho interno. Al final estamos hablando de eso, cómo nuestros países se integran en un contexto de globalización, cómo utilizan el derecho internacional para resolver casos cotidianos.*

²⁷⁵ Cf. CORTE IDH, XXI Encuentro Anual de Presidentes y Magistrados de Tribunales y Salas Constitucionales de América Latina, San José de Costa Rica, 2015, sec. Entre 5'42'' y 6'04'', fecha de consulta 26 febrero 2021, en <https://vimeo.com/156755072> El magistrado de la Corte Constitucional de Colombia, Luis Guillermo Guerrero, manifestó: (...) *particularmente, me parece relevante los posibles conflictos entre la Convención y las constituciones internas cuando haya desacuerdos o contradicciones entre esos dos cuerpos normativos, allí hay todavía un punto de discusión y de choque en el que creo que hay que trabajar bastante para lograr esa articulación.*

²⁷⁶ Cf. CORTE IDH, XXI Encuentro Anual de Presidentes y Magistrados de Tribunales y Salas Constitucionales de América Latina, San José de Costa Rica, 2015, sec. Entre 6'04'' y 7'14'', fecha de consulta 26 febrero 2021, en <https://vimeo.com/156755072> El jurista argentino Néstor Pedro Sagüés afirmó: *Los puntos álgidos de la discusión versan sobre, fundamentalmente, el grado de sometimiento por parte de los tribunales nacionales, no tanto al Pacto de San José, sino también a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cosa que de vez en cuando provoca actitudes de seguimiento y, en otros, actitudes de evasión a tales obligaciones. Ese es un punto muy en debate. El segundo punto que, no se advierte profundamente, es que el control de convencionalidad no solamente cumple un rol represivo de inaplicación del derecho interno opuesto al Pacto de San José o a la jurisprudencia de la Corte Interamericana, sino también tiene un papel positivo, constructivo, en el sentido que los operadores nacionales tienen que adaptar, conformar, interpretar, reciclar el derecho interno, sin inaplicarlo, deben conformarlo con el Pacto de San José y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Osea que tiene dos manifestaciones.*

²⁷⁷ Cf. CORTE IDH, XXI Encuentro Anual de Presidentes y Magistrados de Tribunales y Salas Constitucionales de América Latina, San José de Costa Rica, 2015, sec. Entre 7'15'' y 7'45'', fecha de consulta 26 febrero 2021, en <https://vimeo.com/156755072> El magistrado de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, Florentín Meléndez, aseveró: *Bueno, sobre el control de convencionalidad en el continente hay diversos puntos, son diversas aristas y distintos enfoques, pero creo que una cuestión de fondo es cuál es la utilidad del derecho internacional en la justicia constitucional en las américas y, por supuesto también, un valor agregado, no menos importante, cuál es la utilidad de tomar como parámetro de control la jurisprudencia del sistema interamericano sobre distintos temas relacionados a derechos fundamentales (...).*

Según la data con la que contamos hasta hoy, no es dable acoger el eventual carácter obligatorio y los efectos *erga omnes* de las interpretaciones de la Corte IDH sobre la base de la práctica de las altas cortes nacionales de la región. Menos aún, valorar esta praxis como un elemento conducente a configurar una costumbre regional o como apoyo sustantivo a los argumentos brindados por la Corte IDH.

Ello pues, coincidiendo con EMANUELLI²⁷⁸, “(...) la costumbre no se forma sobre la base de precedentes judiciales, sino en función de la práctica de los Estados; el proceso consuetudinario es diferente a aquel que rige la creación de reglas de *common law*. La costumbre internacional no es una ‘norma hecha por el juez’.” Con ello, por supuesto, no niega este autor el papel que juegan las decisiones judiciales. En su lugar, precisa únicamente que, de cara a la identificación de una costumbre internacional, lo importante no es la decisión judicial en sí misma, sino el “análisis hecho por un tribunal internacional de la práctica de los Estados y de la *opinio juris* que la acompaña”.

Lo anterior, siempre con el mismo autor, debido al verificable hecho de que, “en la práctica, se constata frecuentemente que los tribunales internacionales afirman la existencia de reglas consuetudinarias sin apoyar esta afirmación en un análisis suficiente”. Es más, como hemos anotado previamente, “la jurisprudencia de los tribunales nacionales no debería ser asimilada a la práctica de los Estados. Esos tribunales no son aptos para determinar la existencia de las reglas consuetudinarias en la medida que los jueces

²⁷⁸ C. EMANUELLI, “L’étude du CICR sur le droit humanitaire coutumier: la coutume en question”, *Revue generale de droit international public*, vol. 110, 2, 2006, A. Pedone, pp. 441-442, fecha de consulta 14 abril 2021, en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2033499>.

nacionales carecen de la formación deseable en derecho internacional y no disponen de los recursos necesarios para evaluar la práctica de los Estados”. En definitiva, ello es así porque “las reglas consuetudinarias se prueban de manera inductiva (a partir de la práctica de los Estados) y no de manera deductiva (a partir de precedentes judiciales)”.

2.4. PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

Si retomamos el hilo argumentativo de la Corte DIH, expresado a lo largo de sus sentencias y, especialmente, profundizado en la aludida resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia del caso *Gelman vs. Uruguay*, debemos dividir en dos secciones su fundamentación. En un primer segmento, declaró que, en razón del principio básico de responsabilidad internacional de los Estados, existe una obligación de acatar las decisiones de la Corte IDH, toda vez que los tratados deben ser cumplidos de buena fe (*pacta sunt servanda*, artículo 26 de la CVDT²⁷⁹) y, frente a ello, es inviable alegar razones de derecho interno que controviertan la debida obediencia (artículo 27 de la CVDT²⁸⁰). Asimismo, añadió que los Estados deben garantizar la CADH y su efectividad (*effet utile*), sea de cara a las normas sustantivas o a las procesales de dicho tratado, estando entre estas últimas aquellas referidas al cumplimiento de las decisiones interamericanas.

En el segundo segmento, arguyó la Corte IDH que el control de convencionalidad, en sede interna, encontraría pleno sentido en el principio de complementariedad o

²⁷⁹ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Artículo 26: *Pacta sunt servanda. Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.*

²⁸⁰ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Artículo 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.*

subsidiariedad y en el principio de prevención. Ello pues, al ser el Estado el primer garante de los derechos humanos, con este mecanismo se obligaría a los jueces y órganos a prevenir las violaciones de los derechos, interviniendo –únicamente– el SIDH, mediante un control complementario de convencionalidad, solo si el caso no hubiese encontrado solución en sede interna. Así, según la Corte IDH, determinadas sentencias de altos tribunales nacionales de la región darían cuenta –aunque con diversos alcances– de aquel reconocimiento de la jurisprudencia interamericana como fuente de derecho.

Hasta aquí, con el objeto de abordar la sección temática que a este apartado corresponde, es preciso analizar los mencionados principios contenidos en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y los aludidos principios de *effet utile*, subsidiariedad y prevención. Dada la interrelación entre todos ellos y la necesidad de evitar su fraccionamiento al momento de estudiarlos, vemos apropiado referirnos a ellos de la siguiente manera. Comenzaremos con los principios *pacta sunt servanda* –más su correlativa ‘buena fe’– y *effet utile*, incluyendo, simultáneamente, breves acotaciones referidas a los principios de subsidiariedad y prevención –más su consecutiva economía procesal. Seguidamente, nos ocuparemos de la aludida inviabilidad de alegar razones de derecho interno para controvertir el cumplimiento del derecho internacional.

2.4.1. *Sobre el pacta sunt servanda y el effet utile*

El artículo 26 de la CVDT, como lo hemos apuntado anteriormente, recoge un principio fundamental del derecho internacional mediante el cual, por evidente que fuere, todo tratado en vigor debe ser cumplido de buena fe por las partes que lo han ratificado.

Si se aprecia, la Corte IDH hace una invocación general de este principio y del argumento práctico de los ‘efectos útiles’, pero no realiza un mayor desarrollo que explique cómo, a partir de allí, se siguen las conclusiones a las que arriba al crear la doctrina del control de convencionalidad.

De cualquier modo, cuando la CVDT alude a la ‘buena fe’ en su artículo 31²⁸¹, establece que ello supone, por supuesto, tener en cuenta la literalidad del tratado, pero también su finalidad. Así, los Estados que hayan asumido obligaciones internacionales mediante un tratado, no deben realizar comportamientos que entorpezcan su efectividad, esto es, no deben adoptar medidas que pongan en riesgo su cumplimiento, sino más bien llevar a cabo aquellas prácticas pertinentes para su satisfacción. De allí la estrecha relación entre el principio del *pacta sunt servanda*²⁸² y el principio –pragmático– del efecto útil, que apunta que “las disposiciones de un tratado deben interpretarse de forma tal que no se hagan redundantes o inútiles, permitiendo de este modo la realización del objeto del tratado”²⁸³. Si se quiere, de manera más amplia:

*(...) los elementos que componen la regla general de interpretación de tratados
(formulada en el artículo 31(1) de las dos Convenciones de Viena sobre el*

²⁸¹ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Artículo 31: *Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.*

²⁸² Reconocido como principio del Derecho Internacional Público en el año 1970 a través de la *Declaración sobre principios del derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y cooperación entre los Estados*, Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General de las Naciones Unidas. El texto pertinente es el que sigue: *Considerando que el desarrollo progresivo y la codificación de los siguientes principios: g) el principio de que los Estados cumplirán de buena fe las obligaciones contraídas por ellos de conformidad con la Carta.* Posteriormente, en enero de 1980 entró en vigor la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados* dada en mayo de 1963. En el artículo 26 de la misma se recogió que: *Pacta sunt servanda. Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.*

²⁸³ X. L. ROMERO PÉREZ, *Vinculación de las resoluciones judiciales de la Corte interamericana*, cit., p. 72.

*Derecho de los Tratados, de 1969 y 1986), —a saber, la buena fe, el texto, el contexto, y el objeto y propósito del tratado—, se encuentran conjugados en una misma formulación, precisamente para señalar la unidad del proceso de interpretación. Subyacente a aquella regla general de interpretación encuéntrase el principio *ut res magis valeat quam pereat*, ampliamente respaldado por la jurisprudencia internacional, y que corresponde al llamado effet utile (a veces denominado principio de la efectividad), en virtud del cual hay que asegurar a las disposiciones convencionales sus efectos propios en el derecho interno de los Estados Partes²⁸⁴. (Destacado nuestro)*

Hasta aquí, parece haber un consenso mayoritario y pacífico. El problema radica quizás cuando, a partir de allí, se intenta colegir un sustento teórico para el control de convencionalidad. Nos explicamos.

2.4.1.1. Un *pacta sunt servanda* dilatado y una subsidiariedad reducida

En cuanto a este principio, por ejemplo, sostiene una autora que una interpretación amplia del *pacta sunt servanda* conllevaría a que los Estados parte de la CADH reconociesen como vinculantes las resoluciones judiciales de la Corte IDH²⁸⁵, toda vez que los operadores jurídicos nacionales:

²⁸⁴ Corte IDH, *Asunto James y otros respecto Trinidad y Tobago*. Medidas provisionales, resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 25 de mayo de 1999. Voto concurrente del Juez A. A. Cançado Trindade, párr. 12.

²⁸⁵ Cf. X. L. ROMERO PÉREZ, *Vinculación de las resoluciones judiciales de la Corte interamericana*, cit., pp. 70-74.

(...) no podrían limitarse a la aplicación literal de las disposiciones de este tratado, sino que tendrían que tener en cuenta el objeto de ese tratado, que es la máxima protección de los derechos humanos en los Estados americanos, y, por consiguiente, considerar las pautas fijadas por la Corte Interamericana en sus resoluciones judiciales como criterios mínimos de interpretación y de aplicación de la [CADH]²⁸⁶. (Destacado nuestro)

A lo anterior, se agrega que el carácter vinculante de las resoluciones de la Corte IDH podría sustentarse también en el principio *pro persona*²⁸⁷, pues si el mismo implica acudir a la norma o interpretación que proteja en mayor medida y extensión los derechos humanos, los parámetros establecidos por la Corte IDH satisfacen tal propósito, salvo aplicación o interpretación más “amplia de las disposiciones de ese tratado”²⁸⁸ proveniente del ámbito interno o internacional.

Sobre esto último nos hemos manifestado ya en la sección referida al análisis del artículo 29 de la CADH. Solo añadiríamos dos puntos. El primero, de la determinación del objeto de la CADH (“la máxima protección de los derechos humanos”) no se colige que la jurisprudencia interamericana constituya, necesariamente, los “mínimos de interpretación y aplicación” requeridos para lograr tal propósito. Es más, podría negarse la premisa mayor pues, en sí, el objeto de la CADH no es tan genérico ni abstracto como se presenta, sino que apunta a proteger los derechos humanos allí contenidos, según la configuración allí prevista –lo cual ya lo distingue de otros tratados análogos–,

²⁸⁶ *Ibid.*, p. 74.

²⁸⁷ Cf. *Ibid.*, pp. 70-78.

²⁸⁸ *Ibid.*

respetándose las reservas estatales allí planteadas y, ajustándose a las competencias y mecanismos de garantía allí establecidos. En suma, si la ‘buena fe’ atiende a no frustrar el objeto del tratado²⁸⁹, no es posible aseverar que la CADH vea erosionado su objeto toda vez que los Estados no otorguen naturaleza jurídica obligatoria a las exégesis interamericanas, cuestión distinta a ignorar los criterios allí vertidos sin una sólida justificación jurídica.

El segundo, de la determinación del papel que cumple la Corte IDH por importante que sea y es, no se deriva necesariamente que su interpretación sea de forma categórica siempre la más favorable, aunque –naturalmente– ello se presuma y espere. Y aun así fuera el más favorable, ello no hace que el pronunciamiento en ciernes sea vinculante por el órgano decisor *per se* o, dicho de otro modo, por la naturaleza vinculante de sus decisiones. Nos explicamos. Aunque un Estado podría aplicar un documento o recomendación con carácter de *soft law*, bajo la consideración de la preferente protección que provee, ello no supondría un reconocimiento tácito y automático de la obligatoriedad de aquella fuente. De modo inverso, la vinculatoriedad de una sentencia o tratado no implica, en estricto sentido, que su contenido sea, irremediablemente, el más protector. Así pues, “obligatoriedad” y “favorabilidad” conforman, bajo este contexto, atributos relacionados, pero no idénticos o de igual significación.

Así entonces, la propuesta de extender el entendimiento del *pacta sunt servanda*²⁹⁰ en razón del *pro homine* resulta –salvo nuevo consenso– teóricamente inviable. Como

²⁸⁹ Cf. O. CORTEN; P. KLEIN (EDS.), *The Vienna Conventions on the Law of Treaties: A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, New York, 2011, p. 680.

²⁹⁰ Cf. X. L. ROMERO PÉREZ, *Vinculación de las resoluciones judiciales de la Corte interamericana*, cit., pp. 37-41.

hemos apuntado, este principio implica no solo ‘cumplir lo pactado’, sino también ‘cumplir de buena fe’ (y otorgándose un *effet utile*, que se analizará en el siguiente sub apartado). Sobre lo ‘pactado’, de acuerdo a la CADH, los Estados se comprometieron a reconocer el efecto jurídico vinculante de las sentencias de la Corte IDH siempre que hayan sido parte del proceso contencioso y solo respecto del caso concreto (artículo 68.1 de la CADH). Luego, mal se haría exigir ahora, en honor a dicho principio, la obligatoriedad en sentido lato de las resoluciones interamericanas. Sobre la ‘buena fe’, de cara a respetarla, es indispensable considerar la voluntad e intención que las partes tuvieron cuando el tratado fue celebrado, siendo que:

En el caso de la Convención Americana, no hay duda sobre la intención que tuvieron las Altas partes contratantes. En efecto, los Estados americanos que participaron en la negociación de este tratado, no tuvieron la intención de aceptar la vinculación de las resoluciones judiciales de la Corte Interamericana; afirmación que se soporta en el hecho de que ninguno de los proyectos de este tratado contempló el reconocimiento de efectos generales vinculantes a favor de estas resoluciones (...). Esta consideración también podría extenderse a los Estados que de forma sucesiva ratificaron la Convención Americana en la medida en que estos tampoco realizaron una manifestación de la cual se pueda concluir su interés por reconocer que las resoluciones judiciales de la Corte Interamericana tengan un carácter vinculante²⁹¹.

²⁹¹ *Ibid.*, p. 40.

En tal sentido, un correcto cumplimiento del principio *pacta sunt servanda* no solo conllevaría a “cumplir lo pactado” –que no incluye el reconocimiento de la obligatoriedad ni los efectos *erga omnes* de la jurisprudencia interamericana–, sino también a hacerlo “de buena fe”, esto es, considerando también la intención de los Estados al momento de celebrar el tratado –que no incorporó propósito alguno de otorgar tal grado de incidencia a las interpretaciones de la Corte IDH. Esto último pues, en coincidencia con el desarrollo realizado por la Corte Internacional de Justicia respecto de la “buena fe”²⁹², este principio no puede generar nuevas obligaciones internacionales para los Estados²⁹³, en tanto alcanza solo al recto y leal cumplimiento de aquellas que ya existen²⁹⁴. Es decir, por una parte, troque la observancia de las reglas del derecho internacional que pre-existen y, por otra parte, acota la modalidad en que tales reglas son legítimamente ejecutadas²⁹⁵. De esta manera, exigir a los Estados asumir una nueva obligación que no acordaron, ni hizo parte de sus propósitos fundacionales, contravendría el propio principio de buena fe invocado por la Corte IDH.

Siendo tal el escenario, poca utilidad añade apelar al principio de subsidiariedad para fortalecer el sustento de la doctrina del control de convencionalidad. Si bien desarrollaremos este asunto en el capítulo 4, dejaremos aquí anotadas dos cuestiones. La primera, evidenciar la secuencia de las etapas preclusorias en la protección de derechos, esto es, inicialmente, en el ámbito interno y, finalmente, en el ámbito internacional, habla más de la razón de ser del carácter “definitivo e inapelable” (artículo 67 de la CADH) de las decisiones a las que arriba la Corte IDH –materia que ya hemos analizado–, que de las

²⁹² Cf. P. CONTRERAS VÁSQUEZ, “Análisis Crítico del Control de Convencionalidad”, cit., pp. 447-448.

²⁹³ Cf. CIJ, *Recueil*, 1974, p. 253 y ss.; *Recueil*, 1988, p. 105.

²⁹⁴ Cf. CIJ, *Recueil*, 1998, p. 296.

²⁹⁵ Cf. M. N. SHAW, *International Law*, 8ª ed., Cambridge University Press, UK, 2017, p. 77.

pretensiones contenidas en la figura teórica bajo análisis. Si un correcto entendimiento de la “buena fe” no puede suponer una inadvertida adición de nuevas obligaciones internacionales para los Estados, menos aún el principio de “subsidiariedad”.

La segunda cuestión a anotar es que, atender al principio de subsidiariedad como un principio de complementariedad, como le reconoce la Corte IDH, es acertado, pero solo a medias si se termina reduciendo la amplia y decisiva noción de este principio estructural del Derecho Internacional de los Derechos Humanos²⁹⁶ a un mero aspecto procesal, que exige el agotamiento previo de los recursos internos antes de acudir a la esfera internacional de protección.

A saber, si reflexionamos en el tradicional concepto de subsidiariedad, deberíamos atender, por lo menos, a dos de sus vertientes en el marco de un Estado de Derecho. En la primera vertiente, la ‘horizontal’, considerando la relación sociedad-Estado –éste solo debe hacer lo que aquella no alcanza– y, en la segunda, la vertiente ‘vertical’, reparando –bajo pauta análoga– en la relación entre los distintos niveles de gobierno, estados federales y Estados-UE. Si así fuese, emerge como necesaria aquella visión clásica del papel de las cortes internacionales –armoniosa con las Constituciones nacionales, los tribunales constitucionales²⁹⁷ y hasta los parlamentos²⁹⁸–, por la que no debe considerarse

²⁹⁶ Cf. P. G. CAROZZA, “Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Law”, *American Journal of International Law*, vol. 97, 1, 2003, pp. 56-79, fecha de consulta 9 abril 2021, en https://scholarship.law.nd.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1571&context=law_faculty_scholarship.

²⁹⁷ Cf. Á. J. GÓMEZ MONTORO, “La obsolescencia de los derechos”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 115, 2019, p. 66, fecha de consulta 9 abril 2021, en <https://recyt.fecyt.es/index.php/REDCons/article/view/72202>.

²⁹⁸ Cf. F. SIMÓN YARZA, “Subsidiarity, Human Rights and Judicial Activism: The Role of Courts”, en Maciej Dybowski, Rafael García Pérez (eds.) *Globalization of law. the role of human dignity*, 1ª ed., Aranzadi, Navarra - España, 2018, p. 91, fecha de consulta 9 abril 2021, en <http://www.dykinson.com/libros/globalization-of-law-the-role-of-human-dignity/9788491971443/>.

contrario a un derecho previsto en un tratado aquello que atenta contra lo que no está claro que forme parte de él.

Lo anterior, toda vez que no es tarea de un tribunal liderar la definición y/o creación de derechos²⁹⁹, sino más bien suplir, modestamente, al Estado allí donde no haya sido capaz de velar por sus obligaciones en esta materia. Si esto es así, un entendimiento sustancial –que no solo procesal– del principio de subsidiariedad, podría –más bien– agregar un argumento contrario a la doctrina del control de convencionalidad y a la inherente –aunque implícita– óptica de interpretación extensiva de derechos.

2.4.1.2.El *effet utile*, el deber de prevención y la economía procesal

En cuanto al principio del efecto útil, que sea tarea de un Estado abrigar el cometido de asegurar o garantizar los efectos propios de las disposiciones de un tratado al interior de su derecho nacional –evitándose así prácticas o normas que las hagan inútiles y/o vacuas–, supone una verdad de Perogrullo. Mas, no es posible secundar tal principio, esto es, el deber del Estado de “adoptar todas las medidas necesarias para que lo establecido en la Convención sea realmente cumplido”³⁰⁰, para, a partir de allí, invocarlo conjuntamente con el artículo 2 de la CADH³⁰¹ y considerar existente un fundamento

²⁹⁹ Cf. Á. J. GÓMEZ MONTORO, “La obsolescencia de los derechos”, cit., p. 68.

³⁰⁰ Corte IDH. *Caso Bulacio Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C N° 100, párr. 142.

³⁰¹ Corte IDH. *Caso Gelman Vs. Uruguay*. Supervisión (...). Op. Cit. Voto razonado del juez Ferrer MacGregor, párr. 49. La cita es la que sigue: *La Corte IDH ha señalado que el deber general del Estado, establecido en el artículo 2° de la Convención, incluye la adopción de medidas para suprimir las normas y prácticas de cualquier naturaleza que impliquen una violación a los derechos previstas en dicho instrumento internacional, así como la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la observancia efectiva de los mismos. Aquí la observancia de la “efectividad” cobra relevancia en términos del principio del *effet utile* “lo que significa que el Estado debe adoptar todas las medidas necesarias para que lo establecido en la Convención sea realmente cumplido”; por lo que la Corte IDH ha considerado*

jurídico en sostén del control de convencionalidad. En efecto, aunque la Corte IDH³⁰² suele emplearlas al unísono³⁰³, resulta forzado apelar al principio de *effet utile* para arribar a consecuencias que de él no se desprenden, entre ellos: la supremacía jerárquica y/o prevalencia de la CADH, el carácter obligatorio y los efectos *erga omnes* de la exégesis interamericana, la aplicación directa de todos éstos en el orden doméstico y, más aún, el deber de las autoridades internas de efectuar el correspondiente control de validez.

Lo anterior pues, según hemos desarrollado líneas arriba, desde la perspectiva del derecho internacional, el deber de adoptar medidas internas para hacer efectivas las obligaciones contraídas, no supone que la determinación y/o concreción de tales medidas sea dictada desde aquel ámbito externo. Por el contrario, se reconoce que dicha especificación corresponde al fuero estatal, donde se goza de discrecionalidad para puntualizar las pautas a tomar a fin de satisfacer las disposiciones del tratado, siendo ejemplo de ello el TEDH³⁰⁴. En este orden de ideas, lo que corresponde a una corte

necesario reafirmar que dicha obligación, por su propia naturaleza, constituye una obligación de resultado.

³⁰² Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14. Op. Cit., párr. 65. La cita es como sigue: *La segunda norma convencional que merece ser invocada a modo introductorio, es el artículo 2 de la Convención. Al efecto, la Corte ya se ha referido a la obligación general de los Estados de adecuar su normativa interna a las normas de la Convención Americana, recogida en dicho artículo, que prescribe que cada Estado Parte debe adecuar su derecho interno a las disposiciones de la misma para garantizar los derechos en ella reconocidos, lo cual implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio de *effet utile*). Este deber implica, por un lado, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención y, por el otro, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías. La obligación estatal de adecuar la legislación interna a las disposiciones convencionales no se limita al texto constitucional o legislativo, sino que debe irradiar a todas las disposiciones jurídicas de carácter reglamentario y traducirse en la efectiva aplicación práctica de los estándares de protección de los derechos humanos de las personas migrantes.* Véase también: *Caso Radilla Pacheco Vs. México*. Op. Cit., párr. 288; *Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá*. Op. Cit., párr. 179.

³⁰³ Cf. G. AGUILAR CAVALLA, “Obligatoriedad del control de convencionalidad a la luz del derecho de los tratados”, cit., p. 377.

³⁰⁴ Cf. J. CONTESSE, “The final word?: Constitutional dialogue and the Inter-American Court of Human Rights”, *International journal of constitutional law*, vol. 15, 2, 2017, Oxford University Press, p. 421; R. RYSSDAL, “The enforcement system set up under the European convention on human rights”, en M. K. Bulterman, M. Kuijter (eds.) *Compliance with judgments of international courts: proceedings of the symposium organized in honour of professor Henry G. Schermers by Mordenate College and the*

internacional –entiéndase, a un tribunal como la Corte IDH– es, de ser el caso, valorar si un hecho interno constituye un ilícito internacional que convierta al Estado en responsable por el incumplimiento de sus obligaciones. Si esto es así, recurrir al *effet utile* no hace más que enunciar un recordatorio de aquel “deber de adoptar” de los Estados, pero nada dice sobre la exigencia de incorporar una medida concreta –el control de convencionalidad, por ejemplo– no aprobada o admitida por éstos, sino creada y exigida desde un tribunal internacional.

Ahora bien, con el propósito de vigorizar tal tesis objetada, suele añadirse una argumentación de corte práctico, aludiéndose al deber de prevención y a la necesaria economía procesal interamericana³⁰⁵, con el fin de elevar la eficiencia (*effet utile*) en la protección de los derechos. Ciertamente, en razón de un deber de prevención de posibles violaciones de derechos humanos se arguye como evidente la necesidad de replicar los estándares que, caso a caso, la Corte IDH va aportando.

Department of International Public Law of Leiden University, Martinus Nijhoff, The Hague ; Boston, 1996, p. 51.

³⁰⁵ Corte IDH. *Caso Tibi Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114. Voto concurrente razonado del juez García Ramírez, párrs. 4 y 5. La cita en mención señala que: 4. *Del mismo modo que un tribunal constitucional no podría --ni lo pretende-- traer ante sí todos los casos en que se cuestione o se pueda cuestionar la constitucionalidad de actos y normas, un tribunal internacional de derechos humanos no aspira --mucho menos todavía que el órgano nacional-- a resolver un gran número de litigios en los que se reproduzcan violaciones previamente sometidas a su jurisdicción y acerca de cuyos temas esenciales ya ha dictado sentencias que expresan su criterio como intérprete natural de las normas que está llamado a aplicar, esto es, las disposiciones del tratado internacional que invocan los litigantes. Este designio, que pone de manifiesto una función de la Corte, sugiere también las características que pueden tener los asuntos llevados a su conocimiento. 5. Sería imposible, además de indeseable, tomando en cuenta el carácter subsidiario o complementario de la jurisdicción internacional, que ésta recibiera un gran número de contiendas sobre hechos idénticos o muy semejantes entre sí, para reiterar una y otra vez los criterios sostenidos en litigios precedentes. Hay que insistir en que los propios Estados, garantes del sistema interamericano de derechos humanos, son al mismo tiempo piezas esenciales de ese sistema, al que concurren a través de una voluntad política y jurídica que constituye la mejor prenda de la eficacia verdadera del régimen internacional de protección de los derechos humanos, sustentado en la eficacia del régimen interno de protección de esos derechos.*

De esta manera, según se afirma, se evitaría, además, la permanente sobrecarga laboral a la que la Corte IDH está expuesta, contribuyéndose a la par a favorecer una economía procesal que le libre de un “cúmulo de casos que perfectamente pueden ser asumidos por los jueces nacionales por aplicación de la Convención y de la interpretación de sus enunciados normativos sobre derechos que ya han sido interpretados”³⁰⁶. Dicho en otros términos, pero aludiendo a la misma idea³⁰⁷, dado que la CADH y el Estatuto de la Corte IDH le confieren a este órgano judicial la función de interpretar y determinar los alcances del Pacto de San José, puede éste obviar pronunciarse centenares de veces sobre un mismo asunto convencional, evitando así el “absurdo”³⁰⁸ de resolver uno a uno los hechos violatorios y garantizar uno a uno los derechos y libertades de particulares.

El problema de fondo que dicho planteamiento reviste es que cae en una especie de sesgo optimista o posibilista, toda vez que confunde la conveniencia práctica y deseabilidad razonable de una máxima efectividad en la protección de derechos –que todos procuramos–, con un fundamento normativo que sustenta la creación y deber de

³⁰⁶ H. NOGUEIRA ALCALÁ, “Diálogo interjurisdiccional, control de convencionalidad y jurisprudencia del Tribunal Constitucional en período 2006 - 2011”, cit., p. 64.

³⁰⁷ Cf. Corte IDH. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú*. Op. Cit. Voto razonado del juez García Ramírez. Párrs. 7-8. En análogo sentido véase: *Caso La Cantuta Vs. Perú*. Op. Cit. Voto razonado del juez García Ramírez. Párrs. 6-7.

³⁰⁸ Cf. J. C. REMOTTI CARBONELL, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: estructura, funcionamiento y jurisprudencia*, IDEMSA, 2004, pp. 291-292 En palabras del autor: «(...) sería absurdo que la Corte condenara a un Estado por realizar una determinada conducta vulneradora de los derechos y que los demás países pudieran seguir realizándola, argumentando que ellos no han sido condenados. Si la Corte ha considerado en su sentencia que una conducta es incompatible con las previsiones del Convenio, ello deberá afectar, y ser aceptado por todos los demás Estados. Igual sucede si la Corte ha realizado la interpretación de un derecho, sus formas de ejercicio, sus mecanismos de garantía, o se ha referido sobre el contenido y alcance de alguno de sus límites. Queremos destacar la especial importancia que tiene este efecto indirecto o irradiador, no solo por cuanto afecta y vincula a todos los Estados que han ratificado la Convención, sino porque implica que los Estados deberán modificar las leyes internas, sus resoluciones judiciales, sus prácticas administrativas, y todo ello aun cuando no hayan sido condenados, permitiendo con ello armonizar (que no igualar) un standard mínimo de protección y garantía de los derechos humanos en el ámbito interamericano».

adopción de la doctrina del control de convencionalidad³⁰⁹. En semejante tropiezo, creemos, cae el intento de fundamentar aquella doctrina esbozando, en abstracto, si reconocer el carácter vinculante a las resoluciones de la Corte IDH haría más viable la efectiva observancia de la CADH o si, por el contrario, constituiría una medida/práctica lesiva para ese fin³¹⁰.

Más allá del modo particular de formular tal interrogante, el yerro lógico *non sequitur* aflora al advertirse la construcción proposicional: si la obligatoriedad de las exégesis de la Corte IDH efectiviza el cumplimiento de la CADH –*posibilidad, conveniencia*–, luego, deben ser obligatorias –*fundamento normativo*. Apreciándose dicha probabilidad y viable ventaja, a lo sumo, podría concluirse que los Estados tienen una razón más para cumplir, responsablemente, con su deber de hacer mérito real de aquella hermenéutica.

Del mismo modo, porque existe un deber de prevención, los Estados deben considerar las exégesis de la Corte IDH –lo cual no incluye un imperativo forzoso de acatarlas–, lográndose así, de ser el caso, la consolidación de una economía procesal. O visto desde otra óptica, el diligente ejercicio de tener en cuenta la hermenéutica interamericana, podría contribuir enormemente a satisfacer –como efecto secundario y posterior– un apremiante deber de prevención y una necesaria economía procesal. Mientras en el primer caso, el deber de prevención conformaría la *causa* –adicional– para atender a las interpretaciones de la Corte IDH y para lograr una economía procesal, en el

³⁰⁹ Cf. P. CONTRERAS VÁSQUEZ, “Análisis Crítico del Control de Convencionalidad”, cit., pp. 452-453.

³¹⁰ Cf. X. L. ROMERO PÉREZ, *Vinculación de las resoluciones judiciales de la Corte interamericana*, cit., pp. 23-28 y 49-54.

segundo caso, el deber de prevención y el éxito de economía procesal constituirían la *consecuencia* de una previa y constante práctica en tal sentido, esto es, una que considere siempre tales exégesis.

Pero, de los argumentos en favor del control de convencionalidad que se acaban de analizar, simplemente no se puede concluir que la jurisprudencia interamericana sea obligatoria. Es más, si nos situamos en el segundo caso, tendríamos que reconocer que – tácitamente– estaríamos estableciendo una excluyente e inmejorable relación causal entre el carácter obligatorio de la jurisprudencia interamericana, por una parte, y, por otra parte, el cumplimiento del deber de prevención y el resguardo de la economía procesal (el error está en tratar una *condición suficiente* como una *condición necesaria*). Es decir, tener por imperativas las exégesis de la Corte IDH y acatarlas, meticulosamente, en efecto, podría evitar la emisión de pronunciamientos repetitivos, y, ciertamente, podría satisfacer un deber de prevención desde la perspectiva de este órgano judicial internacional (de allí que sea *condición suficiente*). Sin embargo, un Estado puede cumplir con el deber de prevención y favorecer con ello a una justa economía procesal sin tener, necesariamente, a las interpretaciones de la Corte IDH por vinculantes y expansivas frente a todos (de allí que no sea *condición necesaria*).

Adicionalmente, establecer la aceptación o no del mentado carácter vinculante en función de un dilema entre mayor o menor garantía de los derechos, nos ubica frente a una falsa disyuntiva, pues los extremos entre los que se debe elegir no son exhaustivos ni excluyentes. No es preciso decantarse por una u otra opción de modo determinante. La obligatoriedad de la jurisprudencia podría ser de gran ayuda o no. Esto último, por

ejemplo, si se impide su refutación cuando un Estado busca aplicar justificada y razonablemente el principio *pro homine*.

2.4.2. *Sobre la supremacía del derecho internacional*

En su momento, parecía la Corte IDH mantener aquella noción por la cual su labor se sitúa en determinar, tras el cotejo de un acto interno –norma o práctica– con la CADH, un eventual hecho ilícito internacional. De modo tal que, si lo hallase, pudiese, seguidamente, dictaminar la correspondiente responsabilidad internacional y las debidas reparaciones. Por ejemplo, señaló en una oportunidad que:

Cuando un Estado es Parte de la Convención Americana y ha aceptado la competencia de la Corte en materia contenciosa, se da la posibilidad de que ésta analice la conducta del Estado para determinar si la misma se ha ajustado o no a las disposiciones de aquella Convención aun cuando la cuestión haya sido definitivamente resuelta en el ordenamiento jurídico interno. (...) En esta actividad la Corte no tiene ningún límite normativo: toda norma jurídica es susceptible de ser sometida a este examen de compatibilidad. Para realizar dicho examen la Corte interpreta la norma en cuestión y la analiza a la luz de las disposiciones de la Convención. El resultado de esta operación será siempre un juicio en el que se dirá si tal norma o tal hecho es o no compatible con la Convención Americana³¹¹.

³¹¹ Corte IDH. *Las Palmeras vs. Colombia*. Excepciones preliminares. Sentencia del 4 de febrero de 2000. Serie C No. 67, párrs. 32 y 33.

Sin embargo, en la actualidad, la Corte IDH parece valorar que, en pro de su misión por proteger los derechos humanos, su labor trasciende a la mera detección de incompatibilidades normativas y al establecimiento de remedios estatales. En concreto, apoyándose en el artículo 27 de la CVDT, considera hallar no solo una superioridad jerárquica del derecho internacional por sobre el derecho nacional, sino también una autoejecutabilidad de los tratados en sede interna. Así, no es extraño comprender cómo arriba al planteamiento de la doctrina del control de convencionalidad. Tal entendimiento surge porque el artículo en comento establece la inviabilidad de alegar normas de orden doméstico –incluida la Constitución– como eximente para incumplir las obligaciones internacionales contraídas. De allí que la Corte IDH sostenga, como bien resume AGUILAR, que:

1) Los Estados no pueden escudarse en el derecho interno para justificar el incumplimiento de obligaciones internacionales; 2) Consecuentemente, los Estados deben adecuar su derecho interno de conformidad con las obligaciones internacionales que hayan asumido; 3) En materia de derechos humanos, los Estados deben asegurar el cumplimiento de la obligación internacional y, por tanto, deben respetar, proteger y garantizar los derechos humanos reconocidos en los instrumentos convencionales internacionales. Aquí aparece la obligación de asegurar que se cumpla efectivamente, dentro de la jurisdicción interna, con la obligación de control de la convencionalidad que recae primordialmente sobre los jueces nacionales³¹². (Destacado nuestro)

³¹² G. AGUILAR CAVALLO, “Obligatoriedad del control de convencionalidad a la luz del derecho de los tratados”, cit., p. 367.

Dicho de otra manera, de acuerdo a la posición de la Corte IDH³¹³ –compartida por dicho autor– el control de convencionalidad es obligatorio en razón de “la obligación estatal de implementación del derecho internacional en el derecho interno con el fin de hacer efectivos los derechos contenidos en la CADH”³¹⁴. Por tanto, postular “que los artículos 26 y 27 no imponen obligaciones para el Estado en su ámbito jurídico interno atenta contra el principio de efectividad de la norma internacional de su efecto útil”³¹⁵. Es decir, de acuerdo a esta postura, la imposibilidad de alegar el derecho interno contra una norma internacional, aunado a un deber de “adecuación” y de efectividad (*effet utile*), haría preceptivo, para las autoridades internas, el ejercicio de un control de convencionalidad.

Sobre los alcances del principio de efecto útil y del deber de adoptar –distinto de “adecuar”– nos hemos manifestado con antelación. En síntesis, si es tarea del Estado “asegurar que los órganos del derecho interno (...) apliquen y den efecto al respectivo tratado”³¹⁶, empleándose ello “también respecto de las disposiciones de una

³¹³ Corte IDH. *Caso Herzog y otros Vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de marzo de 2018. Serie C No. 353, párr. 311. La cita es como sigue: *En el presente caso, el Tribunal concluye que no fue ejercido el control de convencionalidad por las autoridades jurisdiccionales del Estado que cerraron la investigación en 2008 y 2009. Asimismo, en 2010 la decisión del Supremo Tribunal Federal confirmó la validez de la interpretación de la Ley de Amnistía sin considerar las obligaciones internacionales de Brasil derivadas del derecho internacional, particularmente aquellas establecidas en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma. El Tribunal estima oportuno recordar que la obligación de cumplir con las obligaciones internacionales voluntariamente contraídas corresponde a un principio básico del derecho sobre la responsabilidad internacional de los Estados, respaldado por la jurisprudencia internacional y nacional, según el cual aquellos deben acatar sus obligaciones convencionales internacionales de buena fe (pacta sunt servanda). Como ya ha señalado esta Corte y lo dispone el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, los Estados no pueden, por razones de orden interno, incumplir obligaciones internacionales. Las obligaciones convencionales de los Estados Parte vinculan a todos sus poderes y órganos, los cuales deben garantizar el cumplimiento de las disposiciones convencionales y sus efectos propios (effet utile) en el plano de su derecho interno.*

³¹⁴ G. AGUILAR CAVALLO, “Obligatoriedad del control de convencionalidad a la luz del derecho de los tratados”, cit., p. 391.

³¹⁵ *Ibid.*, pp. 391-392.

³¹⁶ M. E. VILLIGER, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Brill | Nijhoff, 2009, p. 370, fecha de consulta 11 febrero 2021, en <https://brill.com/view/title/15148>.

constitución”³¹⁷, serán los propios órganos internos los que, según sus correspondientes competencias, adopten –antes y también después de una eventual declaración de responsabilidad internacional– las ‘medidas’ necesarias para que así sea. Entre tales ‘medidas’, en definitiva, no puede estar ausente aquella que resida en valorar jurídicamente las interpretaciones dadas por el pertinente órgano internacional de control. Es más, *motu proprio*, podría el Estado incluir entre aquellas ‘medidas’ un pleno acogimiento de la tesis interamericana sobre el control de convencionalidad. Lo que, en tal caso, no parece derivarse de ninguna norma o principio –tampoco del artículo 27 de la CVDT– es que esta doctrina ya conforme una ‘medida’ existente y obligatoria, sea desde que entró en vigor la mentada Convención de Viena o sea desde que la Corte IDH desarrolló la figura.

En otras palabras, la obligación de implementar el derecho internacional en el derecho interno: a) no supone ni produce una imperativa e inmediata adopción de la doctrina del control de convencionalidad en los términos dados por la Corte IDH; b) menos aún, genera un esquema de superioridad jerárquica del derecho internacional, un efecto directo de las disposiciones del tratado o un poder de *judicial review*, presupuestos tácitos –y de corte práctico– en los que se apoya tal parecer; c) en tal caso, compete en exclusiva a los Estados determinar los mecanismos internos para dar cumplimiento efectivo a sus obligaciones internacionales, por tanto, podrían como no, aceptar esta figura doctrinal.

³¹⁷ *Ibid.*

Si bien el artículo 27 de la CVDT genera, como evidente efecto práctico, que el Estado deba organizarse internamente para satisfacer sus obligaciones internacionales o –dicho de otro modo– para evitar incumplirlas en razón de su derecho doméstico³¹⁸, de ello no deriva una supremacía o superioridad jerárquica general del derecho internacional. Nos explicamos mejor. Para el derecho internacional, es notorio que sus normas siempre han de prevalecer sobre las domésticas, toda vez que éstas conforman meros hechos internos. Para el derecho nacional, en cambio, ello ha de depender de la ubicación jerárquica concedida a las normas internacionales –cuestión, como hemos visto, que compete a los Estados³¹⁹. Lo anterior quiere decir, en parte, que la respuesta sobre la prevalencia de uno u otro ha de variar según dónde nos hallemos. Se trata de ámbitos paralelos en los que los Estados se hallan al mismo tiempo, de allí a la importancia de considerarlos conjunta y no aisladamente.

El problema de la doctrina del control de convencionalidad es que no solo asume la prevalencia del derecho internacional en sede internacional –asunto obvio viniendo de un tribunal internacional–, sino que pretende forzar a que el derecho nacional –en sede nacional– así también lo admita y ejecute, conminándosele a aceptar –en la práctica– un absoluto monismo con superioridad del derecho internacional. Tal escenario es posible, por supuesto, si así lo ha determinado el propio Estado, mas no es automático, ajeno ni independiente de su decisión como tal. En otras palabras, como no podría ser de otra manera, el artículo 27 de la CVDT prescribe –únicamente– que, en sede internacional, prevalece el derecho internacional³²⁰, pero nada más.

³¹⁸ Cf. O. CORTEN; P. KLEIN (EDS.), *The Vienna Conventions on the Law of Treaties*, cit., p. 698.

³¹⁹ Cf. *Ibid.*, pp. 700-701.

³²⁰ Cf. *Ibid.*, p. 701.

En efecto, la regla contenida en el artículo 27³²¹ de la CVDT, propuesta en su momento por Pakistán, refiere solo a normas secundarias para la determinación de la responsabilidad internacional, no a la posición jerárquica de los tratados³²², ni a modalidades de incorporación en el derecho interno³²³, ni, menos aún, a una supra-constitucionalidad³²⁴. Siendo así, poco útil resulta que, a partir de él, se pretenda colegir un mandato para que los jueces domésticos –u otras autoridades– ejerzan un examen normativo que resguarde la supremacía de la CADH³²⁵. Ello, más aún, si apreciamos la falta de sintonía que supone, por parte de la Corte IDH, considerar al control de convencionalidad como un ‘poder’ de control judicial –derivado de la CADH y de otras disposiciones como el propio artículo 27 de la CVDT– y, simultáneamente, caracterizarlo como una forma de reparación y garantía de no repetición³²⁶, esto es, como un ‘remedio’ a consecuencia de la responsabilidad internacional del Estado³²⁷.

Considérese, por último, que dicha disposición internacional aplica también a los tratados bilaterales. Si asumiésemos, por ejemplo, la postura de la supremacía jerárquica del derecho internacional –que la Corte IDH lee en el mencionado artículo–, nos veríamos forzados a aceptar igualmente la supra-constitucionalidad de dichos instrumentos, cuando

³²¹ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Artículo 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.*

³²² Cf. G. R. BANDEIRA GALINDO, “El valor de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, cit., p. 242.

³²³ Cf. A. DULITZKY, “An Inter-American Constitutional Court? The Invention of the Conventionality Control by the Inter-American Court of Human Rights”, *Texas International Law Journal*, vol. 50, 2015, p. 63.

³²⁴ Cf. X. FUENTES TORRIJO, “International and Domestic Law”, cit., p. 489.

³²⁵ Cf. P. CONTRERAS VÁSQUEZ, “Análisis Crítico del Control de Convencionalidad”, cit., p. 446.

³²⁶ Cf. Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco Vs. México*. Op. Cit., párr. 339.

³²⁷ Cf. D. G. MEJÍA-LEMONS, “On the «Control de Convencionalidad» Doctrine”, cit., p. 144.

no, la necesaria anuencia, por parte de los Estados ratificantes, con dicha tesis. Pero, incluso si asumiésemos o aceptásemos la supra-constitucionalidad de la CADH en razón de dicho artículo 27 de la CVDT, sería falaz derivar de aquel evento la potestad de un determinado órgano –nacional o internacional– para invalidar normas³²⁸. En efecto, retomando lo manifestado al inicio respecto del caso *Marbury vs. Madison*, aseverar que la supremacía constitucional supone –necesariamente– un control judicial, confunde un plano lógico con uno práctico, aunque, simultáneamente, sea preciso aceptar que la conclusión a la que arribó el juez Marshall resulta inevitable para poder garantizar la mentada supremacía en el ámbito interno³²⁹.

No obstante, nos hallamos en el ámbito internacional y, para que un *judicial review* interamericano sea posible –inclusive admitiendo una eventual supremacía convencional–, resulta indispensable una regla adicional que otorgue, previamente, dicha facultad a un órgano concreto. En el caso de la Corte IDH, tal competencia se limita a verificar si un hecho doméstico –norma o acto– es compatible con la CADH, de modo tal que, de no ser así, se declare la responsabilidad internacional del Estado concernido y se dictaminen las debidas medidas de reparación, las cuales, entre otros, pueden exigir la reforma del ordenamiento interno.

Esto significa que, dicha competencia de la Corte IDH está abocada a la solución de controversias, más no alcanza a conformar una potestad de *judicial review*³³⁰. Luego,

³²⁸ Cf. P. CONTRERAS VÁSQUEZ, “Análisis Crítico del Control de Convencionalidad”, cit., p. 448.

³²⁹ Cf. J. L. RODRÍGUEZ; C. ORUNESU, “Tres paradojas sobre el control de convencionalidad”, cit., pp. 123-124 Los autores se apoyan en esta sección en las reflexiones realizadas por Carlos Santiago Nino y Ricardo Guastini.

³³⁰ Cf. D. G. MEJÍA-LEMONS, “On the «Control de Convencionalidad» Doctrine”, cit., p. 140.

si la Corte IDH no goza de capacidad para modificar directamente una norma nacional³³¹, sino –en tal caso– para pedir su enmienda, menos aún para invalidarla o determinar que “carece de efectos jurídicos”, como –asombrosamente– hizo en los casos *Barrios Altos vs. Perú* y *Almonacid Arellano vs. Chile*. En ellos, más allá de la justicia o no del asunto de fondo, para poder declarar nulas *ab initio* las correspondientes normas de amnistía, se vio obligada a realizar una interpretación bastante amplia de sus propias competencias³³².

En suma, la regla de la no invocación del derecho interno para justificar el incumplimiento del derecho internacional, dice únicamente eso: no es posible alegar normas domésticas como eximentes de responsabilidad internacional. Siendo así, dicha regla no permite a la Corte IDH respaldar normativamente al control de convencionalidad. De allí que resulte “inaudito leer el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados como si estableciera una cláusula de autoejecutabilidad de los tratados en el derecho interno o como si estableciera una obligación de poner a los tratados sobre la ley en el derecho nacional de cada país”³³³.

2.5. DECISIONES JUDICIALES Y DOCTRINA DE LOS IUSPUBLICISTAS

Si bien la Corte IDH, en soporte de su creación del control de convencionalidad, no hace uso expreso de decisiones judiciales internacionales distintas a las suyas y/o de doctrina de iuspublicistas connotados, algún autor³³⁴ ha propuesto –en apoyo– otorgar un

³³¹ Cf. C. ORUNESU, “Conventionality control and international judicial supremacy”, cit., p. 4.

³³² Cf. C. BINDER, “The Prohibition of Amnesties by the Inter-American Court of Human Rights”, *German Law Journal*, vol. 12, 2011, p. 1208.

³³³ X. FUENTES TORRIJO, “International and Domestic Law”, cit., p. 487.

³³⁴ Cf. X. L. ROMERO PÉREZ, *Vinculación de las resoluciones judiciales de la Corte interamericana*, cit., pp. 41-44 y 78-82.

alcance más amplio a la expresión ‘decisiones judiciales’ y adoptar un entendimiento distinto de lo que supone una fuente ‘auxiliar’ del derecho internacional público. Sobre lo primero, señala que por ‘decisiones judiciales’ debería entenderse no solo a las sentencias de los tribunales internacionales fruto de un proceso contencioso, sino también a todo fallo, dictamen, laudo u opinión consultiva que emane de la competencia de tales cortes. Sobre lo segundo, asevera que, en lugar de fuente ‘auxiliar’, debería considerarse a aquellas decisiones judiciales como una fuente ‘secundaria’, de modo tal que no sea una posibilidad, sino un deber acudir a ellas toda vez que las fuentes principales sean oscuras o imprecisas. Así, concluye que: “de aceptarse estas consideraciones, las resoluciones judiciales de la Corte Interamericana serían vinculantes para todas las autoridades locales de los Estados americanos que deban aplicar la Convención Americana, independientemente de que estos Estados hayan o no reconocido la competencia jurisdiccional de este tribunal internacional”³³⁵.

Como se aprecia, de aceptarse esta posición, devendría en vinculante toda interpretación dada por la Corte IDH, más allá de la resolución judicial que la contenga y del reconocimiento –o no– que un Estado haya hecho de su competencia contenciosa. En adelante, toda obligación contenida en la CADH sería fiel reflejo de lo establecido por este tribunal internacional. De cualquier manera, hasta donde nos consta, ni la propuesta ha recibido eco, ni sería fácilmente viable. En concreto por dos consideraciones que, a continuación, comentamos.

³³⁵ *Ibid.*, p. 82.

A nivel normativo, aquellas “decisiones judiciales”, en cuanto tales, refieren a sentencias de tribunales internacionales, no a otro tipo de pronunciamientos judiciales. Lo anterior, significa que, por una parte, no están consideradas las sentencias nacionales³³⁶, las cuales, de ser el caso, conforman prácticas estatales –o, quizás, *opinio iuris*– de una posible futura costumbre³³⁷; y, por otra parte, solo están consideradas aquellas resoluciones procedentes de un proceso contencioso, de lo contrario, no.

Ahora bien, si acudimos a la experiencia de la Corte Internacional de Justicia, parece claro que, en la práctica, refiere a menudo a sus pronunciamientos en general –por ejemplo, a sus opiniones consultivas– sin hacer mayor diferencia, pese a que, en estricto sentido, no conforman decisiones judiciales³³⁸. Si así fuese, la práctica de la Corte IDH demuestra un idéntico proceder cuando se trata de realizar auto-referencias interpretativas. Es más, en el caso de este último tribunal, en ocasiones, su proceder es merecedor de crítica –incluso de sus propios jueces³³⁹– cuando para “dotar de contenido” a la norma se acude a fuentes jurídicas ajenas a su labor o, inclusive, a instrumentos no plenamente normativos, como resoluciones *soft law*³⁴⁰.

En tal caso, si dirigimos la mirada al ámbito estatal, el valor jurídico consignado a las diversas fuentes internacionales será siempre materia de competencia doméstica. Así, podrá mantener, para éstas, la eficacia que les corresponde según su naturaleza jurídica –

³³⁶ Aunque algunos autores consideran que sí. Cf. R. JENNINGS; S. A. WATTS (EDS.), *Oppenheim's International Law: Volume 1 Peace*, 9th, Oxford University Press, 2008, pp. 41-42 (fn. 145), fecha de consulta 14 abril 2021, en <http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law/9780582302457.001.0001/law-9780582302457>.

³³⁷ Cf. A. PELLET, “«Article 38»”, cit., p. 788.

³³⁸ Cf. *Ibid.*, p. 785.

³³⁹ Cf. Corte IDH. *Comunidades Indígenas (...) Lhaka Honhat*. Op. Cit., voto del juez Vio Grossi, párrs. 4-61.

³⁴⁰ Cf. Corte IDH. *Comunidades Indígenas (...) Lhaka Honhat*. Op. Cit., voto del juez Sierra, párrs. 3-11.

hard law y *soft law*– o podrá incrementar –pero no reducir– el grado de incidencia que, internamente, generen. Si acudimos al artículo 68.1 de la CADH, bien sabemos que, a *contrario sensu*, más allá del Estado parte del litigio, los demás, no se encuentran compelidos más que a considerar, seriamente, el desarrollo exegético que la jurisprudencia pueda contener. Es más, retornando a un enfoque comparado, el objeto de la disposición 59 del Estatuto de la CIJ³⁴¹ (análogo al del artículo XX del Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional - CPJI) es “evitar que los principios jurídicos admitidos por el Tribunal en un asunto determinado sean obligatorios para otros Estados”³⁴².

La CIJ ha mantenido dicha pauta de modo constante³⁴³. Por ejemplo, de cara a las excepciones preliminares presentadas por Nigeria en el caso *Land and Maritime Boundary*, manifestó que:

*Es cierto que, de acuerdo con el artículo 59, las sentencias de la Corte vinculan únicamente a las partes y respecto de un caso particular. No cabe posibilidad de que Nigeria se vea obligada por decisiones adoptadas por la Corte en casos previos. La verdadera pregunta es si, en este caso, hay motivos para no seguir el razonamiento y las conclusiones de casos anteriores*³⁴⁴.

³⁴¹ Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Artículo 59: *La decisión de la Corte no es obligatoria sino para las partes en litigio y respecto del caso que ha sido decidido.*

³⁴² CPJI, *Serie A, n° 7*, p. 19.

³⁴³ Cf. A. PELLET, “«Article 38»”, cit., p. 785.

³⁴⁴ CIJ, *Recueil*, 1998, p. 275.

Ello, por supuesto, no niega en lo absoluto la *auctoritas* que goza la jurisprudencia de la CIJ. Por el contrario, de modo acertado, trasluce aquello que también sostenemos, esto es, que lo relevante en sí, más que el grado de eficacia jurídica que le corresponde a la jurisprudencia –no vinculante, sin duda–, es el grado de persuasión que genere en razón de su calidad y solidez. Así, de haber acierto y similitud fáctica, producirá obligada atención y seguimiento estatal, de lo contrario, distanciamiento, cuando no directa crítica.

En tal caso, en orden a aproximarnos al debate sobre el valor jurídico reconocido a aquella jurisprudencia, PASTOR RIDRUEJO³⁴⁵ señala que la mayoría de los iuspublicistas no aprecia en ella una fuente de reglas de Derecho³⁴⁶, en tanto conforma solo un medio auxiliar para la determinación de éstas. Si bien considera que la conclusión de la academia en minoría –los que ven en la jurisprudencia una regla de Derecho– no es posible a partir de la propia configuración del artículo 59 del Estatuto de la CIJ³⁴⁷, desde una arena práctica, manifiesta que preciso es reparar, más en la actitud que la CIJ tiene sobre su propia jurisprudencia, que en la letra del Estatuto. Pero, incluso en tal escenario, la actitud de la CIJ ha sido variable, según reconoce, por ello, no duda en citar a FRIEDMAN para concluir y coincidir con él, cuando afirma que “una apreciación general de la función de los tribunales internacionales en el Desarrollo Internacional no puede ser muy optimista”.

Desde luego, para el derecho internacional público, aunque importantes para su formación y aplicación, las decisiones judiciales constituyen una fuente auxiliar, es decir, podrán ser utilizadas –o no– según sea necesario para resolver una indeterminación o

³⁴⁵ Cf. J. A. PASTOR RIDRUEJO, *Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales*, cit., pp. 84-87.

³⁴⁶ Cf. A. PELLET, “«Article 38»”, cit., pp. 783-784.

³⁴⁷ Cf. M. N. SHAW, *International Law*, cit., pp. 81-83.

imprecisión convencional. La misma suerte corre para la doctrina de los iuspublicistas, que tampoco configura una fuente autónoma³⁴⁸. Por tanto, sea por una u otra vía, no sería admisible justificar el control de convencionalidad mediante el uso de estas fuentes, toda vez que no son “capaces de crear, modificar o extinguir una norma jurídica, sino, simplemente, (...) de cumplir una misión estrictamente auxiliar de ayudar al Juez y al intérprete a determinar el exacto contenido de las normas jurídicas”³⁴⁹. Es decir, en última instancia, podrían solo contribuir a precisar o especificar una preexistente obligación internacional de ejercer un control de convencionalidad, pero, de acuerdo a lo que venimos argumentando, dicho deber –tal y como lo presenta la Corte IDH–, no ‘preexiste’.

Dicho de otro modo, estas fuentes –a diferencia de los Tratados, la Costumbre, los Principios Generales del Derecho, los Actos Unilaterales de los Estados y los Actos de Organizaciones Internacionales–, no tienen una naturaleza “creadora”, sino de “evidencia”. Ello equivale a decir –desde otra perspectiva– que, en sentido estricto, “(...) no son fuentes –modos de formación– del derecho, sino medios de conocer lo que es el derecho, para ser utilizados en caso de necesidad, como ‘medios auxiliares’ de conocimiento”³⁵⁰.

A *nivel argumentativo*, por último, no hay novedad relevante que no hayamos señalado con anterioridad. En concreto, no puede concluirse que las decisiones de la Corte

³⁴⁸ Cf. J. A. PASTOR RIDRUEJO, *Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales*, cit., pp. 161-162.

³⁴⁹ M. DÍEZ DE VELASCO VALLEJO, *Instituciones de derecho internacional público*, 11ª ed, Tecnos, Madrid, 1997, p. 116.

³⁵⁰ M. VIRALLY, *El devenir del derecho internacional: ensayos escritos al correr de los años*, Fondo de Cultura Económica, México, D.F., 1998, p. 168.

IDH son de carácter obligatorio y con efectos *erga omnes* en razón de que así lo determinan las propias decisiones de la Corte IDH, en tanto ello supone en las premisas lo que está por demostrarse, configurándose así una insalvable petición de principio o argumentación circular³⁵¹. Para que ello fuese así, sería preciso contar con una fuente adicional –previa, externa y obligatoria– que especificase la obligatoriedad de la jurisprudencia; sin embargo, ese no es el caso o no aplica para el SIDH, toda vez que la regla *stare decisis*, precepto estricto de estar a lo decidido³⁵², le es ajena. Análoga debilidad argumentativa –con mayor razón–, habría si se procediese del mismo modo no ya con la jurisprudencia interamericana, sino con la doctrina de los iuspublicistas que apoya esta tesis de la Corte IDH.

2.6. ACTOS UNILATERALES DE LOS ESTADOS Y ACTOS DE LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES

Cuando nos referimos a los actos unilaterales de los Estados, no aludimos, por ejemplo, a aquellos por los que se explicita una oposición a una Costumbre en formación o a aquellos que intervienen en el proceso dado desde la celebración hasta la entrada en vigor de un tratado; todos ellos actos unilaterales, sí, pero que generan efectos jurídicos respecto de uno o más actos unilaterales –cuando no multilaterales– de otros Estados. Es decir, se trata de actos unilaterales no autónomos o independientes³⁵³.

³⁵¹ Cf. E. MALARINO, “Acerca de la pretendida obligatoriedad de la jurisprudencia en los Órganos Interamericanos de Protección de Derechos Humanos para los Tribunales Judiciales Nacionales”, cit., pp. 438-439.

³⁵² Cf. K. K. DUVIVIER, “Are Some Words Better Left Unpublished?”, cit., pp. 415-416.

³⁵³ Cf. J. A. PASTOR RIDRUEJO, *Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales*, cit., p. 145.

En su lugar, nos referimos a aquellos actos unilaterales que por sí mismos producen obligaciones internacionales solo al Estado del que emana. En torno a este asunto, la última propuesta realizada por la Comisión de Derecho Internacional en 2006, *Principios rectores aplicables a las declaraciones unilaterales de los Estados capaces de crear obligaciones jurídicas*, expresó que:

Unas declaraciones formuladas públicamente por las que se manifieste la voluntad de obligarse podrán surtir el efecto de crear obligaciones jurídicas. Cuando se dan las condiciones para que eso ocurra, el carácter obligatorio de tales declaraciones se funda en la buena fe; en tal caso, los Estados interesados podrán tenerlas en cuenta y basarse en ellas; esos Estados tienen derecho a exigir que se respeten esas obligaciones³⁵⁴.

Ello quiere decir que, nos encontramos frente actos que: 1) son emitidos por un solo sujeto de Derecho, 2) cuya eficacia no depende de otro acto jurídico, 3) que no producen obligaciones para terceros y, 4) que –en razón del principio de buena fe–, en adelante, resultan exigibles al Estado del que emanó³⁵⁵. Lo anterior³⁵⁶, claro está, siempre que dicho acto unilateral supere los requisitos de *capacidad, forma y consentimiento*. A saber, que emane de un órgano del Estado con facultades para comprometerlo en el ámbito

³⁵⁴ ONU - ASAMBLEA GENERAL, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional (U.N. Doc. A/61/10)*, 2006, p. 407, fecha de consulta 4 abril 2019, en <https://undocs.org/es/A/61/10>.

³⁵⁵ Cf. J. A. PASTOR RIDRUEJO, *Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales*, cit., p. 146.

³⁵⁶ Véase también: F. NOVAK TALAVERA; L. GARCÍA-CORROCHANO, *Materiales de Derecho Internacional Público*, cit., pp. 178-184.

internacional, que la manifestación de voluntad –escrita o verbal– sea clara y específica, y que haya real intención de asumir un compromiso internacional, respectivamente³⁵⁷.

Si se quiere, el asunto de los *Ensayos nucleares*³⁵⁸ es especialmente ilustrativo. La Corte Internacional de Justicia, mediante su sentencia de 20 de diciembre de 1974³⁵⁹, manifestó que las declaraciones dadas por el Presidente francés y su Ministro de Defensa respecto de no reiterar sus prácticas nucleares en la atmósfera del Océano Pacífico, constituían en adelante una obligación de conducta que, sin necesidad de contrapartida alguna o aceptación ulterior, generaba efectos jurídicos sobre la Comunidad Internacional. Como se aprecia, la *capacidad* es incuestionable toda vez que, por sus funciones, en el ámbito de las relaciones internacionales, el Jefe de Estado francés representa –valga la redundancia– al Estado francés³⁶⁰; la *forma*, más allá de ser verbal o escrita es clara y específica; y, el *consentimiento* para adoptar una línea de comportamiento acorde con su declaración, no genera mayor duda³⁶¹.

Si así fuese, dado que no hay fundamento jurídico internacional para sostener la doctrina del control de convencionalidad –según el entendimiento que la Corte IDH tiene de ella–, sea desde los tratados, la costumbre o los principios generales del derecho –todas ellas, fuentes creadoras de obligaciones que hemos ya examinado–, existe, sin embargo, la posibilidad de que, mediante un eventual acto unilateral del Estado, cobre vida un deber de cotejo normativo como éste, aunque, solo para ese Estado. La excepción, como lo

³⁵⁷ Cf. J. A. PASTOR RIDRUEJO, *Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales*, cit., pp. 147-148.

³⁵⁸ Cf. *Ibid.*, pp. 146-148.

³⁵⁹ Cf. CIJ, *Recueil*, cit., pp. 254 y ss.

³⁶⁰ Cf. *Ibid.*, p. 269.

³⁶¹ Cf. *Ibid.*, p. 267.

hemos mencionado previamente, radicaría en una nueva conferencia regional que logre una reforma de la CADH en el sentido de incluir este tipo de control de validez. Es decir, desde la perspectiva del Derecho Internacional Público, sería necesario tener o bien una la regla del precedente (inexistente en el SIDH) o una cláusula especial en la CADH o, al menos, un acto unilateral estatal con dicho propósito³⁶².

Ahora bien, de encontramos en este último escenario, esto es, un acto unilateral del Estado, no parece apropiado que dicha manifestación de voluntad provenga, en exclusiva, de una corte suprema o de un tribunal constitucional, salvo dicho Estado prevea tenor distinto en su Constitución. Ello debido a que, resulta cuestionable afirmar que dichos órganos cuenten con *capacidad* suficiente para brindar un *consentimiento* estatal de tal envergadura, bajo una *forma* jurisprudencial, más aún, si –por ejemplo– su participación en el procedimiento de celebración de tratados es nula o se limita a declarar la compatibilidad, o no, con el ordenamiento constitucional. Aunque este tema lo volveremos a tratar en el capítulo 4, valga anticipar ahora que lo coherente desde un Estado Constitucional de Derecho podría ser o reformar la Constitución en tal orientación³⁶³ –bajo los procedimientos previstos– o, como mínimo, recorrer un análogo cauce al establecido para la celebración y ratificación de tratados en materia de derechos humanos. Esto último, habitualmente, con indispensable participación del parlamento.

En cuanto a los actos de las organizaciones internacionales, no hacemos referencia aquí a resoluciones que –sin desmerecer su importancia– solo revisten una naturaleza de

³⁶² Cf. K. CASTILLA JUÁREZ, “Sobre la fuerza jurídica de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, cit., p. 150.

³⁶³ Cf. M. L. HENRÍQUEZ; J. I. NÚÑEZ, “El control de convencionalidad: ¿hacia un no positivismo interamericano?”, cit., p. 337.

soft law o, son en efecto vinculantes, pero únicamente de cara a los funcionarios u órganos internos de dicha organización. En tales casos no nos hallamos frente a fuentes independientes y autónomas del Derecho Internacional³⁶⁴. Nos referimos, en su lugar, a aquellos actos que, en virtud de una disposición del tratado constitutivo, pueden realmente obligar a los Estados miembros a seguir una determinada conducta, cuestión muy excepcional en este ámbito³⁶⁵. Nos referimos, por tanto, a aquellas resoluciones adoptadas por una organización internacional, cuya manifestación de voluntad, por lo menos, reviste como características³⁶⁶: a) estar amparada en la “capacidad suficiente” de dicha entidad; b) no estar condicionada al consentimiento de otro sujeto de derecho internacional; c) tener como propósito imponer una obligación u otorgar un derecho; y, d) estar regida por el Derecho Internacional.

Por ejemplo, las que emanan de la Asamblea General de la ONU o el Consejo de Seguridad en razón de los artículos 17³⁶⁷ y 25³⁶⁸ de la Carta de las Naciones Unidas, respectivamente. Así también, las que proceden de determinados órganos de la Unión Europea –reglamentos, decisiones, etc.–, que no precisan de actos de recepción por parte

³⁶⁴ Cf. J. A. PASTOR RIDRUEJO, *Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales*, cit., pp. 155-156.

³⁶⁵ Cf. P. CAHIER, “Changements et continuité du droit international Cours général de droit international public”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International*, vol. VI, 195, 1985, Brill, pp. 248-249, fecha de consulta 15 abril 2021, en https://referenceworks.brillonline.com/entries/the-hague-academy-collected-courses/*A9780792320517_01.

³⁶⁶ Cf. F. NOVAK TALAVERA; L. GARCÍA-CORROCHANO, *Materiales de Derecho Internacional Público*, cit., pp. 187-188.

³⁶⁷ Carta de las Naciones Unidas. Artículo 17: 1. *La Asamblea General examinará y aprobará el presupuesto de la Organización.* 2. *Los miembros sufragarán los gastos de la Organización en la proporción que determine la Asamblea General.* 3. *La Asamblea General considerará y aprobará los arreglos financieros y presupuestarios que se celebren con los organismos especializados de que trata el Artículo 57 y examinará los presupuestos administrativos de tales organismos especializados con el fin de hacer recomendaciones a los organismos correspondientes.*

³⁶⁸ Carta de las Naciones Unidas. Artículo 25: *Los Miembros de las Naciones Unidas convienen en aceptar y cumplir las decisiones del Consejo de Seguridad de acuerdo con esta Carta.*

de los Estados miembros para ser aplicados directamente en sus correspondientes ordenamientos nacionales, obligando así a Gobiernos, empresas e individuos³⁶⁹.

Si en dicho contexto nos situamos, ninguna resolución adoptada por la OEA considera al control de convencionalidad como parte de un deber que los Estados deban aceptar e incorporar en sus ordenamientos. Pero, además, difícilmente podría existir una resolución en tal sentido, habida cuenta que, ni su tratado fundante –la Carta de la OEA de 1948– ni otro instrumento regional le confiere competencia para crear una obligación internacional de tal calado para sus Estados miembros. En orden a no caer en la inversión del *onus probandi* o en una especie de prueba diabólica, que haga esfuerzos por demostrar la inexistencia de un acto de la OEA por el que se da vida a una obligación jurídica de este tipo, baste poner en evidencia que ni siquiera propia la Corte IDH ha hecho uso de algún tipo de argumento que indique lo contrario o que apoye su tesis doctrinal.

--- o ---

En definitiva, si hubiese que concluir este capítulo en breve, nos importaría señalar que la doctrina del control de convencionalidad, tal como la plantea la Corte IDH³⁷⁰, no encuentra suficiente, coherente ni sólido sustento en las fuentes creadoras del derecho internacional –los tratados, la costumbre, los principios generales del derecho, los actos unilaterales de los Estados y los actos de las organizaciones internacionales– y, menos aún, en sus fuentes auxiliares –las decisiones judiciales y la doctrina de los iuspublicistas.

³⁶⁹ Cf. J. A. PASTOR RIDRUEJO, *Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales*, cit., pp. 155-156.

³⁷⁰ Cf. M. HENRÍQUEZ VIÑAS, “El control de convencionalidad interno. Su conceptualización en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, cit., pp. 337-355.

Por tanto, la carencia de soporte jurídico advertida no permite sustentar que esta doctrina suponga una obligación o deber internacional que los Estados deban aceptar y/o incorporar en su quehacer doméstico. Claro está, salvo que, de *motu proprio* y respetándose los cauces jurídicos internos que correspondan, los Estados adopten dicha figura; o, difiriendo de la comprensión dada por la Corte IDH –que no se reduce a un mero cumplimiento de las obligaciones asumidas en la CADH, según se afirma³⁷¹–, asuman un factible y razonable entendimiento como el propuesto por el juez interamericano VIO GROSSI³⁷².

En el cuarto capítulo, examinaremos tal posibilidad, adoptando como perspectiva de análisis ya no, propiamente, el Derecho Internacional, sino el Derecho Constitucional. Es decir, en líneas generales, discerniremos sobre qué cambios o mutaciones supone la aceptación de la doctrina del control de convencionalidad en la noción del Estado Constitucional de Derecho. Asimismo, reflexionaremos en torno a cuál debería ser el procedimiento para su eventual incorporación interna y cómo podrían mitigarse los posibles problemas jurídicos detallados en este segundo capítulo.

Para todo ello, abordaremos primero –en el siguiente capítulo– la experiencia de determinados Estados frente a esta figura requerida por la Corte IDH. De modo tal que, antes de que realicemos un acercamiento crítico desde la teoría del Estado Constitucional de Derecho, contemos con un acercamiento al actual estado de la cuestión en algunos países de la región.

³⁷¹ Cf. G. AGUILAR CAVALLO, “Obligatoriedad del control de convencionalidad a la luz del derecho de los tratados”, cit., p. 391.

³⁷² Cf. E. VIO GROSSI, “El control de convencionalidad y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, cit., pp. 317-330.

CAPÍTULO 3: PANORÁMICA DEL *STATU QUO* EN ALGUNOS ESTADOS AMERICANOS

Este capítulo tiene como finalidad general indagar el grado de recepción –favorable o no– que el control de convencionalidad ha tenido al interior de los Estados de la región. Así, podremos acudir a los debates, ventajas o problemas domésticos que este asunto ha generado. Para tal propósito, hemos seleccionado a los mismos países que, en su momento, la Corte IDH ha mencionado en su jurisprudencia para dar a entender que existe una acogida propicia a su creación doctrinal: Argentina, Bolivia, Colombia, Costa Rica, Guatemala, México, Panamá, Perú y República Dominicana. Hemos añadido a Uruguay en aquella lista de Estados, toda vez que, de acuerdo a lo anticipado en el primer capítulo, también ha ofrecido una respuesta jurídica clara al respecto.

Ciertamente, según hemos señalado, la Corte IDH ha considerado en más de una oportunidad que, entre los motivos para crear la doctrina del control de convencionalidad, se encontraría la propia actuación de las altas cortes nacionales de los Estados de la región. De allí que, uno de sus jueces haya aseverado que:

Resulta evidente que la Corte IDH crea la doctrina del “control difuso de convencionalidad” advirtiendo (...) la aceptación de su jurisprudencia convencional como elemento “hermenéutico” y de “control” de la normatividad interna por parte de los propios tribunales internos; es decir, la Corte IDH recibió el influjo de la práctica jurisprudencial de los jueces nacionales para crear la nueva doctrina sobre el “Control Difuso de Convencionalidad”. A su vez, se advierte que varias altas jurisdicciones nacionales incorporaron los parámetros

del “Control Difuso de Convencionalidad” debido al reconocimiento de la jurisprudencia de la Corte IDH a partir de la creación de dicha doctrina en el año 2006³⁷³.

En efecto, para demostrarlo, la Corte IDH ha citado como referencias determinados fragmentos de sentencias provenientes de los altos tribunales nacionales de los países antes indicados, Argentina, Bolivia, Colombia, Costa Rica, Guatemala, México, Panamá, Perú y República Dominicana³⁷⁴. No obstante, al aproximarnos a la situación particular de cada uno de aquellos Estados –atendiendo a sus propias normas, a sus resoluciones jurisdiccionales y a lectura que sus propios juristas hacen– es difícil, cuando no imposible, arribar al mismo parecer de la Corte IDH, conforme lo veremos más adelante.

Las reacciones de los Estados, como es previsible, han sido y vienen siendo diversas. Desde los que parecen acoger llanamente lo dicho por la Corte IDH hasta los que rechazan el control de convencionalidad –al menos– en la modalidad descrita por este tribunal interamericano.

A continuación, detallaremos en nuestra aproximación las respectivas disposiciones constitucionales, las normas legales o las sentencias nacionales –preferentemente, de los altos tribunales– que, directa o indirectamente, aluden a la doctrina del control de convencionalidad o, al menos, a lo que ella supone. Intentaremos, por tanto, escudriñar

³⁷³ E. FERRER MAC-GREGOR, “Interpretación conforme y Control Difuso de Convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, cit., p. 145.

³⁷⁴ Cf. Corte IDH. *Caso Gelman Vs. Uruguay*. Supervisión (...). Op. Cit., párrs. 77-86; Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*. Op. Cit., párrs. 226-232; *Caso Chocrón Vs. Venezuela*. Op. Cit., párrs. 165-171; *Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile*. Op. Cit., párr. 283; y, *Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina*. Op. Cit., párr. 304.

tres elementos: 1) si, para los Estados, el estándar interamericano obligatorio lo conforman solo los tratados o también la exégesis de la Corte IDH (*canon*); 2) de aceptarse un deber de control, qué autoridades son las responsables (*operadores*); y, 3) sobre qué normas internas recae dicho análisis de validez (*objeto*): ¿solo sobre las normas infra constitucionales o si, también, alcanza a las normas constitucionales?

En tal quehacer, consideraremos poco el vaivén jurídico-político doméstico en estas materias o las habituales discusiones sobre la posición interna de los tratados –lo cual escapa de nuestros propósitos. Ello, sin embargo, no impedirá que realicemos algunas anotaciones al respecto cuando sea oportuno. Así, el orden a seguir será el siguiente: Argentina (3.1), Bolivia (3.2), Colombia (3.3), Costa Rica (3.4), República Dominicana (3.5), Guatemala (3.6), México (3.7), Panamá (3.8), Perú (3.9) y Uruguay (3.10). Por último, en el 3.11, haremos un breve balance general de las tendencias en estos Estados.

3.1. REPÚBLICA DE ARGENTINA

Por disposición expresa en la Constitución³⁷⁵, los tratados de derechos humanos gozan de jerarquía constitucional y se entienden complementarios a los derechos y garantías reconocidos en la propia Constitución, sin derogar artículo alguno de su primera

³⁷⁵ Constitución Política de la República Argentina. Artículo 75.22: *Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; (...); en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.* (Destacado nuestro)

parte. No obstante, ni en la Carta Fundamental ni en la legislación se prevé el valor reconocido a la jurisprudencia internacional³⁷⁶.

En cuanto a la jurisprudencia nacional, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), en cambio, sí se ha manifestado en diversas ocasiones sobre el grado de incidencia que otorga a los criterios interpretativos de la Corte IDH. Por ejemplo, antes de la reforma constitucional de 1994, a través del caso *Ekmekdjian* (1992) y, luego de realizada la reforma, por medio del caso *Giroldi* (1995), la CSJN señaló que la jurisprudencia interamericana debía servir de “guía para la interpretación”³⁷⁷.

Desde entonces, mediante diferentes casos que no siempre han mantenido una continuidad de postura ni una claridad que evite interpretaciones divergentes, la CSJN ha referido al papel que le corresponde a la jurisprudencia interamericana. Así, mientras en el caso *Cantos*³⁷⁸ (2003) desató el fallo de la Corte IDH –y su correspondiente jurisprudencia–, en el caso *Espósito* (2004) –que aludía a la sentencia interamericana *Bulacio vs. Argentina*– mencionó que las sentencias de este tribunal internacional son obligatorias³⁷⁹ (a propósito de un caso donde dicho país fue parte del proceso internacional). En 2005, ya refiriéndose expresamente a la jurisprudencia interamericana,

³⁷⁶ Cf. P. D. EIROA, “La eficacia de las decisiones de los órganos interamericanos de protección de los derechos humanos en Argentina”, en *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, Vol. 3, 2013, ISBN 978-95857456, p. 25-52, Fundación Konrad Adenauer. Madrid, 2013, p. 28, fecha de consulta 24 febrero 2021, en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5024804>.

³⁷⁷ Cf. Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina. *Caso Giroldi, Horacio David y Otros / recurso de casación*. Sentencia de 7 de abril de 1995. Expediente 342. XXVI. Considerando N° 11. En similar sentido, pero antes de la reforma constitucional de 1994, puede consultarse: *Caso Ekmekdjian Miguel A. c. Sofovich, Gerardo y ot.* Sentencia de 7 de julio de 1992. Considerando N° 21.

³⁷⁸ Cf. Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina. *Procurador del Tesoro (Cantos)*. Resolución de 21 de agosto de 2003. Considerandos N° 3 y 4.

³⁷⁹ Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina. *Espósito, Miguel Ángel s/ incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa*. Sentencia de 23 de diciembre de 2004. Expediente 224. XXXIX. Considerando N° 6.

manifestó mediante el caso *Simón* que ésta conforma una “imprescindible pauta de interpretación”³⁸⁰.

En 2007, mediante el caso *Mazzeo*³⁸¹, en 2010, a través del caso *Videla*³⁸² y, en 2012, por medio del caso *Rodríguez Pereyra*³⁸³, la CSJN sostuvo –no sin críticas³⁸⁴– que la doctrina jurisprudencial de la Corte IDH constituye una “insoslayable pauta de interpretación”. Seguidamente, transcribió en sus sentencias los párrafos que describen la figura del control de convencionalidad.

Lo anterior, sin embargo, no dejó del todo claro cuál es el panorama actual en Argentina en torno al valor de las exégesis de las Corte IDH. Ello pues si bien podría afirmarse, en atención a los términos utilizados, que una *guía* o *pauta* interpretativa es solo eso y no representa, necesariamente, un deber u obligación de acatamiento, lo cierto es que al interior de la academia argentina existen diversas lecturas enfrentadas en torno a lo que la CSJN dijo y a lo que deberían ser sus respectivas consecuencias jurídicas.

Tales posturas divergentes podrían resumirse de la siguiente manera: “*a) los que sostienen, sin formular reservas ni reparos, que la interpretación de la CADH por parte*

³⁸⁰ Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina. *Caso Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad*. Sentencia de 14 de junio de 2005. Expediente 1767. XXXVIII. Considerando N° 17.

³⁸¹ Cf. Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina. *Caso Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ Rec. De casación e inconstitucionalidad*. Sentencia de 13 de julio de 2007. Expedientes 2333. XLII. y otros. Considerandos N° 20 y 21.

³⁸² Cf. Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina. *Caso Videla, Jorge Rafael y Massera, Emilio Eduardo*. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Expediente 281. XLV. Considerandos N° 8 y 10.

³⁸³ Cf. Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina. *Caso Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra el Ejército Argentino s/ daños y perjuicios*. Sentencia de 27 de noviembre de 2012. Expediente 401. XLIII. Considerandos N° 11 y 12.

³⁸⁴ Cf. A. LOIANNO, “El marco conceptual del control de convencionalidad en algunos fallos de la Corte Suprema argentina ‘Arancibia Clavel’, ‘Simón’, ‘Mazzeo’”, en *El control de convencionalidad*, Ediar, Buenos Aires, Argentina, 2008, pp. 124-130.

de la Corte IDH es vinculante para nuestros tribunales; (b) los que sostienen esa misma opinión, pero con alguna reserva y (c) los que toman a la jurisprudencia de la Corte IDH sólo como una pauta o guía, sin efecto vinculante”³⁸⁵. De esta manera, podríamos citar – sin pretender, por su puesto, ser exhaustivos– a determinados autores como HITTERS³⁸⁶, GHISIO Y JUNCO³⁸⁷, BAZÁN³⁸⁸, PITTIER³⁸⁹, GIL³⁹⁰, GUTIÉRREZ³⁹¹, SABSAY³⁹², ROSATTI³⁹³, MALARINO³⁹⁴, VANOSSI³⁹⁵, GELLI³⁹⁶, BIANCHI³⁹⁷ y SAGÜÉS³⁹⁸.

³⁸⁵ A. BIANCHI, “Una reflexión sobre el llamado «control de convencionalidad»”, cit., sec. IV.

³⁸⁶ Cf. J. C. HITTERS, “Control de Convencionalidad ¿Puede la Corte Interamericana de Derechos Humanos dejar sin efecto fallos de los tribunales superiores de los países? (El caso Fontevecchia vs. Argentina)”, *Estudios constitucionales*, vol. 15, 2, 2017, Universidad de Talca. Centro de Estudios Constitucionales, pp. 565-568, fecha de consulta 6 mayo 2021, en http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S0718-52002017000200533&lng=en&nrm=iso&tlng=es.

³⁸⁷ Cf. A. GHISIO; S. JUNCO, “Derechos humanos y control de convencionalidad. La recepción de la Corte Suprema tras la reforma constitucional de 1994”, *Revista Jurídica - Universidad de San Andrés*, 8, 2020, sec. VI, fecha de consulta 6 mayo 2021, en <https://udesa.edu.ar/revista/revista-juridica-de-la-universidad-de-san-andres-nro-8/articulo/derechos-humanos-y-control-0>.

³⁸⁸ Cf. V. BAZÁN, “Pronunciamientos significativos de la Corte Suprema Argentina (2010-2011). Consolidación de estándares sustentables en sectores de la justicia constitucional y los derechos fundamentales”, en Víctor Bazán, Claudio Nash (eds.), Fundación Konrad Adenauer, Bogotá, 2012, p. 90; “La interacción del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno en Argentina”, *Estudios constitucionales*, vol. 5, 2, 2007, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, pp. 154 y 178.

³⁸⁹ Cf. L. E. PITTIER, “El control de convencionalidad en la Argentina y algunas experiencias de evasión de compromisos internacionales”, *Revista CES Derecho*, vol. 3, 2, 2012, Universidad CES, p. 123, fecha de consulta 25 febrero 2021, en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4863646>.

³⁹⁰ Cf. A. GIL DOMÍNGUEZ, “El control de constitucionalidad y de convencionalidad de oficio”, *Revista Jurídica Argentina La Ley*, 2012, p. 32, fecha de consulta 8 enero 2014, en <https://es.slideshare.net/DchoConstitucionalDraGrillo/control-de-constitucionalidad-y-convencionalidad-de-oficio-andrs-gil-dominguez>.

³⁹¹ Cf. P. GUTIÉRREZ COLANTUONO, “El valor de la jurisprudencia Interamericana de Derechos Humanos y su aplicación en los ámbitos nacional y local”, cit., p. 14; “Derechos y prerrogativas públicas: aspectos de un nuevo orden”, *Revista Jurídica Argentina La Ley*, 2012, sec. VI, fecha de consulta en <http://gutierrezcolantuono.com.ar/pdfs/Derechos-prerrogativ-public.pdf>.

³⁹² Cf. D. SABSAY, “El bloque de constitucionalidad federal y el control de convencionalidad”, cit., sec. III.

³⁹³ Cf. H. ROSATTI, “El llamado ‘control de convencionalidad’ y el ‘control de constitucionalidad’ en la Argentina”, *Revista Jurídica Argentina La Ley*, 2012, sec. II y III, fecha de consulta 18 julio 2020, en <https://cursostransparentescsjn.files.wordpress.com/2015/12/el-llamado-control-de-convencionalidad-y-el-control-de-constitucionalidad-en-la-argentina.pdf>.

³⁹⁴ Cf. E. MALARINO, *Derechos humanos y derecho penal*, cit., pp. 78-90.

³⁹⁵ Cf. J. VANOSSI, “El control de constitucionalidad ‘de oficio’ y el control de convencionalidad”, *Revista Jurídica Argentina La Ley*, 2013, pp. 37-41, fecha de consulta 1 marzo 2021, en <https://biblioteca.mpf.gov.ar/meran/opac-detail.pl?id1=11349>.

³⁹⁶ Cf. M. GELLI, “Cooperación, conflictos y tensiones entre la jurisdicción constitucional y la convencional”, cit., p. 421; “El plazo razonable de la prisión preventiva y el valor de la jurisprudencia internacional (en el caso ‘Acosta’)”, *Revista Jurídica Argentina La Ley*, 2012, sec. 5.

³⁹⁷ Cf. A. BIANCHI, “Una reflexión sobre el llamado «control de convencionalidad»”, cit., sec. VI.

³⁹⁸ Cf. M. S. SAGÜÉS, “Diálogo jurisprudencial y control de convencionalidad a la luz de la experiencia en el caso argentino”, en Miriam Lorena Henríquez Viñas, Mariela Morales Antoniazzi (eds.) *El Control de convencionalidad: un balance comparado a 10 años de Almonacid Arellano vs. Chile*, Primera edición,

En los últimos años, sin embargo, parece ser que la comprensión institucionalmente aceptada difiere, por lo menos, de aquella posición que prodiga la vinculatoriedad, sin reservas, de las exégesis provenientes de la Corte IDH. Prueba de ello es que han comenzado a emitirse sentencias en otros tribunales provinciales³⁹⁹ que, con sus respectivos argumentos jurídicos⁴⁰⁰, no solo se han apartado de fallos interamericanos (en concreto, *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*), sino que, además, han señalado que la jurisprudencia contenida no los obliga, dando con ello una lectura determinada a lo establecido en su momento por la CSJN. Nos referimos, en concreto, a los casos *L.O., A. y ot. c/ Swiss Medical* (2013), ante la Cámara Federal de Salta, y *L., E.H. C/ O.S.E.P.* (2014), ante la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza. En este último caso, debido a un recurso interpuesto contra la respectiva sentencia, la propia CSJN terminó conociendo la causa y confirmándola en 2015⁴⁰¹. En tal actuación, no contradujo, en ninguno de sus extremos, ni el alejamiento realizado por este tribunal provincial respecto de los criterios interamericanos ni su consideración como no vinculantes.

Por último, no podríamos dejar de reiterar el ya mencionado caso *CSJ 368/1998 (34-M) CSI* de 2017, al que aludimos en el capítulo anterior al analizar el artículo 62.3

Ediciones DER: Universidad Alberto Hurtado, Facultad de Derecho, Santiago, Chile, 2017 (CoEdiciones), pp. 325-370.

³⁹⁹ Cf. Cámara Federal de Salta. *Caso L.O., A. y ot. c/ Swiss Medical. Proceso de Amparo*. Sentencia de 8 de julio de 2013. EXPTE. W 007/13. Apartados VII.2.A y VII.2.B, en <http://es.scribd.com/doc/222653400/Partes-L-O-A-y-Otros-c-Swiss-Medical-s-Amparo#scribd>; Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza. *Caso L., E.H. C/ O.S.E.P. P/ Acción de Amparo P/ Apelación s/ INC*. Sentencia de 31 de julio de 2014. Apartado B (Voto del juez Nanclares) y apartado N° 5 (Voto del juez Pérez Hualde), en <http://www.derecho.uba.ar/institucional/deinteres/2014-fallo-leh.pdf>

⁴⁰⁰ Cf. I. COLOMBO, “Un fallo que invita a reflexionar sobre los alcances de los fallos de la CIDH”, *Revista Jurídica Argentina La Ley*, 2013, (AR/DOC/3300/2013), fecha de consulta 9 julio 2018, en https://www.academia.edu/41433213/Un_fallo_que_invita_a_reflexionar_sobre_los_alcances_de_las_sentencias_de_la_CIDH.

⁴⁰¹ Cf. Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina. *Caso L.E.H. y otros c/ O.S.E.P. s/ amparo*. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Expediente 3732/2014/RH1. Considerandos 7, 10 y 11.

de la CADH, referido a la sentencia *Fontevicchia y D'Amico vs. Argentina*. Como habíamos señalado, si bien hubo solución al final del enfrentamiento entre la CSJN y la Corte IDH –más de carácter práctico que, estrictamente, jurídico– cierto es que la CSJN⁴⁰² cuestionó al tribunal interamericano por querer actuar como una cuarta instancia que “revisa o anula decisiones jurisdiccionales estatales”, toda vez que, entre otras consideraciones, ello le priva de su “carácter de órgano supremo del Poder Judicial”, viola principios estructurales del SIDH y conforma un “exceso de las obligaciones (...) asumidas por el Estado (...) al ingresar a dicho sistema”.

En suma, parece haber un claro cambio de criterio por parte de la CSJN⁴⁰³ con el que, incluso, “podría dejar de existir el control de convencionalidad”⁴⁰⁴. Ello pues, si este alto tribunal no adoptó una postura jurídica acrítica ni indiferente frente a la sección resolutive de una sentencia interamericana donde Argentina había sido parte litigiosa, parece ser que –con mayor razón– tampoco asume un rol irreflexivo frente a la sección considerativa de aquella ni de, menos aún, otras sentencias (u opiniones consultivas) en las que no ha intervenido el Estado argentino. Así, atendiendo a estos dos últimos casos, el *CSJ 368/1998 (34-M) CSI* de 2017 y el *L.E.H. y otros c/ O.S.E.P. s/ amparo* de 2015, parecería haberse dado paso a un criterio por el que las decisiones y opiniones ajenas a Argentina conforman solo una guía o pauta interpretativa.

⁴⁰² Cf. Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina. *CSJ 368/1998 (34-M) CSI*. Sentencia de 14 de febrero de 2017. Considerandos 6, 8, 11, 12, 16 y 17.

⁴⁰³ Cf. A. GHISIO; S. JUNCO, “Derechos humanos y control de convencionalidad. La recepción de la Corte Suprema tras la reforma constitucional de 1994”, cit., sec. VI.

⁴⁰⁴ J. C. HITTERS, “Control de Convencionalidad ¿Puede la Corte Interamericana de Derechos Humanos dejar sin efecto fallos de los tribunales superiores de los países?”, cit., p. 566.

3.2. ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

La Constitución Política de Bolivia⁴⁰⁵ señala que los tratados de derechos humanos prevalecen en el orden interno y que, tanto los derechos como los deberes constitucionales deben interpretarse de conformidad con ellos (artículo 13, inciso IV⁴⁰⁶). No obstante, les otorga un rango infraconstitucional (artículo 410 inciso II⁴⁰⁷), permitiéndoles elevarse a un rango supraconstitucional solo si previesen normas o derechos más favorables (artículo 256⁴⁰⁸). Ello parece indicar que la interpretación y aplicación de estos instrumentos internacionales no conforma una apertura irrestricta, pues está condicionada a una mayor protección de los derechos humanos de la que pueda proveer el ordenamiento interno (Constitución)⁴⁰⁹, caso contrario, según el artículo 410 inciso II, primará la Constitución dentro del primer orden de jerarquía (sin perjuicio de que los tratados en

⁴⁰⁵ La nueva Constitución boliviana entró en vigor en 2009. Para un breve recuento del sistema de transición constitucional, cf. J. RIVERA, “Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales en Bolivia. Avances y retrocesos”, en Víctor Bazán, Claudio Nash (eds.), vol. 5, Fundación Konrad Adenauer, Bogotá, 2012, pp. 101-111.

⁴⁰⁶ Constitución Política de Bolivia. Artículo 13.IV: *Los tratados y convenios internacionales ratificados por la Asamblea Legislativa Plurinacional, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los Estados de Excepción prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Constitución se interpretarán de conformidad con los Tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Bolivia.*

⁴⁰⁷ Constitución Política de Bolivia. Artículo. Artículo 410.II: *La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano y goza de primacía frente a cualquier otra disposición normativa. El bloque de constitucionalidad está integrado por los Tratados y Convenios internacionales en materia de Derechos Humanos y las normas de Derecho Comunitario, ratificados por el país. La aplicación de las normas jurídicas se regirá por la siguiente jerarquía, de acuerdo a las competencias de las entidades territoriales: 1.- Constitución Política del Estado. 2.- Los tratados internacionales 3.- Las leyes nacionales, los estatutos autonómicos, las cartas orgánicas y el resto de legislación departamental, municipal e indígena 4.- Los decretos, reglamentos y demás resoluciones emanadas de los órganos ejecutivos correspondientes. (Destacado nuestro)*

⁴⁰⁸ Constitución Política de Bolivia. Artículo 256: *I. Los tratados e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que hayan sido firmados, ratificados o a los que se hubiera adherido el Estado, que declaren derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, se aplicarán de manera preferente sobre ésta. II. Los derechos reconocidos en la Constitución serán interpretados de acuerdo a los tratados internacionales de derechos humanos cuando éstos prevean normas más favorables. (Destacado nuestro)*

⁴⁰⁹ Cf. N. VARGAS, “Los Tratados de Derechos Humanos en la Nueva Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia”, en *Manual: Protección Multinivel de Derechos*, Red de Derechos Humanos y Educación Superior (Universidad Pompeu Fabra), Barcelona, 2013, pp. 329-331, fecha de consulta 5 noviembre 2020, en https://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/res/pmdh_pdf/PMDH_Manual.449-470.pdf.

materia de derechos humanos ratificados por el país formen parte del bloque de constitucionalidad).

El Tribunal Constitucional Plurinacional boliviano (también TCP), en consonancia con las disposiciones previamente señaladas, ha emitido múltiples sentencias en las que, además reconocer el deber de cumplimiento –*pacta sunt servanda*⁴¹⁰– que le corresponde a Bolivia cuando ha participado en un proceso contencioso⁴¹¹, aplica y refiere a la jurisprudencia interamericana como parte del bloque de constitucionalidad⁴¹². No obstante, recién a partir de 2011 ha empezado a abordar, explícitamente, la doctrina control convencionalidad, estableciéndola como una obligación de las autoridades internas –especialmente, para los jueces⁴¹³– para compatibilizar las normas nacionales con los tratados de derechos humanos y con la interpretación que, respectivamente, haya realizado la Corte IDH⁴¹⁴.

⁴¹⁰ Cf. Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia. Acción de Amparo. Sentencia de 10 de mayo de 2010. Resolución 010/2010-R (Expediente No. 2006-13381-27-RAC), apartado III.3.

⁴¹¹ Cf. E. SANTALLA VARGAS, “Impacto del sistema interamericano de derechos humanos en el derecho penal internacional en el contexto boliviano”, en *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, Vol. 3, 2013, ISBN 978-95857456, p. 53-82, Fundación Konrad Adenauer. Oficina Madrid, 2013, p. 70, fecha de consulta 25 febrero 2021, en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5024808>.

⁴¹² Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia. Acción de Amparo. Sentencia de 10 de mayo de 2010. Resolución 010/2010-R (Expediente No. 2006-13381-27-RAC), apartado III.3.

⁴¹³ Cf. Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia. Acción de Amparo. Sentencia de 7 de noviembre de 2011. Resolución 1888/2011-R (Expediente No. 2010-21299-43-AAC), apartado III.2. La cita señala que: *El menor en cuanto a sus derechos, no sólo encuentra protección en la legislación interna del Estado, sino también en los instrumentos internacionales, a los cuales se ha adherido a través de la suscripción y ratificación de los mismos, cuya aplicación y efectividad en la actualidad se la efectúa a través del denominado “Control de Convencionalidad”. Este mecanismo se ejerce por los Jueces y Tribunales, respecto a la compatibilidad entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos que son de su conocimiento, y la Convención Americana Sobre Derechos Humanos; teniendo en cuenta no sólo el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana; toda vez que cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como el referido Pacto de San José de Costa Rica, sus jueces también están sometidos a sus entendimientos, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin.* (Destacado nuestro)

⁴¹⁴ Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia. Acción de Amparo Constitucional. Sentencia de 25 de febrero de 2014. Resolución 0487/2014 (Expediente No. 04751-2013-10-AAC), apartados III.2; Acción de Amparo Constitucional. Sentencia de 10 de marzo de 2014. Resolución 0572/2014 (Expediente No. 02889-2013-06-AP), apartados III.2.

Lo anterior, aparenta una adhesión plena a la doctrina control de convencionalidad según el entendimiento que la Corte IDH tiene pues, no solo la CADH y la jurisprudencia interamericana hacen parte del bloque de constitucionalidad⁴¹⁵, sino que, además, conforman un parámetro interno de validez normativa⁴¹⁶. Sin embargo, tal adhesión plena podría ser más formal que material, básicamente, por dos razones. En primer lugar, la más importante, porque los magistrados no han renunciado –y no podrían– a la facultad que la Constitución les confiere para preferir el derecho doméstico si el internacional no supusiese una protección más favorable, conforme a los dispositivos constitucionales antes descritos y al pronunciamiento del propio TCP⁴¹⁷. En segundo lugar, porque la

⁴¹⁵ Cf. Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia. Acción de Inconstitucionalidad concreta. Sentencia de 29 de octubre de 2013. Resolución 1905/2013 (Expediente No. 02049-2012-05-AIC), apartados III.4, III.5 y III.6; Acción de Inconstitucionalidad concreta. Sentencia de 21 de noviembre de 2013. Resolución 2170/2013 (Expediente No. 03338-2013-07-AIC), apartados III.4, III.5 y III.6.

⁴¹⁶ Cf. Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia. Acción de Inconstitucionalidad concreta. Sentencia de 4 de noviembre de 2013. Resolución 1918/2013 (Expediente No. 03531-2013-18-AIC), apartado III.3. La cita señala que: *En ese ámbito, al regular la norma impugnada el recurso de revocatoria dentro de un procedimiento administrativo sancionador, el mismo debe cumplir con los estándares establecidos por la Constitución, la jurisprudencia constitucional, las normas contenidas en pactos internacionales sobre derechos humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para ser válida constitucionalmente.*

⁴¹⁷ Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia. Acción de Cumplimiento. Sentencia de 5 de marzo de 2013. Resolución 0210/2013 (Expediente No. 02155-2012-05-ACU), apartado III.3. La cita íntegra señala que: *Así, deben mencionarse a los arts. 13 y 256 de la CPE, que introducen dos principios que guían la interpretación de los derechos fundamentales: La interpretación pro homine y la interpretación conforme a los Pactos internacionales sobre Derechos Humanos. En virtud a la primera, los jueces, tribunales y autoridades administrativas, tienen el deber de aplicar aquella norma que sea más favorable para la protección del derecho en cuestión -ya sea que esté contenida en la Ley Fundamental o en las normas del bloque de constitucionalidad- y de adoptar la interpretación que sea más favorable y extensiva al derecho en cuestión; y en virtud a la segunda (interpretación conforme a los Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos), tienen el deber de -ejerciendo el control de convencionalidad- interpretar el derecho de acuerdo a las normas contenidas en tratados e instrumentos internacionales en materia de Derechos Humanos ratificado o a los que se hubiere adherido el Estado, siempre y cuando, claro está, declaren derechos más favorables a los contenidos en la Constitución Política del Estado; obligación que se extiende, además al contraste del derecho con la interpretación que de él ha dado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, conforme lo ha entendido la misma Corte en el caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú, al señalar que: “los órganos del Poder Judicial deben ejercer no solo un control de constitucionalidad, sino también de convencionalidad ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de sus regulaciones procesales correspondientes...”. (Destacado nuestro)*

práctica reciente del TCP da cuenta de un uso peculiar del control de convencionalidad para culminar contrariando lo que en sí esta doctrina supone.

En concreto, nos referimos al caso de la segunda reelección del presidente boliviano Evo Morales, considerado por algunos como un caso de sesgo⁴¹⁸ del principio *pro homine* y del propio control de convencionalidad. Como se sabe, el 21 de febrero de 2016, los resultados del referéndum realizado con el propósito de reformar del artículo 168⁴¹⁹ de la Constitución –que prohíbe más de una reelección– fueron negativos. Es decir, la participación mayoritaria de la ciudadanía que había refrendado la nueva Constitución de 2009 –promovida y lograda por el gobierno de Morales–, rechazó tal posibilidad.

Sin embargo, el 28 de noviembre de 2017, el TCP emitió la sentencia 84/2017⁴²⁰, mediante la cual brindó una habilitación constitucional para una segunda reelección del Presidente y el Vicepresidente. Para ello realizó, simultáneamente, un control de convencionalidad y un control de constitucionalidad. A través del primero, resolvió la “aplicación preferente” del artículo 23⁴²¹ de la CADH –y de la jurisprudencia que la

⁴¹⁸ Cf. L. G. INARRA ZEBALLOS, “La limitación constitucional a la reelección de autoridades ejecutivas, su convencionalidad y legitimidad popular: una crítica a la sentencia del Tribunal Constitucional Plurinacional boliviano”, *Revista Razón Crítica*, 6, 2019, Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano, pp. 246-250, fecha de consulta 2 abril 2021, en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7836546>.

⁴¹⁹ Constitución Política de Bolivia. Artículo 168: *El periodo de mandato de la Presidenta o del Presidente y de la Vicepresidenta o del Vicepresidente del Estado es de cinco años, y pueden ser reelectas o reelectos por una sola vez de manera continua.*

⁴²⁰ Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia. Acción de inconstitucionalidad abstracta. Sentencia de 28 de noviembre de 2017. Resolución 0084/2017 (Expediente No. 20960-2017-42-AIA)

⁴²¹ Convención Americana sobre Derechos Humanos. Artículo 23: *1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades: a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país. 2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.*

interpreta— por sobre su propia Carta Magna, toda vez que dicha disposición internacional no restringiría —como sí lo hace la carta política— el número de reelecciones posibles al interior de un Estado y, por tanto, supondría una “norma más favorable en relación a los Derechos Políticos, sobre los arts. 156, 168, 285.II y 288 de la Constitución Política del Estado”. A través del segundo, en consecuencia, declaró inconstitucionales las correspondientes disposiciones de la Ley del Régimen Electoral, que limitaban a la reelección a un solo momento, según reza —o rezaba antes de la lectura ‘convencional’— el propio artículo 168 de la Constitución.

El caso en ciernes nos permite abordar la problemática que, en teoría y práctica, implica también el principio *pro homine*. Pero dicho asunto lo veremos más adelante. Volviendo a lo nuestro, nos importa ahora destacar que, aunque parecía plena la adhesión jurisprudencial del Tribunal Constitucional a la doctrina del control de convencionalidad, al final, esta figura fue utilizada para ir contra ella misma. Esto pues, en lugar de seguirse y aplicarse el artículo 23 de la CADH, de acuerdo a la lectura interpretativa que la Corte IDH hace, el Tribunal Constitucional realizó su propia exégesis, acogiendo solo de modo parcial —y contrario a lo que la propia Corte IDH señala— la jurisprudencia interamericana. Ello quiere decir que, apelándose a una realización explícita del control de convencionalidad —formalmente, idéntica a la que la Corte IDH exige—, en realidad, se terminó distanciando de la hermenéutica interamericana, como se verá en los párrafos siguientes. Luego, al no seguirse los criterios establecidos por este órgano internacional, tampoco se dio una adherencia real a la doctrina del control de convencionalidad.

El apartamiento de los criterios interpretativos interamericanos por el TCP, no debería suponer un problema si –al menos de modo formal, no discutimos ahora la cuestión de fondo–, se hubiesen hecho mérito de ellos y, ulteriormente, se brindase una sólida argumentación jurídica por la cual se justifique el distanciamiento. Sin embargo, ello no ocurrió. Por el contrario, se citaron parcialmente o, de modo selectivo, las interpretaciones de la Corte IDH referidas al artículo 23 de la CADH para, más adelante, obtener una conclusión ajena a la que ésta sostiene.

Por poner un ejemplo, el TCP arguyó que las limitaciones a los derechos políticos contenidas en la disposición 23.2 de la CADH constituyen un *numerus clausus*, debido a que pueden darse “exclusivamente, por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal”, según recoge el tratado. Para ello, además, citó profusa hermenéutica interamericana en apoyo⁴²², no sin olvidar aseverar que “la jurisprudencia precedentemente citada es vinculante para el Estado y por ende para este Tribunal Constitucional Plurinacional”⁴²³. Entre las referencias estuvo el caso *Castañeda Gutman Vs. Mexico*, cuyos párrafos 149, 155 y 174 fueron, textualmente, replicados. No obstante, se dejaron de lado párrafos del 161 al 166 que, para un caso como éste, eran de indispensable análisis.

En concreto, al igual que en este caso boliviano, el Sr. Castañeda Gutman alegó en sede internacional que no era posible establecer restricciones a los derechos políticos más

⁴²² Cf. Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia. Acción de inconstitucionalidad abstracta. Sentencia de 28 de noviembre de 2017. Resolución 0084/2017 (Expediente No. 20960-2017-42-AIA), pp. 68-72.

⁴²³ Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia. Acción de inconstitucionalidad abstracta. Sentencia de 28 de noviembre de 2017. Resolución 0084/2017 (Expediente No. 20960-2017-42-AIA), p. 72.

allá de aquellas establecidas en el artículo 23.2 de la CADH. Siendo así, argumentó, no podía impedírsele postular a las elecciones presidenciales en México por no haber realizado la solicitud de registro a través de un partido político –cuestión ésta, prevista en la legislación. Llegado el momento, la Corte IDH declaró infundado dicho extremo de la demanda pues, “no es posible aplicar al sistema electoral que se establezca en un Estado solamente las limitaciones del párrafo 2 del artículo 23 de la Convención Americana”⁴²⁴ y porque, además, este órgano judicial “no considera probado en el presente caso que el sistema de registro de candidaturas a cargo de partidos políticos constituya una restricción ilegítima para regular el derecho a ser elegido”⁴²⁵. A análogo criterio general arribó la Comisión de Venecia en 2018⁴²⁶ tras la consulta realizada por la OEA sobre los límites a la reelección presidencial.

En suma, para la jurisprudencia interamericana, no es cierta la tesis por la cual las limitaciones previstas en el artículo 23.2 de la CADH conforman un estricto *numerus clausus*. De esta manera, o bien debió seguirse tal criterio –si se presume de apostar por la vinculatoriedad de las exégesis de la Corte IDH–, o bien debió –al menos– haberse justificado jurídicamente el alejamiento adoptado, por supuesto, luego de examinarse críticamente tal hilo interpretativo. Mas, ninguno de los dos escenarios tuvo lugar. En consecuencia, resultó ilusoria la aplicación del principio *pro homine* y el acogimiento real de la doctrina del control de convencionalidad.

⁴²⁴ Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 6 de agosto de 2008. Serie C, No. 184, párr. 161.

⁴²⁵ Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman vs. México*. Op. Cit., párr. 205.

⁴²⁶ Cf. COMISIÓN DE VENECIA, “Informe sobre los límites a la reelección. Parte I - Presidentes (CDL-AD(2018)010), adoptado en la 114ª Sesión Plenaria en línea (16-17 de marzo de 2018)”, Estrasburgo, 2018, párr. 87-96, fecha de consulta 10 febrero 2021, en <https://bit.ly/3ukN5M2>.

Todo parece indicar, entonces, que cuando se acepta e incorpora esta figura creada por la Corte IDH, no se adopta cabalmente aquella comprensión que otorga un irrestricto carácter vinculante y con efectos *erga omnes* a todas las sentencias u opiniones consultivas interamericanas (y aplicable por todas las autoridades públicas nacionales). Esto, sea por cuestiones concretas como las que acabamos de graficar o sea porque, eventualmente, ha de prevalecer la Constitución Política boliviana si ofrece una mayor protección de derechos.

3.3. REPÚBLICA DE COLOMBIA

Por disposición de la propia Constitución Política de Colombia (artículo 93)⁴²⁷, los tratados de derechos humanos deben prevalecer en el ordenamiento interno, siendo su grado jerárquico –según la Corte Constitucional– el mismo que corresponde a la Constitución (pero sin establecer jerarquía específica entre ellas)⁴²⁸. En 2001, la Corte Constitucional señaló, además, que la jurisprudencia de la Corte IDH conformaba un

⁴²⁷ Constitución Política Colombiana. Artículo 93: *Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia. (...).* (Destacado nuestro)

⁴²⁸ Sentencia declarativa. Sentencia de 18 de mayo de 1995. Expediente L.A.T. -40, bloque II, apartado 12. La cita correspondiente señala que: *En tales circunstancias, la Corte Constitucional coincide con la Vista Fiscal en que el único sentido razonable que se puede conferir a la noción de prevalencia de los tratados de derechos humanos y de derecho internacional humanitario (CP arts. 93 y 214 numeral 2º) es que éstos forman con el resto del texto constitucional un "bloque de constitucionalidad", cuyo respeto se impone a la ley. En efecto, de esa manera se armoniza plenamente el principio de supremacía de la Constitución, como norma de normas (CP art. 4º), con la prevalencia de los tratados ratificados por Colombia, que reconocen los derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción (CP art. 93).* (Destacado nuestro)

“criterio hermenéutico relevante”⁴²⁹ y, en 2006 precisó su grado de incidencia interna afirmando que, a pesar de ello, no forma parte del bloque de constitucionalidad⁴³⁰.

No obstante, al poco tiempo, este órgano constitucional cambió su postura inicial y manifestó que, al ser la jurisprudencia interamericana una interpretación auténtica de la CADH, conforma una fuente de derecho internacional vinculante⁴³¹. Así, siguiendo dicha línea jurisprudencial⁴³² y recogiendo ya, explícitamente, la doctrina del control de convencionalidad como parte de la tarea que los jueces deben ejercer, la Corte Constitucional reafirmó que la jurisprudencia interamericana es de naturaleza vinculante.

En concreto, en 2011⁴³³, si bien la primera sentencia que hizo mención de esta doctrina –según SIERRA PORTO⁴³⁴–, no terminó aplicando la jurisprudencia interamericana –pues, según se indicaba en ella, no podía “ser trasplantada automáticamente al caso colombiano” sin considerar antes “las particularidades del ordenamiento jurídico interno”–, pero sí afirmó su carácter vinculante. De modo similar, en 2012⁴³⁵, si bien se

⁴²⁹ Corte Constitucional de Colombia. Demanda de inconstitucionalidad. Sentencia C-010 de 19 de enero 2000. Expediente D-2431, bloque III, apartado 7.

⁴³⁰ Corte Constitucional de Colombia. Demanda de inconstitucionalidad. Sentencia C-355/06 de 10 de mayo de 2006. Expediente D-6122, 6123 y 6124, bloque VI, apartado 8.4.

⁴³¹ Corte Constitucional de Colombia. Demanda de inconstitucionalidad. Sentencia C-370/06 de 18 de mayo de 2006. Expediente D-6032, apartado 4.4.

⁴³² Corte Constitucional de Colombia. Demanda de inconstitucionalidad. Sentencia C-936/10 de 23 de noviembre de 2010. Expediente D-8131, bloque VIII, apartado 33.

⁴³³ Corte Constitucional de Colombia. Demanda de inconstitucionalidad. Sentencia C-442/11 de 25 de mayo de 2011. Expediente D-8295, apartado 7. La cita es como sigue: (...) *aunque constituye un precedente significativo en torno al alcance de la libertad de expresión y del principio de legalidad en la tipificación de los delitos de injuria y calumnia, esta decisión no puede ser trasplantada automáticamente al caso colombiano en ejercicio de un control de convencionalidad que no tenga en cuenta las particularidades del ordenamiento jurídico interno, especialmente la jurisprudencia constitucional y de la Corte Suprema de Justicia que han precisado notablemente el alcance de los elementos normativos de estos tipos penales, a lo cual se hará alusión en un acápite posterior de esta decisión.*

⁴³⁴ Cf. CORTE IDH, *El Sistema Interamericano de Derechos Humanos: tendencias y complementariedades*, cit., sec. 1h 46'9"-2h 10'9".

⁴³⁵ Corte Constitucional de Colombia. Acción de Tutela. Sentencia T-653/12 de 23 de agosto de 2012. Expediente T-3408860, bloque IV, apartado 4.

consideró a las exégesis de la Corte IDH como “criterio relevante”, también se las calificó como “vinculantes”. Esto último, podría generar cierta confusión, pues lo primero (considerarse criterio relevante), *per se* no obliga, sino que debe ser tenido en cuenta en la labor interpretativa. Por el contrario, lo segundo (el ser vinculante), obliga, teniendo que acatarse y seguirse.

En tal caso, ya en 2014⁴³⁶, a pesar de transcribirse literalmente los párrafos que refieren a la doctrina del control de convencionalidad, la Corte Constitucional cambió – nuevamente– de parecer, señalando que la jurisprudencia interamericana no forma parte del bloque de constitucionalidad, sino más bien un criterio hermenéutico relevante que debe ser considerado. En tal oportunidad, añadió requisitos indispensables⁴³⁷ en orden a que un asunto ya resuelto en calidad de cosa juzgada pueda ser, excepcionalmente, reabierto. Ello, con motivo de nueva jurisprudencia interamericana que refiera a una disposición internacional integrada al parámetro de control constitucional colombiano.

⁴³⁶ Corte Constitucional de Colombia. Demanda de inconstitucionalidad. Sentencia C-500/14 de 16 de julio de 2014. Expediente D-9958, apartado 8.3. En este caso, el demandante consideró que, de acuerdo a la jurisprudencia de la sentencia *López Mendoza vs. Venezuela*, el numeral 1 del artículo 44 de la Ley 734 de 2002 –amparada por la cosa juzgada constitucional de la sentencia C-028/06– vulneraba el artículo 23 de la CADH. Frente a dicha situación en la que el demandante no justificó en qué aspecto se daba la mencionada trasgresión, la Corte Constitucional estableció una serie de condiciones que deben de cumplirse en orden a que, en consideración de la jurisprudencia interamericana y de ser el caso, pueda realizarse un nuevo examen de alguna materia ya abordada por este órgano judicial.

⁴³⁷ Corte Constitucional de Colombia. Demanda de inconstitucionalidad. Sentencia C-500/14 de 16 de julio de 2014. Expediente D-9958, apartado 8.3. La cita es la que sigue: 8.3.2. (...) *Para la Corte tal hipótesis solo podría abrirse paso cuando se acredite adecuadamente el cumplimiento de condiciones muy estrictas. En efecto, ello solo será posible en aquellos casos en los cuales (i) el parámetro de control del asunto previamente examinado haya sido una norma integrada al bloque de constitucionalidad en sentido estricto; (ii) los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos hayan variado radicalmente y de forma clara el sentido de tal norma; (iii) la nueva interpretación resulte compatible con la Constitución Política; (iv) ofrezca un mayor grado de protección a los derechos, que el otorgado por la Constitución; (v) se integre a la ratio decidendi de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; y (vi) sea uniforme y reiterada. En estos casos, destaca la Corte, el demandante tendrá la obligación de demostrar con absoluta precisión cada uno de los requisitos antes referidos. (Destacado nuestro)*

Entre tales requisitos, afirmó que la nueva línea interpretativa de la Corte IDH debía haber variado radicalmente –y de modo claro– el sentido de la norma internacional concernida, además de ser compatible y más protectora de derechos que la propia Constitución colombiana. Asimismo, tal hermenéutica de la Corte IDH debía ser reiterada, uniforme e integrada a la *ratio decidendi* de sus decisiones. Por último, debía ser el accionante quien tuviese la carga de probar el cumplimiento de cada uno de estos requisitos. Siendo así, dicha sentencia establece que las decisiones de la Corte IDH son obligatorias solo cuando el Estado de Colombia ha sido parte del proceso interamericano⁴³⁸. Lo indicado resulta coherente pues, si bien conforman criterios hermenéuticos relevantes, *per se*, no vinculan ni son aplicables automáticamente en el ordenamiento interno en la medida que, al no haber sido parte del proceso, el Estado no ha podido presentar sus argumentos sobre el particular ni su ordenamiento nacional ha podido ser cotejado con la interpretación asignada por la Corte IDH y, en consecuencia, no se ha evaluado si ésta ofrece un mayor grado de protección.

A análoga conclusión arriba PRADA⁴³⁹ cuando descubre que, mientras las decisiones de los órganos de control de la OIT tienen fuerza vinculante para la Corte Constitucional,

⁴³⁸ Corte Constitucional de Colombia. Demanda de inconstitucionalidad. Sentencia C-500/14 de 16 de julio de 2014. Expediente D-9958, bloque III, apartado 2.6. La cita íntegra señala que: 2.6. *Finalmente, en relación con el último de los problemas planteados, este Tribunal concluyó que los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos solo pueden obligar al Estado colombiano cuando éste ha sido parte en el respectivo proceso. No obstante, podría considerarse hipotéticamente la posibilidad de reabrir un asunto previamente examinado por la Corte Constitucional, en aquellos casos en los cuales: (i) el parámetro de control haya sido una norma integrada al bloque de constitucionalidad en sentido estricto; (...) (iv) ofrezca un mayor grado de protección a los derechos, que el otorgado por la Constitución; (...) y (vi) sea uniforme y reiterada. Así, el planteamiento del demandante según el cual la decisión adoptada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “López Mendoza vs. Venezuela”, impone variar la decisión adoptada en la sentencia C-028 de 2006, no se ajusta a las exigencias antes expuestas, por lo cual la hipótesis de reexaminar las disposiciones amparadas por la cosa juzgada constitucional, no resulta considerable.* (Destacado nuestro)

⁴³⁹ Cf. M. PRADA, “La integración del Derecho Internacional en el Sistema Colombiano”, en *Manual: Protección Multinivel de Derechos*, Red de Derechos Humanos y Educación Superior (Universidad

las decisiones de la Corte IDH –en cambio– tienen solo un valor de parámetro interpretativo. Así también parece corroborarlo el actual juez de la Corte IDH SIERRA PORTO⁴⁴⁰, al afirmar que la reiterada posición de la Corte Constitucional hace posible concluir “que la jurisprudencia de las instancias internacionales constituye una pauta relevante para la interpretación de los enunciados normativos contenidos en instrumentos internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad, cosa diferente a atribuirle a dicha jurisprudencia directamente el carácter de normas constitucionales”⁴⁴¹. Por último, similar comprensión comparte SÁCHICA en su salvamento de voto de la sentencia C-792/14⁴⁴², en tanto que el deber hermenéutico que corresponde a la Corte

Pompeu Fabra), Barcelona, 2013, p. 386, fecha de consulta 25 noviembre 2020, en https://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/res/pmdh_pdf/PMDH_Manual.449-470.pdf.

⁴⁴⁰ Para este ex magistrado de la Corte Constitucional y actual juez interamericano, si el Estado colombiano es parte del proceso, resulta obligatoria la sección resolutoria y las partes relacionadas directamente que conforman una *ratio decidendi*. Cuando no es así, se aplica el artículo 230 de la Constitución colombiana, que encuentra en la jurisprudencia una fuente auxiliar de interpretación para la actividad judicial. Cf. CORTE IDH, *El Sistema Interamericano de Derechos Humanos: tendencias y complementariedades*, Medellín (Colombia), 2013, sec. Entre 1h 56’40” y 2h06’30”, fecha de consulta 26 febrero 2021, en <https://vimeo.com/63338458>.

⁴⁴¹ H. SIERRA PORTO, “La Corte Constitucional Colombiana frente al Control de Convencionalidad”, en Anja Mihl (ed.) *Rule of Law and Transitional Justice. Towards a triangular learning. The case of Colombia*, EIUC, IT, 2013, pp. 143-144, fecha de consulta 25 febrero 2021, en <https://doi.org/10.7404/EIUC.2012.01>.

⁴⁴² Corte Constitucional de Colombia. Demanda de inconstitucionalidad. Sentencia C-792/14 de 29 de octubre de 2014. Expediente D-10045. Salvamento de voto de la magistrada Martha SÁCHICA, apartado 1. La cita es como sigue: *Para la situación colombiana en particular, el contenido del artículo 93 de la Carta Política del cual se deriva la existencia del bloque de constitucionalidad, otorga a los tratados de derechos humanos como el Pacto de San José el rango de norma que prevalece en el orden interno. En consecuencia, al momento de aplicar normas de derechos humanos es preciso que se tenga en cuenta el contenido de la Convención. Es así como las disposiciones convencionales resultan de obligatorio acatamiento en el orden interno y, por lo tanto, las sentencias proferidas contra el Estado colombiano por la Corte IDH le son vinculantes. En su amplia jurisprudencia la Corte IDH se ha propuesto desarrollar interpretaciones normativas a modo de estándares interamericanos que proponen un marco hermenéutico de la Convención. En ese sentido, la Corte Constitucional reconoce su deber de analizar si el estándar desarrollado por el organismo internacional, sea la Corte IDH o el Comité de Derechos Humanos como en el contexto de la demanda que dio lugar a la sentencia C-792 de 2014, puede ser aplicado en el contexto colombiano, siempre teniendo como criterio de ponderación el principio *pro personae* que obliga al juez a adoptar aquella disposición que satisfaga en mayor medida los derechos de la persona. Como consecuencia, si la Corte Constitucional considera que la adopción de tales estándares garantiza de forma más efectiva los derechos reconocidos en nuestra Carta Política, ampliada por el bloque de constitucionalidad, será deber del Estado adecuar aquellos estándares al contexto colombiano. Así, en el marco de un examen de constitucionalidad, la Corte tiene un deber hermenéutico adicional que le impide adoptar de forma automática los criterios desarrollados por la jurisprudencia de la Corte IDH o los dictámenes del Comité de Derechos Humanos. En la medida en que estos han sido adoptados para contextos específicos en el marco de análisis de casos concretos, la Corte Constitucional deberá, a la luz de criterios de proporcionalidad y razonabilidad,*

Constitucional en favor del principio *pro homine*, le impide adoptar automáticamente los criterios desarrollados por la Corte IDH en su jurisprudencia, pues, además, al haber sido dados para contextos específicos y concretos, no pueden ingresar al ámbito jurídico colombiano sin un previo examen de proporcionalidad y razonabilidad.

Tal parece ser la línea de continuidad en torno al grado de recepción de la doctrina del control de convencionalidad. Un caso paradigmático que no podríamos ignorar en el análisis es el referido al “Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera”, dado entre el Gobierno colombiano y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia - Ejército del Pueblo (FARC - EP) el 12 de noviembre de 2016. Dicho acuerdo, de modo previo, había obtenido la aprobación del parlamento y el visto bueno de la Corte Constitucional. Y si bien es verdad que, posteriormente, fue rechazado en referéndum popular, también es cierto que, tras el “No”, se volvieron a negociar ciertos términos y se incluyeron algunas demandas del sector poblacional del “No”. Finalmente, una vez más, se confirmó el acuerdo por medio del parlamento.

En lo que atañe a nuestro asunto, el quinto punto de dicho acuerdo aludió a las víctimas –poco más de 8 millones en registros– y su correspondiente reparación. En concreto, como se sabe, el acuerdo incluyó la amnistía de *iure* –condicionada– tanto para la gran mayoría de los miembros de las FARC como para los agentes del Estado, cuestión que fue regulada en la Ley 1820/2016, cuyo objetivo fue:

traducir dichos estándares al contexto jurídico y las consecuencias sociales propias de nuestra realidad.
(Destacado nuestro)

[...] regular las amnistías e indultos por los delitos políticos y los delitos conexos con estos, así como adoptar tratamientos penales especiales diferenciados, en especial para agentes del Estado que hayan sido condenados, procesados o señalados de cometer conductas punibles por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado.

Dicha ley fue confirmada en su constitucionalidad por la Corte Constitucional a través de la sentencia C-007/2018, la cual hizo su propio análisis⁴⁴³ de cómo en este caso la situación era distinta de aquellas otras amnistías dadas en la región y condenadas por la Corte IDH⁴⁴⁴. Así, dirá, no nos hallamos frente a un caso de auto-amnistía (sin negociación), ni de amnistía general (incluidas las más graves violaciones de derechos humanos), ni de amnistía incondicionada (otorgamiento de beneficios sin contraprestación efectiva hacia el derecho de las víctimas). Por tanto, de modo similar a la ley de amnistía de El Salvador (*El Mozote vs. El Salvador* de 2013⁴⁴⁵) que, a diferencia de sus predecesoras, no fue declarada inválida *ab initio* por la Corte IDH, esta tampoco podría serlo. No obstante, si acudimos a la mentada Ley 1820/2016:

(...) lo cierto es que aquellas personas a quienes se les concedió amnistías de iure y la suspensión condicionada de la pena, solo tendrán el deber de contribuir voluntariamente a decir la verdad y a reparar las víctimas, pues la JEP [Jurisdicción Especial para la Paz] centrará sus investigaciones en los casos de

⁴⁴³ Corte Constitucional de Colombia. Revisión automática de la Ley 1820 de 2016. Sentencia C-007/18 de 1 de marzo de 2018. Expediente RPZ-001, fs. js. 140-166

⁴⁴⁴ Casos *Barrios Altos vs. Perú* de 2001, *Myrna Mack Chang vs. Guatemala* de 2003, *Carpio Nicolle y otros vs. Guatemala* de 2004, *Comunidad Moiwana vs. Surinam* de 2005, *Almonacid Arellano y otros vs. Chile* de 2006, *Gomes Lund y otros vs. Brasil* de 2010 y *Gelman vs. Uruguay* de 2011.

⁴⁴⁵ Corte IDH. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012 Serie C No. 252.

*mayor gravedad, seleccionando y priorizando los casos y personas con mayor responsabilidad dentro del conflicto armado. (...) Así, los casos “menos graves” -la Corte IDH apunta que se debe investigar todas las graves violaciones de derechos humanos-, que no sean investigados quedarán sin una sanción ni una reparación integral a las víctimas, pues el Estado les otorgó amnistías de iure y la suspensión de la pena y extinción de la acción disciplinaria (...)*⁴⁴⁶ (destacado nuestro)

En este asunto, por supuesto, hay debate. Señalan algunos que si se aplica una “interpretación flexible” de la obligación internacional de perseguir y sancionar graves violaciones de derechos humanos, no debería comprenderse la labor de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) como una forma de incumplimiento de este deber internacional⁴⁴⁷. Otros consideran –incluso– directamente incompatibles con la CADH y la jurisprudencia interamericana referida a las amnistías, el propio Marco Jurídico para la Paz (Acto legislativo 01 de 2012), con el que se iniciaron, formalmente, las negociaciones con las FARC⁴⁴⁸ –con mayor razón, entendemos, dicho carácter irreconciliable se reproduciría en el Acuerdo Final adoptado.

⁴⁴⁶ G. A. DURANGO ÁLVAREZ, “Derecho de las víctimas en la jurisdicción especial para la paz (JEP) a la luz de los estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Análisis Político*, vol. 32, 96, 2019, Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales (IEPRI), Universidad Nacional de Colombia, pp. 32-33, fecha de consulta 5 abril 2021, en http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S0121-47052019000200021&lng=en&nrm=iso&tlng=es.

⁴⁴⁷ Cf. E. MACULAN, “El acuerdo de paz colombiano ante la obligación internacional de persecución penal y castigo”, *Cuadernos de estrategia*, 189, 2017, Instituto Español de Estudios Estratégicos, pp. 111-123, fecha de consulta 5 abril 2021, en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6304819>.

⁴⁴⁸ Cf. H. GÓMEZ GUTIÉRREZ; O. DORADO ZÚÑIGA, “Control de convencionalidad del marco jurídico para la paz y los derechos de las víctimas”, *Criterios*, vol. 10, 1, 2017, pp. 131-134, fecha de consulta 6 abril 2021, en <https://revistas.usb.edu.co/index.php/criterios/article/view/3079>.

En tal caso, sin desmerecer en lo absoluto los esfuerzos dados para la obtención de la paz en Colombia ni las complejidades existentes para lograrlo, en cuanto a lo que nos compete, parece meridianamente claro que la línea jurisprudencial de la Corte IDH sobre las leyes de amnistía⁴⁴⁹ no hace diferencias entre violaciones “más graves” y violaciones “menos graves” de derechos humanos. Basta que sean “graves” (torturas, desapariciones forzadas, ejecuciones sumarias, etc.) para que las normas de amnistía supongan un obstáculo inadmisibles para la justicia reparatoria y las obligaciones contraídas por los Estados en la CADH.

Siendo así y sin valorar las cuestiones de fondo en torno a las leyes de amnistía, todo indica que la Corte Constitucional, si bien tuvo en cuenta las exégesis interamericanas, no se apreció estrictamente condicionada por ella. De allí que, a juicio suyo, no haya encontrado problema en aceptar aquella distinción entre las violaciones “más” o “menos” graves que la ley bajo comentario realiza al seleccionar y priorizar casos, distanciándose así de la jurisprudencia interamericana. Ello pues, parece patente que “el legislador tiene un margen de acción que le permite concretar en el caso específico el derecho a la paz, siempre y cuando esta no vaya en detrimento de las víctimas en cuanto a la verdad y la reparación”⁴⁵⁰. Así las cosas, no se avizora –salvo el devenir ulterior lo amerite– algún tipo de cuestionamiento formal sobre este asunto en el SIDH. La misma OEA y otros tantos actores internacionales han respaldado el proceso desde el inicio, entre

⁴⁴⁹ Cf. E. FERRER MAC-GREGOR, “Las siete principales líneas jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos aplicable a la justicia penal”, *Revista IIDH*, 59, 2014, Instituto Interamericano de Derecho Humanos, pp. 70-84, fecha de consulta 5 abril 2021, en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5184502>.

⁴⁵⁰ G. A. DURANGO ÁLVAREZ, “Derecho de las víctimas en la jurisdicción especial para la paz (JEP) a la luz de los estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, cit., p. 32.

ellos, la misma Comisión Interamericana de Derechos Humanos⁴⁵¹ que, además, cumple un rol de monitoreo en la implementación del Acuerdo Final adoptado⁴⁵².

De lo indicado, se tiene que la jurisprudencia de la Corte IDH constituye, en Colombia, un criterio hermenéutico relevante que debe ser acogido por los jueces nacionales; sin embargo, dada las variaciones en la jurisprudencia nacional, no es posible afirmar de forma categórica que dichos criterios resulten vinculantes o su aplicación deba adoptarse de forma automática. Por el contrario, a partir de la posición de un sector importante de la doctrina y del pronunciamiento de la Corte Constitucional colombiana en el 2014, parecería lógico afirmar que no se entiende que la jurisprudencia de la Corte IDH sea de aplicación automática o cuente con pleno carácter vinculante (al menos, no en los casos donde dicho Estado no ha sido parte).

3.4. REPÚBLICA DE COSTA RICA

La Resolución de la Asamblea General de la OEA de 1978, referido a la *Sede para la Corte Interamericana de Derechos Humanos*⁴⁵³, estableció en su capítulo X (artículo 27) que las resoluciones de este órgano internacional o las de su Presidente tienen “la misma fuerza ejecutiva y ejecutoria que las dictadas por los tribunales costarricenses”.

⁴⁵¹ CIDH, “La CIDH reafirma su apoyo al proceso de paz en Colombia y monitorea cumplimiento de estándares interamericanos”, 2016, fecha de consulta 5 abril 2021, en <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2016/178.asp>.

⁴⁵² CIDH, “La CIDH hace un llamado a Colombia para redoblar sus esfuerzos en la implementación integral del Acuerdo Final para la Paz”, 2020, fecha de consulta 5 abril 2021, en <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/185.asp>.

⁴⁵³ Organización de Estados Americanos. *Sede para la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Resolución aprobada en la séptima sesión plenaria celebrada el 1º de julio de 1978 [AG/RES.372 (VII-0/78)]. Artículo 27: *Las resoluciones de la Corte y, en su caso, de su Presidente, una vez comunicadas a las autoridades administrativas o judiciales correspondientes de la república, tendrán la misma fuerza ejecutiva y ejecutoria que las dictadas por los tribunales costarricenses.*

Bajo la misma numeración, dicha disposición se mantuvo en el *Convenio para la Sede de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, suscrito entre este tribunal y Costa Rica en 1981. Posteriormente, tal convenio fue recogido en una ley –con análogo nombre– emitida por la Asamblea Legislativa el 9 de septiembre de 1983.

Aunque lo anterior, nada dijo sobre las exégesis interamericanas en sí, de acuerdo a JINESTA⁴⁵⁴, exjuez de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Costa Rica ha sido pionera en el reconocimiento jurisprudencial del carácter vinculante y supra constitucional de la jurisprudencia y opiniones consultivas de la Corte IDH. Quizás no le falte razón si atendemos a las resoluciones que, al respecto, empezó a emitir la Sala Constitucional de la Corte Suprema a partir de la década del 90.

En tal caso, a raíz de la reforma constitucional de 1989, Costa Rica incorporó en el artículo 48⁴⁵⁵ de su Constitución Política la posibilidad de que un recurso de hábeas corpus o uno de amparo pudiesen ser interpuestos de cara a resguardar la protección de derechos previstos no solo en la norma fundamental, sino también en los tratados que hubiesen sido ratificados por dicho país, entre ellos, la CADH. Así, en virtud del artículo 10 del texto constitucional, el órgano competente para resolver tal labor es la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, siendo, además, su jurisprudencia y precedentes, de fuerza

⁴⁵⁴ Cf. E. JINESTA LOBO, “Control de Convencionalidad ejercido por los Tribunales y Salas Constitucionales”, en Eduardo Ferrer Mac-Gregor (ed.) *El Control Difuso de Convencionalidad. Diálogo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los Jueces Nacionales*, FUNDAp, México, 2012, p. 275.

⁴⁵⁵ Constitución Política de Costa Rica. Artículo 48: *Toda persona tiene derecho al recurso de hábeas corpus para garantizar su libertad e integridad personales, y al recurso de amparo para mantener o restablecer el goce de los otros derechos consagrados en esta Constitución, así como de los de carácter fundamental establecidos en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, aplicables en la República. Ambos recursos serán de competencia de la Sala indicada en el artículo 10.*

vinculante y efectos *erga omnes* en razón del artículo 13⁴⁵⁶ de la Ley de Jurisdicción Constitucional, de 1989.

Desde entonces, la Sala Constitucional ha sostenido, mediante su jurisprudencia, graduales –y variables– tesis respecto de las sentencias interamericanas. Inició el recorrido señalando, únicamente, que los principios y normas internacionales de derechos humanos tenían un rango supra legal⁴⁵⁷ –en virtud del artículo 7⁴⁵⁸ de la Constitución– y que gozaban de efectos *erga omnes*⁴⁵⁹.

Más adelante, aseveró –además– que las interpretaciones de la Corte IDH vertidas, tanto en sus casos contenciosos como consultivos, mantenían en principio el mismo valor que aquella norma que había sido interpretada (fallo 2313-1995⁴⁶⁰); que tales exégesis hacían parte del derecho constitucional costarricense, primando –incluso– sobre la Norma

⁴⁵⁶ Ley de Jurisdicción Constitucional de Costa Rica. Artículo 13: *La jurisprudencia y los precedentes de la jurisdicción constitucional son vinculantes erga omnes, salvo para sí misma.*

⁴⁵⁷ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica. Acción de Inconstitucionalidad. Sentencia del 21 de setiembre de 1990. Voto 1147-90 (Exp. N° 208-90), considerandos III y X.

⁴⁵⁸ Constitución Política de Costa Rica. Artículo 7: *Los tratados públicos, los convenios internacionales y los concordatos, debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa, tendrán desde su promulgación o desde el día que ellos designen, autoridad superior a las leyes. Los tratados públicos y los convenios internacionales referentes a la integridad territorial o la organización política del país, requerirán aprobación de la Asamblea Legislativa, por votación no menor de las tres cuartas partes de la totalidad de sus miembros, y la de los dos tercios de los miembros de una Asamblea Constituyente, convocada al efecto.*

⁴⁵⁹ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica. Recurso de Amparo. Sentencia de 11 de noviembre de 1992. Voto 3435-1992 (Exp. N° 91-002965-0007), considerando II.

⁴⁶⁰ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica. Acción de Inconstitucionalidad. Sentencia de 9 de mayo de 1995. Voto 2313-1995 (Exp. N° 421-S- 90), considerando II. La cita es como sigue: (...) *debe advertirse que si la Corte Interamericana de Derechos Humanos es el órgano natural para interpretar la Convención Americana sobre Derechos Humanos (...), la fuerza de su decisión al interpretar la convención y enjuiciar leyes nacionales a la luz de esta normativa, ya sea en caso contencioso o en una mera consulta, tendrá –de principio- el mismo valor de la norma interpretada. No solamente valor ético o científico, como algunos han entendido. Esta tesis que ahora sostenemos, por lo demás, está receptada en nuestro derecho, cuando la Ley General de la Administración Pública dispone que las normas no escritas –como la costumbre, la jurisprudencia y los principios generales del derecho– servirán para interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento escrito y tendrán el rango de la norma que interpretan, integran o delimitan (artículo 7.l.).* (Destacado nuestro)

Fundamental si brindaban una mayor protección de derechos (fallos 1682-2007⁴⁶¹ y 4276-2007⁴⁶²); y, por último, que tales criterios hermenéuticos eran vinculantes, toda vez que conformaban un “parámetro de desarrollo de los derechos humanos” en la región americana (fallos 16860-2005⁴⁶³ y 5813-2007⁴⁶⁴). De esta manera, como bien resume otro ex magistrado constitucional⁴⁶⁵, aunque no fue expresamente mediante la Constitución o las leyes nacionales, sino a través de los pronunciamientos de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, se terminó estableciendo que tanto la jurisprudencia como la doctrina contenida en las opiniones consultivas de la Corte IDH eran obligatorias y gozaban de efectos *erga omnes*⁴⁶⁶, primando inclusive sobre la Constitución si fuese necesario en aplicación del principio *pro homine*.

⁴⁶¹ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica. Recurso de Hábeas Corpus. Sentencia de 9 de febrero de 2007. Voto 1682-2007 (Exp. N° 07-001145-0007), considerando VIII.

⁴⁶² Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica. Recurso de Hábeas Corpus. Sentencia de 27 de marzo de 2007. Voto 4276-2007 (Exp. N° 07-003891-0007), considerando VIII. Éste y el anterior fallo recogieron un mismo párrafo: *De modo que tanto la Convención Americana sobre Derechos Humanos, cuanto los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no sólo son aplicables en nuestro país en cuanto forman parte del Derecho de la Constitución, sino que en la medida en que brindan mayor cobertura o protección de los derechos aludidos, priman por sobre la Norma Fundamental. Tal es el carácter del criterio sostenido por esa Corte en el caso Herrera Ulloa contra la República de Costa Rica, en cuya virtud se emitió la sentencia de 2 de julio de 2004. (...).* (Destacado nuestro)

⁴⁶³ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica. Recurso de Hábeas Corpus. Sentencia de 6 de diciembre de 2005. Voto 16860-2005 (Exp. N° 05-015339-0007), considerando III.

⁴⁶⁴ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica. Recurso de Amparo. Sentencia de 27 de abril de 2007. Voto 5813-2007 (Exp. N° 07-004360-0007), considerando III. Éste y el anterior fallo recogen el mismo párrafo: *En este sentido, resulta valioso citar lo dispuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la opinión Consultiva número OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002, no sin antes reiterar que tanto las sentencias como las opiniones consultivas vertidas por ese Tribunal forman parte del parámetro de desarrollo de los derechos humanos en el plano regional. Bajo esta inteligencia, en atención a lo establecido en el ordinal 48 de la Constitución Política -en el sentido que el proceso de hábeas corpus tiene por propósito garantizar la libertad e integridad personales consagrados en la Constitución Política y (...) establecidos en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos (...)-, este Tribunal Constitucional estima que, incluso, las opiniones consultivas emanadas de esa instancia regional son vinculantes en la interpretación y aplicación de los alcances, contenido y límites de los Derechos humanos en el ámbito del Derecho interno costarricense.* (Destacado nuestro)

⁴⁶⁵ Cf. G. ARMJO, “Eficacia de los derechos humanos en Costa Rica”, en Víctor Bazán, Claudio Nash (eds.), Fundación Konrad Adenauer, Bogotá, 2012, p. 143.

⁴⁶⁶ Cf. A. CHIRINO SÁNCHEZ, “El impacto de las decisiones de la Corte y de la Comisión interamericanas de derechos humanos en el ordenamiento jurídico y la jurisprudencia de Costa Rica”, en *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, Vol. 3, 2013, ISBN

Pese a todo lo anterior, en el año 2012, la Sala cambió su postura mediante el fallo 5590-2012⁴⁶⁷. En concreto, mediante una acción de inconstitucionalidad se cuestionó un extremo del artículo 10 del Reglamento de la Caja Costarricense de Seguro Social⁴⁶⁸. El recurrente, el Sr. Castrillo Fernández, consideró discriminatorio, por orientación sexual, el requisito de la diferencia sexual que aquella disposición contenía. Alegó que, en aplicación del control de convencionalidad, Costa Rica debía atenerse a la sentencia interamericana del caso *Atala Riffo vs. Chile*. La Sala Constitucional, en un voto dividido, declaró sin lugar la acción planteada, señalando entre distintos argumentos que:

Resulta evidente para la mayoría de esta Sala que dicho pronunciamiento [la sentencia Atala Riffo] no guarda relación con el objeto planteado por el accionante en el presente caso, por las razones que anteriormente se ofrecieron. Por otra parte, aun cuando en virtud de lo señalado por la Convención de Viena, si un Estado firma un Tratado internacional está en posición de realizar sus mejores esfuerzos para aplicar los pronunciamientos de los órganos supranacionales correspondientes, ninguna norma del Pacto de San José le da carácter vinculante -a dichos pronunciamientos- para los Estados que forman parte del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, salvo

978-95857456, p. 197-228, Fundación Konrad Adenauer. Madrid, 2013, p. 205, fecha de consulta 24 febrero 2021, en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5024828>.

⁴⁶⁷ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica. Acción de Inconstitucionalidad. Sentencia de 2 de mayo de 2012. Voto 5590-2012 (Exp. N° 10-004035-0007), considerando V.

⁴⁶⁸ Reglamento del Seguro de Salud. Artículo 10, extremo pertinente: *COMPañERO: Persona, hombre o mujer, que convive en unión libre, en forma estable y bajo un mismo techo con otra de distinto sexo*. Actualmente, la disposición ha sido reformada (sesión 8718 de 23 de mayo de 2014), siendo su redacción la siguiente: *COMPañERO: Persona, hombre o mujer, que convive en unión libre, en forma estable y bajo un mismo techo con otra de distinto sexo o con otra del mismo sexo*.

para el caso concreto, en el cual no figura el Estado costarricense, como se indicó anteriormente, de manera que el pronunciamiento citado por el accionante no es más que un antecedente jurisprudencial de referencia, que sólo resulta de acatamiento obligatorio para el Estado Chileno y la parte demandante.

Es decir, la Sala Constitucional afirmó que las sentencias interamericanas son solo antecedentes jurisprudenciales de referencia, cuyo acatamiento obligatorio corresponde a los Estados participantes del proceso (no a los ajenos a él). Con ello, podría quizás inferirse que las opiniones consultivas de la Corte IDH –con mayor razón– corrieron misma suerte, pasando de ser obligatorias a ser referenciales.

Una vez más, sin embargo, debido a un cambio en la integración de la Sala Constitucional, la postura volvió a variar a los pocos meses por medio de las sentencias 403-2013⁴⁶⁹ y 4491-2013⁴⁷⁰. En el fallo 4491-2013, por ejemplo, aunque en razón de la regla del *distinguishing*, la Sala Constitucional no llegó a aplicar el fallo de la Corte IDH en el caso *López Mendoza vs. Venezuela*⁴⁷¹ como solicitó el recurrente, se afirmó que:

(...) esta Sala Constitucional ha reconocido, en reiteradas ocasiones, el carácter vinculante y obligatorio de las sentencias de la Corte Interamericana de

⁴⁶⁹ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica. Recurso de Amparo. Sentencia de 11 de enero de 2013. Voto 403-2013 (Exp. N° 12-017566-0007-CO), considerando I. El extremo pertinente señaló que: (...) *la Corte Interamericana de Derechos Humanos constituye un Tribunal Internacional cuyas actuaciones y resoluciones se encuentran sustraídas al control de constitucionalidad, que ejerce esta Sala sobre las autoridades nacionales.*

⁴⁷⁰ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica. Acción de Inconstitucionalidad. Sentencia de 3 de abril de 2013. Voto 4491-2013 (Exp. N° 11-013971-0007), considerandos XVIII, IX, XIII y XIV.

⁴⁷¹ Corte IDH. *Caso López Mendoza Vs. Venezuela*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2011 Serie C No. 233.

Derechos Humanos, las cuales forman parte del parámetro de constitucionalidad, conformado, en el caso costarricense por los derechos humanos declarados y contenidos en los instrumentos del Derecho Internacional Público (artículo 48 constitucional) y, por ende, las sentencias vertidas por su interprete último y definitivo, sea la Corte Interamericana. En esta sentencia no se niega ese extremo, al contrario, se afirma. Los accionantes invocan ese precedente regional, incuestionablemente, obligatorio, empero, para una situación fáctica absolutamente diferente.

Si bien tal sentencia citada desarrolló, seguidamente, la figura del control de convencionalidad, estableció también que la Sala tiene entre sus potestades el ejercicio de un *margen de apreciación nacional* en orden a determinar si existe o no una oposición entre el *corpus iuris* interamericano y una determinada norma impugnada. Esto último, con la finalidad de generar un umbral de convergencia y armonización del derecho nacional y el derecho interamericano.

En tal caso, aunque se reconoce que una nueva conformación de la Sala Constitucional podría variar aquel reciente retorno a la posición inicial⁴⁷², todo parece indicar que tal postura permanece y se ha consolidado. Ello, en razón de las últimas sentencias relevantes y específicas sobre esta materia⁴⁷³, en concreto, las sentencias 2014-

⁴⁷² Ponencia de ARMIJO. Cf. ASOCIACIÓN COSTARRICENSE DE LA JUDICATURA (ACJUDCR), *Control difuso de convencionalidad en América Latina*, 2013, sec. A partir del 1 25' 30'', fecha de consulta 26 febrero 2021, en <https://bit.ly/3sJyMip>.

⁴⁷³ Cf. V. OROZCO SOLANO, "Aproximación al bloque de constitucionalidad y de convencionalidad en el sistema de justicia constitucional costarricense", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, vol. 23, 1, 2019, pp. 202-205, fecha de consulta 27 abril 2021, en <https://recyt.fecyt.es/index.php/AIJC/article/view/73080>.

12703⁴⁷⁴ y 1780-2015⁴⁷⁵. En la sentencia 2014-12703, por ejemplo, el recurrente apeló, nuevamente, a la incorporación de los criterios interamericanos vertidos en el fallo *Atala Riffo vs. Chile*. En esta oportunidad, la Sala Constitucional de la Corte Suprema costarricense manifestó que:

El control de convencionalidad diseñado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (...) es de acatamiento obligatorio para las Salas y Tribunales Constitucionales, debiendo contrastar cualquier conducta (activa u omisiva) con el parámetro de convencionalidad o el corpus iuris interamericano,

⁴⁷⁴ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica. Acción de inconstitucionalidad. 1 de agosto de 2014. Voto 2014-12703 (13-008162-0007-CO), considerando III. La cita completa es la que sigue: *El control de convencionalidad diseñado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (básicamente, a través de las sentencias en los casos A.A. y otros c/. Chile de 26 de septiembre de 2006, Trabajadores Cesados del Congreso c/. Perú de 24 de noviembre de 2006, C.G. y M.F. c/. México de 26 de noviembre de 2010 y G. c/. Uruguay de 24 de febrero de 2011) es de acatamiento obligatorio para las Salas y Tribunales Constitucionales, debiendo contrastar cualquier conducta (activa u omisiva) con el parámetro de convencionalidad o el corpus iuris interamericano, conformado por las convenciones y declaraciones regionales en materia de Derechos Humanos, la jurisprudencia de esa Corte y sus opiniones consultivas. En el presente asunto, se discute, entre otros aspectos, el aseguramiento que pretende hacer una persona a su pareja del mismo sexo por lo que, en criterio de la mayoría de este Tribunal Constitucional, resultan aplicables las consideraciones vertidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH), en el caso A.R. y niñas vs. Chile, sentencia de 24 de febrero de 2012, en cuanto a la prohibición de discriminar en razón de la orientación sexual. Ciertamente, en la sentencia No.2012-5590 de las 16:01 horas de 2 de mayo de 2012, dictada en la acción de inconstitucionalidad interpuesta en contra de lo dispuesto en el artículo 10 del Reglamento de Salud de la Caja Costarricense de Seguro —norma que definía como beneficiario del seguro de salud a aquella persona de sexo distinto—, la mayoría de esta S. consideró que no resultaba aplicable al tema del aseguramiento para parejas del mismo sexo lo resuelto en la sentencia dictada por la CIDH. No obstante, bajo una mejor ponderación (partiendo de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley que rige esta jurisdicción) y considerando la doctrina establecida por ese Tribunal internacional en cuanto a la prohibición de los Estados parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de incurrir en actos discriminatorios en contra de las personas por su orientación sexual, esta S. estima procedente utilizar aquellas consideraciones jurídicas como parámetro de interpretación para resolver el presente asunto aun cuando se trate de situaciones fácticas distintas, ya que, la ratio decidendi es igual, por cuanto, se trata de impedir toda discriminación por razón de la orientación sexual. Lo anterior atendiendo a que, según lo dispuesto por la CIDH “la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención” y, por ende, quedan proscrita cualquier práctica fundada en esos aspectos. (Destacado nuestro)*

⁴⁷⁵ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica. Acción de Inconstitucionalidad. Sentencia de 6 de febrero de 2015. Voto 1780-2015 (Exp. N° 13-001265-0007), considerando V, numeral 7.

conformado por las convenciones y declaraciones regionales en materia de Derechos Humanos, la jurisprudencia de esa Corte y sus opiniones consultivas.

De esta manera, el estado actual de las cosas indica que, si bien todo juez interno puede realizar una interpretación conforme⁴⁷⁶, solo los jueces de la Sala Constitucional pueden declarar la inconstitucionalidad o inconvencionalidad de una norma impugnada, con sus correspondientes efectos generales. En dicho sentido y de acuerdo al artículo 10 de la Constitución, Costa Rica tiene un control concentrado de constitucionalidad y convencionalidad. El canon para el mentado examen de convencionalidad está conformado por la jurisprudencia interamericana y la doctrina contenida en las opiniones consultivas, sea que, en uno u otro caso, Costa Rica haya sido destinatario directo o no de la respectiva resolución emitida por la Corte IDH. Discusión aparte es aquella que refiere, no ya al carácter jurídico formalmente reconocido a estas fuentes, sino a su ejecución interna. A ello nos abocaremos en el próximo capítulo, al analizar los problemas que evidenció para Costa Rica la sentencia *Artavia Murillo* y la OC-24/17.

Finalmente, por lo narrado hasta aquí, parece ser que no hay mayor duda sobre el espectro de normas domésticas sometidas al análisis de convencionalidad, todas sin excepción. Es decir, podría darse la posibilidad de que la hermenéutica interamericana – que no el tratado– prevalezca también sobre la Constitución, aunque, como precisa un autor en línea coherente con lo expresado por la Sala Constitucional, “siempre que el estándar internacional sea superior al del derecho interino, pues de lo contrario, y en

⁴⁷⁶ Ponencia de CALZADA. Cf. ASOCIACIÓN COSTARRICENSE DE LA JUDICATURA (ACJUDCR), *Control difuso de convencionalidad en América Latina*, cit., sec. A partir del 50’ 50”.

virtud del principio pro-homine, no hay obligación de seguirla⁴⁷⁷; sin embargo, dicha expresión no se extiende –al menos no expresamente– a toda autoridad pública sino que, en virtud del control concentrado, se entendería solo exigible a los jueces constitucionales.

3.5. REPÚBLICA DOMINICANA

El artículo 74 inciso 3⁴⁷⁸ de la Constitución Política de República Dominicana de 2010 establece que los tratados sobre derechos humanos gozan de rango constitucional y son de aplicación inmediata por los tribunales y órganos del país. Asimismo, la ‘Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y de los procedimientos constitucionales’ de 2011, Ley 137-11, prevé en parte de su artículo 7⁴⁷⁹ que las interpretaciones adoptadas por los tribunales internacionales en materia de derechos humanos conforman precedentes vinculantes para todos los poderes públicos y órganos del Estado.

De esta manera, el derecho vigente hasta entonces en República Dominicana establecía, claramente, el grado de incidencia que se reconoce a la jurisprudencia de la Corte IDH, sobre todas las autoridades públicas. Tales exégesis, consideradas como

⁴⁷⁷ V. OROZCO SOLANO, “El valor normativo de los Instrumentos Internacionales en materia de Derechos Humanos en el Sistema de Justicia Constitucional Costarricense: El caso particular de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, cit., p. 32.

⁴⁷⁸ Constitución Política de República Dominicana (2010). Artículo 74.3: (...) *la interpretación y reglamentación de los derechos y garantías fundamentales, reconocidos en la presente Constitución, se rigen por los principios siguientes: 3. Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por el Estado dominicano, tienen jerarquía constitucional y son de aplicación directa e inmediata por los tribunales y demás órganos del Estado.*

⁴⁷⁹ Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y de los procedimientos constitucionales (República Dominicana). Artículo 7: *Las decisiones del Tribunal Constitucional y las interpretaciones que adoptan o hagan los tribunales internacionales en materia de derechos humanos, constituyen precedentes vinculantes para los poderes públicos y todos los órganos del Estado.*

precedente de obligatorio cumplimiento, gozaban de naturaleza vinculante y efectos *erga omnes* al interior del país. Lo anterior, parecería conceder si bien no un reconocimiento formal, sí uno sustancial de lo que supone parte de la doctrina del control de convencionalidad. Ello, quizás, no significaba una admisión acrítica de la hermenéutica interamericana, toda vez que el propio artículo 74 inciso 4 de la Constitución Política albergaba al mismo tiempo el principio *pro homine*, señalando expresamente que:

Los poderes públicos interpretan y aplican las normas relativas a los derechos fundamentales y sus garantías, en el sentido más favorable a la persona titular de los mismos y, en caso de conflicto entre derechos fundamentales, procurarán armonizar los bienes e intereses protegidos por esta Constitución.

En tal caso, esta posición, ya había sido antecedida en 2003 por la Suprema Corte de Justicia, la que por entonces señaló que para el Poder Judicial y, para el Estado en general, resultaban de carácter vinculante no solo las disposiciones de la CADH, sino también las interpretaciones que realicen los órganos jurisdiccionales⁴⁸⁰. De hecho, este fue el fragmento de jurisprudencia interna que hizo parte del repertorio citado por la Corte IDH para intentar demostrar el apoyo y/o seguimiento regional de los altos tribunales nacionales⁴⁸¹.

⁴⁸⁰ Suprema Corte de Justicia de República Dominicana. Resolución No. 1920-2003 de 13 de noviembre de 2003. La cita es como sigue: (...) *es de carácter vinculante para el Estado dominicano, y, por ende, para el Poder Judicial, no sólo la normativa de la Convención Americana sobre Derechos Humanos sino sus interpretaciones dadas por los órganos jurisdiccionales, creados como medios de protección, conforme el artículo 33 de ésta, que le atribuye competencia para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados partes.* (Destacado nuestro)

⁴⁸¹ Cf. Corte IDH. *Caso Gelman Vs. Uruguay*. Supervisión (...). Op. Cit., párr. 85.

En línea de continuidad, en junio de 2013, el Tribunal Constitucional reconoció que la jurisprudencia de la Corte IDH lo vinculaba⁴⁸² y que, de conformidad con la mencionada Ley 137-11, le asistía un deber de ejercer un adecuado control de convencionalidad. En concreto, afirmó que:

9.3.8. A este tribunal constitucional le asiste el deber de ejercer en adecuado control de convencionalidad, de conformidad con los Arts. 3 y 7 de la Ley núm. 137-11, Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales, por lo que deben ser observadas también a las disposiciones del artículo 16.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, máxime cuando “la Corte considera que el ámbito de protección del artículo 16.1 incluye el ejercicio de la libertad sindical”. En efecto, también en el caso Cantoral Huamaní y otra Vs. Perú, la Corte tuvo oportunidad de tratar algunos aspectos del derecho de asociación y sus alcances en materia de derecho a la libertad sindical⁴⁸³.

Así, en casos posteriores, este tribunal ha utilizado la doctrina del control de convencionalidad como herramienta en su labor interpretativa⁴⁸⁴. Ello, no obstante, no ha

⁴⁸² Tribunal Constitucional de República Dominicana. Recurso de revisión constitucional de decisiones constitucionales. Sentencia TC/0084/13 de 4 de junio de 2013. Expediente N° TC-04-2012-0045. Apartado 10, literal “f”. La parte relevante de la cita señala que: *Respecto de las limitaciones de la protección de la vida privada de los funcionarios públicos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado – mediante jurisprudencia que nos vincula y respecto de la cual este Tribunal expresa su conformidad- que “en una sociedad democrática los funcionarios públicos están más expuestos al escrutinio y a la crítica del público. (...)*

⁴⁸³ Tribunal Constitucional de República Dominicana. Acción directa de inconstitucionalidad. Sentencia de 21 de octubre de 2013. Expedientes N° TC-01-1998-0006, TC-01-1999-003 y TC-01-1999-008. Apartado 9, párrafo 9.3.8.

⁴⁸⁴ Cf. Tribunal Constitucional de República Dominicana. Acción directa de inconstitucionalidad. Sentencia de 7 de noviembre de 2013. Expediente N° TC-01-2013-0024. Apartado 9, párrafo 9.7.1.15.

impedido diferencias internas reflejadas en votos discordantes cuando se ha creído que este órgano no ha aplicado o ha aplicado mal el control de convencionalidad, particularmente, en materia de la inmigración irregular haitiana y la obtención de la nacionalidad dominicana⁴⁸⁵.

Pese a todo lo anterior, a finales de 2014, el Tribunal Constitucional dominicano, en respuesta a un recurso interpuesto nueve años atrás⁴⁸⁶, declaró con su sentencia TC/0256/13 la inconstitucionalidad del ‘Instrumento de Aceptación de la Competencia de la Corte IDH’, suscrito por el Presidente de dicho país en 1999. El motivo principal radicó en que tal aprobación debió haber sido dada por el Congreso Nacional de entonces, cuestión que no sucedió⁴⁸⁷.

⁴⁸⁵ Cf. Tribunal Constitucional de República Dominicana. Recurso de revisión constitucional en materia de amparo. Sentencia TC/0290/13 de 30 de diciembre de 2013. Expediente N° TC-05-2012-0075. Voto disidente de la magistrada Ana Isabel Bonilla Hernández, apartado 2, literal “c”; Recurso de revisión constitucional en materia de amparo. Sentencia TC/0044/14 de 12 de marzo de 2014. Expediente N° TC-05-2013-0032. Voto disidente de la magistrada Ana Isabel Bonilla Hernández, apartado 2, párrafo 2.3; Recurso de revisión constitucional en materia de amparo. Sentencia TC/0057/14 de 4 de abril de 2014. Expediente N° TC-05-2012-0119. Voto disidente de la magistrada Ana Isabel Bonilla Hernández, apartado 2, párrafo 2.6; Recurso de casación. Sentencia TC/0064/14 de 21 de abril de 2014. Expediente N° TC-08-2012-0007. Voto disidente de la magistrada Ana Isabel Bonilla Hernández, apartado 2, párrafo 2.8; Recurso de revisión constitucional en materia de amparo. Sentencia TC/0078/14 de 1 de mayo de 2014. Expediente N° TC-05-2012-0076. Voto disidente de la magistrada Ana Isabel Bonilla Hernández, considerando 5; Recurso de revisión constitucional en materia de amparo. Sentencia TC/0086/14 de 21 de mayo de 2014. Expediente N° TC-05-2012-0094. Voto disidente de la magistrada Ana Isabel Bonilla Hernández, considerando 3; Recurso de revisión constitucional en materia de amparo. Sentencia TC/0108/14 de 10 de junio de 2014. Expediente N° TC-05-2013-0033. Voto disidente de la magistrada Ana Isabel Bonilla Hernández, considerando 5; Recurso de revisión constitucional en materia de amparo. Sentencia TC/0111/14 de 12 de junio de 2014. Expediente N° TC-05-201-0037. Voto disidente de la magistrada Ana Isabel Bonilla Hernández, apartado 2, párrafo 2.3; Recurso de casación. Sentencia TC/0117/14 de 13 de junio de 2014. Expediente N° TC-08-2012-0008, TC-08-2012-0006. Voto disidente de la magistrada Ana Isabel Bonilla Hernández, apartado 2, párrafo 2.3; Recurso de revisión constitucional en materia de amparo. Sentencia TC/0309/14 de 22 de diciembre de 2014. Expediente N° TC-05-2013-126. Voto disidente de la magistrada Kathia Miguelina Jiménez Martínez, apartado 3.

⁴⁸⁶ El recurso de inconstitucionalidad se interpuso ante la Suprema Corte de Justicia de República Dominicana cuando este órgano aún cumplía tal función, pero nunca llegó a resolverlo. En 2012, inició actividades el Tribunal Constitucional dominicano que, entre otros casos, heredó y resolvió este asunto.

⁴⁸⁷ Cf. Tribunal Constitucional de República Dominicana. Acción directa de inconstitucionalidad. Sentencia TC/0256/14 de 4 noviembre de 2014. Expediente N° TC-01-2005-0013. Párrafos 9.10-9.21. La cita es la que sigue (solo dos párrafos medulares):

9.18. [...] la declaración de reconocimiento que hizo la República Dominicana de la jurisdicción de la Corte IDH, de acuerdo con la normativa del precitado artículo 62 [de la Convención Americana sobre Derechos Humanos], fue efectuada mediante el Instrumento de Aceptación que es objeto de impugnación

En 2015, entró en vigor una nueva Constitución, votada y proclamada por la Asamblea Nacional; sin embargo, en atención a lo que nos ocupa, no hubo ningún cambio sustancial (tan es así que, incluso el precitado artículo 74 de la Constitución de 2010, se mantuvo invariable y bajo la misma numeración). Ese mismo año, la Corte IDH tuvo conocimiento de la mentada sentencia TC/0256/13, pero no fue sino hasta unos años más tarde, en 2019, que convocó a una audiencia pública a los representantes del Estado dominicano, para realizar el seguimiento del cumplimiento de dos sentencias interamericanas dadas con anterioridad.

Se apreció entonces que, si bien República Dominicana es miembro de la OEA y Estado parte de la CADH, mantiene vigente lo expresado en dicha sentencia del Tribunal Constitucional, esto es, el no reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte

de la acción de inconstitucionalidad que nos ocupa. Dicho Instrumento de Aceptación, aunque constituye un acto unilateral no autónomo producido en el marco de la CADH, tiene la misma fuerza de las convenciones internacionales, y, por tanto, la capacidad ínsita de producir efectos jurídicos en el plano internacional; efectos que, a su vez, pueden repercutir en el Derecho Interno y afectar directamente a los dominicanos. En consecuencia, resulta lógico convenir que la voluntad del Poder Ejecutivo de establecer un vínculo jurídico internacional debe requerir la participación de otros órganos estatales más allá de los que expresamente consientan el tratado que le sirva de marco (en este caso, la CADH), como una especie de contrapeso o ejercicio de vigilancia de los demás poderes del Estado, y con la finalidad última de salvaguardar el principio rector de supremacía constitucional establecido por el artículo 46 de la Constitución dominicana de 2002, equivalente al artículo 6 de la Constitución de 2010. [...]. Resulta, en efecto, de la mayor importancia que antes de adherirse a un compromiso internacional de cualquier índole, la República Dominicana verifique su conformidad con los procedimientos constitucionales y legales nacionales previamente establecidos. Sin embargo, esta verificación fue omitida en la especie respecto [del] Instrumento de Aceptación, que no fue sometido al Congreso Nacional como dispone el precitado artículo 55.6 de la Constitución de 2002, lo cual, a juicio del Tribunal Constitucional, genera su inconstitucionalidad.

9.19. La aceptación de la competencia de la Corte IDH, para ser vinculante respecto al Estado dominicano, debió haber cumplido, pues, los requerimientos del artículo 37 numeral 14 de la Constitución de 2002, es decir: “aprobar o desaprobar los tratados y convenciones internacionales que celebre el Poder Ejecutivo”. Sobre todo, en razón de que dicha aceptación transfiere competencias jurisdiccionales que podrían lesionar la soberanía nacional, el principio de la separación de los poderes, y el de no intervención en los asuntos internos del país, normas invariables de la política internacional dominicana. No bastaba, en consecuencia, cumplir únicamente con lo establecido en los artículos 62.1 y 62.3 de la C[onvención Americana sobre Derechos Humanos].

IDH. Ello pues, si desde la emisión de dicho fallo ya no sostenía comunicación alguna con la Corte IDH, en dicha ocasión, tampoco acudió a la audiencia convocada por ésta para el 8 de febrero de 2019⁴⁸⁸.

Al mes siguiente, en marzo, la Corte IDH emitió una resolución⁴⁸⁹ en la que señaló que lo expresado en dicha sentencia constitucional, entre otras cosas, partía de una interpretación errónea del artículo 62 de la CADH y era contraria al principio *estoppel*, por lo que:

74. (...) la Corte considera que la decisión TC-256-14 del Tribunal Constitucional de 4 de noviembre de 2014 no genera efectos jurídicos en el derecho internacional, así como cualquier consecuencia que se derive de ella. Por consiguiente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos mantiene su competencia contenciosa sobre República Dominicana.

Como era previsible, dicha resolución de la Corte IDH generó una respuesta política y jurídica. En cuanto a esta última, el presidente del Tribunal Constitucional dominicano, RAY GUEVARA⁴⁹⁰, señaló que la Corte IDH no podía imponer a dicho órgano violar la

⁴⁸⁸ Cf. CENTER FOR JUSTICE AND INTERNATIONAL LAW, “República Dominicana ausente en audiencia de revisión de cumplimiento de dos fallos Interamericanos | CEJIL”, fecha de consulta 24 abril 2021, en <https://www.cejil.org/es/república-dominicana-ausente-audiencia-revisión-cumplimiento-dos-fallos-interamericanos>.

⁴⁸⁹ Corte IDH. *Caso de las Niñas Yean y Bosico y Caso de Personas Dominicanas y Haitianas expulsadas Vs. República Dominicana*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Resolución de 12 de marzo de 2019, párrs. 38-74.

⁴⁹⁰ Cf. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE REPÚBLICA DOMINICANA, *Declaración del Presidente del Tribunal Constitucional sobre la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 2019, fecha de consulta 24 abril 2021, en <https://tribunalsitestorage.blob.core.windows.net/media/18895/declaraci%C3%B3n-del-presidente-del-tribunal-constitucional-sobre-la-decisi%C3%B3n-de-la-corte-interamericana-de-derechos-humanos.pdf>.

Constitución o desconocer los procedimientos constitucionales a los que se encuentra sometido. Asimismo, aseveró que, en tal caso, de acuerdo a lo que la sentencia TC/0256/13 indicó, la CADH seguía siendo aplicable en el ordenamiento interno, sin perjuicio del reconocimiento a la competencia de la Corte IDH que, en su momento, los poderes públicos del Estado podrían realizar.

Siendo ese el panorama actual, opinamos que parte de la argumentación presentada por la Corte IDH puede ser atendible desde las fuentes del Derecho Internacional Público⁴⁹¹, volveremos sobre ello en el próximo capítulo. Sin embargo, también es verdad que, actualmente, no es posible –si es que lo fue en algún momento– concluir la aceptación formal ni material de la doctrina del control de convencionalidad en el ordenamiento jurídico dominicano, a la luz del último desarrollo jurisprudencial nacional (lo que no implica negar que, en sede judicial hasta el 2014, se aceptaba la vinculatoriedad de la jurisprudencia de la Corte IDH).

3.6. REPÚBLICA DE GUATEMALA

De acuerdo a la interpretación dada por la Corte Constitucional de Guatemala de 1990⁴⁹², en torno al artículo 46⁴⁹³ de la Constitución Política del país, los tratados en materia de derechos humanos gozan de rango constitucional, sin embargo, no tienen

⁴⁹¹ Cf. C. RODRÍGUEZ GÓMEZ, “La competencia de la Corte Interamericana”, *www.diariolibre.com*, 2019, fecha de consulta 24 abril 2021, en <https://www.diariolibre.com/opinion/en-directo/la-competencia-de-la-corte-interamericana-AF12711908>.

⁴⁹² Corte Constitucional de la República de Guatemala. Apelación de sentencia de amparo. Sentencia de 19 de octubre de 1990. Expediente N° 280-90.

⁴⁹³ Constitución Política de Guatemala. Artículo 46: *[s]e establece el principio general de que, en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno.*

superioridad sobre la Carta Fundamental ni pueden reformar o derogar sus disposiciones⁴⁹⁴. Se habría optado así, en coincidencia con SOLANO⁴⁹⁵, por una interpretación armónica con el artículo 204⁴⁹⁶ de dicha Carta, en la medida que “la Constitución de la República prevalece sobre cualquier ley o tratado”. En concreto, la Corte Constitucional afirmó en aquella oportunidad que:

(...) el hecho de que la Constitución haya establecido esa supremacía sobre el Derecho interno debe entenderse como su reconocimiento a la evolución que en materia de derechos humanos se ha dado y tiene que ir dando, pero su jerarquización es la de ingresar al ordenamiento jurídico con carácter de norma constitucional que concuerde con su conjunto, pero nunca con potestad reformadora y menos derogatoria de sus preceptos por la eventualidad de entrar en contradicción con normas de la propia Constitución, y este ingreso se daría no por vía de su artículo 46, sino -en consonancia con el artículo 2 de la Convención- por la del primer párrafo del 44 constitucional que dice: "Los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana."

⁴⁹⁴ Cf. P. GONZÁLEZ DOMÍNGUEZ, *Implementación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en los Sistemas Jurídicos Nacionales: la doctrina del control de convencionalidad*, Centro de Estudios de Justicia de las Américas - CEJA, 2014, p. 69, fecha de consulta 7 agosto 2016, en <https://biblioteca.cejamericas.org/handle/2015/572>.

⁴⁹⁵ Cf. ASOCIACIÓN COSTARRICENSE DE LA JUDICATURA (ACAJUDCR), *Control de convencionalidad en el ordenamiento jurídico costarricense*, 2013, sec. A partir del 27' 20'', fecha de consulta 26 febrero 2021, en <https://bit.ly/3vnaWel>.

⁴⁹⁶ Constitución Política de Guatemala. Artículo 204: *Los tribunales de justicia en toda resolución o sentencia observarán obligadamente el principio de que la Constitución de la República prevalece sobre cualquier ley o tratado.*

El artículo 46 jerarquiza tales derechos humanos con rango superior a la legislación ordinaria o derivada, pero no puede reconocérsele ninguna superioridad sobre la Constitución, porque si tales derechos, en el caso de serlo, guardan armonía con la misma, entonces su ingreso al sistema normativo no tiene problema, pero si entraren en contradicción con la Carta Magna, su efecto sería modificador o derogatorio, lo cual provocaría conflicto con las cláusulas de la misma que garantizan su rigidez y superioridad y con la disposición que únicamente el poder constituyente o el referendo popular, según sea el caso, tienen facultad reformadora de la Constitución⁴⁹⁷.

En consecuencia, esto permitiría adelantar que, en principio, para Guatemala, un eventual ejercicio del control de convencionalidad tendría como objeto al ordenamiento jurídico en general, con excepción de la Constitución Política. Así, a través de diversas sentencias de la Corte Constitucional en 2011⁴⁹⁸ y 2012⁴⁹⁹, se ha ido incorporando, explícitamente, esta doctrina, estableciéndose como *canon* interpretativo a los tratados en derechos humanos suscritos por el Estado –entre ellos, la CADH– y a la exégesis realizada por la Corte IDH; sin embargo, no se sostiene la vinculatoriedad de dicha pauta interpretativa ni, tampoco, que la misma se superponga a lo previsto en el texto constitucional o a la interpretación que de ésta realice la Corte Constitucional. Por ejemplo, esta última sentencia de 2012 señaló que:

⁴⁹⁷ Corte Constitucional de la República de Guatemala. Apelación de sentencia de amparo. Sentencia de 19 de octubre de 1990. Expediente N° 280-90. Apartado VIII.

⁴⁹⁸ Corte Constitucional de la República de Guatemala. Apelación de sentencia de amparo. Sentencia de 23 de agosto de 2011. Expediente N° 2151-2011. Considerando I.

⁴⁹⁹ Corte Constitucional de la República de Guatemala. Inconstitucionalidad de carácter general. Sentencia de 14 de febrero de 2012. Expediente N° 3334-2011. Considerando III.

Por otra parte, este tribunal no podría soslayar que al analizarse disposiciones normativas (...), debe realizarse, además, un adecuado control de convencionalidad de aquella disposición, pues por regularse en ésta situaciones que restringen el derecho de acceso a la información pública, debe determinarse si aquella regulación guarda coherencia con el respeto al derecho internacional de los Derechos Humanos. Esta labor de control ya fue realizada por esta Corte –solo que respecto de una resolución judicial– en la sentencia de veintitrés de agosto de dos mil once (Expediente 2151-2011), y en congruencia con ella, se afirma que al realizar esta labor de control de normativa jurídica de derecho interno guatemalteco, deben tenerse en cuenta instrumentos internacionales que tengan relación con dicha normativa, y la exégesis que respecto de estos últimos ha realizado la Corte Interamericana de Derechos Humanos. (Destacado nuestro)

Sin embargo, gradualmente, la Corte Constitucional ha ido dando otros pasos. De una evidente obligatoriedad en el cumplimiento⁵⁰⁰ de las sentencias interamericanas cuando Guatemala ha sido parte litigiosa⁵⁰¹ –artículo 68.1 de la CADH⁵⁰²–, a una obligatoria observancia de la jurisprudencia en casos donde no lo ha sido (expedientes 3340-2013 y 1006-2014)⁵⁰³. Del mismo modo, de un bloque de constitucionalidad

⁵⁰⁰ Nos referimos al plano formal, no a las dificultades prácticas que, al menos en su momento, Guatemala ha tenido para ejecutar las sentencias interamericanas. Cf. A. ORDÓÑEZ, “La justicia constitucional en Guatemala. Casos relevantes (2010-2011)”, en Víctor Bazán, Claudio Nash (eds.), Fundación Konrad Adenauer, Bogotá, 2012, pp. 162-164.

⁵⁰¹ Cf. Corte Constitucional de la República de Guatemala. Amparo en instancia única. Sentencia de 18 de enero de 2011. Expedientes acumulados N° 655-2010 y 656-2010. Considerando III. Véase también: Corte IDH. *Caso Gelman Vs. Uruguay*. Supervisión (...). Op. Cit., párr. 79-80.

⁵⁰² Cf. P. GONZÁLEZ DOMÍNGUEZ, *Implementación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en los Sistemas Jurídicos Nacionales: la doctrina del control de convencionalidad*, cit., p. 70.

⁵⁰³ Cf. A. I. CALDERÓN CRISTAL, “Delimitación del bloque de constitucionalidad en el caso guatemalteco”, *Opus Magna Constitucional*, vol. 16, 2020, pp. 211-212, fecha de consulta 24 abril 2021, en <http://www.opusmagna.cc.gob.gt/index.php/revista/article/view/9>.

conformado solo por la CADH, en el 2012,⁵⁰⁴ y otros tratados, a uno donde se agrega también a la hermenéutica dada por la Corte IDH, a partir de 2017⁵⁰⁵. No obstante, en dichas sentencias no se advierte que se haya dado una prevalencia a la exégesis de la Corte IDH por sobre el texto constitucional y la jurisprudencia o interpretación de la Corte Constitucional; siendo difícil sustentar una posición contraria, dado el mencionado artículo 204 de la Constitución que dispuso la preeminencia de este cuerpo normativo sobre cualquier tratado y dado los iniciales pronunciamientos de la Corte Constitucional.

Si bien lo anterior podría dejar abierta la duda sobre qué fuente prevalece de darse una colisión irremediable entre la interpretación realizada por la Corte IDH y la protección nacional desarrollada, CALDERÓN parece darnos respuesta al aseverar que:

Por lo tanto, es conveniente concebir el bloque, de la manera en que lo ha configurado el tribunal constitucional, no como una figura limitante de la observancia de los derechos humanos, sino un cauce que, junto con otras posibilidades interpretativas, como el principio pro persona, permita superar argumentaciones tendientes a dar una preferencia inmóvil a una u otra fuente, según su pertenencia al ordenamiento nacional o internacional, o bien, que resten vinculatoriedad a importantes instrumentos internacionales, posturas que, en algún evento, pudieran conllevar incumplimiento de

⁵⁰⁴ Corte Constitucional de la República de Guatemala. Inconstitucionalidad de carácter general. Sentencia de 17 de julio de 2012. Expediente N° 1822-2011. Considerando IV; Inconstitucionalidad de carácter general. Sentencia de 14 de febrero de 2013. Expediente N° 266-2012. Considerando III; Apelación de sentencia de amparo. Sentencia de 10 de septiembre de 2015. Expediente N° 1149-2012. Considerandos IV-VIII y XI.

⁵⁰⁵ Corte Constitucional de la República de Guatemala. Sentencia de 24 de octubre de 2017. Expediente 6276-2016; Sentencia de 22 de mayo de 2018. Expediente 5024-2017; y, Sentencia de 26 de junio de 2018. Expediente 3448-2017. Cf. A. I. CALDERÓN CRISTAL, “Delimitación del bloque de constitucionalidad en el caso guatemalteco”, cit., p. 216.

*compromisos internacionales o redundar en una protección menos favorable para el tutelado*⁵⁰⁶. (Destacado nuestro)

Si así fuese, el control de convencionalidad, aparentemente asumido a plenitud en Guatemala, sería en realidad un control de constitucionalidad –cuyo bloque parámetro incorpora no solo a los tratados, sino también a la jurisprudencia interamericana–, según las competencias y procedimientos previstos en la Constitución de dicho país. *Ergo*, no parecería haberse incorporado la tesis de convencionalidad bajo el entendimiento de la Corte IDH, toda vez que el estándar interamericano no siempre –ni necesariamente– habría de prevalecer o de gozar de efectos directos en sede doméstica. Ello, en definitiva, dependerá de la valoración interpretativa que, llegado el momento, realice la Corte Constitucional, órgano que tiene al principio *pro homine* como directriz exegética.

En el sentido de lo indicado en el párrafo precedente y a la luz de los pronunciamientos de la Corte Constitucional, tampoco resulta posible afirmar que el canon interpretativo de la Corte IDH sea de aplicación obligatoria para todas las autoridades públicas en Guatemala.

3.7. REPÚBLICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

En 2011, se llevó a cabo en México una reforma de la Constitución Política. A través de ella –en concreto, del artículo 1⁵⁰⁷– se produjo la apertura del sistema jurídico

⁵⁰⁶ *Ibid.*, p. 222.

⁵⁰⁷ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Artículo 1:
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

nacional al ordenamiento internacional, especialmente, en el campo de los derechos humanos, pues se estableció que éstos debían interpretarse conforme a la Constitución y a los tratados en dicha materia, procurando siempre otorgar la protección más favorable a la persona (principio *pro homine*). Dicho de otra manera⁵⁰⁸, se permitió que, de haber un conflicto normativo donde no intervenga la Constitución, se pondere en favor de aquella norma de derechos humanos de fuente internacional –elevada a jerarquía constitucional. Así también, que a través de los principios de interpretación conforme y *pro homine* se armonice del derecho nacional con el internacional. Más aún, cuando existe un deber –según el artículo 133 de la Constitución Política– de que los jueces se arreglen “a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de las entidades federativas”⁵⁰⁹, y cuando la nueva Ley de Amparo⁵¹⁰ de 2013 permite la protección de derechos, ya sean de fuente nacional o de fuente internacional⁵¹¹.

las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

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

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

⁵⁰⁸ Cf. P. GONZÁLEZ DOMÍNGUEZ, *Implementación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en los Sistemas Jurídicos Nacionales: la doctrina del control de convencionalidad*, cit., p. 61.

⁵⁰⁹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Artículo 133: *Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada entidad federativa se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de las entidades federativas.*

⁵¹⁰ Ley de Amparo, reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

⁵¹¹ Cf. M. F. DEL ROSARIO RODRÍGUEZ; R. RENDÓN, “El juicio de amparo a la luz de la reforma constitucional de 2011”, *Quid Iuris*, 15, 2011, Tribunal Electoral Estatal del Estado de Chihuahua, pp. 66-68, fecha de consulta 27 abril 2021, en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5074213>.

Si bien, con anterioridad, ya se había iniciado la variable recepción judicial y el profuso debate en la academia en torno al control de convencionalidad, tras la reforma constitucional, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México emitió progresivas tesis respecto de esta doctrina⁵¹². Las principales, contenidas en los expedientes 912/2010, 293/2011 y 299/2013. Si atendemos a cada una de ellas de manera sintética, podríamos rescatar lo siguiente.

El expediente 912/2010, del 14 julio de 2011, dado en razón de la sentencia interamericana *Radilla Pacheco vs. México*⁵¹³, señaló que:

- a. Tesis LXV/2011⁵¹⁴ – Las sentencias de la Corte IDH son vinculantes, en sus términos, para el Estado Mexicano, siempre que haya sido parte litigiosa. Para el

⁵¹² Cf. F. SILVA GARCÍA, “Control de convencionalidad en México: transformaciones y desafíos”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. 1, 152a, 2019, pp. 101-107, fecha de consulta 26 abril 2021, en <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/13260>.

⁵¹³ Para los pormenores sobre el impacto que ésta u otras sentencias interamericanas condenatorias tuvieron, por entonces, en México. Cf. F. J. DONDE MATUTE, “Influencia de las decisiones del sistema interamericano de derechos humanos en México”, en *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, Vol. 3, 2013, p. 303-326, Fundación Konrad Adenauer. Oficina Madrid, 2013, pp. 303-326, fecha de consulta 24 febrero 2021, en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5024820>; H. BENAVENTE CHORRES, “El juez de control como garante de la convencionalidad de las normas en el nuevo proceso penal mexicano”, *Estudios constitucionales*, vol. 10, 1, 2012, pp. 145-200, fecha de consulta 21 febrero 2021, en http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002012000100005&lng=en&nr=m=iso&tlng=en; G. GARCÍA, “El control judicial difuso de convencionalidad de los Derechos Humanos por los tribunales ordinarios en México”, en Eduardo Ferrer Mac-Gregor (ed.) *El Control Difuso de Convencionalidad. Diálogo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los Jueces Nacionales*, FUNDAp, México, 2012, pp. 187-210.

⁵¹⁴ Cf. Suprema Corte de Justicia de la Nación de México. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro III, diciembre de 2011, tesis LXV/2011. Pp. 556-557. La cita es la que sigue: (...) *no es competente para analizar, revisar, calificar o decidir si una sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos es correcta o incorrecta, o si excede en relación con las normas que rigen su materia y proceso. Por tanto, la Suprema Corte no puede hacer ningún pronunciamiento que cuestione la validez de lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ya que para el Estado Mexicano dichas sentencias constituyen cosa juzgada.*

Poder Judicial será vinculante no solo la sección resolutive del fallo, sino también la considerativa.

- b. Tesis LXVI/2011⁵¹⁵ – Los criterios exegéticos de la Corte IDH vertidos en sentencias en las que México no fue parte litigiosa son orientadores, siempre que resulten más favorables a la persona.

- c. Tesis LXVII/2011⁵¹⁶ – El Poder Judicial tiene el deber de ejercer un control de convencionalidad *ex officio*, adecuándose al modelo del control de constitucionalidad. Así, aunque un juez local no podría declarar la invalidez de una norma, sí podría dejar de aplicarla. Se dejaron de lado, entonces, anteriores tesis –la P.J. 73/99 y la P.J. 74/99– que negaban cualquier tipo de control difuso a jueces de menor jerarquía⁵¹⁷.

- d. Tesis LXVIII/2011⁵¹⁸ – Los cánones para el ejercicio del control de convencionalidad son “a) *Todos los derechos humanos contenidos en la*

⁵¹⁵ Cf. Suprema Corte de Justicia de la Nación de México. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro III, diciembre de 2011, tesis LXVI/2011. P. 550. La cita es la que sigue: (...) *siempre que sean más favorables a la persona, de conformidad con el artículo 1º constitucional (...) [ello] no prejuzga la posibilidad de que sean los criterios internos los que cumplan de mejor manera con lo establecido por la Constitución en términos de su artículo 1º, lo cual tendrá que valorarse caso por caso a fin de garantizar siempre la mayor protección de los derechos humanos.*

⁵¹⁶ Cf. Suprema Corte de Justicia de la Nación de México. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro III, diciembre de 2011, tesis LXVII/2011. P. 535. La cita es la que sigue: (...) *el que deberá adecuarse al modelo de control de constitucionalidad existente en nuestro país (...) [s]i bien los jueces no pueden hacer una declaración general sobre la invalidez o expulsar del orden jurídico las normas que consideren contrarias a los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados (...), sí están obligados a dejar de aplicar las normas inferiores dando preferencia a las contenidas en la Constitución y en los tratados en la materia.*

⁵¹⁷ Cf. A. MARTÍNEZ LAZCANO, “Control difuso de convencionalidad en México”, *Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global*, vol. 2, 1, 2013, p. 251, fecha de consulta 5 febrero 2021, en <https://periodicos.ufsm.br/REDESG/article/view/10468>; L. F. A. ANGULO JACOBO, “El control difuso de convencionalidad en México”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, vol. 1, 35, 2013, pp. 80-81.

⁵¹⁸ Cf. Suprema Corte de Justicia de la Nación de México. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro III, diciembre de 2011, tesis LXVIII/2011. P. 551.

Constitución Federal (...), así como la jurisprudencia emitida por el Poder Judicial de la Federación; b) todos los derechos humanos contenidos en tratados internacionales en los que el Estado Mexicano sea parte; c) los criterios vinculantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos derivados de las sentencias en las que el Estado Mexicano haya sido parte, y d) los criterios orientadores de la jurisprudencia y precedentes de la citada Corte, cuando el Estado Mexicano no ha sido parte”.

- e. Tesis LXIX/2011⁵¹⁹ – Los pasos a seguir para ejercer un control de convencionalidad *ex officio* por parte del Poder Judicial son a) realizar una interpretación conforme en sentido amplio, b) desarrollar una interpretación conforme en sentido estricto y, de no ser posible ninguna de ambas, c) inaplicar de la norma.
- f. Tesis LXX/2011⁵²⁰ – Las dos vertientes del modelo del control de constitucionalidad mexicano –concentrado para el Poder Judicial Federal y difuso

⁵¹⁹ Cf. Suprema Corte de Justicia de la Nación de México. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro III, diciembre de 2011, tesis LXIX/2011. P. 552-553. La cita es la que sigue: a) *Interpretación conforme en sentido amplio, lo que significa que los jueces del país –al igual que todas las demás autoridades del Estado Mexicano–, deben interpretar el orden jurídico a la luz y conforme a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los cuales el Estado Mexicano sea parte, favoreciendo en todo tiempo a las personas con la protección más amplia; b) Interpretación conforme en sentido estricto, lo que significa que cuando hay varias interpretaciones jurídicamente válidas, los jueces deben, partiendo de la presunción de constitucionalidad de las leyes, preferir aquella que hace a la ley acorde a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los que el Estado Mexicano sea parte, para evitar incidir o vulnerar el contenido esencial de estos derechos; y c) Inaplicación de la ley cuando las alternativas anteriores no son posibles. Lo anterior no afecta o rompe con la lógica de los principios de división de poderes y de federalismo, sino que fortalece el papel de los jueces al ser el último recurso para asegurar la primacía y aplicación efectiva de los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los cuales el Estado Mexicano es parte.*

⁵²⁰ Cf. Suprema Corte de Justicia de la Nación de México. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro III, diciembre de 2011, tesis LXX/2011. P. 557-558.

para el resto de los jueces– son compatibles con el modelo del control de convencionalidad *ex officio*. De esta manera⁵²¹, mientras los jueces federales pueden invalidar las normas generales, afectando así su vigencia y expulsándolas del sistema jurídico, los jueces locales solo pueden incidir en la aplicabilidad de éstas en un caso concreto.

Unos años después, la Suprema Corte de la Nación, emitió el expediente 293/2011⁵²², del 3 de setiembre de 2013. En él agregó dos tesis que, expresamente, quedaron revestidas de carácter jurisprudencial –por tanto, obligatorias para el derecho mexicano, a diferencias de las ‘Tesis aisladas’. Afirmó en ellas que:

- a. Tesis P.J. 20/2014⁵²³ – Los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados forman parte del parámetro constitucional, no obstante, “cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de aquellos, se debe estar a lo que establece el texto constitucional”. Algunos calificaron dicha aclaración como un retroceso que daba supremacía a la Constitución por sobre los tratados, impidiéndose así un cambio de noción en materias recogidas en la Carta como la

⁵²¹ Cf M. CARBONELL, *Introducción general al control de convencionalidad*, cit., pp. 34-35.

⁵²² Cf. Suprema Corte de Justicia de la Nación de México. Contradicción de tesis 293/2011: Entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativas y de Trabajo del Décimo Primer Circuito y el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito.

⁵²³ Cf. Suprema Corte de Justicia de la Nación de México. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro V, abril de 2014, tesis P.J. 20/2014. P. 202-203.

prisión preventiva forzosa (arraigo penal)⁵²⁴, la imposibilidad del derecho al voto para los ministros de culto, entre otros⁵²⁵.

- b. Tesis P.J. 21/2014⁵²⁶ – Independientemente de si México fue Estado parte o no en un litigio del cual emanó una sentencia de la Corte IDH, la jurisprudencia interamericana vincula siempre a los jueces nacionales. Lo anterior, a condición de que sea más favorable para la persona.

Finalmente, el expediente 299/2013⁵²⁷, del 14 de octubre de 2014, trató el problema de si la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia podía ser objeto de control de constitucionalidad o convencionalidad *ex officio* por parte de los jueces nacionales, cuando éstos la considerasen vulneradora un derecho humano contenido en la

⁵²⁴ Cf. E. ORTEGA PEÑUELAS, “Las restricciones constitucionales de los derechos humanos en México a partir de la contradicción de tesis 293/11, análisis argumentativo y valoración ponderativa para la solución de principios normativos en conflicto | Derecho Global. Estudios sobre Derecho y Justicia”, vol. VI, 16, 2020, p. 134.

⁵²⁵ Cf. J. OLIVOS CAMPOS, “Constitucionalidad y el control de convencionalidad de los derechos humanos en México”, *Revista de Derecho Público*, 79, 2013, pp. 111-112, fecha de consulta 5 febrero 2021, en <https://revistaderechopublico.uchile.cl/index.php/RDPU/article/view/30966>.

⁵²⁶ Cf. Suprema Corte de Justicia de la Nación de México. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro V, abril de 2014, tesis P.J. 21/2014. P. 204-205. La cita es la que sigue: *Los criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con independencia de que el Estado Mexicano haya sido parte en el litigio ante dicho tribunal, resultan vinculantes para los jueces nacionales al constituir una extensión de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, toda vez que en dichos criterios se determina el contenido de los derechos humanos establecidos en ese tratado. La fuerza vinculante de la jurisprudencia interamericana se desprende del propio mandato establecido en el artículo 1º constitucional, pues el principio pro persona obliga a los jueces nacionales a resolver cada caso atendiendo a la interpretación más favorable a la persona. En cumplimiento de este mandato constitucional, los operadores jurídicos deben atender a lo siguiente: (i) cuando el criterio se haya emitido en un caso en el que el Estado Mexicano no haya sido parte, la aplicabilidad del precedente al caso específico debe determinarse con base en la verificación de la existencia de las mismas razones que motivaron el pronunciamiento; (ii) en todos los casos en que sea posible, debe armonizarse la jurisprudencia interamericana con la nacional; y (iii) de ser imposible la armonización, debe aplicarse el criterio que resulte más favorecedor para la protección de los derechos humanos.* (Destacado nuestro)

⁵²⁷ Cf. Suprema Corte de Justicia de la Nación de México. Contradicción de tesis 299/2013: Entre los criterios sustentados por el Octavo Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Tercera Región con Residencia en Guadalajara, en apoyo del Tribunal Colegiado del Vigésimo Quinto Circuito y el Tribunal Colegiado del Vigésimo Quinto Circuito. 14 de octubre de 2014. P. 38, en <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=153439>.

Constitución o en los tratados ratificados por México. La Suprema Corte aseveró que ello no era posible. En concreto dijo que:

La obligación de las autoridades jurisdiccionales (...) de realizar un control de constitucionalidad y/o convencionalidad ex officio (...), no contempla a la jurisprudencia emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, porque el artículo 94 constitucional establece que será obligatoria para todos los órganos jurisdiccionales de conformidad con lo que disponga la ley (...); de ahí que no privan las mismas razones que se toman en cuenta para inaplicar una disposición emitida por el legislador cuando viola derechos humanos de fuente constitucional o convencional. Cabe precisar que en los casos en los que se pudiera advertir que una jurisprudencia del Alto Tribunal desatiende o contradice un derecho humano, cualquiera que sea su origen, existen los medios legales para que se subsane ese aspecto. En conclusión, (...) no es posible determinar que la jurisprudencia del Máximo Tribunal del país pueda ser objeto de la decisión de un órgano de menor grado que tienda a inaplicarla, como resultado del ejercicio de control de convencionalidad ex officio, porque permitirlo daría como resultado que perdiera su carácter de obligatoria, ocasionando falta de certeza y seguridad jurídica.

En suma, a la fecha⁵²⁸, sin dejar de considerar ciertas modulaciones que se han efectuado y que reflejan las distintas posiciones entre la Primera y Segunda Sala de la Corte Suprema⁵²⁹, toda autoridad jurisdiccional mexicana –nada se dice sobre el resto de

⁵²⁸ F. SILVA GARCÍA, “Control de convencionalidad en México”, cit., p. 122; Cf. P. GONZÁLEZ DOMÍNGUEZ, “La relación entre la doctrina del control de convencionalidad y el derecho nacional”, cit., pp. 218-224.

⁵²⁹ Cf. F. SILVA GARCÍA, “Control de convencionalidad en México”, cit., pp. 107-120.

autoridades– tiene como deber ejercer un control de convencionalidad *ex officio*, según sus competencias. Ello puede suponer transitar desde una invalidación a una interpretación conforme o una inaplicación de la norma. La excepción se da cuando existan restricciones constitucionales expresas o cuando el objeto del control sea la propia jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia Nacional. El canon para esta labor está conformado por la Constitución Política, la jurisprudencia del Poder Judicial de la Federación –que no puede ser desacatada por los jueces locales–, los tratados de derechos humanos ratificados por México y la jurisprudencia de la Corte IDH en su totalidad, siempre que sea esta más favorable para la persona, esto es:

(...) no debe entenderse el carácter vinculante de los criterios interamericanos en un sentido fuerte, es decir, como un lineamiento que constriña a los jueces internos a resolver aplicando indefectiblemente el estándar sentado por la Corte Interamericana, pasando por alto, incluso, los precedentes del Poder Judicial de la Federación. Por el contrario, esta obligatoriedad debe entenderse como una vinculación a los operadores jurídicos internos a observar en sus resoluciones un estándar mínimo, que bien podría ser el interamericano o el nacional, dependiendo cuál sea el más favorable a las personas. En todo caso, lo importante será que la inaplicación de un criterio jurisprudencial, nacional o interamericano, se justifique atendiendo a la aplicación de otro que resulte más favorecedor a la persona⁵³⁰.

⁵³⁰ Contradicción de tesis 293/2011. Op. Cit. P. 59

3.8. REPÚBLICA DE PANAMÁ

El artículo 4⁵³¹ de la Constitución Política de Panamá recoge un genérico acatamiento de las normas del derecho internacional. No obstante, en 2004, mediante una reforma constitucional, se agregó un segundo párrafo al artículo 17⁵³² de la Carta Fundamental, reconociéndose su complementariedad con derechos albergados en otras fuentes y otorgándoseles un rango jerárquico constitucional⁵³³.

Sin embargo, recién en 2008, la Corte Suprema de Justicia⁵³⁴ empezó a considerar los tratados⁵³⁵, íntegramente, como parte del bloque de constitucionalidad panameño⁵³⁶. Hasta entonces, la constante de tal tribunal, más allá de incluir –selectivamente y caso por caso– algunos derechos humanos convencionales en dicho bloque⁵³⁷, residía –en general– en señalar que, si “bien los tratados internacionales aprobados por leyes de la República son de obligante cumplimiento, la consecuencia jurídica de esa obligación es la de adecuar la legislación interna a lo dispuesto en dichos convenios internacionales, porque

⁵³¹ Constitución Política de Panamá. Artículo 4: *La República de Panamá acata las normas del Derecho Internacional.*

⁵³² Constitución Política de Panamá. Artículo 17: (...) *Los derechos y garantías que consagra esta Constitución, deben considerarse como mínimos y no excluyentes de otros que incidan sobre los derechos fundamentales y la dignidad de la persona.*

⁵³³ Cf. J. MEJÍA EDWARD, “Control de constitucionalidad y de convencionalidad en Panamá”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2013, pp. 474-475, fecha de consulta 25 febrero 2021, en <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/anuario-derecho-constitucional/article/view/4048>.

⁵³⁴ Para pronunciamientos de tribunales de inferior jerarquía, Cf. H. EYNER ISAZA, “El control de convencionalidad y su aplicación en Panamá”, *Revista da Faculdade de Direito da FMP*, vol. 13, 2, 2018, pp. 165-168, fecha de consulta 1 mayo 2021, en <https://revistas.fmp.edu.br/index.php/FMP-Revista/article/view/92>.

⁵³⁵ Corte Suprema de Justicia de Panamá. Pleno. Acción amparo de garantías constitucionales. Resolución de 21 de agosto de 2008. Expediente 794-07. Apartado III.

⁵³⁶ Cf. J. MEJÍA EDWARD, “Control de constitucionalidad y de convencionalidad en Panamá”, cit., pp. 469-474 y 480.

⁵³⁷ Cf. S. SÁNCHEZ G., “El control de convencionalidad en Panamá”, en *El control de convencionalidad en México, Centroamérica y Panamá (1a. ed.)*, [Tegucigalpa]: Editorial Casa San Ignacio, 2016, pp. 204-206, fecha de consulta 1 mayo 2021, en <http://up-rid2.up.ac.pa:8080/xmlui/handle/123456789/2178>.

estos solo tienen formalmente valor de ley y carecen de jerarquía constitucional⁵³⁸. Ello, por supuesto, no sugiere que Panamá incumplía sus tratados ratificados, sino solo que éstos aún no hacían parte formal del parámetro de constitucionalidad. Al año siguiente, en 2009, se emitieron las primeras sentencias que abordaron, expresamente, al control de convencionalidad, por ejemplo, la recaída en el expediente 183-09⁵³⁹. Así, en sentencias posteriores, como las provenientes de los expedientes 31-08⁵⁴⁰ y la 265-05⁵⁴¹, se optó por reiterar que –en razón de los artículos 26 y 27 de la CVDT– el ejercicio de esta labor es parte de la obligación general de “adecuación” de las normas internas a los tratados ratificados por Panamá. Pero, más allá de ello, no se hizo mayor desarrollo sobre el asunto. Mediante sentencias dadas en 2012⁵⁴² y 2015⁵⁴³, sin embargo, la situación cambió.

⁵³⁸ Corte Suprema de Justicia de Panamá. Pleno. Recurso de inconstitucionalidad. Resolución de 23 de mayo de 1991. Cf. C. MEMBREÑO, “Aplicación de los instrumentos internacionales por los tribunales laborales panameños: especial énfasis a los convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).”, *Asociación Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2018, fecha de consulta 1 mayo 2021, en <https://www.aidtss.org/aplicacion-de-los-instrumentos-internacionales-por-los-tribunales-laborales-panamenos-especial-énfasis-a-los-convenios-de-la-organizacion-internacional-del-trabajo-oit>.

⁵³⁹ Corte Suprema de Justicia de Panamá. Sala Tercera de lo Contencioso. Acción Contenciosa Administrativa. Resolución de 11 de agosto de 2009. Expediente 183-09.

⁵⁴⁰ Corte Suprema de Justicia de Panamá. Sala Tercera de lo Contencioso. Acción Contenciosa Administrativa. Sentencia de 14 de septiembre de 2009. Expediente 331-08. Apartado 5.1.

⁵⁴¹ Corte Suprema de Justicia de Panamá. Sala Tercera de lo Contencioso. Acción Contenciosa Administrativa. Sentencia de 1 de diciembre de 2009. Expediente 265-05. Apartado 5.2.

⁵⁴² Corte Suprema de Justicia de Panamá. Pleno. Amparo de Garantías Constitucionales. Sentencia de 4 de julio de 2012. Expediente 1292-10. La cita es la que sigue: *Es importante hacer referencia al Control de Constitucionalidad y al Control de Convencionalidad, que impone a los Jueces y Magistrados el deber de velar por la vigencia y efectividad de la Constitución Nacional en cada caso y de la Convención Americana de Derechos Humanos, en las que el Estado panameño haya estado comprometido; a fin que no se vean mermados o anulados por la aplicación de leyes y actuaciones contrarias a sus disposiciones, objeto y finalidad. En otras palabras, los Órganos del Poder Judicial deben, según Sentencia de 2000 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también de convencionalidad, ex officio, entre las normas internas y la Convención Americana de Derechos Humanos. El Juez local, en su juicio de ponderación y atendiendo las circunstancias en cada caso, puede ampliar su capacidad interpretativa aplicando las normas de la Convención Americana de Derechos Humanos y la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos donde el Estado ha sido parte. Con base en esto, el Pleno de esta Corporación de Justicia hará referencia a algunas consideraciones emanadas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que guardan relación a las expresiones relativas a funcionarios públicos, a políticos y a particulares que ejercen funciones públicas (...).* (Destacado nuestro)

⁵⁴³ Corte Suprema de Justicia de Panamá. Sala Segunda de lo Penal. Tribunal de instancia. Sentencia de 6 de marzo de 2015. Expediente 240-14-AA. En similar sentido, véase también: Corte Suprema de Justicia de Panamá. Pleno. Amparo de Garantías Constitucionales. Sentencia de 3 de marzo de 2015. Expediente 625-08.

En ambas, la Corte Suprema de Justicia aseveró que, en razón del ejercicio del control de convencionalidad, el “Juez local, (...), puede ampliar su capacidad interpretativa aplicando las normas de la C[ADH] y la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos donde el Estado ha sido parte”. Así, aun cuando se realizó un mayor desarrollo sobre la recepción de la doctrina del control de convencionalidad, su comprensión solo abarcó a los jueces locales como los *operadores*, siempre que Panamá haya sido parte litigiosa⁵⁴⁴, estableciéndose como facultad –no, necesariamente, obligación– la posibilidad de ampliar el marco exegético considerando a la CADH y a la jurisprudencia interamericana. Aun así, no quedó claro si la Constitución Política podía también ser *objeto* de dicho control. En tal caso, señalan algunos que, de darse tal escenario, debería aplicarse el principio *pro homine*, en orden a privilegiar aquella norma o interpretación más favorable en la situación concreta⁵⁴⁵.

A todo ello, reconoce un autor que la “escasa reflexión nacional sobre control de convencionalidad, nos deja casi tantas interrogantes como la propia doctrina [que] la CoIDH ha dejado en todo el continente”⁵⁴⁶, más aún si la Corte Suprema de Justicia la ha utilizado en pocos casos, no siempre de modo coherente y obviando un discernimiento crítico en asuntos como el ejercicio *ex officio*, la obligatoriedad de la jurisprudencia, los efectos declarativos o constitutivos de las sentencias de la Corte IDH, entre otros⁵⁴⁷. Si bien todo ello es cierto, también es verdad que hasta ahora⁵⁴⁸, se entiende que dicha labor⁵⁴⁹

⁵⁴⁴ Cf. S. SÁNCHEZ G., “El control de convencionalidad en Panamá”, cit., p. 219.

⁵⁴⁵ Cf. *Ibid.*, p. 215; J. MEJÍA EDWARD, “Control de constitucionalidad y de convencionalidad en Panamá”, cit., p. 478.

⁵⁴⁶ S. SÁNCHEZ G., “El control de convencionalidad en Panamá”, cit., p. 213.

⁵⁴⁷ Cf. *Ibid.*, pp. 222-223.

⁵⁴⁸ Cf. ISAE UNIVERSIDAD, *Conferencia: El control de convencionalidad en Panamá por el ex magistrado Jerónimo Mejía Edward*, 2020, fecha de consulta 1 mayo 2021, en <https://www.youtube.com/watch?v=MS90-mG9COs>.

⁵⁴⁹ Cf. H. EYNER ISAZA, “El control de convencionalidad y su aplicación en Panamá”, cit., pp. 169-175.

se realiza mediante un control de constitucionalidad⁵⁵⁰ –control concentrado⁵⁵¹ cuyo bloque de constitucionalidad ya incluye a los tratados interamericanos y a la jurisprudencia de la Corte IDH–, sin que ello impida que el resto de autoridades que ejercen funciones jurisdiccionales realicen –según sus competencias– una interpretación conforme y/o eleven la respectiva consulta a la Corte Suprema de Justicia⁵⁵².

3.9. REPÚBLICA DEL PERÚ

En la Constitución Política peruana de 1993, si bien los tratados hacen parte del derecho nacional⁵⁵³ y tienen rango legal⁵⁵⁴, cuando refieren a derechos humanos, gozan de fuerza constitucional en razón de su contenido⁵⁵⁵, haciendo –además– parte del bloque de constitucionalidad⁵⁵⁶. Así, razona el Tribunal Constitucional peruano (también, TC) que, si tales tratados tienen fuerza constitucional, luego, tienen también

⁵⁵⁰ Cf. S. SÁNCHEZ G., “El control de convencionalidad en Panamá”, cit., pp. 213-216.

⁵⁵¹ Constitución Política de Panamá. Artículo 2016: *La Corte Suprema de Justicia tendrá, entre sus atribuciones constitucionales y legales, las siguientes: 1. La guarda de la integridad de la Constitución para lo cual la Corte en pleno conocerá y decidirá, con audiencia del Procurador General de la Nación o del Procurador de la Administración, sobre la inconstitucionalidad de las Leyes, decretos, acuerdos, resoluciones y demás actos que por razones de fondo o de forma impugne ante ella cualquier persona. Cuando en un proceso el funcionario público encargado de impartir Justicia advirtiere o se lo advirtiere alguna de las partes que la disposición legal o reglamentaria aplicable al caso es inconstitucional, someterá la cuestión al conocimiento del pleno de la Corte, salvo que la disposición haya sido objeto de pronunciamiento por parte de ésta, y continuará el curso del negocio hasta colocarlo en estado de decidir.*

⁵⁵² Cf. ISAE UNIVERSIDAD, *Conferencia*, cit., sec. 1h a 1h 9'.

⁵⁵³ Constitución Política del Perú. Artículo 55: *Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional.*

⁵⁵⁴ Constitución Política del Perú. Artículo 200.4: *Son garantías constitucionales: La Acción de Inconstitucionalidad, que procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo.* (Destacado nuestro)

⁵⁵⁵ Constitución Política del Perú. Artículo 3: *La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno.*

⁵⁵⁶ Constitución Política del Perú. Cuarta Disposición Final y Transitoria: *Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.*

rango constitucional, lo cual “(...) trae consigo que dichos tratados están dotados de fuerza activa y pasiva propia de toda fuente de rango constitucional (...)”⁵⁵⁷. Ello, añade el TC, limita las posibilidades materiales de una reforma constitucional contra los derechos allí contenidos, aunque no impide que tales tratados sean objeto de un control de constitucionalidad, tal y como recoge el artículo 200.4 de la Carta⁵⁵⁸.

El nuevo Código Procesal Constitucional de 2004 añadió el deber para todo juez constitucional de realizar una ‘interpretación conforme’, considerando no solo los tratados, sino también “las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte”⁵⁵⁹.

⁵⁵⁷ Tribunal Constitucional del Perú. *Caso Colegio de Abogados de Arequipa y otro*. Sentencia de 25 de abril de 2006. EXP. N° 0025-2005-PI/TC, FJ. 33. La cita es la que sigue: *Si conforme a lo anterior, los derechos reconocidos en los tratados internacionales de derechos humanos tienen rango constitucional, debe concluirse que dichos tratados detentan rango constitucional. El rango constitucional que detentan trae consigo que dichos tratados están dotados de fuerza activa y pasiva propia de toda fuente de rango constitucional; es decir, fuerza activa, conforme a la cual estos tratados han innovado nuestro ordenamiento jurídico incorporando a éste, en tanto derecho vigente, los derechos reconocidos por ellos, pero no bajo cualquier condición, sino a título de derechos de rango constitucional. Su fuerza pasiva trae consigo su aptitud de resistencia frente a normas provenientes de fuentes infraconstitucionales, es decir, ellas no pueden ser modificadas ni contradichas por normas infraconstitucionales e, incluso, por una reforma de la Constitución que suprimiera un derecho reconocido por un tratado o que afectara su contenido protegido. Los tratados sobre derechos humanos representan en tal sentido límites materiales de la propia potestad de reforma de la Constitución. En lo que concierne al caso, importa resaltar su fuerza de resistencia frente a las normas de rango legal. Éstas no pueden ser contrarias a los derechos enunciados en los tratados sobre derechos humanos. Si estos derechos detentan rango constitucional, el legislador está vedado de establecer estipulaciones contrarias a los mismos.*

⁵⁵⁸ Tribunal Constitucional del Perú. *Caso Colegio de Abogados de Arequipa y otro*. Sentencia de 25 de abril de 2006. EXP. N° 0025-2005-PI/TC, FJ. 34. La cita es la que sigue: *El que los tratados sobre derechos humanos detentan rango constitucional no implica sustraerlos en cuanto objeto de control del proceso de inconstitucionalidad. El rango constitucional de una norma no es óbice para que, de ser el caso, tales sean objeto de control a través del mencionado proceso. Tal es el caso de las normas de reforma constitucional tal como este Tribunal ya ha tenido ocasión de esclarecer. La jerarquía constitucional de una Ley de Reforma Constitucional no lo sustrae en cuanto objeto de control de constitucionalidad. Del mismo modo, el rango constitucional de un tratado internacional, como el caso de un tratado sobre derechos humanos, no lo sustrae del control de constitucionalidad, tanto en cuanto al fondo como respecto a la forma. Esto es válido también para el caso de los tratados que han sido incorporados a través del procedimiento de reforma constitucional (Art. 57,2° párrafo).*

⁵⁵⁹ Código Procesal Constitucional peruano. Artículo V del Título Preliminar: *El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte.*

Pocos años antes, en 2002, bajo el marco de la ejecución de fallos internacionales, se había declarado de modo limitado el interés nacional en “el cumplimiento de las sentencias dictadas en los procesos seguidos contra el Estado Peruano por Tribunales Internacionales constituidos por Tratados que han sido ratificados por el Perú de acuerdo con la Constitución Política”⁵⁶⁰.

Por aquel período, en 2002, para ser precisos, –por tanto, antes de la propia existencia de la doctrina del control de convencionalidad–, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional manifestaba ya su adhesión a las interpretaciones que de los tratados pudiesen realizar los órganos de protección de los derechos humanos⁵⁶¹, entre ellos, la Corte IDH. Tal línea jurisprudencial fue reiterada, posteriormente, en 2004⁵⁶² y 2005⁵⁶³.

⁵⁶⁰ Ley N° 27775, Ley que regula el procedimiento de ejecución de sentencias emitidas por tribunales supranacionales. Artículo 1.

⁵⁶¹ Tribunal Constitucional del Perú. *Caso Jorge Alberto Cartagena Vargas*. Sentencia de 17 de abril de 2002. EXP. N° 218-02-HC/TC. FJ. 2. La cita es la que sigue: *De conformidad con la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Estado, los derechos y libertades reconocidos en la Constitución deben interpretarse de conformidad con los tratados internacionales en materia de derechos humanos suscritos por el Estado peruano. Tal interpretación conforme con los tratados sobre derechos humanos contiene, implícitamente, una adhesión a la interpretación que, de los mismos, hayan realizado los órganos supranacionales de protección de los atributos inherentes al ser humano y, en particular, el realizado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, guardián último de los derechos en la Región.* (Destacado nuestro)

⁵⁶² Tribunal Constitucional del Perú. *Caso Santiago Martin Rivas*. Sentencia de 29 de noviembre de 2005. EXP. N° 4587-2004-AA/TC. FJ. 44. La cita es la que sigue: *Sobre el valor que pueda tener la referida jurisprudencia de los órganos internacionales de protección de los derechos humanos ... Tras el criterio de interpretación de los derechos fundamentales conforme con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, este Tribunal tiene dicho que este último concepto no se restringe sólo a los tratados internacionales en materia de derechos humanos en los que el Estado peruano sea parte (IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución), sino que comprende también a la jurisprudencia que sobre esos instrumentos internacionales se pueda haber expedido por los órganos de protección de los derechos humanos (Artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional).* (Destacado nuestro)

⁵⁶³ Tribunal Constitucional del Perú. *Caso Pedro Andrés Lizana Puelles*. Sentencia de 8 de noviembre de 2005. EXP. N.º 5854-2005-PA/TC. FJ. 23. La cita es la que sigue: (...) *el ejercicio interpretativo que realice todo órgano jurisdiccional del Estado (o que desempeñe funciones materialmente jurisdiccionales), para determinar el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales, debe estar obligatoriamente informado por las disposiciones de los tratados internacionales de derechos humanos y por la interpretación de las mismas realizada por los tribunales internacionales sobre derechos humanos a través de sus decisiones.*

Poco después, a mediados de 2006, de modo directo y sin dejar espacio para las dudas⁵⁶⁴, el Tribunal Constitucional afirmó que las sentencias de la Corte IDH son obligatorias para todo poder público nacional, no solo en su sección resolutive, sino también en la considerativa, que incluye a los fundamentos o *ratio decidendi*, teniendo además efectos *erga omnes*.⁵⁶⁵ Por tal razón, dirá aquella vez, no es preciso que el Estado peruano haya sido parte de un determinado proceso interamericano para encontrarse vinculado a la hermenéutica de la Corte IDH allí vertida.

Sin embargo, dicha sentencia constitucional recogió, a la vez, un límite a dicho entendimiento, en tanto aseveró que, en honor al principio *pro homine*, también la

⁵⁶⁴ Cf. D. C. CARO CORIA, “La influencia de las decisiones del sistema interamericano de derechos humanos en el derecho penal peruano”, en *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, Vol. 3, 2013, ISBN 978-95857456, p. 349-398, Fundación Konrad Adenauer. Madrid, 2013, pp. 357-358.

⁵⁶⁵ Tribunal Constitucional del Perú. *Caso Arturo Castillo Chirinos*. Sentencia de 21 julio del 2006. EXP. N.º 2730-2006-PA/TC. FJ. 12-14. La cita es la que sigue:

12. *La vinculatoriedad de las sentencias de la CIDH no se agota en su parte resolutive (la cual, ciertamente, alcanza sólo al Estado que es parte en el proceso), sino que se extiende a su fundamentación o ratio decidendi, con el agregado de que, por imperio de la CDFT de la Constitución y el artículo V del Título Preliminar del CPConst, en dicho ámbito la sentencia resulta vinculante para todo poder público nacional, incluso en aquellos casos en los que el Estado peruano no haya sido parte en el proceso. En efecto, la capacidad interpretativa y aplicativa de la Convención que tiene la CIDH, reconocida en el artículo 62.3 de dicho tratado, aunada al mandato de la CDFT de la Constitución, hace que la interpretación de las disposiciones de la Convención que se realiza en todo proceso, sea vinculante para todos los poderes públicos internos, incluyendo, desde luego, a este Tribunal.*

13. *La cualidad constitucional de esta vinculación derivada directamente de la CDFT de la Constitución, tiene una doble vertiente en cada caso concreto: a) reparadora, pues interpretado el derecho fundamental vulnerado a la luz de las decisiones de la Corte, queda optimizada la posibilidad de dispensársele una adecuada y eficaz protección; y, b) preventiva, pues mediante su observancia se evitan las nefastas consecuencias institucionales que acarrearán las sentencias condenatorias de la CIDH, de las que, lamentablemente, nuestro Estado conoce en demasía. Es deber de este Tribunal y, en general, de todo poder público, evitar que este negativo fenómeno se reitere.*

14. *En suma, por imperio del canon constitucional que es deber de este Colegiado proteger, se deriva un deber adicional para todos los poderes públicos; a saber, la obligatoria observancia tanto de los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Perú, como de la interpretación de ellos realizada en todo proceso por los tribunales internacionales constituidos según tratados de los que el Perú es parte.* (Destacado nuestro)

Corte IDH estaba proscrita de restringir los derechos y libertades reconocidos en el derecho interno de un Estado parte⁵⁶⁶. Es decir:

Lo expuesto, desde luego, no alude a una relación de jerarquización formalizada entre los tribunales internacionales de derechos humanos y los tribunales internos, sino a una relación de cooperación en la interpretación pro homine de los derechos fundamentales. No puede olvidarse que el artículo 29.b de la Convención proscribe a todo tribunal, incluyendo a la propia Corte, “limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados”. Ello significa, por ejemplo, que los derechos reconocidos en el ordenamiento interno y la interpretación optimizadora que de ellos realice la jurisprudencia de este Tribunal, también es observada por la Corte. (...)

Los derechos reconocidos en los tratados sobre derechos humanos y su respectiva interpretación por los tribunales internacionales, son, por así decirlo, un punto de partida, un referente “mínimo indispensable”, en cuyo desarrollo se encuentra expedita la facultad de los Estados de ampliar su ámbito normativo, sea sumando derechos “nuevos” inspirados en la dignidad humana, o acompañando a los ya previstos de manifestaciones que impliquen una garantía adicional en su eficacia, esto es, en la proyección del derecho jurídicamente reconocido a la realidad concreta.

⁵⁶⁶ Tribunal Constitucional del Perú. *Caso Arturo Castillo Chirinos*. Sentencia de 21 julio del 2006. EXP. N.º 2730-2006-PA/TC. FJ. 15.

En 2014, haciéndose ya un uso de la terminología propia de la doctrina del control de convencionalidad –aunque no recién allí sino desde algunos años antes⁵⁶⁷–, el TC reiteró una argumentación de fondo análoga a la expresada en anteriores sentencias⁵⁶⁸. No obstante, en dicha ocasión, añadió un segundo límite cuando afirmó que los jueces domésticos disponen de un margen de apreciación nacional que les permite ejercer el control de convencionalidad “según estimen conveniente”⁵⁶⁹.

⁵⁶⁷ Cf. *Caso Colegio de Abogados del Callao contra el Congreso de la República*. Sentencia de 19 de julio de 2007. EXP. N.º 00007-2007-PI/TC. FJ. 26 y 36; *Caso Gonzalo Tuanama Tuanama y más de 5000 ciudadanos*. Sentencia de 9 de junio de 2010. EXP. N.º 0022-2009-PI/TC. FJ. 47; *Caso César Humberto Tineo Cabrera*. Sentencia de 8 de agosto de 2011. EXP. N.º 00156-2012-PHC/TC. FJ. 35. *Caso Colegio de Abogados del Callao contra la Ley N.º 29625, Ley de devolución de dinero del FONAVI a los trabajadores que contribuyeron al mismo*. Sentencia de 26 de octubre de 2012. Expediente N.º 0007-2012-PI/TC. FJ. 19.

⁵⁶⁸ Tribunal Constitucional del Perú. *Caso Panamericana Televisión S.A.* Sentencia de 12 de marzo de 2014. EXP. N.º 04617-2012-PA/TC. FJ. 5 y 13. La cita es como sigue:

5. Cuando el Tribunal Constitucional o el Poder Judicial, según sea el caso, verifica la constitucionalidad de una norma, la no existencia de conflictos de competencias entre órganos estatales, la no existencia de actos lesivos a los derechos fundamentales de las personas, no está ejerciendo más que un control de constitucionalidad. Pero la magistratura constitucional no sólo debe centrarse en ejercer únicamente un control de constitucionalidad; sino que se encuentran en la obligación de ejercer un control de convencionalidad, es decir, la potestad jurisdiccional que tienen los jueces locales y la jurisdicción supranacional, que en nuestro caso está constituida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), para resolver controversias derivadas de normas, actos y conductas contrarios a la Convención Americana de Derechos Humanos, a los tratados regionales en materia de derechos humanos ratificados por el Perú, al ius cogen y a la jurisprudencia de la Corte IDH.

13. Demostrada la vulneración de las disposiciones supranacionales, resulta necesario adecuar el derecho interno a los tratados. Esto implica que si la normativa doméstica (legislativa, administrativa o de cualquier otro carácter) y las prácticas estatales de cualquiera de los tres poderes, no garantizan los derechos fundamentales reconocidos en el derecho internacional, el Estado debe adecuarlas o, en su caso, suprimirlas y crear garantías que verdaderamente protejan los derechos fundamentales. No estamos más que ante el deber general del Estado de adecuar su derecho interno (artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). No está demás expresar que no sólo el Poder Judicial debe cumplir con las disposiciones de derecho supranacional, sino también el Legislativo y el Ejecutivo, bajo apereamiento de generar responsabilidad internacional del Estado.

⁵⁶⁹ Tribunal Constitucional del Perú. *Caso Panamericana Televisión S.A.* Sentencia de 12 de marzo de 2014. EXP. N.º 04617-2012-PA/TC. FJ. 14. La cita es como sigue: *14. Se puede distinguir un control de convencionalidad vertical que surge a partir de un ordenamiento supranacional, de una jurisdicción supranacional y de una interpretación supraconstitucional. Es un control concentrado ejercido por la Corte IDH, cuyos fallos generan una doctrina jurisprudencial con efectos erga omnes, es decir, que vinculan a todos los tribunales domésticos de la región, quienes tienen un "margen de apreciación nacional" que les permite aplicar la doctrina convencional de la Corte IDH, según estimen conveniente. Asimismo, existe un control de convencionalidad horizontal, ejercido por las judicaturas domésticas de cada país (control difuso), cuyos efectos son sólo para el país en el cual sus jueces han aplicado los instrumentos internacionales (Tratados, ius cogen o jurisprudencia de la Corte IDH) antes que su normativa interna. (Destacado nuestro)*

En la práctica, el TC ya había hecho uso de esta discrecionalidad unos años atrás, decidiendo apartarse de lo establecido por la Corte IDH. En efecto, en 2005,⁵⁷⁰ en aplicación de este inherente margen de apreciación, el TC decidió distanciarse de la sentencia interamericana *Cinco Pensionistas vs. Perú* del 2003⁵⁷¹ donde se condenaba al Estado peruano por violar, entre otras disposiciones, el artículo 21⁵⁷² de la CADH. La razón para la condena del Estado estribó en que, debido a una reforma del sistema pensionario nacional, se había eliminado el modelo de “cédula viva”⁵⁷³, creado en 1974 por el Decreto Ley N° 20530, afectándose así los “derechos adquiridos” de pensionistas de dicho régimen. Sin embargo, el TC, incluso siendo el Estado peruano parte en aquel proceso internacional, tomó distancia del fallo de la Corte IDH y, declarando válida la Ley de Reforma Constitucional N° 28389 que cerraba de forma definitiva el régimen pensionario “cédula viva”, confirmó la eliminación del ‘derecho de nivelación’⁵⁷⁴. Aquella nivelación anulada había consistido, básicamente, en igualar la pensión de jubilación a la remuneración del último cargo ocupado, así como en actualizar su cuantía cada vez que dicho salario se incrementaba⁵⁷⁵.

⁵⁷⁰ Tribunal Constitucional del Perú. *Caso Colegio de Abogados del Cusco y del Callao y más de cinco mil ciudadanos contra el Congreso de la República*. Sentencia de 3 de junio de 2005. EXP. N.º 0050-2004-PI/TC. FJ. 48, 66, 88 y el apartado VII.

⁵⁷¹ Corte IDH. *Caso “Cinco pensionistas” Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 99.

⁵⁷² Convención Americana sobre Derechos Humanos. Artículo 21: 1. *Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.* 2. *Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.* 3. *Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley.*

⁵⁷³ Para una breve explicación divulgativa de qué supuso ese régimen pensionario, Cf. G. CASTAGNOLA, “Cédula viva: cuando se quiso, se pudo | OPINION”, *El Comercio Perú*, 2019, NOTICIAS EL COMERCIO PERÚ, fecha de consulta 2 mayo 2021, en <https://bit.ly/3vVhuRB>.

⁵⁷⁴ Cf. C. LANDA, “El impacto del control de convencionalidad en el ordenamiento peruano: entre la época de la dictadura y la consolidación de la democracia”, cit., pp. 13-14.

⁵⁷⁵ Cf. G. CASTAGNOLA, “Cédula viva”, cit. «*La cédula viva era un régimen pensionario creado a mediados del siglo XIX, al que pertenecía un grupo numeroso de trabajadores del sector público –pero que, por su atractivo, era codiciado por muchos más, que hacían lobby permanentemente para ser incorporados a él–. Promovía la inequidad, pues las pensiones recibidas podían ser muy elevadas, dado que se igualaban a la remuneración de la última posición ocupada por el trabajador –por ejemplo, un empleado municipal que gozaba de ese régimen y que era elegido congresista, se jubilaba con una pensión equivalente a la*

El TC argumentó en su justificación, en aquella sentencia de 2005, la necesaria reducción de la brecha entre los pensionistas de este régimen y aquellos del régimen creado por el Decreto Ley N° 19990, ambos, del sector público. Asimismo, afirmó que debía ser así para promover la sostenibilidad del sistema pensionario nacional en base al principio de solidaridad. Dicha sentencia constitucional generó que algunos pensionistas de este régimen de “Cédula viva” acudiesen, nuevamente, al SIDH. Así, formularon una petición a la Comisión IDH. No obstante, ésta, a diferencia de la vez anterior, declaró improcedente tal pedido. Para ello, tuvo en consideración el margen de discrecionalidad que tienen los Estados sobre la protección de los contenidos de determinados derechos, así como el hecho de que, si bien se había restringido el derecho a la pensión, no se había suprimido o alterado su contenido esencial, siendo la finalidad de aquella reforma constitucional respetuosa con la CADH⁵⁷⁶.

Retornando al hilo principal de nuestro recuento, luego del segundo límite que el TC estableció a la aplicación del control de convencionalidad en el 2014 –disponiendo la posibilidad de un margen de apreciación nacional en su aplicación–, el colegiado del Tribunal Constitucional ha hecho, únicamente, un uso formal y exiguo de esta figura, sin realizar una mayor variación⁵⁷⁷. En otras sentencias, de hecho, las más recientes, dicha

remuneración de un congresista–. Algunas llegaban a los S/25 mil (mensuales) de ese año. También contaban con el beneficio de la nivelación, es decir, la pensión se ajustaba cuando esa remuneración se incrementaba. El Estado se veía obligado a aplicar prácticas evasivas en materia de remuneraciones para evitar ese “efecto espejo”, generando un inmenso desorden, contingencias y juicios, que casi siempre perdía.»

⁵⁷⁶ Comisión IDH. Informe N° 38/09. Caso 12.670. *Admisibilidad y fondo asociación nacional de ex servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y otras vs. Perú*. Informe de 27 de marzo de 2009. Párrs. 125, 141-147. Véase también el Voto concurrente del comisionado Paolo Carozza, párrs. 5-7.

⁵⁷⁷ Cf. Tribunal Constitucional del Perú. *Caso Silvia Patricia López Falcón*. Sentencia de 30 de abril de 2014. EXP. N.° 04058-2012-PA/TC. FJ. 16; *Caso Temístocles García Córdova*. Sentencia de 25 de agosto

doctrina interamericana ha sido solo mencionada –más no desarrollada– en votos singulares de algunos magistrados. Tal es el caso de los actuales jueces del Tribunal Constitucional BLUME FORTINI⁵⁷⁸ y ESPINOSA-SALDAÑA⁵⁷⁹.

En suma, desde la jurisprudencia constitucional peruana, si bien ninguna de aquellas sentencias conforma un precedente vinculante⁵⁸⁰ establecido por el TC⁵⁸¹, existe una clara línea de incorporación de la doctrina del control de convencionalidad.⁵⁸² De esta manera, todos los poderes públicos nacionales –los *operadores*– tienen como deber realizar un examen de compatibilidad entre todo el ordenamiento interno –el *objeto*– y el estándar interamericano –el *canon*–, constituido por la CADH y la jurisprudencia de la Corte IDH, reconociéndosele a esta última efectos *erga omnes* y valor vinculante. Ello

de 2015. EXP. N.º 11 01665 2014PI-1E/TC. FJ. 22; *Caso Ley Universitaria*. Sentencia de 10 de noviembre de 2015. Expedientes 0014-2014-PI/TC, 0016-2014-PI/TC, 0019-2014-PI/TC y 0007-2015-PI/TC. FJ. 11.
⁵⁷⁸ Cf. Tribunal Constitucional del Perú. *Caso Pedro Máximo Valladares*. Sentencia de 25 de marzo de 2015. EXP. N.º 02740 2014-PHC/TC. FJ. 3.7; *Caso Serapio Bellido Talaverano*. Sentencia de 9 de diciembre de 2015. EXP. N.º 02285-2014-PA/TC. FJ. 16; *Caso Jae Min Lee*. Sentencia de 3 de enero de 2017. EXP. N.º 0518 1-2013-PA/TC. FJ. 3.6; *Caso Juan Carlos Morón Oliden*. Sentencia de 7 de junio de 2017. EXP. N.º 00023-2012-PHC/TC. FJ. 3.6; *Caso José Agustín Checa Caycho*. Sentencia de 21 de noviembre de 2017. EX P. N.º 01794-2015-PFIC/TC. FJ. 2.6; *Caso Mario Martín Meléndez Condori*. Sentencia de 21 de noviembre de 2017. EX P. N.º 02463 2014-PHC/TC. FJ. 3.7; *Caso Juan Carlos Ccance Guillén*. Sentencia de 1 de marzo de 2018. EXP. N.º 03238-2014-PHC/TC. FJ. 2.7; *Caso Juan Bueno Condeña Chuquihuaccha*. Sentencia de 6 de marzo de 2018. EXP. N.º 00504-2017-PHC/TC. FJ. 3.6.

⁵⁷⁹ Cf. Tribunal Constitucional del Perú. *Caso Colegio de Abogados de Arequipa*. Sentencia de 25 de abril de 2018. EXP. N.º 00020-2015-PI/TC. FJ. 12 y 69; *Caso de la ley que suspende el cobro de peajes*. Sentencia de 25 de agosto de 2020. EX P. N.º 0006-2020-PI. FJ. I.

⁵⁸⁰ Código Procesal Constitucional. Artículo VII del Título Preliminar: *Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo. Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente.*

⁵⁸¹ Para ver los precedentes vinculantes que existen a la fecha, Cf. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ, “Precedentes Vinculantes | TC”, fecha de consulta 3 mayo 2021, en <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/precedentes-vinculantes/>.

⁵⁸² Para una aproximación informativa sobre la ejecución de las sentencias interamericanas o su influencia en la labor del Tribunal Constitucional y el Poder Judicial, Cf. C. OVIEDO MAMANI FLORES, “El control de convencionalidad y la protección de los derechos humanos en el Perú”, *Revista de Derecho*, vol. 5, 2, 2020, pp. 71-74, fecha de consulta 4 mayo 2021, en <http://revistas.unap.edu.pe/rd/index.php/rd/article/view/96>; D. GARCÍA BELAUNDE; J. F. PALOMINO MANCHEGO, “El control de convencionalidad en el Perú”, *Pensamiento Constitucional*, vol. 18, 18, 2013, pp. 223-241, fecha de consulta 25 febrero 2021; S. CASTAÑEDA OTSU, “Control de convencionalidad y su aplicación en un sistema dual de constitucionalidad. La experiencia peruana”, en *Constitucionalismo y democracia en América Latina: controles y riesgos*, Adrus D&L Editores, Lima, 2014, pp. 115-125.

parece hacer viable aquella afirmación por la que “no cabe duda que, en el Perú, conforme lo establece nuestra Constitución y lo asume nuestra jurisprudencia, quien tiene la última palabra en derechos humanos es la Corte IDH”⁵⁸³.

Lo anterior, sin embargo, no debería ser asumido como una adhesión acrítica y automática, en el ordenamiento peruano, de todo producto exegético proveniente del SIDH. Ello pues, el propio TC ha establecido dos límites concretos a este proceder, a saber, el ejercicio de un margen de apreciación nacional que considere el *canon* interamericano “según estimen conveniente” los *operadores*, y, la aplicación del principio *pro homine*, señalándose –incluso– que también concierne a la Corte IDH respetar los derechos y libertades establecidos en el derecho nacional.

De todos modos, es inevitable que queden abiertas algunas preguntas. Por ejemplo, si la jurisprudencia interamericana –no tanto la CADH⁵⁸⁴– prevalecería también frente a una disposición constitucional de haber una contraposición insalvable. Asimismo, si lo dicho sobre la jurisprudencia de la Corte IDH –esto es, su obligatoriedad y efectos generales–, aplica igualmente para la doctrina vertida en las opiniones consultivas. Esta última interrogante, no obstante, parece ya haber generado una respuesta negativa –esto es, que no son vinculantes ni de efectos *erga omnes*– en la reciente práctica del Tribunal

⁵⁸³ E. BLUME FORTINI, “Diálogo interjurisdiccional entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Constitucional del Perú”, en Christian Starck, Carlos Hakansson Nieto, Luis Castillo Córdova, Ernesto Blume Fortini (eds.) *La constitucionalización de los tratados de derechos humanos en el Perú: cuartas jornadas sobre derechos humanos*, Palestra, Lima, 2015, p. 104.

⁵⁸⁴ En su momento, p. e., se comprendió que parte del artículo 140 de la Constitución de 1993 trasgredía al artículo 4 incisos 2 y 3 de la CADH, toda vez que ampliaba las causales de la pena de muerte establecidos en la Constitución de 1979. Cf. Tribunal Constitucional del Perú. *Caso Rafael Cáceres Neyra y Otros*. Sentencia de 25 de enero de 2007. EXP. N.º 0489-2006-PH/TC. FJ. 19-20.

Constitucional, en concreto, mediante la sentencia del caso *Óscar Ugarteche*, de 3 de noviembre de 2020.

En dicha sentencia, el TC declaró improcedente la demanda de amparo que pretendía inscribir en el Registro Nacional de Identidad y Estado Civil el casamiento entre el peruano Óscar Ugarteche y el mexicano Fidel Aroche, celebrado en 2010 en Ciudad de México, lugar donde residen hasta la fecha. En tal ocasión, los magistrados hicieron mérito de la OC-24/17, aquella en la que la Corte IDH instó a los Estados a legalizar el matrimonio entre personas del mismo sexo⁵⁸⁵.

Los votos en minoría estuvieron divididos respecto de las opiniones consultivas. Así, mientras los magistrados LEDESMA Y RAMOS reconocieron que éstas no son preceptivas –aunque, dado que desarrollan derechos contenidos en la CADH, adujeron que deben “ser consideradas por las autoridades jurisdiccionales en la resolución de controversias”⁵⁸⁶–; ESPINOSA-SALDAÑA afirmó que sí son vinculantes y de “cumplimiento inmediato”⁵⁸⁷. Por su parte, los magistrados FERRERO⁵⁸⁸, BLUME⁵⁸⁹ y SARDÓN⁵⁹⁰ aseveraron en sus respectivos votos en mayoría que la OC-24/17 no es obligatoria, siendo su única fuerza la de generar convicción, propósito que no logra toda vez que desborda la solicitud

⁵⁸⁵ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-24/17. Op. Cit., párrs. 218-227.

⁵⁸⁶ Tribunal Constitucional del Perú. *Caso Óscar Ugarteche Galarza*. Sentencia de 3 de noviembre de 2020. EXP. N.º 01739-2018-PA/TC. Voto singular de Ledesma y Ramos, párrs. 118-120.

⁵⁸⁷ Tribunal Constitucional del Perú. *Caso Óscar Ugarteche Galarza*. Op. Cit. Voto singular de Espinosa-Saldaña, párrs. 29-63.

⁵⁸⁸ Tribunal Constitucional del Perú. *Caso Óscar Ugarteche Galarza*. Op. Cit. Voto singular de Ferrero, págs. 6-7.

⁵⁸⁹ Tribunal Constitucional del Perú. *Caso Óscar Ugarteche Galarza*. Op. Cit. Voto singular de Blume, pág. 11.

⁵⁹⁰ Tribunal Constitucional del Perú. *Caso Óscar Ugarteche Galarza*. Op. Cit. Voto singular de Sardón, págs. 13 y 15.

hecha por Costa Rica y contraría la propia disposición de la CADH –artículo 17.2⁵⁹¹– que pretende interpretar. De este modo, parece claro entonces que, para el TC peruano, las opiniones consultivas no son jurídicamente vinculantes, sino solo orientadoras.

Desde la perspectiva del Poder Judicial peruano –competente para realizar un control difuso⁵⁹²–, la línea es análoga⁵⁹³, aunque menos prolija en su sistematicidad⁵⁹⁴. En tal caso, a inicios de 2021, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia⁵⁹⁵ y, luego, un Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral y Procesal Laboral⁵⁹⁶ de las Cortes Superiores de Justicia, se manifestaron, expresamente, para acoger la doctrina del control de convencionalidad. La Corte Suprema, por ejemplo, aseveró en concreto que:

Es tarea de toda autoridad pública y del Poder Judicial realizar, de oficio, un control de convencionalidad de todos los enunciados normativos nacionales (constitucionales, legislativos, administrativos, etc.), de modo que se adecúen a

⁵⁹¹ Convención Americana sobre Derechos Humanos. Artículo 17.2: *Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.*

⁵⁹² Constitución Política del Perú. Artículo 138: *La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes. 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.*

⁵⁹³ Cf. ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA, *Control de Convencionalidad y de Constitucionalidad en Perú - Bloque III - Entrevista a Susana Castañeda Otsu*, 2017, fecha de consulta 4 mayo 2021, en <https://www.youtube.com/watch?v=BoE8qxGk1AU>.

⁵⁹⁴ Cf. Corte Suprema de Justicia de la República. Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente. Sentencia de 17 de marzo de 2015. EXP. N° 3873-2014 San Martín. FJ. 7.4, 7.5 y 7.6; Corte Superior de Justicia de Cusco. Tercer Juzgado de Familia. Sentencia de 15 de junio de 2015. EXP. N° 01305-2012-0-1001-JR-FC-03. FJ. 7; Corte Superior de Justicia de La Libertad. Juzgado Mixto Permanente. Sentencia de 17 de agosto de 2017. EXP. N° 83-2015-0-1618-JM-LA-01. FJ. 11-16; Corte Suprema de Justicia de la República. Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente. Resolución de 14 de diciembre de 2020. Consulta N° 9788-2020-Lima Norte. Apartados II y V; entre otros.

⁵⁹⁵ Cf. Corte Suprema de Justicia. Sala Penal Permanente. Casación 870-2019. Sentencia de 17 de febrero de 2021. Apartado VIII.

⁵⁹⁶ Cf. Poder Judicial. Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral y Procesal Laboral. 25 y 26 de marzo de 2021. Tema 5, en <https://bit.ly/3ecTIQI>

lo dispuesto en los tratados y declaraciones internacionales sobre derechos humanos (aplicables a nuestro país) y lo prescrito en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. II. Esto no significa aplicar a ciegas los enunciados normativos o la jurisprudencia del Sistema Interamericano, en desmedro del derecho nacional, debido a que ambos se complementan. Más bien significa que, si el ordenamiento nacional otorga mayor, mejor o más amplia protección de los derechos reconocidos en el Sistema Interamericano, es aquel el que debe primar, debido a que alcanza el máximo grado de vinculación.

(Destacado nuestro)

Luego, parece quedar claro que la adopción de la doctrina del control de convencionalidad, por parte del Poder Judicial, ni es acrítica ni desconoce la existencia de principio *pro homine*. Para culminar, por no dejar de mencionar un ejemplo que, recientemente, generó atención y, sin duda, la volverá a producir en su momento, no podríamos obviar el caso referido a la Píldora del Día Siguiente (PDS). En concreto, como habíamos señalado desde un inicio, la sentencia *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica* de 2012 consideró el inicio de la vida desde la implantación y su protección –gradual e incremental– a partir de entonces, no admitiendo como alegato contrario la aplicación de un principio *pro homine* que resguarde el derecho a la vida desde la concepción. Tras dicho fallo interamericano, señaló algún autor que la sentencia del TC dada en 2009⁵⁹⁷, que a la postre prohibía la distribución de la PDS en la sanidad pública debido al principio precautorio y a la salvaguarda del concebido, representaba una inconventionalidad

⁵⁹⁷ Tribunal Constitucional del Perú. *Caso ONG “Acción de Lucha Anticorrupción”*. Sentencia de 16 de octubre de 2009. EXP. N° 02005-2009-PA/TC.

sobrevenida y debía adecuarse a los estándares interamericanos⁵⁹⁸. En 2019, así también lo consideró el Primer Juzgado Especializado en lo Constitucional en Lima⁵⁹⁹ y, haciendo uso del control de convencionalidad, inaplicó los fundamentos de la sentencia constitucional de 2009 en lo referido a la “concepción”. No obstante, en 2020, en vía de apelación, la Corte Superior de Justicia de Lima⁶⁰⁰ revocó dicho fallo y declaró improcedente la demanda, toda vez que no es posible interponer un amparo contra otro amparo ya resuelto por el TC, siendo la vía adecuada el recurso de agravio constitucional. Está por verse todavía qué resolverá el TC de llegarse a accionar dicha vía.

3.10. REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY

En el año 2009⁶⁰¹, en atención al artículo 72⁶⁰² de la Constitución Política del Uruguay, la Suprema Corte de Justicia señaló que los tratados de derechos humanos forman parte de la Carta por tratarse de derechos inherentes a la dignidad humana. Además, dicho fallo dio cuenta de cómo las sentencias de la Corte IDH constituyen un claro referente en derechos humanos para el país. Así, en alusión a las leyes de amnistía, tras considerar sentencias de la Corte Suprema argentina y de la Corte IDH, afirmó que:

⁵⁹⁸ Cf. C. LANDA, “El impacto del control de convencionalidad en el ordenamiento peruano: entre la época de la dictadura y la consolidación de la democracia”, cit., p. 20.

⁵⁹⁹ Cf. Primer Juzgado Especializado en lo Constitucional en Lima. Acción de Amparo. Sentencia de 2 de julio de 2019. EXP. N° 30541-2014-0-1801-JR-CI-01. FJ. 11-13

⁶⁰⁰ Cf. Corte Superior de Justicia de Lima. Primera Sala Civil. Sentencia de 16 de septiembre de 2020. EXP. N° 30541-2014-0-1801-JR-CI-01

⁶⁰¹ Cf. Suprema Corte de Justicia del Uruguay. *Caso 365/2009*. Proceso de Inconstitucionalidad. Sentencia de 19 de octubre de 2009. Considerando III.8. La cita es la que sigue: *[este tribunal] comparte la línea de pensamiento según la cual las convenciones internacionales de derechos humanos se integran a la Carta por la vía del art. 72, por tratarse de derechos inherentes a la dignidad humana que la comunidad internacional reconoce en tales pactos.*

⁶⁰² Constitución Política del Uruguay. Artículo 72: *La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno.*

(...) *la ilegitimidad de una Ley de amnistía dictada en beneficio de funcionarios militares y policiales que cometieron delitos de esta naturaleza, gozando de impunidad durante regímenes de facto, ha sido declarada por órganos jurisdiccionales, tanto de la comunidad internacional como de los Estados que pasaron por procesos similares al vivido por el Uruguay en la misma época. Tales pronunciamientos, por la similitud con la cuestión analizada y por la relevancia que han tenido, no podrían soslayarse en el examen de constitucionalidad de la Ley No. 15.848 y han sido tenidos en cuenta por la Corporación para dictar el presente fallo.* (Destacado nuestro)

En virtud de ello, la Suprema Corte de Justicia –facultada para realizar un control de constitucionalidad concentrado⁶⁰³– declaró inconstitucional los artículos 1, 3 y 4 de la Ley N° 15.848 del 22 de diciembre de 1986, *Ley de Caducidad de la pretensión punitiva del Estado*, bajo la consideración que las sentencias interamericanas constituían un referente jurídico en materia de derechos humanos.

Sin negar lo anterior, unos años más tarde, en 2013⁶⁰⁴, tras la sentencia interamericana *Gelman vs. Uruguay* que condenó a dicho país, la Suprema Corte de Justicia se manifestó, de modo crítico y explícito, sobre la doctrina del control de convencionalidad. En concreto, básicamente, argumentó que:

⁶⁰³ Cf. ACADEMIA MEXICANA DE DERECHO JV, *El control de convencionalidad en el Uruguay*, Dr. Rubén Correa Freitas, 2020, sec. 20'30"-21', fecha de consulta 4 mayo 2021, en <https://www.youtube.com/watch?v=fU8QfrI-TyE>.

⁶⁰⁴ Cf. Suprema Corte de Justicia del Uruguay. *Caso 20/2013*. Proceso de Inconstitucionalidad. Sentencia de 22 de febrero de 2013. Considerando III.a y III.b.

- a) La Corte IDH asevera, a través de la doctrina del control de convencionalidad, que existe un deber de seguir su jurisprudencia al resolver pleitos domésticos. Así, en adelante, el parámetro de control de una disposición interna no solo sería la CADH, sino también dicha exégesis.
- b) Pero, ello no se deduce del artículo 68.1 de la CADH, el cual solo se refiere a la obligatoriedad de la sección resolutive de la sentencia y no a la jurisprudencia, menos aún a la vertida en otros fallos interamericanos donde el país no fue parte. La creación del control de convencionalidad mediante la jurisprudencia, además, cae en una petición de principio.
- c) Además, emitir fallos definitivos e inapelables (artículo 67 de la CADH) no supone que todos los jueces nacionales deban aplicar los criterios de la Corte IDH en todos los casos domésticos. Aceptar la competencia de los órganos interamericanos, no implica alterar ni las competencias ni la independencia de criterio de los jueces locales⁶⁰⁵, previstas en la Constitución.
- d) Así, “nuestro ordenamiento constitucional y legal no instituye un deber de las autoridades judiciales de la República Oriental del Uruguay de considerar como precedentes vinculantes los fallos de los órganos interamericanos”.

⁶⁰⁵ El Poder Judicial uruguayo suele liderar los rankings sobre independencia judicial en toda la región, Cf. *The Global Competitiveness Report*. Períodos: 2013-2014 (posición 25); 2014-2015 (posición 20); 2016-2017 (posición 21); 2017-2018 (posición 22); 2019 (posición 24)

- e) Como si fuera poco, es inadmisibles comprender que un pronunciamiento de la Corte IDH posea mayor rango que la propia Constitución Política. Debe recordarse que el imperio de la Carta “deriva de la decisión del constituyente que los poderes constituidos no pueden ignorar o refutar.”
- f) Más allá de la importancia de las sentencias de la Corte IDH en el reconocimiento y promoción de una cultura de los derechos humanos, del artículo 63 de la CADH no es posible crear un sistema jurisprudencial como fuente de derecho, ni la obligación de seguir los fallos ajenos al Estado.
- g) La debilidad de esta doctrina consiste en querer obligar a los Estados a seguir tesis jurisprudenciales dadas en procesos en los que no participaron, no fueron oídos ni dieron sus puntos de vista, trastocándose así las reglas del debido proceso. Conviene, más bien, atender a las particularidades locales y aplicar un razonable margen de apreciación nacional.
- h) Así, nada justifica que el Uruguay, siguiendo a la jurisprudencia interamericana⁶⁰⁶, realice acciones contrarias a los derechos humanos reconocidos en nuestro ordenamiento y en los tratados –también, la CADH– respecto de la prescripción, la irretroactividad de la ley penal, la cosa juzgada, el *non bis in idem*, entre otros.
- i) Esto último, más aún, si mediante los artículos 1 y 29 de la CADH los Estados deben respetar los derechos y garantizar su ejercicio, no pudiendo ser interpretada

⁶⁰⁶ En concreto, se refería al párrafo 254 del caso *Gelman vs. Uruguay*.

ninguna de las disposiciones de la CADH en un sentido que restrinja o limite el goce de derechos y libertades individuales.

En suma, actualmente⁶⁰⁷, para el Estado Uruguayo, en atención a la constante línea crítica⁶⁰⁸ –no discordante⁶⁰⁹ o minoritaria⁶¹⁰– que ha mantenido la Corte Suprema de Justicia, la jurisprudencia de la Corte IDH no es obligatoria ni tiene efectos generales. Luego, si bien orienta, no constriñe y, por tanto, no hace parte de canon imperativo alguno

⁶⁰⁷ Cf. ACADEMIA MEXICANA DE DERECHO JV, *El control de convencionalidad en el Uruguay*, Dr. Rubén Correa Freitas, cit., sec. 39' y ss.

⁶⁰⁸ Cf. Suprema Corte de Justicia del Uruguay. *Caso 87/2013*. Proceso de Inconstitucionalidad. Sentencia de 8 de marzo de 2013. Considerando III.a y III.b; *Caso 152/2013*. Proceso de Inconstitucionalidad. Sentencia de 11 de marzo de 2013. Considerando VII.b; *Caso 186/2013*. Proceso de Inconstitucionalidad. Sentencia de 13 de marzo de 2013. Considerando III.a y III.b; *Caso 212/2013*. Proceso de Inconstitucionalidad. Sentencia de 8 de abril de 2013. Considerando VII.b; *Caso 217/2013*. Proceso de Inconstitucionalidad. Sentencia de 8 de abril de 2013. Considerando III.a y III.b; *Caso 380/2013*. Proceso de Inconstitucionalidad. Sentencia de 14 de agosto de 2013. Considerando III.a y III.b; *Caso 392/2013*. Proceso de Inconstitucionalidad. Sentencia de 19 de agosto de 2013. Considerando III.a y III.b; *Caso 480/2013*. Proceso de Inconstitucionalidad. Sentencia de 14 de octubre de 2013. Considerando III.a y III.b; *Caso 506/2013*. Proceso de Inconstitucionalidad. Sentencia de 30 de octubre de 2013. Considerando VII.b; *Caso 567/2013*. Proceso de Inconstitucionalidad. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Considerando VII.b; *Caso 83/2014*. Proceso de Inconstitucionalidad. Sentencia de 17 de marzo de 2014. Considerando III.a y III.b; *Caso 84/2014*. Proceso de Inconstitucionalidad. Sentencia de 17 de marzo de 2014. Considerando VII.b; *Caso 85/2014*. Proceso de Inconstitucionalidad. Sentencia de 17 de marzo de 2014. Considerando III.a y III.b; *Caso 86/2014*. Proceso de Inconstitucionalidad. Sentencia de 17 de marzo de 2014. Considerando VII.b; *Caso 89/2014*. Proceso de Inconstitucionalidad. Sentencia de 17 de marzo de 2014. Considerando III.a y III.b; *Caso 141/2014*. Proceso de Inconstitucionalidad. Sentencia de 24 de marzo de 2014. Considerando VII.b; *Caso 382/2014*. Proceso de Inconstitucionalidad. Sentencia de 7 de abril de 2014. Considerando VII.b; *Caso 724/2014*. Proceso de Inconstitucionalidad. Sentencia de 30 de julio de 2014. Considerando III.a y III.b.

⁶⁰⁹ Cf. Suprema Corte de Justicia del Uruguay *Caso 724/2018*. Proceso de Inconstitucionalidad. Sentencia de 31 de mayo de 2018. Considerando II.3. La cita es la que sigue: *Por lo expuesto, las normas impugnadas analizadas resultan ajustadas a la Constitución, y superan el control de convencionalidad, máxime teniendo presente que el art. 44 establece que el “Estado proporcionará gratuitamente...”, lo que significa atender el disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental (Cfm. Establece el art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) y en tanto, mediante los mecanismos ut supra descritos, se crean las condiciones que brindan y aseguran un mínimo de condiciones efectivas para la asistencia y acceso a servicios médicos en caso de enfermedad.*

⁶¹⁰ Cf. Suprema Corte de Justicia del Uruguay. *Caso 24/2021*. Sentencia de 18 de febrero de 2021. Voto disorde de Minvielle. Considerando IV. La cita es como sigue: *Debe ejercerse de oficio el “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, significando de manera muy importante que las normas de la Convención en el estamento de derechos en cuestión ingresan por vía constitucional a través de los arts. 72 y 332 de la Constitución de la República, lo que le brinda una jerarquía superior en el orden interno. En suma, el ordenamiento jurídico internacional de los derechos humanos, sin perjuicio de su jerarquía constitucional a nivel interno, prima respecto de cualquier norma o cualquier actuación ciudadana de participación popular que se pretenda hacer valer en su contra. Véase también: *Caso 916/2019*. Sentencia de 1 de abril de 2019. Voto disorde de Minvielle. Considerando IV.*

que los jueces deban acatar. En tal caso, según detalla GARAT⁶¹¹, pese a que existen dos posiciones en la judicatura uruguaya, la academia mayoritaria considera que el control de convencionalidad compete solo a la Corte Suprema de Justicia, en tanto es ésta la facultada para el ejercicio de un control concentrado de constitucionalidad, no existiendo una regulación sobre el control difuso.

Lo señalado hasta aquí, por supuesto, no supone la desconsideración o falta de importancia en torno a la jurisprudencia interamericana, sino solo la discrecionalidad de criterio para aplicarla según sea el caso. Por ejemplo, en mayo de 2015⁶¹², la Suprema Corte de Justicia ejerció un control de convencionalidad entre los artículos 18, 21 y 22 de la Ley N° 19.120, *Ley de faltas, conservación y cuidado de los espacios públicos*, y el artículo 8.h de la CADH. En tal ocasión, el tribunal consideró que, aunque tal disposición interamericana exige una doble instancia en los procesos penales, tal imperativo no alcanza a las ‘faltas’, en tanto no generan privación de la libertad, salvo se incumpla con los trabajos comunitarios prescritos. De esta manera, la Suprema Corte determinó que tales artículos no lesionaban la Constitución y, por el contrario, superaban satisfactoriamente el control de convencionalidad.

⁶¹¹ En representación de la posición uruguaya, PAULA GARAT, Cf. FACULTAD DE DERECHO - UNIVERSIDAD NACIONAL DEL CUYO, *Control de Convencionalidad y de Constitucionalidad en Clave Comparada*, 2020, sec. 12'10"-15'30", fecha de consulta 4 mayo 2021, en <https://www.youtube.com/watch?v=Paf7j5mRRPE>.

⁶¹² Cf. Suprema Corte de Justicia del Uruguay. *Caso 133/2015*. Proceso de Inconstitucionalidad. Sentencia de 20 de mayo de 2015. Considerando IV. Véase en similar sentido: *Caso 65/2014*. Proceso de Inconstitucionalidad. Sentencia de 17 de marzo de 2014. Considerando 4; *Caso 516/2014*. Proceso de Inconstitucionalidad. Sentencia de 28 de mayo de 2014. Considerando 5; *Caso 527/2014*. Proceso de Inconstitucionalidad. Sentencia de 2 de junio de 2014. Considerando 5; *Caso 699/2014*. Proceso de Inconstitucionalidad. Sentencia de 16 de julio de 2014. Considerando 5; *Caso 783/2014*. Proceso de Inconstitucionalidad. Sentencia de 3 de septiembre de 2014. Considerando 5.

3.11. BALANCE GENERAL

Si aceptamos que es posible categorizar las actuales posiciones de los Estados frente a la doctrina del control de convencionalidad, atendiendo para ello –básica y principalmente– al ejercicio y comprensión que sus altos tribunales han tenido al respecto, podríamos extraer –sin pretensión conclusiva– algunas constantes o puntualizaciones útiles para nuestro estudio. Veámoslo por orden.

En primer lugar, la *disparidad de grados de recepción* conferidos a esta doctrina parece hablar más de un cuestionamiento o de una resignificación conceptual, que de un seguimiento al entendimiento –‘fuerte’– enarbolado por la Corte IDH. Esta comprensión ‘fuerte’, según anotamos en el primer capítulo, apunta a que, en caso de colisión normativa, prevalezca siempre el estándar interamericano –incluidas las exégesis de la Corte IDH– por sobre todo el ordenamiento y/o prácticas domésticas. Por ejemplo, si atendemos al caso uruguayo, es patente el rechazo a la doctrina del control de convencionalidad, al menos en su versión ‘fuerte’ pues, según hemos evidenciado, su Corte Suprema de Justicia realiza un control de convencionalidad, pero siendo su único parámetro obligatorio la CADH, mas no la jurisprudencia interamericana, que solo goza de un rol orientador. Si atendemos al caso mexicano, por el contrario, existe una recepción plena de dicha creación de la Corte IDH, aunque, como hemos anticipado, condicionada a las restricciones constitucionales expresamente establecidas y a una mayor favorabilidad frente al derecho interno, esto último, cuando dicho país no haya sido parte litigiosa en un caso concreto. Tal *disparidad*, como veremos en adelante, se aprecia también en los ámbitos de estudio (*canon, objeto y operador*) de la doctrina analizada.

Así, en segundo lugar, tenemos que los *operadores* destinados a ejercer dicha tarea de control suelen ser, usualmente, solo los jueces. Por ejemplo, esta línea la suelen seguir México, Panamá o Uruguay, en tanto nada dicen sobre otras autoridades, sino solo sobre sus respectivos jueces, preferencialmente, aquellos pertenecientes a sus cortes supremas y/o tribunales constitucionales, toda vez que en ellos recae la potestad de ejercer un control concentrado de constitucionalidad. En países como Perú y Bolivia, en cambio, se considera que todas las autoridades nacionales son responsables de esta labor. Aun así, no queda muy claro cómo habrían de ejercitar dicha tarea todas aquellas autoridades que no tienen función jurisdiccional, esto es, más allá de un obvio ajuste de actuación –por activa o pasiva– a las directrices interamericanas establecidas. Si se aprecia, esto último no sería, propiamente, un ‘control’ y, en tal caso, ya existía antes de la creación de la doctrina del control de convencionalidad, en tanto fruto inherente de asumir obligaciones internacionales. La diferencia, quizás, consiste en que, bajo el esquema anterior, el imperativo residía –en sí– solo en el tratado, no en la jurisprudencia que lo interpreta.

En tercer lugar, en cuanto al *objeto*, más allá de la ubicación jerárquica puntual de los tratados de derechos humanos al interior de cada ordenamiento nacional (supraconstitucional en Costa Rica; constitucional en Argentina y República Dominicana; e, infraconstitucional en Perú), lo cierto es que suelen gozar, como mínimo, de una fuerza constitucional. Esto último, sea por una cláusula de apertura o de interpretación conforme recogida en la Constitución o una ley; sea por una construcción jurisprudencial –bloque de constitucionalidad, por ejemplo– elaborada por las altas cortes nacionales de cada Estado. Así, es terreno común en todos los países explorados considerar como normas

objeto a las de carácter infraconstitucional. Las incertezas o diferencias, no obstante, surgen de cara a las normas constitucionales. En ocasiones, como en el caso panameño, se dice poco, no quedando claro si la Constitución hace o no parte del material a controlar. En otras oportunidades, como en el caso uruguayo, se sabe bien que la Norma Fundamental no es directamente depurable por el canon interamericano, mientras que, en otras, como México, sí, con la salvedad de aquellas restricciones constitucionales expresamente establecidas. En todo caso, dicho control queda siempre en manos del alto tribunal nacional que corresponda, no faltando momentos para inaplicar la Constitución en pro de una entendida reelección sin límites al interior del canon interamericano, como sucedió en Bolivia hace pocos años.

En cuarto lugar, en cuanto al *canon*, tampoco hay amplia claridad que nos permita afirmar de modo indubitable que, en todos los casos examinados, los Estados o sus altos tribunales hayan aceptado la pretendida vinculatoriedad de la exégesis interpretativa de la Corte IDH. Dejando de lado la CADH y otros tratados interamericanos de derechos humanos, cuya obligatoriedad es reconocida por todos los Estados y sus altos tribunales sin reparos, no es del todo seguro que las interpretaciones hechas por la Corte IDH sobre aquellos corran la misma suerte. Quizás, México y Uruguay son los que mejor expresan una clara diferencia entre tratado e interpretación. Mientras el primer país considera la exégesis interamericana como orientativa, el segundo la tiene por vinculante. Análoga postura a la mexicana, siguen Perú y Costa Rica. En principio, la misma línea podría parecer que sigue Argentina, no obstante, cuando refiere a la jurisprudencia de la Corte IDH la califica como “insoslayable” “pauta” o “guía” interpretativa, por no mencionar ahora que su Corte Suprema de Justicia no desdijo a las judicaturas de Salta y Mendoza

cuando se apartaron de la exégesis expresada por la Corte IDH en el caso *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*.

En quinto lugar, más allá de los diversos grados de recepción formal de la doctrina bajo estudio, todos los Estados reservan para sí la facultad de apartarse del estándar interamericano ante una eventual aplicación del principio *pro homine* en favor de una norma y/o interpretación doméstica más protectora o beneficiosa. Por supuesto, ello nada dice sobre si ha sido, efectivamente, aplicada o cómo se ha aplicado. Por ejemplo, frente a la sentencia interamericana en el caso *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*, mientras las mencionadas judicaturas de Salta y Mendoza, en Argentina, se distanciaron, en aplicación del principio *pro homine*, de la redefinición hecha por la Corte IDH sobre el inicio de la vida humana; el Primer Juzgado Especializado en lo Constitucional de Lima, en Perú, atendiendo al mismo principio, consideró más favorable la exégesis interamericana efectuada sobre el artículo 4 de la CADH (sin perjuicio que dicha decisión se encuentre, a la fecha, revocada por un tema procedimental). Tema distinto fue el de la aplicación de este principio por parte del Tribunal Constitucional boliviano pues, de acuerdo a lo que hemos señalado, consistió más en manipular su uso para acabar concluyendo que el derecho interamericano es más protector al no restringir o limitar las posibilidades para efectuar sucesivas reelecciones presidenciales.

En definitiva, incluso en aquellos Estados donde parece brindarse una amplia acogida a la doctrina del control de convencionalidad, se reconoce la no traslación automática o trasplante acrítico de toda exégesis interamericana, considerándose también ciertos márgenes de discrecionalidad en la lectura sobre los derechos humanos y/o la

modalidad para implementar las medidas para garantizarlos o, en su caso, repararlos. Es más, como hemos señalado, se reserva la posibilidad de dar prevalencia al derecho interno si resulta más protector en materia de derechos y libertades, aplicándose para ello el principio *pro homine*.

De esta manera, la aproximación hecha nos permite apreciar que, pudiendo ser positivo el propósito de fondo de la Corte IDH al crear la doctrina del control de convencionalidad, es poco real, eficaz o apropiado utilizar una modalidad impositiva para que los Estados se adhieran a la hermenéutica interamericana; según las consideraciones advertidas por los altos tribunales domésticos, que no deberían soslayarse en el debate sobre esta materia y que podrían resumirse de modo general en las siguientes observaciones: la aplicación de un razonable margen de apreciación nacional (Costa Rica, Perú y Uruguay), la eventual incompatibilidad grave con instituciones al interior de la Constitución Política (Argentina, República Dominicana y Uruguay), las falencias argumentativas en las bases que pretenden fundamentar el control de convencionalidad (Uruguay), la indebida actuación como cuarta instancia y *ultra vires* de la Corte IDH (Argentina), la posibilidad de que la Corte IDH no tenga la última palabra en torno al entendimiento de qué es lo más protector o *pro homine* (Bolivia y México), el no traslado automático de criterios interamericanos sin previo examen de proporcionalidad y razonabilidad o sin considerar las particularidades del ordenamiento jurídico interno (Colombia), además de los otros tantos cuestionamientos provenientes de la academia.

A las anteriores consideraciones, se suma la declaración conjunta⁶¹³ que en abril de 2019 hicieron pública los gobiernos de Argentina, Bolivia, Chile, Colombia y Paraguay, requiriendo que la Corte IDH respete el principio de subsidiariedad y el Derecho Constitucional, el margen de apreciación y un uso estricto de las fuentes del Derecho Internacional Público. Bajo todo lo indicado, sería errado desdeñar dicha declaración reduciéndola, entre otros,⁶¹⁴ a una presunta ignorancia sobre el actual funcionamiento del Derecho Internacional Público, una incomprensión sobre el nuevo rol del juez (ya no la mera “boca de la ley”, se dirá), una no advertencia de la apertura de los sistemas constitucionales, la no protección de las minorías, cuando no, una simple pretensión de debilitar el sistema interamericano de derechos humanos⁶¹⁵, etc.

A continuación, ingresaremos a la discusión teórica sobre la incompatibilidad que puede representar la doctrina del control de convencionalidad –en su versión ‘fuerte’– frente a la figura del Estado Constitucional de Derecho. Para ello, acudiremos primero a los lineamientos esenciales de éste para, seguidamente, contrastarlos con la idea desarrollada por la Corte IDH al crear este constructo.

⁶¹³ Cf. MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES DE CHILE, “Comunicado de prensa Ministerio de Relaciones Exteriores - Ministerio de Justicia y Derechos Humanos sobre Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, cit.

⁶¹⁴ Cf. P. A. A. ALVARADO, “Más allá de la utopía: del diálogo interjudicial a la constitucionalización del derecho internacional. La red judicial latinoamericana como prueba y motor del constitucionalismo multinivel”, 2014, Universidad Complutense de Madrid, pp. 261-269, fecha de consulta 6 mayo 2021, en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=97788>.

⁶¹⁵ Cf. CENTER FOR JUSTICE AND INTERNATIONAL LAW, “Embates al Sistema Interamericano de Derechos Humanos vulneran la protección regional de los DD.HH”, *Cejil*, 2019, fecha de consulta 7 mayo 2021, en <https://cejil.org/comunicado-de-prensa/embates-al-sistema-interamericano-de-derechos-humanos-vulneran-la-proteccion-regional-de-los-dd-hh-2/>.

CAPÍTULO 4: UNA APROXIMACIÓN CRÍTICA AL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD DESDE EL DERECHO CONSTITUCIONAL

Este capítulo tiene como fin realizar, desde las categorías propias del derecho constitucional, una crítica sobre los argumentos dados por la Corte IDH para sostener la doctrina en estudio y problematizar sobre las posibles consecuencias que supone su adopción. Para ello, pretendemos demostrar cómo la noción vigente del ‘Estado Constitucional de Derecho’ –y lo que ello supone– no es indiferente a la aceptación, rechazo y/o matización de la tesis interamericana en análisis. Así, tras delinear los aspectos teóricos esenciales del Estado Constitucional de Derecho, buscaremos evidenciar los problemas que surgen si se adopta el control de convencionalidad de acuerdo a la comprensión que la Corte IDH tiene de esta figura. Esto es, su versión ‘fuerte’, que apunta a que, entre otros, tanto los tratados interamericanos como las exégesis de la Corte IDH, prevalezcan siempre sobre el ordenamiento interno. Dicho de modo más completo y replicando aquí lo detallado en la parte final del primer capítulo, una doctrina jurisprudencial que supone:

- a) la supremacía o superior jerarquía práctica de los tratados interamericanos de derechos humanos y de su interpretación judicial, por sobre todo el ordenamiento interno –equiparándose así y, además, el valor de las exégesis de la Corte IDH con la naturaleza jurídica obligatoria que corresponde solo a los tratados en el ámbito internacional;

- b) los efectos directos –autoejecutabilidad– y generales –*erga omnes*–, en sede doméstica, para tales tratados y hermenéuticas interamericanas;
- c) el requerimiento hacia todas las autoridades nacionales sin excepción –los jueces, particularmente– de actuar en consecuencia, realizando –según sus competencias– un control de validez normativo que asegure la alineación y/o ajuste del derecho local con el interamericano –que debe siempre prevalecer; y, finalmente,
- d) la competencia de la Corte IDH para verificar lo actuado y, de ser el caso, realizar un correcto control bajo esta nueva modalidad. Si bien la Corte IDH dispone de una inherente competencia para ejercer un ‘control de convencionalidad’, este se limita a determinar la incompatibilidad con el canon interamericano y a, seguidamente, establecer la responsabilidad del Estado y las medidas a adoptar. No obstante, en adelante, el ‘control’ ejercido por este órgano judicial estaría también revestido con estas nuevas características.

Para ello, en primer lugar, en el apartado 4.1., desarrollaremos brevemente algunas consideraciones e hitos generales sobre la formación de lo que hoy identificamos como Estado Constitucional de Derecho. En segundo lugar, en el apartado 4.2., valoraremos los cambios, alteraciones y/o incompatibilidades que la idea de control de convencionalidad sostenida por la Corte IDH supone o podría suponer frente a los elementos esenciales del Estado Constitucional de Derecho. Finalmente, en tercer lugar, en el apartado 4.3., argumentaremos cómo la doctrina bajo estudio implica un cambio de paradigma en la región y, en tal caso, qué criterios podrían considerarse de cara a asimilar dicha doctrina

sin desfigurar los importantes roles que cumplen el Estado Constitucional de Derecho y la Corte IDH.

4.1. DEL ESTADO DE DERECHO AL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

Desarrollaremos ahora dos secciones. En la primera, la 4.1.1., apuntaremos, sucintamente, el tránsito entre la idea Estado de Derecho y lo que hoy conocemos como Estado Constitucional de Derecho. En la segunda, la 4.1.2., anotaremos los respectivos elementos e implicancias de dicho tránsito. Todo ello, con el propósito de poner en común los aspectos esenciales que, seguidamente, nos ayudarán valorar, críticamente, los cambios que exige el control de convencionalidad según lo prevé la Corte IDH.

4.1.1. Transición histórico-conceptual

Adoptar una definición de Estado de Derecho supone, ciertamente, un desafío dada la variedad de nociones –a menudo contradictorias entre sí– que existen⁶¹⁶, sea ello por el disenso en sus implicancias⁶¹⁷ o por su “frondosidad”, cuando no “ambigüedad” conceptual⁶¹⁸. En tal caso, de cara a lo que nos ocupa en esta investigación, tal construcción terminológica no parece aludir “a otra cosa que no sea un tipo de

⁶¹⁶ Cf. A. BARATTA, “El Estado de Derecho: historia del concepto y problemática actual”, *Sistema. Revista de Ciencias Sociales*, 17, 1977, Fundación Sistema, p. 11, fecha de consulta 8 mayo 2021, en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1017665>.

⁶¹⁷ Cf. U. SCARPELLI, *Il problema della definizione e il concetto di diritto*, Istituto Editoriale Cisalpino, 1955, p. 37.

⁶¹⁸ Cf. J. L. CASCAJO CASTRO, “Consideraciones sobre el Estado de Derecho”, *Revista de Estudios Políticos*, 189, 1973, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (España), p. 81, fecha de consulta 8 mayo 2021, en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1710394>.

organización política que aparece en un determinado momento histórico y con características más o menos bien definidas”⁶¹⁹.

En efecto, si a un momento histórico queremos referirnos, el Estado de Derecho es un modelo de organización política que inició su recorrido con las revoluciones liberales estadounidense y francesa⁶²⁰, cuya idea nuclear residió en las limitaciones y sometimiento del poder regulado al Derecho, y, en la idea de dignidad y derechos de las personas⁶²¹. Así, en Francia, mientras la tutela de la *libertad* supuso la incorporación de límites – especialmente, a la voluntad del monarca–, la inclusión de la *igualdad* generó un cambio en la noción de Constitución. En adelante, ésta, de ser una norma fundamental para la garantía del equilibrio de poderes al interior de un cuerpo político, pasó –además– a ser un acto representativo de la soberanía creadora de los poderes existentes⁶²². Por su parte, en Norteamérica, aunque el propósito no consistió en desmontar, propiamente, un antiguo régimen –varias de cuyas instituciones se heredaron–, sí residió en equilibrar a los poderes y, particularmente, en limitar al parlamento inglés a la ley, pues se consideraba que su actuación había rebasado sus debidas competencias⁶²³.

De este modo, mientras en el primer caso –el francés– se consolidó un nuevo poder –la Asamblea Nacional–, en el segundo caso –el estadounidense– se limitó al ya

⁶¹⁹ Cf. M. ATIENZA RODRÍGUEZ, “Estado de Derecho, argumentación e interpretación”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, 13, 1996, Ministerio de Justicia, pp. 465-466, fecha de consulta 8 mayo 2021, en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=142357>.

⁶²⁰ Cf. J. M. CASTELLÀ ANDREU, “El Estado Constitucional”, en Josep M Castellà Andreu (ed.) *Derecho Constitucional básico*, 5ª ed., Huygens, Barcelona, 2019, p. 34.

⁶²¹ Cf. R. BUSTAMANTE ALARCÓN, “El Estado de Derecho: Problemas, perspectivas, contenido y modelos”, *Vox Juris*, vol. 36, 2, 2018, Universidad de San Martín de Porres (USMP), p. 26, fecha de consulta 8 mayo 2021, en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6523162>.

⁶²² Cf. M. FIORAVANTI, *Constitucionalismo: experiencias históricas y tendencias actuales*, 2014, p. 17 y ss., fecha de consulta 5 mayo 2021, en <http://site.ebrary.com/id/11002177>.

⁶²³ Cf. *Ibid.*, p. 39.

existente⁶²⁴. Mientras el primero, a través de la Declaración Universal de 1789, mantuvo, en razón de la soberanía, el igual sometimiento a la ley y, mediante ésta, el resguardo de los derechos individuales⁶²⁵; el segundo, concentró sus esfuerzos en limitar a los poderes y gestionar su influencia mutua en aras de lograr un equilibrio⁶²⁶. En definitiva, mientras el primero tuvo protagonismo en la contribución del sometimiento a la ley y la protección de los derechos mediante ésta –siendo el parlamento asimilado a la voluntad popular–; el segundo tuvo centralidad en aportar la división y equilibrio entre los poderes, así como el control de la legalidad de la Administración y, más tarde, la supremacía constitucional –siendo el parlamento diferenciado de la voluntad popular⁶²⁷.

En conjunto, entonces, como apunta CASTELLÀ el Estado de Derecho supuso un modelo regido por el *principio de legalidad*, la *separación de poderes*, el *reconocimiento y tutela de los derechos fundamentales* y el *control de la legalidad de la Administración*⁶²⁸, independientemente de sus formas de concreción –liberal, democrática y social⁶²⁹. Su teorización como tal, esto es, propiamente como ‘Estado de Derecho’ se inició en Alemania durante el siglo XIX. Mientras MOHL acuñó el término en 1829 para referir al sometimiento a Derecho de los poderes públicos, acentuando la idea de ley general, abstracta y de origen popular (concepto sustancial); STAHL desarrolló la definición de modo tal que dicha sujeción a Derecho no tuviese que estar condicionada a la adopción de los elementos del liberalismo democrático (concepto formal)⁶³⁰.

⁶²⁴ Cf. *Ibid.*

⁶²⁵ Cf. *Ibid.*, p. 32.

⁶²⁶ Cf. “Federalist Papers: Primary Documents in American History”, sec. 47, 48, 51 y 63, fecha de consulta 8 mayo 2021, en <https://guides.loc.gov/federalist-papers/full-text>.

⁶²⁷ Cf. M. FIORAVANTI, *Constitucionalismo*, cit., p. 40 y ss.

⁶²⁸ Cf. J. M. CASTELLÀ ANDREU, “El Estado Constitucional”, cit., pp. 35-36.

⁶²⁹ Cf. *Ibid.*, pp. 36-38.

⁶³⁰ Cf. *Ibid.*, p. 35.

De uno u otro modo, el *principio de legalidad* se expresó en el sometimiento de todos los actos públicos o privados al Derecho, en sí, a la ley general y abstracta, produciéndose así una consecuente supremacía del Poder Legislativo⁶³¹. El *principio de separación de poderes* se concretó en un Poder Legislativo que hace las leyes, en un Poder Ejecutivo que las aplica mediante la Administración y en un Poder Judicial que vela por su correcto cumplimiento⁶³²; siendo doble el propósito, por una parte, distribuir el poder⁶³³ y, por otra, separar competencias que generen vinculación y contrapesos recíprocos⁶³⁴. El *reconocimiento y tutela de derechos fundamentales* se asentó en facultades jurídicas de las personas frente a los poderes públicos, de modo tal que éstos se abstuviesen de poner en peligro aquellas esferas de libre actuación –anteriores y superiores al Estado– de las personas⁶³⁵, siendo cualquier plausible intervención, limitada y regulada a través de procedimientos previos⁶³⁶. Finalmente, *la legalidad de la Administración* supuso su actuación conforme a Derecho y según sus competencias, siendo posible sujetarla a un control jurisdiccional⁶³⁷.

Sin embargo, durante el siglo XIX, este modelo empezó a resultar insatisfactorio, entre otras razones críticas⁶³⁸, debido a la excesiva confianza en la voluntad general, al condicionamiento necesario a la ley para proteger los derechos, al absolutismo de la asamblea constituyente –en reemplazo de la monárquica–, etc. Tal escenario, resumiendo

⁶³¹ Cf. R. L. VIGO, *Constitucionalización y judicialización del derecho*, Editorial Porrúa, México, 2013, p. 4.

⁶³² Cf. J. M. CASTELLÀ ANDREU, “El Estado Constitucional”, cit., p. 36.

⁶³³ Cf. C. SCHMITT, *Teoría de la constitución*, Alianza, Madrid, 2017, p. 192.

⁶³⁴ Cf. *Ibid.*, p. 185.

⁶³⁵ Cf. J. M. CASTELLÀ ANDREU, “El Estado Constitucional”, cit., p. 36.

⁶³⁶ Cf. C. SCHMITT, *Teoría de la constitución*, cit., p. 169.

⁶³⁷ Cf. R. BUSTAMANTE ALARCÓN, “El Estado de Derecho”, cit., p. 27.

⁶³⁸ Cf. M. FIORAVANTI, *Constitucionalismo*, cit., p. 49 y ss.

mucho, produjo un lento tránsito hasta lo que hoy comprendemos como Estado Constitucional de Derecho⁶³⁹, esto es, una superación o una expresión avanzada del Estado de Derecho⁶⁴⁰. Ello pues, desde entonces y, en general, 1) se comprendió que, tanto los actos como las leyes –en sí, todo el ordenamiento jurídico–, debían estar sometidos a la Constitución; 2) se moduló el rol judicial en el sistema; y, 3) creció, exponencialmente, el alcance que desenvuelven los derechos y libertades de las personas⁶⁴¹.

En efecto, en cuanto a lo primero, se transitó de la supremacía legal a la supremacía constitucional. La Constitución, entonces, se convirtió en un documento normativo, fruto de la voluntad del poder constituyente, que estableció la división de los poderes y la garantía los derechos fundamentales⁶⁴². Este nuevo rol de la Constitución –ya acentuado desde el caso *Marbury vs Madison* y, posteriormente, consolidado con el control de constitucionalidad austriaco y el establecimiento de los tribunales constitucionales en Europa–, significó que los jueces constitucionales se conviertan en los intérpretes definitivos del poder constituyente⁶⁴³, no pudiendo ser las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de una ley, revisadas por otro órgano y, por tanto, disponiendo de la última palabra respecto de dicha materia, salvo reforma constitucional.

En cuanto a lo segundo, lo anterior, naturalmente produjo un cambio en la concepción del rol del juez. La inclusión de un control de constitucionalidad de las leyes

⁶³⁹ Cf. J. M. CASTELLÀ ANDREU, “El Estado Constitucional”, cit., pp. 47-49; F. BALAGUER CALLEJÓN (ED.), *Manual de Derecho Constitucional*, Decimocuarta Edición, Tecnos, Madrid, 2019, p. 109 y ss.; A. PEREIRA MENAUT, *Rule of law o Estado de Derecho*, Madrid Barcelona, 2003, pp. 76-77.

⁶⁴⁰ Cf. R. BUSTAMANTE ALARCÓN, “El Estado de Derecho”, cit., p. 23.

⁶⁴¹ Cf. P. BIGLINO CAMPOS, *Retos a la libertad y estado constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 26 y ss.

⁶⁴² Cf. J. M. CASTELLÀ ANDREU, “El Estado Constitucional”, cit., pp. 40-41.

⁶⁴³ Cf. R. L. VIGO, *Constitucionalización y judicialización del derecho*, cit., p. 5.

y/o la creación de tribunales constitucionales –cuando no asunción de dicho papel por parte de las cortes supremas– y la sumisión del poder a la Constitución, en definitiva, no dejó indiferente la figura del juez⁶⁴⁴. No es de extrañar, por ello, que buena parte de la teoría constitucional de las últimas décadas haya discurrido en discutir sobre las dificultades en la interpretación de las normas *iusfundamentales* y en el rol que corresponde al juez en dicho asunto⁶⁴⁵.

En cuanto a lo tercero, ciertamente, si bien en la historia constitucional de occidente, la Carta Magna de 1215 constituyó el primer instrumento que limitaba el ejercicio del poder del soberano frente a sus súbditos y, posteriormente, junto al *Habeas Corpus Act* de 1679 y al *Bill of Rights* de 1689, conformaron actos precursores de las modernas declaraciones de derechos; también es cierto que, tales instrumentos implicaron en sí conquistas de la sociedad y no, propiamente, derechos inherentes a la persona⁶⁴⁶. Las primeras declaraciones de derechos individuales con fuerza legal se dieron en las revoluciones liberales⁶⁴⁷ pues, con ellas, los derechos individuales y las libertades públicas ingresaron al Derecho Constitucional estableciendo limitaciones al poder público. Con el desarrollo de los derechos humanos se inició su internacionalización. Sus primeras manifestaciones se dieron en el campo del Derecho Internacional Humanitario, mas, su expansión global se dio recién tras la experiencia de la Segunda Guerra Mundial y la creación de la Organización de las Naciones Unidas en 1945⁶⁴⁸.

⁶⁴⁴ Cf. H. KELSEN, “La garantía jurisdiccional de la Constitución (la Justicia Constitucional)”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 15, 2011, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (España), p. 275.

⁶⁴⁵ Cf. L. L. FULLER, *Anatomía del Derecho*, 1ª ed., Monte Ávila, 1969, p. 104.

⁶⁴⁶ Cf. P. NIKKEN, “El concepto de derechos humanos”, *Estudios básicos de Derechos Humanos*, vol. I, 1994, (Instituto Interamericano de Derechos Humanos (San José - Costa Rica)), pp. 16-21.

⁶⁴⁷ Cf. J. BONET I PÉREZ, en *Los derechos humanos en el siglo XXI continuidad y cambios*, Huygens, Barcelona, 2008, p. 42 y ss.

⁶⁴⁸ Cf. *Ibid.*

De esta forma, si los valores que nutrían al Estado de Derecho se resumían en el respeto a la libertad individual y a la igualdad⁶⁴⁹; en el Estado Constitucional de Derecho, el valor basal empezó a residir en la dignidad humana, convirtiéndose así en el fundamento de los derechos y en el pilar del constitucionalismo vigente⁶⁵⁰. Cobran así sentido las palabras de HÄBERLE cuando afirma que:

*El Estado constitucional de cuño común europeo y atlántico se caracteriza por la dignidad humana como premisa antropológico-cultural, por la soberanía popular y la división de poderes, por los derechos fundamentales y la tolerancia, por la pluralidad de partidos y la independencia de los tribunales (...). Su constitución, entendida como orden jurídico fundamental del Estado y la sociedad, posee una validez jurídica formal de naturaleza superior. La constitución es creadora del momento de la estabilidad y la permanencia*⁶⁵¹.

En suma, si se considera que los derechos y libertades nacen de la dignidad humana; si estos son reconocidos en la Constitución y ésta, a su vez, imbuye a todo el ordenamiento y no permite su violación; si en caso se vulnerasen, tanto el juez ordinario como –de ser el caso– el juez constitucional tienen por labor hacerlos prevalecer y disponer las respectivas reparaciones; y, si a todo ello, añadimos la posibilidad –en defecto de lo

⁶⁴⁹ Cf. C. SCHMITT, *Teoría de la constitución*, cit., pp. 136-180; M. FIORAVANTI, *Constitucionalismo*, cit., pp. 30-37.

⁶⁵⁰ Cf. C. ROSALES RIGOL, “La dignidad humana como fuente directa de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional”, en María Pía Silva Gallinato, Miriam Lorena Henríquez Viñas (eds.) *Derechos fundamentales y justicia constitucional: ¿consolidación o reforma?*, Abeledo Perrot Chile: Thomson/Reuters, Santiago, Chile, 2012, p. 32.

⁶⁵¹ Cf. P. HÄBERLE, *El Estado constitucional, 1a. reimp.*, Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, p. 3, fecha de consulta 5 mayo 2021, en <http://ru.juridicas.unam.mx:80/xmlui/handle/123456789/8990>.

anterior– de acudir a ámbitos de protección internacional de los derechos humanos; parece ser que –atendiendo además a otros factores, como el cambio en sistema de fuentes del derecho, etc.–, irremediamente, el Estado de Derecho se ha transformado en lo que ahora conocemos como Estado Constitucional de Derecho⁶⁵².

4.1.2. Elementos formales y materiales

Dicho lo anterior, señala un autor⁶⁵³ que, si por ‘Estado de Derecho’ se puede comprender a “cualquier ordenamiento en el que los poderes públicos son conferidos por la ley y ejercitados en las formas y con los procedimientos legalmente establecidos” –sentido formal–, también se puede entender a “solo aquellos ordenamientos en los que los poderes públicos están, además, sujetos a la ley (y, por tanto, limitados o vinculados por ella), no solo en lo relativo a las formas, sino también en los contenidos” –sentido material. Expuesto en términos de GARCÍA-PELAYO:

El Estado formal de Derecho se refiere a la forma de realización de la acción del Estado y concretamente a la reducción de cualquiera de sus actos a la ley o a la constitución, para lo cual establece unos determinados principios y mecanismos (...); el Estado material de Derecho (...) no se refiere a la forma, sino al contenido de la relación Estado-ciudadano, bajo la inspiración de criterios materiales de justicia; no gira meramente en torno a la legalidad, sino que entiende que esta ha

⁶⁵² Cf. R. L. VIGO, *Constitucionalización y judicialización del derecho*, cit., pp. 2-13.

⁶⁵³ Cf. L. FERRAJOLI, “Pasado y futuro del Estado de derecho”, en *Neoconstitucionalismo(s)*, 2003, ISBN 84-8164-573-7, p. 13-30, Trotta, 2003, pp. 13-14, fecha de consulta 9 mayo 2021, en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=917604>.

*de sustentarse en la legitimidad, en una idea del Derecho expresión de los valores jurídico-políticos vigentes en una época*⁶⁵⁴.

Es decir, mientras el primero –el sentido formal–, desde una perspectiva descriptiva, busca descifrar el *qué es* el Estado de Derecho –propio de la Teoría general del Derecho–, el segundo –el sentido material–, desde una perspectiva prescriptiva, apunta a discernir *cómo debe ser* –propio de la Teoría de la Justicia⁶⁵⁵. Ambos, por supuesto, no son excluyentes y se encuentran presentes en la noción actual del Estado Constitucional de Derecho, como una especie de simbiosis entre la herencia del positivismo y el iusnaturalismo⁶⁵⁶. En cuanto a lo que nos compete, este asunto denota la relevancia y necesaria atención que debemos prestar a los componentes formales y materiales que integran conjuntamente la noción del Estado Constitucional de Derecho.

En concreto, los *elementos formales*, patrimonio heredado del Estado de Derecho, representan un mínimo de validez jurídica para elaborar una definición aceptable que refiera a cómo se producen las normas jurídicas y cómo se administran por parte de las autoridades públicas⁶⁵⁷. Para ello, FULLER, atendiendo particularmente al principio de legalidad, detalla y desarrolla un elenco de elementos –los *desiderata*– indispensables para catalogar a una norma como jurídica, esto es, que sean: 1) generales, 2) promulgadas, 3) no retroactivas, 4) claras y comprensibles, 5) coherentes, 6) posibles de ser cumplidas,

⁶⁵⁴ M. GARCÍA-PELAYO, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza Universidad, Madrid, 2005, p. 54; Cf. E. DÍAZ, *Estado de derecho y sociedad democrática*, 7. ed, Editorial Cuadernos Para el Dialogo, Madrid, 1979, sec. Introducción.

⁶⁵⁵ Cf. R. BUSTAMANTE ALARCÓN, “El Estado de Derecho”, cit., pp. 23-24.

⁶⁵⁶ Cf. L. MONROY NÚÑEZ; L. A. CORONA NAKAMURA, “La Constitución, la democracia, los derechos y las garantías en el Estado Constitucional de Derecho”, *Sufragio*, 2009, p. 169, fecha de consulta 5 mayo 2021, en <https://bit.ly/2RwwB4M>.

⁶⁵⁷ Cf. J. WALDRON, “The Core of the Case against Judicial Review”, *The Yale Law Journal*, vol. 115, 6, 2006, p. 9, fecha de consulta 9 marzo 2021, en <https://bit.ly/3bvfvBX>.

7) estables y, 8) con una formulación congruente con su aplicación⁶⁵⁸. Con todo ello puesto en marcha, es posible predicar la seguridad jurídica al interior de todo ordenamiento nacional, garantizándose a la vez su estabilidad. Ello pues, para el Estado Constitucional de Derecho, la realización de la ‘justicia’ requiere también un orden⁶⁵⁹, siendo expresión máxima de ello la misma Constitución. En efecto, los textos constitucionales suelen incorporar, expresamente, parte de dichos elementos formales, pero, además, con su propia existencia como ‘norma suprema’, ya proveen un palpable ejemplo de resguardo del principio de seguridad jurídica⁶⁶⁰.

Los *elementos sustantivos*, por su parte, apuntan –con base en la dignidad humana– al reconocimiento efectivo y tutela judicial de los derechos fundamentales⁶⁶¹. De uno u otro modo, la división que hacemos entre elementos materiales y sustantivos, no tiene aquí otra finalidad que describir conceptos que nos serán de utilidad más adelante, pues no es posible disgregar nociones que se imbrican mutuamente. A igual conclusión arribó en 2016 la Comisión de Venecia cuando hizo públicos unos criterios imprescindibles para verificar la conformidad de una organización política con un ‘Estado de Derecho’. Así, aseveró que:

(...) independiente de las diferencias de opiniones, existe un concepto de los elementos esenciales que definen el Estado de Derecho, así como los del

⁶⁵⁸ Cf. L. L. FULLER, *The Morality of Law: Revised Edition*, Yale University Press, 1969, pp. 46-91, fecha de consulta 9 mayo 2021, en <https://www.jstor.org/stable/j.ctt1cc2mds>.

⁶⁵⁹ Cf. Á. J. GÓMEZ MONTORO, “La obsolescencia de los derechos”, cit., p. 75.

⁶⁶⁰ Cf. F. BALAGUER CALLEJÓN (ED.), *Manual de Derecho Constitucional*, cit., p. 95 y ss.

⁶⁶¹ Cf. V. BAZÁN, “En torno al Estado de Derecho, la justicia constitucional y la tutela de los derechos fundamentales, con particular énfasis en América Latina.”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 14, 2010, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (España), p. 20, fecha de consulta 5 mayo 2021, en <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3331513>.

*Rechtsstaat y Etat de Droit, que no sólo son de naturaleza formal, sino que también sustantivos o materiales (...). Estos elementos son: (1) Legalidad, que incluye un proceso democrático transparente y políticamente responsable de la formación de la ley; (2) Certeza jurídica; (3) Interdicción de la arbitrariedad; (4) Acceso a la justicia ante tribunales independientes e imparciales, incluyendo la impugnación judicial de los actos administrativos; (5) Respeto de los derechos humanos; y, (6) No discriminación arbitraria y la igualdad ante la ley*⁶⁶².

En definitiva⁶⁶³, no es posible referirnos, propiamente, a un Estado Constitucional de Derecho en ausencia del imperio de la ley, la división de los poderes, la legalidad de la Administración y la protección de los derechos fundamentales, sean “de autonomía, seguridad jurídica, cívicos y políticos”. De lo contrario, ya “podríamos hablar de democracia auténtica (directa o asamblearia) y de sistemas sociales muy igualitarios en el terreno social y económico” que, pese a todo, “no cumplen los requisitos de un Estado de Derecho”. Así, si el Estado Constitucional de Derecho “es un edificio complejo, en el que todos los elementos son imprescindibles y se influyen mutuamente”⁶⁶⁴, a su vez, como apunta GÓMEZ MONTORO, no es otra cosa que una forma histórica de organizar el poder –para garantizar derechos– y ponerle al servicio de los ciudadanos, no al revés⁶⁶⁵.

⁶⁶² Cf. COMISIÓN DE VENECIA, “Criterios de Verificación del Estado de Derecho (CDL-AD(2016)007rev), adoptados en su 106ª Sesión Plenaria (Venecia, 11-12 de marzo de 2016)”, Estrasburgo, 2016, párr. 18, fecha de consulta 10 febrero 2021, en <https://bit.ly/3eYpl9W>.

⁶⁶³ E. FERNÁNDEZ GARCÍA, “Hacia un concepto restringido del Estado de Derecho”, en *Los derechos: entre la ética, el poder y el derecho*, Dykinson, 2000, p. 119, fecha de consulta 8 mayo 2021, en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=571063>.

⁶⁶⁴ P. BIGLINO CAMPOS, *Retos a la libertad y estado constitucional*, cit., p. 14.

⁶⁶⁵ Cf. Á. J. GÓMEZ MONTORO, “En defensa del Estado constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 117, 2019, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 346, fecha de consulta 11 mayo 2021, en <https://bit.ly/3fcj5LQ>.

Demás está decir que este modelo, es decir, el de ‘Estado Constitucional de Derecho’, es también el adoptado en los países de la región americana, sea con sus propias particularidades⁶⁶⁶ o acentos locales (a modo de ejemplo, véanse los casos de Brasil⁶⁶⁷, México⁶⁶⁸ y Perú⁶⁶⁹). Llegados a este punto, nos importa valorar si la irrupción de la doctrina del control de convencionalidad desde el año 2006 genera o exige —explícita o implícitamente— un cambio en las líneas maestras de la arquitectura del Estado Constitucional de Derecho y, de ser así, si tales mutaciones implican un avance o un retroceso de cara a los altos propósitos que tiene aquella noción de Estado y el propio SIDH. Intentaremos responder a ello en el siguiente apartado.

4.2. DEL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO AL ¿ESTADO CONVENCIONAL DE DERECHO?

En esta sección, de acuerdo a lo que hemos anticipado, destacaremos las principales modificaciones que supondría, para la noción de Estado Constitucional de Derecho, la

⁶⁶⁶ Constitución Política de la República del Ecuador. Artículo 1: *El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada. (...)*

⁶⁶⁷ Constitución Política de la República Federativa de Brasil. Artículo 1: *La República Federal del Brasil, formada por la unión indisoluble de los Estados y Municipios y del Distrito Federal, se constituye en Estado Democrático de Derecho y tiene como fundamentos (...) Todo el poder emana del pueblo, que lo ejerce por medio de representantes elegidos directamente, en los términos de esta Constitución.*

⁶⁶⁸ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Artículo 1: *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. Artículo 133: Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.*

⁶⁶⁹ Constitución Política del Perú. Artículo 1: *La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado. Artículo 51: La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado.*

adopción íntegra de la doctrina del control de convencionalidad. Para tal fin, cotejaremos los elementos esenciales del Estado Constitucional con las novedades exigidas por la Corte IDH para el correcto ejercicio de la doctrina en mención. Así, en la sección 4.2.1, referiremos a la *supremacía constitucional y al control de constitucionalidad*, por tanto, habremos subsumido aquí, en lo que nos importa, al elemento referido a la legalidad de la Administración y su correspondiente control de legalidad y/o constitucionalidad. En la sección 4.2.2, aludiremos a la *división de poderes*. Finalmente, en la sección 4.2.3, abordaremos el *reconocimiento de los derechos fundamentales*.

4.2.1. La supremacía constitucional y el control de constitucional

Hecha la aproximación general al Estado Constitucional de Derecho, nos interesa ahora detenernos un poco más en dos elementos esenciales para su configuración: la supremacía constitucional y aquel control que vela porque ello sea así, el control de constitucionalidad. En concreto, como hemos anticipado, nos importa valorar cuáles serían las eventuales mutaciones que se darían si se acepta la doctrina del control de convencionalidad tal y como la Corte IDH la propone, esto es, en su versión ‘fuerte’.

Nuestro recorrido para lograr dicha meta será el que sigue. Primero realizaremos una aproximación histórico-conceptual de ambos tópicos en la sub-sección 4.2.1.1.; luego, examinaremos la supremacía constitucional a la luz del control de convencionalidad en la sub-sección 4.2.1.3.; y, finalmente, haremos una lectura crítica sobre el control de constitucionalidad a la luz del control de convencionalidad.

4.2.1.1. Aproximación histórico-conceptual

En el marco del Estado Constitucional de Derecho, la Constitución es la norma suprema y fundacional sobre la que descansa la estructura organizativa de los poderes públicos y la protección de los derechos y libertades de las personas⁶⁷⁰. Ciertamente, esta pacífica noción de hoy en día fue el producto de un proceso histórico. En el mundo anglosajón, de figurar –en un inicio– la Constitución solo como una ley superior cuyo parámetro de validez vincula únicamente a los jueces, a vincular también al legislador – *Bill of Rights*– y, finalmente, a transformarse –caso *Marbury vs Madison* de 1803⁶⁷¹– en aquella norma suprema del ordenamiento cuyo mecanismo de protección recae en los jueces⁶⁷² –el *judicial review*⁶⁷³–, si se viese contrariada por una ley –pudiendo ser ésta declarada nula⁶⁷⁴.

En Europa, en cambio, durante el siglo XIX siguió predominando el dogma de la soberanía parlamentaria y su correspondiente superioridad absoluta de las leyes e inmunidad frente al Poder Judicial. Recién durante la primera mitad del siglo XX, la obra de Kelsen introdujo la justicia constitucional. Tras la II Guerra Mundial se incorporaron

⁶⁷⁰ Cf. J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de derecho administrativo*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, p. 139 y ss.

⁶⁷¹ Cf. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Thomson Civitas, Madrid, 2006, pp. 57-61.

⁶⁷² Cf. M. CARBONELL SÁNCHEZ, “Marbury versus Madison: en los orígenes de la supremacía constitucional y el control de la constitucionalidad”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, 5, 2006, Porrúa, p. 298, fecha de consulta 5 mayo 2021, en <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2528935>.

⁶⁷³ Cf. J. DE ESTEBAN; P. J. GONZÁLEZ TREVIJANO, *Curso de derecho constitucional español*, 1. ed, Servicio Publicaciones Facultad Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 1992, p. 174.

⁶⁷⁴ Cf. M. FIORAVANTI, *Constitucionalismo*, cit., p. 60.

los principios de autodeterminación y limitación del poder⁶⁷⁵, identificándose también a la Constitución como la fuente del Derecho⁶⁷⁶.

Así, ambas vertientes del constitucionalismo contemporáneo coincidieron en tener a la Constitución por norma suprema y por fuente del Derecho, en tanto parámetro de validez normativa y custodio de valores superiores. En resumidas cuentas, si la Constitución era en el Estado de Derecho un programa político que regulaba la organización de los poderes, sin superioridad jerárquica sobre la ley⁶⁷⁷; en el Estado Constitucional de Derecho, se convirtió en la norma suprema y la *norma normarum*⁶⁷⁸, con prevalencia sobre la ley y sobre todo el ordenamiento jurídico, que descansa en ella⁶⁷⁹.

En adelante, los rasgos característicos de la Constitución, como nuevo paradigma reinante, la configurarán como: a) una *norma suprema*, en tanto se ubica en la cúspide normativa del ordenamiento⁶⁸⁰; b) una *norma normarum*, en tanto es fuente de fuentes que incorpora las categorías normativas, los procedimientos, los órganos que las elaboran y aprueban, etc.; c) una *norma rígida*, porque su modificación o derogación está sometida a procedimientos especiales con mayor dificultad⁶⁸¹ –ámbito formal– (mayorías cualificadas, amplios consensos sobre el cambio, procedimientos específicos de reforma, etc.); d) un parámetro de validez –ámbito material–, porque se convierte en el criterio

⁶⁷⁵ Cf. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, cit., p. 47 y ss.

⁶⁷⁶ Cf. R. L. VIGO, *Constitucionalización y judicialización del derecho*, cit., pp. 10-11.

⁶⁷⁷ Cf. *Ibid.*, p. 10.

⁶⁷⁸ Cf. V. BAZÁN, “En torno al Estado de Derecho, la justicia constitucional y la tutela de los derechos fundamentales, con particular énfasis en América Latina.”, cit., p. 21.

⁶⁷⁹ Cf. J. M. CASTELLÀ ANDREU, “El Estado social y democrático de derecho”, en Miguel A. Aparicio Pérez (ed.) *Temas de derecho constitucional: introducción histórica constitucional, los principios estructurales, las instituciones básicas del Estado y las fuentes del derecho*, 1. ed, Cedecs Editorial, Barcelona, 1998 (Estudios constitucionales y políticos), p. 172.

⁶⁸⁰ Cf. J. M. CASTELLÀ ANDREU, “El Estado Constitucional”, cit., p. 42.

⁶⁸¹ Cf. R. L. VIGO, *Constitucionalización y judicialización del derecho*, cit., p. 38.

legitimador⁶⁸² y somete a los poderes públicos a sus mandatos⁶⁸³; y, por último, e) una norma con *fuerza vinculante*, toda vez que goza de fuerza propia aplicable a todos los órganos y normas sin excepción, de manera especial, en materia de derechos y libertades⁶⁸⁴.

Por supuesto, todo lo anterior en torno a las características de la Constitución, carecería de sentido si no existiese un órgano que garantizase, jurisdiccionalmente, la constitucionalidad de las normas y de los actos realizados por los poderes públicos. En definitiva, un órgano que resguardase la supremacía –formal y material– de la Constitución⁶⁸⁵, de manera tal que queden expulsadas del ordenamiento las normas contrarias a ella⁶⁸⁶. En tal contexto, serán los jueces constitucionales los llamados a cumplir tal labor a través del control de constitucionalidad, sea bajo sistemas concentrados, difusos o mixtos, sea mediante un tribunal constitucional o una sala de la corte suprema del Poder Judicial, en definitiva, según lo organice jurídicamente cada Estado en su Constitución⁶⁸⁷.

Dicho esto, nos importa, entonces, apreciar si el control de convencionalidad incide o no en estos dos conceptos claves, la supremacía constitucional y el control de constitucionalidad. En tal caso, de ser así, si tal incidencia es positiva o no.

⁶⁸² Cf. J. DE ESTEBAN; P. J. GONZÁLEZ TREVIJANO, *Curso de derecho constitucional español*, cit., p. 175.

⁶⁸³ Cf. A. PEREIRA MENAUT, *Rule of law o Estado de Derecho*, cit., p. 87.

⁶⁸⁴ Cf. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, cit., n.º 79.

⁶⁸⁵ Cf. J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de derecho administrativo*, cit., p. 148.

⁶⁸⁶ Cf. J. M. CASTELLÀ ANDREU, “El Estado Constitucional”, cit., p. 42.

⁶⁸⁷ Cf. V. BAZÁN, “En torno al Estado de Derecho, la justicia constitucional y la tutela de los derechos fundamentales, con particular énfasis en América Latina.”, cit., p. 33.

4.2.1.2. La supremacía constitucional a la luz del control de convencionalidad

Con el ánimo de realizar este análisis, haremos una cuádruple división según ciertas características que, previamente, hemos consignado respecto del concepto de supremacía constitucional. Advertimos que, como es evidente, tales no son observaciones completamente desagregadas unas de otras pues, por el contrario, se encuentran imbricadas en torno a un mismo asunto de fondo.

a) Efectos en la Constitución como norma normarum

Se ha afirmado que si bien la doctrina del control de convencionalidad prevé el efecto directo de la CADH y de las exégesis de la Corte IDH en el ámbito interno, no pretende determinar su ubicación jerárquica en el derecho doméstico, cuestión que – aunque posible –, es extrema y solo viable como mera hipótesis⁶⁸⁸. Coincidimos con lo primero –el efecto directo que exige esta doctrina–, pero discrepamos, en parte, con lo segundo –la no pretensión de lograr una determinada ubicación jerárquica. Esto último, pues, tanto la propia Corte IDH⁶⁸⁹, como uno de los más férreos promotores de dicha doctrina⁶⁹⁰, han indicado reiteradamente que el control de convencionalidad requiere la

⁶⁸⁸ Cf. P. GONZÁLEZ DOMÍNGUEZ, “La relación entre la doctrina del control de convencionalidad y el derecho nacional”, cit., pp. 208-209.

⁶⁸⁹ Cf. A. DULITZKY, “An Inter-American Constitutional Court? The Invention of the Conventionality Control by the Inter-American Court of Human Rights”, cit., p. 54.

⁶⁹⁰ Cf. E. FERRER MAC-GREGOR, “Interpretación conforme y Control Difuso de Convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, cit., pp. 153-154 El actual juez interamericano ha apuntado que, para la Corte IDH, forman parte del canon de convencionalidad las opiniones consultivas (lo cual es cierto según la OC-21/14). Pero también ha añadido a las medidas provisionales, a las resoluciones de supervisión de cumplimiento de sentencia y a las resoluciones dadas como fruto de la solicitud de interpretación de sentencia (estas tres últimas no han sido incluidas, formalmente, por la Corte IDH).

prevalencia del “estándar interamericano”⁶⁹¹. Si ello es así, aunque no se manifieste de modo expreso que la CADH y las interpretaciones de la Corte IDH han de ocupar alguna ubicación jerárquica concreta en el ordenamiento doméstico —es cierto, no se dice—, pregonar su prevalencia produce como efecto práctico su traslación a la cúspide de todo el sistema nacional⁶⁹². Luego, importa poco que esta doctrina no dispute, formalmente, la posición a ocupar por las fuentes internacionales en el orden interno si, a fin de cuentas, igual han de prevalecer sobre éste.

Si ello es así, podríamos observar una serie de críticas contra tal versión ‘fuerte’ de la doctrina, pues se contrapone al concepto de la Constitución como norma de mayor rango en la cúspide del sistema normativo, que a su vez subordina a las demás fuentes del ordenamiento jurídico. Todo lo anterior, además, prescindiéndose de la ubicación y la modalidad de ingreso que cada Estado haya previsto para las fuentes internacionales, así como la diferencia de trato jurídico que hayan podido adoptar o no respecto de los tratados, por una parte, y de la jurisprudencia (sentencias) / doctrina (opiniones consultivas) de la Corte IDH, por otra parte. Pero no solo ello, si se advierte, puestas así las premisas de supremacía interamericana, el efecto dominó de consecuencias es mucho mayor. Veamos.

En concreto, si el ‘tratado’ y la ‘interpretación’ son considerados por la Corte IDH como equivalentes elementos al interior del *canon* de convencionalidad, cuya eficacia jurídica impone la preminencia sobre el derecho interno, luego, tenemos por lo menos

⁶⁹¹ Cf. S. SERRANO GUZMÁN Y OTROS, *El control de convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, cit., pp. 19-20.

⁶⁹² Cf. G. R. BANDEIRA GALINDO, “El valor de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, cit., pp. 241-244.

tres corolarios. El primero, que dichas exégesis serán, en la práctica, parte integrante del tratado, importando más –en adelante– lo que de él se interprete que lo que él –propiamente– pueda decir, ampliándose a la vez el repertorio de obligaciones internacionales contraídas por el Estado⁶⁹³, ya sin su previa anuencia, claro está. No valoramos ahora si dicho cambio es positivo o no, o si una determinada exégesis es acertada o no, solo constatamos el salto cualitativo entre el propósito originario en el SIDH –que apunta a considerar, por obvias razones ya expuestas, la hermenéutica de la Corte IDH– y la novedad que exige esta doctrina bajo análisis –el acatamiento de las exégesis interamericanas y/o su seguimiento como si de la propia CADH se tratase.

El segundo corolario, por reiterativo que fuere, es que la *supremacía constitucional* habrá sido superada, más allá de si así lo prevé o no el ordenamiento interno al tratar su relación con las fuentes del Derecho Internacional. En ocasiones, ello generará que, en lugar de una cohabitación de la fuente internacional con la Constitución, se produzca un desplazamiento⁶⁹⁴ –parcial o completo– y/o una subordinación de la Carta Fundamental respecto del tratado, pero también, de modo particular, respecto de la hermenéutica interamericana. El tercer corolario, como no podría ser de otro modo, es que el sistema de fuentes habrá mutado. Ya sea porque la Constitución y todo el ordenamiento deberá estar sustantivamente condicionado al *canon* de convencionalidad en su producción jurídica, o ya sea porque dicho *canon* habrá agregado paulatinos nuevos contenidos o

⁶⁹³ Véanse hasta 2017 las «actualizaciones» de la CADH hechas por las exégesis de la Corte IDH. Cf. Á. PAÚL, “The American Convention on Human Rights”, cit.

⁶⁹⁴ Habrá desplazamiento parcial en la medida en que existan supuestos en los cuales la Corte IDH aún no ha asentado una exégesis interpretativa o, aun habiéndola dado, ésta coincide con el nivel de protección otorgado a nivel nacional en virtud del ordenamiento interno (en este caso, para algunos autores, podríamos estar en un supuesto de coexistencia de ordenamientos). Por el contrario, habrá un desplazamiento total cuando no resulten compatibles el alcance o nivel de protección nacional y el interamericano, supuesto bajo el cual deberá privilegiarse el *canon* interamericano.

sentidos interpretativos de imperativa incorporación en el ámbito doméstico. Así, la idea de Constitución como única y suprema *norma normarum* habrá sido también superada.

El problema de este último corolario, entre otros, es que desconoce que es la Constitución, como *norma normarum*, la que ordena la ubicación y grado de incidencia de las fuentes de origen internacional, no la Corte IDH –de *motu proprio*– mediante la prevalencia estrictamente exigida a través del control de convencionalidad. De nuevo, de poco serviría mantener, formalmente, una potestad estatal para determinar la posición jerárquica de las fuentes internacionales si, en la práctica, dicha configuración es solo simbólica frente a la preeminencia exigida por el control de convencionalidad –supremacía internacional en los hechos.

Si bien para el derecho internacional existe una superioridad o prevalencia de las fuentes internacionales en el ámbito internacional –donde las normas y actos domésticos son meros hechos internos–, para el derecho nacional ello dependerá de la posición y grados de integración concedidos a las fuentes internacionales. En definitiva, se trata de un mismo asunto en dos mundos con recorridos paralelos que, por tanto, no pueden ignorarse el uno al otro. El problema de fondo es que, con la doctrina del control de convencionalidad, se pretende ignorar las regulaciones internas al respecto y forzar a los Estados a adoptar –en la práctica– un monismo con supremacía internacional, esto es, a decantarse en sede nacional por la superioridad de la fuente internacional por sobre todo el ordenamiento jurídico. Al respecto, con acierto ha afirmado en su momento la Comisión de Venecia que:

El principio del Estado de Derecho no impone una elección entre el monismo o el dualismo en el ámbito del derecho internacional, pero el principio de pacta sunt servanda tiene aplicación sin importar la forma en que se relacione el derecho internacional con el derecho doméstico. En cualquier caso, la completa implementación doméstica del sistema del derecho internacional es crucial. Cuando el derecho internacional es parte del derecho interno, las normas jurídicas son vinculantes de la misma forma como en los párrafos anteriores se hacía mención a la supremacía constitucional o de la ley (II. A. 2). esto no significa, sin embargo, que siempre deba existir una supremacía del orden internacional sobre la constitución o la ley común⁶⁹⁵.

En efecto, como hemos afirmado a lo largo de esta investigación, objetar la supremacía internacional no implica restar importancia al cumplimiento de las obligaciones internacionales contraídas, voluntariamente, por el Estado, más aún si de derechos humanos se trata y si atendemos al ya analizado artículo 27⁶⁹⁶ de la CVDT, en el segundo capítulo. Nuestra objeción supone, únicamente, que: a) la tesis de la supremacía internacional es solo una más al interior de las posturas en pugna, luego, no conforma la regla general *per se*; b) aun así, dicha tesis podría ser asumida por un Estado, pero, para que ello sea así, es preciso que, previamente, se haya adoptado una decisión interna en tal sentido; c) incluso en tal escenario, que no es el habitual en lo absoluto, es indispensable distinguir entre el tratado como fuente internacional creadora y la

⁶⁹⁵ COMISIÓN DE VENECIA, “Criterios de Verificación del Estado de Derecho (CDL-AD(2016)007rev), adoptados en su 106ª Sesión Plenaria (Venecia, 11-12 de marzo de 2016)”, cit., párr. 48.

⁶⁹⁶ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Artículo 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.*

jurisprudencia/doctrina como fuente auxiliar, salvo, claro está, que la decisión estatal conceda a estas últimas análogo valor que el tratado, asunto más infrecuente inclusive; d) aún en tal escenario, opinamos que no debería favorecerse una aplicación acrítica o automática de las exégesis sobre el tratado, salvo se haya renunciado del todo a participar domésticamente en la definición y comprensión de los contenidos de los derechos y libertades, impracticable a nuestro entender.

Si según hemos apreciado en el tercer capítulo, tal contexto de adopción de la supremacía internacional no tiene amplio asidero en los Estados estudiados, entonces, la incorporación de las fuentes internacionales dependerá del grado o nivel de integración que se haya establecido en cada país. En consecuencia, de cara a lo que nos ocupa, habrá tantos tipos de control de convencionalidad como niveles de incorporación existan entre los distintos Estados de la región. De allí que, con acierto, se afirme que:

(...) la operatividad de esta doctrina será legítimamente distinta en cada Estado parte de la C[ADH], pues existen legítimas diferencias en la manera en que los Estados reconocen competencias a sus autoridades (especialmente a sus jueces), porque existen diferentes niveles de reconocimiento del corpus juris interamericano en el derecho nacional de los Estados (algunos le reconocen grado supraconstitucional a las normas internacionales de derechos humanos, pero otros no), y porque existen distintos niveles de protección a los derechos humanos en el ámbito interno⁶⁹⁷.

⁶⁹⁷ GONZÁLEZ DOMÍNGUEZ, Pablo. “La relación entre la doctrina del control de convencionalidad y el derecho nacional”. *Cuestiones constitucionales*, no. 38, 2018, p. 225.

En última instancia, si a jerarquías nos quisiésemos referir, quizás en el derecho contemporáneo sea más propicio hablar de “acoplamiento” normativo que de “pirámide” normativa⁶⁹⁸, pues podría responder mejor al reconocimiento de un pluralismo jurídico donde interactúan distintos ordenamientos. Incluso así, debe admitirse un espacio en el cual el orden jurídico interno decida para sí el rango y los efectos de la norma internacional⁶⁹⁹, al punto que “debería existir la posibilidad, al menos en las democracias liberales, de limitar dentro del ordenamiento interno el efecto de una norma o de un acto derivado del derecho internacional que colisione de forma grave con principios constitucionales. Ello está en consonancia con la evolución del derecho internacional, y con la discutida legitimidad de determinados actos jurídicos internacionales”⁷⁰⁰. En ese sentido, culmina BOGDANDY afirmando que, de tener éxito la doctrina de control de convencionalidad, la Corte IDH dejaría de ser una institución internacional para convertirse en una institución supranacional –como la Unión Europea, por ejemplo.

De esta manera, para acabar esta sub-sección, no podríamos dejar de mencionar que consideramos desacertada⁷⁰¹ la tesis por la cual, si un Estado no está dispuesto a allanarse

⁶⁹⁸ Cf. A. VON BOGDANDY, “Pluralism, direct effect, and the ultimate say: On the relationship between international and domestic constitutional law”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 6, 3-4, 2008, pp. 397-404, fecha de consulta 17 mayo 2021, en <https://doi.org/10.1093/icon/mon015>.

⁶⁹⁹ Sostiene el autor que la interpretación conforme y el efecto directo, como doctrinas que demarcan la relación entre el derecho interno y el internacional, requerirían una re-conceptualización, considerando que –según el enfoque del Tribunal Constitucional Federal alemán (sentencia *Görgülü*): a) una aplicación mecánica del derecho internacional que no considere el contexto interpretativo general de la Constitución interna podría terminar afectando derechos fundamentales; b) el efecto directo no depende de la determinación de las disposiciones del derecho internacional; y, c) debe sustentarse un equilibrio entre los principios de cooperación internacional, gobierno democrático, subsidiariedad y la protección de los derechos fundamentales. Cf. A. VON BOGDANDY, “Del paradigma de la soberanía al paradigma del pluralismo normativo. Una nueva perspectiva (mirada) de la relación entre el derecho internacional y los ordenamientos jurídicos nacionales”, cit., pp. 27-30.

⁷⁰⁰ *Ibid.*, p. 40.

⁷⁰¹ Cf. J. L. RODRÍGUEZ; C. ORUNESU, “Tres paradojas sobre el control de convencionalidad”, cit., p. 129.

a la exigencia de la supremacía interamericana, le queda solo denunciar la CADH⁷⁰². Partiéndose de una consideración axiológica, se argumenta para ello que un bien común internacional –regional en este caso– resulta superior a un bien común nacional; por tanto, no quedaría más que aceptar la prevalencia de la CADH sobre la Constitución, según lo plantea la doctrina del control de convencionalidad⁷⁰³. Pero, este razonamiento yerra en dos sentidos, uno de carácter lógico y otro de corte jurídico.

En el *sentido lógico*, cae en un argumento *non sequitur*, en tanto que de las premisas no se sigue la conclusión. Incluso si coincidiésemos en afirmar que el bien común regional es mejor que el bien común nacional, de ello no se sigue que un tratado (y la exégesis interpretativa de su tribunal) tenga supremacía jerárquica sobre una Constitución, toda vez que la determinación de dicho asunto escapa de una valoración meramente axiológica y responde, más bien, a una de carácter jurídico. De esta manera, en el *sentido jurídico*, el grado de recepción del control de convencionalidad en el ámbito interno dependerá de las previsiones constitucionales referidas a la posición de los tratados (y la exégesis interpretativa).

Además, dicha tesis omite tener en cuenta que es posible ser parte de la CADH y no haber aceptado la competencia contenciosa de la Corte IDH (artículo 62 de la CADH), como sucede, actualmente, con Granada, Dominica o Jamaica. Aseverar la supremacía de la CADH en razón de la doctrina del control de convencionalidad, nos llevaría al absurdo de afirmar que dicho tratado –y sus interpretaciones– prevalece solo sobre las

⁷⁰² Cf. N. P. SAGÜÉS, “Obligaciones internacionales y control de convencionalidad”, *Estudios constitucionales*, vol. 8, 1, 2010, p. 125, fecha de consulta 9 marzo 2021, en <https://bit.ly/3o8T7NH>.

⁷⁰³ Cf. *Ibid.*, pp. 124-125.

Constituciones de aquellos Estados que han reconocido la competencia contenciosa de la Corte IDH, no necesariamente así para quienes no hayan realizado tal reconocimiento. Ello pues, sería aún peor consentir que dicha supremacía interamericana es igual para todos, también para aquellos países que no reconocen competencia a la Corte IDH, órgano creador de la doctrina que hace tal pretensión de supremacía viable.

En tal caso, incluso si la denuncia del tratado fuese el único camino a tomar –que no lo es–, bien podría procederse de tal manera (artículo 78 de la CADH) –no hay modalidad para retirar, únicamente, el reconocimiento hecho a la competencia contenciosa de la Corte IDH– y, tras su concreción final, volver a ratificarlo, pero sin reconocer esta vez competencia alguna a la Corte IDH. Camino no sugerido, pero jurídica y políticamente posible. De igual modo, no resulta preciso, pues la propia CADH prevé su no aplicación cuando otros instrumentos internacionales o el ordenamiento interno otorguen una mayor protección a un determinado derecho, en atención al principio *pro homine* (artículo 29.b de la CADH).

b) Efectos en la Constitución como norma rígida

Como hemos visto, la modificación de las normas constitucionales supone un procedimiento especial cuyo fin no es otro que otorgarles una cierta estabilidad jurídica o rigidez que garantice, realmente, su carácter supremo en el ordenamiento, evitándose así que esté a merced de cualquier cambio. De esta manera, de cara a preservar el pacto constituyente, habitualmente, suelen exigirse mayorías cualificadas o amplios consensos

para su modificación, añadiéndose en ocasiones referéndums de ratificación que permitan la participación directa de la ciudadanía.

En el derecho comparado, por ejemplo, cobra especial sentido la rigidez de los procedimientos de reforma constitucional, en tanto provee una “garantía política del mantenimiento de su carácter consensuado e integrador, así como una garantía jurídica de su fuerza normativa superior”⁷⁰⁴. Se evita de este modo que mayorías políticas de turno, poderes constituidos o, incluso, pactos entre fuerzas políticas, adopten decisiones fundamentales para la comunidad política, sin favorecer amplios consensos, acotando el contenido de la reforma u obviando el sometimiento a debidas reglas y contrapoderes⁷⁰⁵, respectivamente.

Si ello es así, una Constitución no debería ser modificada sino solo, respetándose los cauces procedimentales establecidos previamente para la reforma constitucional. La doctrina del control de convencionalidad, sin embargo, alberga la posibilidad de sortear tal recorrido si la Corte IDH o un órgano del Estado –usualmente, un Tribunal Constitucional o una Sala Constitucional en el Poder Judicial– decide emplear dicha herramienta y, tras concluir –con acierto o no– una incompatibilidad, hace prevalecer al canon convencional con efecto directo sobre el ordenamiento interno. Este devenir tiene toda coherencia si, como hemos apuntado en el título anterior, la Constitución como norma suprema y *norma normarum* es materia objetada por la doctrina bajo análisis.

⁷⁰⁴ J. M. CASTELLÀ ANDREU, “Representación y participación en la reforma constitucional: una visión de conjunto”, en Josep Maria Castellà Andreu (ed.) *Parlamento, ciudadanos y entes territoriales ante la reforma constitucional: ¿quién y cómo participa?*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 19.

⁷⁰⁵ Cf. *Ibid.*

Lo propio en un escenario de real conflicto normativo entre el canon convencional y el constitucional –asumiendo para este ejemplo que este primero es más protector, que la hermenéutica que acompaña al tratado es razonable y sólida, que la interpretación conforme no es posible, etc., y/o que este segundo vulnera claramente un derecho humano que hace parte del compromiso internacional–, como decíamos, lo correcto en un ámbito como aquel sería que se activen a la brevedad los mecanismos establecidos para la reforma constitucional. Pero, nuevamente, si la doctrina creada por la Corte IDH admite la autoejecutabilidad, efectos generales, obligatoriedad y prevalencia del canon convencional, así como el deber de las autoridades internas de actuar en consecuencia ejerciendo un control de validez y, como si fuese poco, minusvalorando en la práctica – lo veremos más adelante– los procedimientos democráticos –sea porque no siempre son inmediatos, porque suponen en ocasiones debate en contra, por un prejuicio de necesaria irracionalidad e irrazonabilidad asociado a las mayorías, etc.–, parece ser que la rigidez prevista para la Constitución está, claramente, en entredicho. Así las cosas, puede producirse una degradación de la Constitución como norma rígida, cuando no una afrenta al ejercicio del principio democrático, nada más y nada menos que un tema tan importante, pero a la vez amplio y discutible como los derechos humanos.

No en vano, pese a ser favorable a la doctrina del control de convencionalidad, reconoce REY CANTOR⁷⁰⁶ que se dan dificultades en torno a la “teoría del Poder Constituyente”. En efecto, si éste comprendemos aquella “competencia, capacidad o

⁷⁰⁶ Cf. E. REY CANTOR, “Jurisdicción constitucional y control de convencionalidad de las leyes”, en *Memoria X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional: (Lima, 16-19 de septiembre de 2009)*, Vol. 2, Tom 2, 2009 (*Memoria del X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*), ISBN 978-612-4037-07-8, p. 623-636, IDEMSA, Lima, 2009, p. 769, fecha de consulta 25 febrero 2021, en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6495945>.

energía para constituir o dar Constitución al Estado, es decir, para organizarlo, para establecer su estructura jurídica-política”⁷⁰⁷, naturalmente, hay interrogantes por hacer. Por ejemplo, “¿Se limitaría este poder de dar Constitución al Estado o reformarla con los fallos de la Corte Interamericana? ¿Cuáles serían los órganos que activarían la iniciativa Constituyente? ¿El constituyente primario o el secundario, o la Corte Interamericana creada por los Estados que celebraron la Convención Americana?”⁷⁰⁸. En suma, acierta dicho autor cuando asevera que no cabe duda que la doctrina del control de convencionalidad creada por la Corte IDH produce una doble erosión:

(...) al principio de la Supremacía de la Constitución y a la teoría del ‘Poder’ Constituyente, teniendo como fuente el pueblo ‘soberano’, porque es claro que no goza de ‘supremacía’ una Constitución que eventualmente podrá ser objeto de un Control de Convencionalidad en sede internacional frente a un tratado internacional, porque incorpora en la Carta Política una norma inconstitucional incompatible con el tratado [o con la propia jurisprudencia de la Corte IDH] y, por consiguiente, ese ‘poder’ Constituyente dejaría de ser incondicionado e ilimitado, supremo, superior y único (...)”⁷⁰⁹.

En la línea de lo indicado, si puede resultar discutible jurídicamente la eventual aceptación de un control que tenga como objeto a la Constitución y como parámetro al tratado –por la sumisión jerárquica y las consecuencias que supone–, resulta aún más

⁷⁰⁷ G. J. BIDART CAMPOS, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino: El derecho internacional de los derechos humanos y la reforma constitucional de 1994 (Nueva ed. ampliada y actualizada. 1995)*, Ediar, 1995, p. 189.

⁷⁰⁸ E. REY CANTOR, “Jurisdicción constitucional y control de convencionalidad de las leyes”, cit., p. 769.

⁷⁰⁹ *Ibid.*

cuestionador que dicho control pueda llegar a modificar una Carta Política –expresión máxima del poder constituyente– ya no en razón del tratado, sino de: 1) la exégesis emitida por siete jueces sin legitimidad democrática directa, 2) cuya función es, además, ejercida sin conocimiento pleno del ordenamiento jurídico del Estado al que cambian de Norma Superior, y, 3) sin contar siquiera con competencia –a diferencia de los jueces constitucionales– para interpretar y supervisar el cumplimiento de la Carta Fundamental. Se dirá en cuanto a este último punto que el juez interamericano no hace ello, sino solo coteja la norma o acto interno con las obligaciones contraídas por el Estado y contenidas en la CADH. Ello es cierto e inherente a la labor que desempeña la Corte IDH, pero también es verdad que, si la judicatura constitucional de un Estado insiste frente a ella en una determinada decisión, a lo mejor no se trate de un empecinado ánimo de vulnerar los derechos humanos, sino más bien de tutelarlos, probablemente, bajo una lectura diferente y posible –aunque no indiscutible– de éstos. Un empeño por desconocer un marco como aquel, termina por –más que interpretar– enmendar de *motu proprio* la Constitución.

Lo anterior, por supuesto, situándonos en un escenario en el que, de una parte, nos hallemos frente a un Estado de Derecho propiamente hablando y, de otra, nos encontremos ante una decisión de la Corte IDH que no padezca de un voluntarismo exegético cuestionable, sea porque sus procedimientos para razonar son poco rigurosos, sea porque desbordan sus límites competenciales, entre otros. Asimismo, sin ingresar ahora a considerar la potencial bondad o perjuicio generado por dicho cambio constitucional que, así como podría ser acertado por la protección que provee, podría también ser pernicioso si el estándar previsto en la Carta era superior.

Traer a colación, de modo breve, algunos ejemplos, podría ser de utilidad para apreciar mejor este asunto. Ciertamente, con anterioridad, la Corte IDH ha declarado la responsabilidad internacional de algún Estado por mantener disposiciones constitucionales consideradas contrarias a la CADH⁷¹⁰. En tales casos –previos a la creación de la doctrina en estudio–, el camino a tomar era, como hemos manifestado ya, accionar los procedimientos de reforma constitucional y atravesar su recorrido. Así, por ejemplo, lo hizo Chile en 2001⁷¹¹ para modificar su Constitución (artículo 19) y con ello eliminar la censura previa cinematográfica, tras la sentencia de la Corte IDH en el caso *Olmedo Bustos y otros vs. Chile*. Trayecto distinto adoptó Trinidad y Tobago, que denunció la CADH en 1998. Si bien las sentencias interamericanas llegaron a este país en momento posterior, dado el procedimiento previo ante la CIDH, era previsible que se pediría realizar un cambio constitucional y, en efecto, así fue. En concreto, respecto de la sección 6 de la Constitución, pues prevé una “cláusula de exclusión” que hace inimpugnables ciertas leyes pre-existentes a la Carta Fundamental, entre ellas una que establece la pena de muerte como respuesta inmediata a cualquier tipo homicidio intencionado. Fuere como fuere, Trinidad y Tobago no hace ya parte de la CADH y, lamentablemente, no parece haberse realizado cambio constitucional alguno.

La novedad que trae, sin embargo, la doctrina del control de convencionalidad consiste en endosar a todas las autoridades nacionales la misión *ex officio* de someter su Constitución bajo un examen de convencionalidad, acatando la plenitud del *canon*

⁷¹⁰ Corte IDH. *Caso "La Última Tentación de Cristo"(Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile*. Op. Cit., párrs. 72-73; *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros Vs. Trinidad y Tobago*. Op. Cit., párr. 152(c); *Caso Caesar Vs. Trinidad y Tobago*. Op. Cit., párrs. 115-117.

⁷¹¹ Cf. B. IVANSCHITZ BOUDEGUER, “Un estudio sobre el cumplimiento y ejecución de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por el Estado de Chile”, *Estudios constitucionales*, vol. 11, 1, 2013, Universidad de Talca. Centro de Estudios Constitucionales, pp. 290-292, fecha de consulta 18 mayo 2021, en <https://bit.ly/3opwi8B>.

interamericano ya establecido. Con ello, no resulta muy difícil imaginar un contexto en el que pueda producirse una modificación constitucional, aunque esquivándose los procedimientos jurídicos pre-establecidos para encauzar, debida y democráticamente, la reforma de la Constitución.

Lo sucedido en Ecuador en 2019⁷¹² es buen ejemplo. En concreto, pese a la explícita reserva varón-mujer que el art. 67⁷¹³ de la Constitución ecuatoriana hace del matrimonio y a la ya prevista unión civil de entonces para personas del mismo sexo, la Corte Constitucional del país aseveró⁷¹⁴ que dicha lectura era restrictiva y discriminatoria. En razón de ello, utilizando la ya mentada OC-24/17, en la que la Corte IDH instó a los Estados de la región a legalizar el matrimonio entre personas del mismo sexo⁷¹⁵, realizó un control de convencionalidad y una interpretación evolutiva –considérese que la Carta Fundamental del Ecuador es de 2008– para, en adelante, comprender como incorporadas en la regulación matrimonial a las uniones entre personas del mismo sexo. Todo ello, por supuesto, prescindiendo de la imperativa reforma constitucional que, en tal caso, se requería⁷¹⁶. Por tanto, no solo soslayando un mecanismo que asegura el carácter rígido de la Constitución, sino, además, realizando en ella una “mutación arbitraria que destruye la supremacía de la Ley Fundamental” y sustituye a la Asamblea Nacional ecuatoriana, que

⁷¹² Cf. B. MARCHECO ACUÑA, “El constitucionalismo de los derechos y los límites de la interpretación constitucional. A propósito de las sentencias sobre matrimonio igualitario en el Ecuador”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 119, 2020, p. 192 y ss., fecha de consulta 14 febrero 2021, en <https://bit.ly/3hzEDoJ>.

⁷¹³ Constitución del Ecuador. Artículo 67: *El matrimonio es la unión entre hombre y mujer, se fundará en el libre consentimiento de las personas contrayentes y en la igualdad de sus derechos, obligaciones y capacidad legal.*

⁷¹⁴ Cf. Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 11-18-CN/19 (matrimonio igualitario). FJ. 127-128, 291-295

⁷¹⁵ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-24/17. Op. Cit., párrs. 218-227.

⁷¹⁶ Cf. B. MARCHECO ACUÑA, “El constitucionalismo de los derechos y los límites de la interpretación constitucional. A propósito de las sentencias sobre matrimonio igualitario en el Ecuador”, cit., pp. 191-196.

es el “órgano competente para dicha reforma”⁷¹⁷. En su momento, ATIENZA, coincidiendo con el tema de fondo, pero discrepando anticipadamente con una tesis neoconstitucionalista que lleve —en sus palabras— a un “activismo” respecto del mencionado artículo 67 de la Constitución del Ecuador, señaló que:

*Es cierto que de esa manera puede lograrse una solución justa para ese caso, pero no se puede desconocer que al proceder así se están sacrificando también valores muy importantes. Si el Derecho (esta sería una de las tesis del neoconstitucionalismo) no consiste ya en reglas, en pautas específicas de comportamiento, sino en principios y valores (que por definición tienen un carácter abierto), ¿podemos tener alguna seguridad para saber qué es lo que el Derecho establece a propósito de lo que sea? Y si no tuviéramos esa seguridad, ¿no estarían en riesgo también nuestras libertades, puesto que sus límites dejarían de ser precisos? ¿Qué pasa con el estado de derecho y con la división de poderes? ¿No supone lo anterior colocar a los jueces por encima de los legisladores, esto es, a quienes no han sido elegidos democráticamente por encima de los representantes de la “voluntad popular”? ¿No estaríamos, en definitiva, abriendo las puertas a la arbitrariedad?*⁷¹⁸

Y razón no le falta, más aún si consideramos lo que estamos intentando demostrar aquí, aunque desde la doctrina del control de convencionalidad. Si se quiere, parecido

⁷¹⁷ Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 11-18-CN/19 (matrimonio igualitario). Voto salvado de los magistrados Salgado, Corral, Herrería y Nuques. FJ. 2-4, 12-15 y 95.

⁷¹⁸ M. ATIENZA, “Más allá del neoconstitucionalismo y del formalismo”, *ElUniverso.com*, 2013, fecha de consulta 9 febrero 2021, en <https://bit.ly/39akTDE>.

caso se dio al interior del Tribunal Constitucional peruano en 2020⁷¹⁹, según hemos narrado en el capítulo precedente, teniéndose como referente a la mencionada OC-24/17. No obstante, el recurso no prosperó por diferencia de 4 contra 3 votos. Ahora bien, ciertamente, ha aclarado la Corte IDH que el control de convencionalidad debe realizarse de acuerdo a las respectivas competencias y regulaciones procesales correspondientes de las autoridades⁷²⁰. Pero también es verdad que, por más que así se afirme, en la práctica, la Corte IDH pide a las autoridades ir más allá.

Ejemplos de ello podrían ser los ya citados casos *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica* y *Gelman vs. Uruguay*, salvando las distancias entre un Estado partícipe o no en un litigio –nuestra intención ahora reside en constatar si se promueve o no el respeto de las competencias que cada autoridad nacional tiene. En el caso *Artavia Murillo*, correspondía solo al parlamento costarricense –principio democrático– dar cumplimiento a parte de la sentencia de fondo –regular la FIV. La Corte IDH, no obstante, reprobó a la Sala Constitucional de la Corte Suprema no haber tomado cartas en el asunto cuando tuvo la oportunidad y, en cambio, congratuló al Poder Ejecutivo haber emitido un Decreto Legislativo –declarado luego inconstitucional– resolviendo este asunto. Esto, de todos modos, lo veremos de modo más detallado y extendido en la sección referida a la ‘División de los Poderes’. En dicha línea, una análoga postergación a la sustanciación del principio democrático se dio también en el caso *Gelman*. Ello pues, la Corte IDH declaró nula toda la *Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado*, no importando que, en su momento, un referéndum y un plebiscito la hayan –indirectamente– apoyado, ni que

⁷¹⁹ Tribunal Constitucional del Perú. *Caso Óscar Ugarteche Galarza*. Sentencia de 3 de noviembre de 2020. EXP. N.º 01739-2018-PA/TC.

⁷²⁰ Corte IDH. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú*. Op. Cit., párr. 128.

la Suprema Corte de Justicia la haya confirmado su constitucionalidad total –en un primer momento– y, años más tarde, haya declarado nulos algunos de sus artículos medulares.

En uno u otro caso, parece ser que las competencias de los órganos y/o autoridades nacionales no supusieron, necesariamente, un límite de actuación en las expectativas por la Corte IDH. Es más, tampoco hubo –siquiera– un discernimiento sobre el ejercicio del principio democrático, más allá de situarlo ante una directa y escogida contraposición con la idea de “derechos humanos”, cuestión que, seguidamente, tuvo un claro ganador para la Corte IDH. En definitiva, todo lo señalado en esta sub-sección no deja otra impresión que la de avizorar la característica rígida de la Constitución como, cada vez, más maleable en manos de particulares modos de actuación de un tribunal constitucional, cuando no de la propia Corte IDH. Aprovechándose para ello no solo, pero también, la doctrina del control de convencionalidad.

c) Efectos en la Constitución como canon de validez

De acuerdo con lo visto anteriormente sobre el Estado Constitucional de Derecho, la Constitución conforma un criterio legitimador y validador de cualquier disposición jurídica al interior del ordenamiento; con lo cual, el contenido formal y material del resto de normas debe adecuarse a ella. Sin embargo, según la versión ‘fuerte’ de la doctrina en estudio, el parámetro de validez lo ha de conformar ya no solo la Constitución, sino también el *canon* de convencionalidad, incluidas las exégesis de la Corte IDH. Ello, considerado conjuntamente con la superada visión –que esta doctrina pretende– de la Constitución como norma suprema, *norma normarum* y norma rígida, naturalmente,

produce que, al final de cuentas, sea solo el *canon* interamericano –y, particularmente, la *norma convencional interpretada*, es decir, la hermenéutica de la Corte IDH– el que, de modo real y efectivo, haga las veces de parámetro de validez normativo e interpretativo.

En efecto, según FERRER MAC-GREGOR⁷²¹ y MONTERISI⁷²², cada resolución de la Corte IDH no solo ha de desplegar sus efectos de *res judicata* o cosa juzgada –carácter definitivo, inapelable y obligatorio de la sección resolutive de una sentencia para las partes en el proceso– sino también sus efectos de *res interpretata* o cosa interpretada –carácter irradiador, expansivo o indirecto de la hermenéutica de una sentencia u opinión consultiva, indistintamente de si se hizo parte del proceso o si se solicitó aquella OC. En análogo sentido se han manifestado también otros autores⁷²³. En esta línea, por ejemplo,

⁷²¹ Véase la postura de dicho autor en los términos de *res judicata* y *res interpretata*: Caso *Liakat Ali Alibux Vs. Surinam*. Op. Cit. Voto razonado del juez Ferrer Mac-Gregor. Párr. 86. En el mencionado párrafo el juez se refirió a lo argumentado por la Corte IDH en la resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia del caso *Gelman vs. Uruguay* (párrafos 67 y siguientes). La cita exacta es la siguiente: 86. Asimismo, la Corte IDH ha señalado que la jurisprudencia interamericana o la “norma convencional interpretada” tiene una doble vinculación: una relacionada al caso particular (*res judicata*) dirigida al Estado que ha sido parte material en el proceso internacional; y otra que a la vez irradia efectos generales para los demás Estados Parte de la Convención Americana como una cuestión interpretada (*res interpretata*). Lo anterior resulta de especial importancia para el “control de convencionalidad”, dado que todas las autoridades nacionales conforme a sus respectivas competencias y las regulaciones procesales correspondientes deben llevar a cabo este tipo de control, siendo útil también para el cumplimiento de resoluciones del Tribunal Interamericano.

⁷²² El autor indica que “La sentencia dictada por la Corte Interamericana en el caso concreto es de obligatorio cumplimiento para los Estados que han sido partes en el proceso, es decir, con efecto directo hacia el Estado condenado. Asimismo, expresamos que en virtud del control de convencionalidad que deben llevar a cabo los jueces internos esa jurisprudencia —establecida en el caso particular— se expande, bajo el perfil de cosa interpretada, a todos los Estados plegados al Pacto de San José que hayan reconocido la competencia de la Corte regional”. Cf. R. MONTERISI, “La Corte Interamericana de Derechos Humanos y el impacto de sus sentencias”, *Revista Jurídica Argentina La Ley*, 2012, p. 756, fecha de consulta en <https://bit.ly/3yoHsPe>.

⁷²³ V. BAZÁN, “Control de convencionalidad, tribunales internos y protección de los derechos fundamentales”, *Revista Jurídica Argentina La Ley*, 2014, (AR/DOC/4793/2013), pp. 763, 767-768, fecha de consulta en <https://biblioteca.mpf.gov.ar/meran/opac-detail.pl?idI=32414>; Cf. J. REVIRIEGO, “Algunos aspectos sobre el activismo judicial: función conciliadora, tutelas preventivas y control de convencionalidad”, en *Nuevas herramientas procesales*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2013, p. 66; N. TORRES ZÚÑIGA, “El control de convencionalidad: alcances y características: algunos aspectos de su aplicación en la práctica del Tribunal Constitucional peruano y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Pontificia Universidad Católica del Perú*, 2013, Pontificia Universidad Católica del Perú, Departamento Académico de Derecho. Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica (Cuaderno de Trabajo N° 6 (Nueva serie). Departamento Académico de Derecho PUCP: Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica (CICAJ)), pp. 13-14, fecha de consulta 25 febrero 2021, en

refiriéndose al contexto argentino, PIZZOLO⁷²⁴ ha manifestado que “[p]ara ser aplicada la norma jurídica [en este caso, norma internacional] requiere de la *mediación* de un intérprete que establezca su sentido, o lo que es lo mismo, su aplicación en el caso en cuestión”, de esta forma, dicho intérprete “es el órgano de la aplicación del derecho”; *ergo*, así como la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina es el intérprete final de la Constitución, los organismos internacionales de control lo son respecto de sus correspondientes normas convencionales. Esto sería así, pues, tratándose de “obligaciones internacionales cuyo [in]cumplimiento generan responsabilidad internacional y la consiguiente obligación de reparar, el Estado no puede, a través de uno de sus poderes, crear la *medida* de su cumplimiento”. De ese modo, concluye que:

Los organismos internacionales de control, como producto de su intervención en salvaguarda de los derechos humanos tutelados, producen su propia jurisprudencia a la cual, en sentido amplio, llamamos jurisprudencia internacional. Es ésta, por oposición a cualquier jurisprudencia interna, la que debe ser seguida de forma inexcusable en la interpretación del articulado de los instrumentos internacionales. Las interpretaciones propias producto solo de la voluntad de los jueces locales, por tanto, deben ser rechazadas. Lo anterior no significa quitar a la CSJN el papel de gran interpretador de BCF (bloque de constitucionalidad federal) en ausencia de una jurisdicción constitucional

<http://repositorio.pucp.edu.pe/index/handle/123456789/28790>; X. L. ROMERO PÉREZ, *Vinculación de las resoluciones judiciales de la Corte interamericana*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá (Colombia), 2011, pp. 84, 90-91; E. REY CANTOR, “Jurisdicción constitucional y control de convencionalidad de las leyes”, cit. p. 768; J. C. REMOTTI CARBONELL, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*, cit., pp. 291-292.

⁷²⁴ Cf. C. PIZZOLO, “La relación entre la Corte Suprema de Justicia y la Corte Interamericana de Derechos Humanos a la luz del bloque de constitucionalidad federal”, en *El control de convencionalidad*, Ediar, Buenos Aires, Argentina, 2008, pp. 195-197.

*reglada. Lo que se rechaza es que, tal función, se lleve a cabo desconociendo la jurisprudencia internacional. Esta, como vimos, representa la medida del cumplimiento de las obligaciones internacionales*⁷²⁵.

Los razonamientos antes presentados son notoriamente lúcidos y no dejan de tener lógica de cara a garantizar que exista un canon uniforme y mínimo de protección de derechos en los distintos países americanos. No obstante, por más que podamos coincidir con dichos objetivos, un argumento finalista o teleológico no resulta suficiente para pasar por alto las reglas de competencia y atribución existentes; dicho en otras palabras, el pragmatismo no puede suponer de ningún modo sacrificar los parámetros de limitación del poder pues, de lo contrario, estaríamos avalando que los objetivos valen más que las formas o medios para lograrlo (con los riesgos que ello puede significar).

Considerando lo dicho, conviene recordar que, al interior del Derecho Internacional Público, los órganos creados se rigen por las competencias y funciones plasmadas en los tratados que les dieron vida y que también determinaron la naturaleza de sus pronunciamientos. Es decir, los tribunales internacionales son órganos de competencia limitada según lo prescrito por sus tratados constitutivos⁷²⁶. Bajo esa inteligencia, así pudiese ser muy razonable tener por vinculantes a las interpretaciones dadas por la Corte IDH, lo cierto es que sus exégesis no gozan en estricto sentido de tal naturaleza jurídica, toda vez que no le fue concedido tal valor en la CADH. Asimismo, desde la perspectiva

⁷²⁵ *Ibid.*, pp. 198-199.

⁷²⁶ Cf. W. M. REISMAN, "Has the International Court Exceeded its Jurisdiction?", *American Journal of International Law*, vol. 80, 1, 1986, Cambridge University Press, p. 128, fecha de consulta 14 mayo 2021, en <https://www.cambridge.org/core/journals/american-journal-of-international-law/article/abs/has-the-international-court-exceeded-its-jurisdiction/7FA593EEDA4849EF12D08E783C6ED032>.

constitucional, incluso si se quisiese hacer efectiva la aplicación del control de convencionalidad en su versión ‘fuerte’, no bastaría la habilitación unilateral hecha por parte de la Corte IDH. Sería preciso, en cambio, una atribución interna de tal grado de incidencia para la hermenéutica interamericana, cuando no, un reconocimiento de competencias para aquellos órganos que han de efectuar tal control de validez⁷²⁷.

En resumidas cuentas, la mera formulación de la doctrina del control de convencionalidad por parte de la Corte IDH no resulta suficiente para que sus interpretaciones constituyan en canon de validez sobre el ordenamiento nacional. Así, dirá KELSEN que, incluso los Tribunales Constitucionales no pueden inaplicar una norma interna que contravenga una norma internacional si es que ésta no se encuentra incorporada al ordenamiento a través de un reconocimiento expreso de la propia Constitución (menos aún, inaplicar un dispositivo constitucional, ni que decir ya si ello se diese no en atención tratado, sino a una pretendida sujeción forzosa a la hermenéutica de la Corte IDH). En concreto, lo manifiesta de este modo:

Por muy deseable que fuera ver que todas las Constituciones recibieran - siguiendo el ejemplo de las Constituciones alemana y austriaca- las reglas del Derecho Internacional general, de manera que permitan su aplicación por un

⁷²⁷ Cf. P. CONTRERAS VÁSQUEZ, “Análisis Crítico del Control de Convencionalidad”, en Manuel Núñez Poblete (ed.) *La internacionalización del Derecho Público: actas XLII Jornadas Chilenas de Derecho Público*, 1a edición, Thomson Reuters, Santiago, Chile, 2015, pp. 455-456. A modo de ejemplo, podemos citar la aprobación legislativa del *Human Rights Act* de 1998 en el Reino Unido, a través de la cual los jueces domésticos obtuvieron la competencia no solo para realizar una interpretación conforme sino, también, para controlar la compatibilidad entre las normas internas y el CEDH. Si bien se trata de un control “débil” toda vez que no invalida la norma, sino que traslada al parlamento su necesidad de reforma – entendible bajo el modelo clásico del parlamentarismo inglés–, lo cierto es que tales facultades no provinieron de una repentina auto-atribución judicial ni, menos aún, de un encargo o tarea encomendada por los jueces del TEDH, sino del parlamento.

Tribunal Constitucional estatal, es necesario, no obstante, reconocer que, a falta de este reconocimiento, nada autorizaría jurídicamente al Tribunal Constitucional a declarar una ley contraria al Derecho Internacional. Pero si eso sucediese, la competencia del Tribunal Constitucional se detiene ante una ley de revisión de la Constitución. Ciertamente que, de hecho, es posible que una jurisdicción constitucional aplique las reglas del Derecho Internacional aún en estas dos hipótesis. Pero en este caso, la jurisdicción constitucional ejercería una función que ya no encontraría su justificación jurídica en el cuadro del ordenamiento estatal. Una ley constitucional no puede atribuir esta competencia al Tribunal Constitucional. Un Tribunal Constitucional que anulara una ley constitucional o incluso, a pesar de la no recepción de las reglas del Derecho Internacional, una ley ordinaria, por violación a las reglas del Derecho Internacional, no podría jurídicamente seguir siendo considerado como un órgano del Estado cuya Constitución lo ha creado, sino como el órgano de una comunidad jurídica superior a este Estado. Y además solo por sus intenciones, porque la Constitución de la comunidad jurídica internacional no contiene ninguna norma que faculte a un órgano estatal a aplicar las normas del Derecho Internacional general⁷²⁸.

De ese modo, para que sea aplicable el control de convencionalidad y su respectivo *canon* interamericano, a modo de un parámetro de validez normativo e interpretativo en sede nacional, resulta imprescindible la existencia de una atribución constitucional que así lo determine; caso contrario, por más que lo establezca la propia Corte IDH, con toda la autoridad que amerita, no será aplicable, al menos de esa manera o bajo esa

⁷²⁸ H. KELSEN, “La garantía jurisdiccional de la Constitución (la Justicia Constitucional)”, cit., p. 286.

comprensión. La razón de fondo es muy concreta. Si con la doctrina del control de convencionalidad hemos ya desmontado la idea de Constitución como norma suprema, *norma normarum* y norma rígida, consecuencia corriente es que el *canon* interamericano –incluida la hermenéutica de la Corte IDH– termine siendo el único parámetro de validez de todo el ordenamiento jurídico, estando de más –en adelante– hablar de la Constitución como el canon de validez al interior del derecho local.

d) Efectos en la Constitución como norma vinculante

Por último, la Constitución cuenta con una fuerza normativa vinculante que irradia a todo el ordenamiento jurídico, a todos los poderes públicos y a todos los ciudadanos (principio de constitucionalidad). Pese a ello, con la doctrina del control de convencionalidad tal cualidad es puesta en duda, toda vez que se conciben contextos en los cuales la Carta Fundamental no sea siempre vinculante u obligatoria para sus destinatarios. En concreto, cada vez que la Corte IDH considere que una Constitución difiere con su *canon* convencional.

Lo anterior, quizás, tendría sentido en claros escenarios de incompatibilidad entre la norma constitucional y la obligación internacional contraída y prevista en la CADH. Citamos hace poco los casos *Olmedo Bustos y otros vs. Chile* –censura previa cinematográfica– e *Hilaire Constantine y otros vs. Trinidad y Tobago* –pena de muerte indiscriminada. Pero, en ocasiones, no se trata de desavenencias constitucionales con la CADH, sino con la hermenéutica interamericana. Por supuesto, si se tratase de casos en los que la aplicación del principio *pro homine* hiciese imperativa la apuesta por la

exégesis de la Corte IDH, respetándose para ello los cauces competenciales domésticos (una interpretación conforme, una reforma constitucional, etc.), no debería haber problema. Es decir, situaciones en las que la autoridad interna, valorando la mejor protección de un derecho humano en el ámbito interamericano, activase los mecanismos domésticos necesarios para hacer prevalecer dicho estándar internacional ante una determinada disposición o interpretación constitucional. Ahora bien, considérese que, incluso este escenario puede ser problemático pues muchas veces la interpretación más favorable de un derecho puede llevar consigo la menor protección de otro o de un bien que goza asimismo de protección constitucional. Piénsese, por ejemplo, en ponderar la libertad de expresión en ventaja contra el honor y viceversa.

Pero, ¿y si no fuese así?, ¿de todos debería prevalecer el canon interamericano si la controversia reside más en la exégesis hecha por la Corte IDH que, propiamente, en la CADH? De acuerdo a la doctrina del control de convencionalidad, todo indica que sí, pues las interpretaciones de este órgano *–res interpretata–*, hacen una especie de parte integrante del tratado, de allí al término *norma convencional interpretada*. Si así fuese, sean o no acertadas, convincentes y sólidas las mentadas exégesis interamericanas, deberían igual tener preminencia sobre el canon constitucional. Cuestión ésta, ostensiblemente, discutible.

Piénsese, por ejemplo, en la evidente colisión entre, de una parte, el derecho constitucional dominicano, que protege en el artículo 37⁷²⁹ de su nueva Constitución de

⁷²⁹ Constitución Política de República Dominicana (2015). Artículo 37: *El derecho a la vida es inviolable desde la concepción hasta la muerte. No podrá establecerse, pronunciarse ni aplicarse, en ningún caso, la pena de muerte.*

2015 el derecho a la vida desde la concepción y, de otra parte, aquella comprensión del artículo 4.1⁷³⁰ de la CADH dada por la Corte IDH en la sentencia *Artavia Murillo vs. Costa Rica*, que establece que esa protección comienza a partir de la implantación y de modo gradual e incremental⁷³¹. De modo similar, piénsese en el artículo 55⁷³² de la misma Constitución dominicana, que establece el matrimonio destacando la diferencia sexual de los contrayentes, frente a la ya mencionada OC-24/17⁷³³, donde la Corte IDH interpretó el artículo 17.2⁷³⁴ de la CADH e instó a los Estados parte a regular el matrimonio entre personas del mismo sexo.

El conflicto es patente y parece no permitir puntos intermedios que satisfagan a la vez a ambas opciones. De esta manera, según la doctrina del control de convencionalidad, habrá que decantarse por el canon interamericano, incluso ante una expresa disposición contraria en la Carta Fundamental. De acuerdo a la noción de Estado Constitucional de Derecho, en cambio, habrá que considerar tales exégesis en concomitancia con otros criterios (*pro homine*, margen de apreciación, identidad constitucional, entre otros) y tomar una decisión al respecto, sea esta coincidente o no; por supuesto, respetándose los alcances competenciales que cada órgano pueda tener y, de ser el caso, los mecanismos previstos para una eventual modificación constitucional. Si se aprecia, apostar por la

⁷³⁰ Convención Americana sobre Derechos Humanos. Artículo 4.1.: *Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.*

⁷³¹ Cf. Corte IDH. *Caso Artavia Murillo y otros (fecundación in vitro) vs. Costa Rica*. Op. Cit., párrs. 245-253 y 264.

⁷³² Constitución Política de República Dominicana (2015). Artículo 55: *La familia es el fundamento de la sociedad y el espacio básico para el desarrollo integral de las personas. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.*

⁷³³ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-24/17. Op. Cit., párrs. 218-227.

⁷³⁴ Convención Americana sobre Derechos Humanos. Artículo 17.2: *Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.*

doctrina del control de convencionalidad según propone la Corte IDH, implica desconocer en ocasiones el carácter de vinculatoriedad de la Constitución Política.

--- o ---

En suma, en atención a lo visto hasta aquí, podríamos concluir que la versión ‘fuerte’ del control de convencionalidad no resulta compatible con el principio de supremacía constitucional. Esto, en la medida en que la doctrina bajo estudio descarta y/o diluye el valor de la Constitución como *norma normarum*, norma rígida, norma canon de validez y norma con fuerza vinculante.

4.2.1.3. El control de constitucionalidad a la luz del control de convencionalidad

Como se dijo antes, la supremacía constitucional necesita contar con un mecanismo jurisdiccional que la garantice y haga efectiva. Por ello, tal control se le encarga a una autoridad distinta de la que produjo la norma o actos a controlar: en general, los jueces (de haber control difuso) y, en particular, los jueces constitucionales, sea a través de un Tribunal Constitucional o una sala constitucional de la máxima instancia del Poder Judicial (control concentrado). Así, hoy en día, la totalidad de los países americanos que han reconocido la competencia contenciosa de la Corte IDH aplican un control concentrado de constitucionalidad (p. ej. Bolivia o República Dominicana); sin perjuicio que en algunos apliquen también un control difuso de constitucionalidad, operando así a través de un sistema mixto o dual (p. ej. Guatemala y Perú).

Dicha tarea implica realizar un análisis de compatibilidad de la legislación y los actos de los poderes públicos con la Constitución; lo cual tendrá como efecto que, o bien se ofrezca una interpretación conforme a la Constitución que permita conservar la validez de la norma –y cuya interpretación prevalecerá sobre las demás, en tanto supremo intérprete constitucional–, o bien se expulse la norma del ordenamiento jurídico⁷³⁵. Evidentemente, la legitimidad activa dependerá de lo establecido en cada Estado, de cara a un posible control *ex ante* o *ex post*, sea este directo o uno indirecto –si se plantea una objeción en medio de un proceso judicial activo que, a su vez, se reenvía al Tribunal Constitucional o al órgano que haga sus veces.

A partir de lo indicado, cabe observar que la versión ‘fuerte’ del control de convencionalidad no resulta siempre compatible con el control de constitucionalidad por las razones siguientes:

a) Por el *canon* y el *objeto* del control

Si el control de convencionalidad supone un *canon* de validez conformado por los tratados interamericanos de derechos humanos y, en particular, las exégesis interpretativas de la Corte IDH; cuyo *objeto* de examen incluye a todo el ordenamiento jurídico sin excepción, es decir, también a la Constitución de un Estado; entonces, resulta manifiesto que su ejercicio simultáneo con un control de constitucionalidad es, simplemente, inoperante. Primará siempre aquel en lugar de éste.

⁷³⁵ Cf. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Thomson Civitas, Madrid, 2006, p. 109.

Las razones emergen con claridad. Mientras la primera figura tiene por finalidad garantizar la aplicación, supremacía y prevalencia convencional –hermenéutica de la Corte IDH incluida–; la segunda tiene por fin hacer lo propio, pero respecto de la Constitución. De haber línea concordancia entre ambas, no habrá problema, pero de no ser así, evidentemente, tendrá preeminencia el canon convencional sobre el constitucional. Luego, el control de convencionalidad habrá cumplido su propósito, no así el control de constitucionalidad.

Es decir, en caso de discrepancia normativa y/o interpretativa, las finalidades de cada tipo de control son contrapuestas y no pueden ser, plenamente, satisfechas al mismo tiempo. Predominará una en detrimento de la otra. Si la tesis de convencionalidad afirma su primacía, *ergo*, de aceptarse, habrán supuestos en los que el control de constitucionalidad no sea operativo como tal.

b) Por el *operador* del control

Si ubicamos nuestro enfoque de análisis a partir del *operador* llamado a realizar el control, encontraremos que, en el ámbito doméstico se producirán dos dificultades: 1) una distorsión del criterio limitador y de especialidad del operador; 2) un conflicto de lealtades y una limitación de la labor del juez.

En cuanto al **primer asunto**, la distorsión del criterio limitador y de especialidad del operador, la doctrina del control de convencionalidad implica que todas las

autoridades públicas del Estado realicen *ex officio* el mencionado examen de validez normativa e interpretativa. Así, la cantidad y cualidad de los operadores llamados a ejercer dicho control difiere, ciertamente, del establecido para un habitual control de constitucionalidad. Si para el control de constitucionalidad, abogaba KELSEN⁷³⁶ que la tarea sea encomendada a juristas de profesión, el control de convencionalidad no exige dicha cualidad para sus agentes de realización, toda vez que basta ser autoridad pública – no, necesariamente, un jurista de profesión– para ser corresponsable de la prevalencia del *canon* interamericano. Podría, además, darse así un escenario donde ciertas autoridades no estén facultadas para realizar un control de constitucionalidad, pero, paradójicamente, sí lo estén para efectuar un control de convencionalidad. Ello, a su vez, podría contribuir a un conflicto de competencias, toda vez que los funcionarios de la Administración Pública (Poder Ejecutivo) ‘tendrían’ potestad para aplicar un control de convencionalidad y, en consecuencia, ignorar la normativa nacional considerada “inconvencional”.

Si atendemos, por ejemplo, al caso peruano, el Tribunal Constitucional –que ejerce un control de constitucionalidad concentrado–, ha delimitado que solo los jueces del Poder Judicial puedan aplicar también un control difuso de constitucionalidad⁷³⁷. Siendo así, los tribunales administrativos, por más que tengan una composición colegiada, no

⁷³⁶ Como es conocido, KELSEN abogada por un control concentrado de constitucionalidad a cargo de los jueces de un Tribunal Constitucional, asegurando, “en la composición de la jurisdicción constitucional, un lugar adecuado a los juristas de profesión” alejados, deseablemente, de toda influencia política –sin perjuicio que, en caso se dé el peligro particularmente grande que exista dicha influencia, se admita la participación de algunos miembros de corte “propriadamente político”, que descargue la conciencia política de los otros miembros puramente técnicos. Cf. H. KELSEN, “La garantía jurisdiccional de la Constitución (la Justicia Constitucional)”, cit., pp. 276-277.

⁷³⁷ Constitución Política del Perú. Artículo 138: *La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes. 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.*

pueden realizar dicha labor (denominado “control difuso administrativo”)⁷³⁸. Sin embargo, el requerimiento hecho por la Corte IDH, sorprendentemente, los facultaría a ejercer un control de convencionalidad. Quizás por ello, en aras de salvar coherencia de la figura, haya señalado alguno que “[s]i es un tribunal en el que se concentra el ejercicio de la Jurisdicción Constitucional y el monopolio del Control de Constitucionalidad de la Leyes, este sería el único juez constitucional llamado a activar oficiosamente el Control de convencionalidad de la Leyes, de manera exclutoria”⁷³⁹.

Esto último, aunque no lo ha dicho la Corte IDH, tendría mayor sentido. Ello pues, si los derechos humanos constituyen un límite infranqueable a la regla de las mayorías y, para que ello sea así respetado, es preciso que todas las autoridades internas ejerzan un control de convencionalidad, entre otros, como parte de un control contramayoritario, deviene en inaudito –por ejemplo– explicarnos cómo ello habría de funcionar en el propio parlamento, es decir, cómo este órgano podría actuar contramayoritariamente⁷⁴⁰.

En cuanto al **segundo asunto**, incluso así, esto es de restringir el ejercicio del control de convencionalidad a la esfera de aquellos órganos competentes para efectuar un control de constitucionalidad, tendríamos en ocasiones un conflicto de lealtades cuando estos *operadores* ‘deban’ desconocer el derecho interno al que están sujetos⁷⁴¹. Pero,

⁷³⁸ En el caso del Perú, se ha dispuesto que no cualquier autoridad pública aplique control difuso (ni los tribunales u órganos colegiados de la Administración Pública pueden aplicar “control difuso administrativo”); sino que dicha facultad se encuentra limitada a ser aplicada por los jueces. Tribunal Constitucional del Perú. *Caso Consorcio Requena*. Sentencia de 18 de marzo de 2004. EXP. N° 04293-2012-PA/TC.

⁷³⁹ E. REY CANTOR, *El derecho procesal constitucional: un nuevo concepto*, Doctrina y Ley, 2010, p. 140.

⁷⁴⁰ Cf. J. L. RODRÍGUEZ; C. ORUNESU, “Tres paradojas sobre el control de convencionalidad”, cit., p. 147.

⁷⁴¹ Cf. J. CONTESSE, “The final word? Constitutional dialogue and the Inter-American Court of Human Rights”, cit., pp. 414-435.

además, un problema concreto, entre otros⁷⁴², radica en la incoherencia pragmática que supone procurar el encargo para los jueces nacionales de realizar un control de convencionalidad en atención de sus competencias para interpretar y aplicar el ordenamiento interno, mas, al mismo tiempo, restringirles dichas competencias de interpretación respecto de la CADH⁷⁴³.

Por ello, ha observado SAGÜÉS en su momento que la doctrina de control de convencionalidad presenta una serie de dificultades, en tanto, en términos suyos: a) constriñe la libertad interpretativa del juez nacional, atándolo a las interpretaciones que pudiesen venir desde la Corte IDH; b) supone un “sacrificio ideológico”, pues antepone la “ideología” que anima la actuación de la Corte IDH por sobre el “techo ideológico” que campea en una Constitución local cuando se interpreta una regla constitucional; y, c) “encadena” a los Estados que no fueron parte de una controversia, y que, por tanto, no fueron escuchados ni pudieron aportar su opinión respecto a una tesis jurisdiccional determinada, trastocándose así las habituales reglas del debido proceso⁷⁴⁴. En un marco como aquel, cobra sentido que la Corte Constitucional colombiana haya aseverado que:

(...) aunque constituye un precedente significativo (...), esta decisión no puede ser trasplantada automáticamente al caso colombiano en ejercicio de un control de

⁷⁴² Cf. K. CASTILLA JUÁREZ, “La independencia judicial en el llamado control de convencionalidad interamericano”, *Estudios constitucionales*, vol. 14, 2, 2016, pp. 53-100, fecha de consulta 24 febrero 2021, en <https://bit.ly/3bF5fks>; “¿Control interno o difuso de convencionalidad? Una mejor idea: la garantía de tratados”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. 13, 2013, pp. 51-97, fecha de consulta 24 febrero 2021, en <https://bit.ly/2RxhoB1>.

⁷⁴³ Cf. C. ORUNESU, “Conventionality control and international judicial supremacy: Some reflections on the Inter-American system of human rights”, cit., p. 6.

⁷⁴⁴ Cf. P. SAGÜÉS, “Dificultades operativas del ‘control de convencionalidad’ en el sistema interamericano”, *Revista Jurídica Argentina La Ley*, vol. 104, 2009, sec. 9, fecha de consulta 6 marzo 2018, en <https://bit.ly/3hhLVxe>.

convencionalidad que no tenga en cuenta las particularidades del ordenamiento jurídico interno, especialmente la jurisprudencia constitucional y de la Corte Suprema de Justicia que han precisado notablemente el alcance de los elementos normativos de estos tipos penales, a lo cual se hará alusión en un acápite posterior de esta decisión⁷⁴⁵ (resaltado nuestro).

Por último, ciertamente, en la sentencia del caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*⁷⁴⁶, la Corte IDH indicó que el control de convencionalidad debía ser ejercido por las autoridades “en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes”. Así, parecía que no se alteraban las competencias ni reglas procesales en el ámbito interno⁷⁴⁷. Empero, no se entiende cómo el Poder Legislativo o el Ejecutivo podrían aplicar un control de convencionalidad dentro de “sus competencias y las reglas procesales correspondientes”, si nunca han tenido alguna facultad como aquella. O la Corte IDH se las está confiriendo –cuestión que sería grave– o, a lo sumo, debemos comprender que su labor se limita a considerar la CADH y las exégesis interamericanas al desenvolver sus funciones. Pero, si fuese esto último, sería ociosa la aclaración hecha por la Corte IDH, toda vez que tales Poderes del Estado solo estarían realizando algo propio del cumplimiento de tratados y no, realmente, un “control” de validez. De uno u otro modo, no es claro este asunto. Lo que, quizás, si es certero es que por más que se afirme que deben respetarse las

⁷⁴⁵ Corte Constitucional de Colombia. Demanda de inconstitucionalidad. Sentencia C-442/11 de 25 de mayo de 2011. Expediente D-8295, apartado 7.

⁷⁴⁶ Corte IDH. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú*. Op. Cit., párr. 128.

⁷⁴⁷ Cf. M. C. LONDOÑO LÁZARO, “El principio de legalidad y el control de convencionalidad de las leyes: confluencias y perspectivas en el pensamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 128, 2010, Instituto de Investigaciones Jurídicas, p. 806, fecha de consulta 27 abril 2021, en <https://bit.ly/3bEKcP4>.

competencias y regulaciones procesales debidas, se engendra una relación institucional de dependencia entre la Corte IDH y las autoridades domésticas⁷⁴⁸.

Un ejemplo de esta relación de dependencia y/o subordinación –por tanto, de reducción de la labor jurisdiccional ordinaria y/o constitucional– frente a la Corte IDH, podría quizás apreciarse en lo acontecido en República Dominicana. Esto, fuera de un marco de aplicación del control de convencionalidad. Si retornamos por un momento al caso que detallamos en el capítulo anterior, valga volver a anotar sucintamente que, en 2014, el Tribunal Constitucional dominicano declaró nula la aceptación dada unos años antes a la competencia contenciosa de la Corte IDH. Ello, pues se consideró que dicho acto no podía haberse dado por el Ejecutivo, sino solo por el Legislativo.

Argumentó la Corte IDH en respuesta a ello –con acierto, creemos– que más allá de los vericuetos internos, República Dominicana actuó desde un inicio –política y jurídicamente– como si reconociese la competencia contenciosa de la Corte IDH. De allí que sus agentes interviniesen en litigios interamericanos, cumpliesen –al menos, parcialmente– las sentencias interamericanas, estableciesen en la Ley 137-11 el carácter de precedente vinculante de las interpretaciones de tribunales internacionales de derecho humanos o, reconociesen todo ello en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia o la del Tribunal Constitucional. Es decir, de acuerdo a la doctrina de los actos propios o *estoppel*, la práctica del Estado sí demostró la aceptación de aquella competencia

⁷⁴⁸ Cf. J. CONTESSE, “The final word? Constitutional dialogue and the Inter-American Court of Human Rights: A rejoinder to Paolo Carozza and Pablo González Domínguez”, *International journal of constitutional law*, vol. 15, 2, 2017, Oxford University Press, pp. 443-445, fecha de consulta 20 mayo 2021, en <https://bit.ly/3ozfuM9>; K. CASTILLA JUÁREZ, “La independencia judicial en el llamado control de convencionalidad interamericano”, cit., pp. 74-93.

contenciosa. Luego, si con tal curso de acción se han producido efectos jurídicos bajo los que se han guiado otros sujetos de Derecho Internacional, no debería contrariarse repentinamente la línea de conducta adoptada. Todo ello, más aún si consideramos que no existe mecanismo en el SIDH para retirar la competencia contenciosa a la Corte IDH. La única vía, en tal caso, pasa por denunciar la CADH bajo las modalidades allí previstas y, posteriormente, volver a ratificar el tratado sin reconocer competencia de la Corte IDH.

Ahora bien, aunque lo anterior es cierto, tampoco deja de ser verdad que, si en el ámbito interno, el órgano competente, esto es, el Tribunal Constitucional dominicano – con respeto de los procedimientos constitucionales existentes– declaró inconstitucional una norma y, por tanto, la invalidó y expulsó del ordenamiento, no cabe que desde la Corte IDH se afirme que dicha sentencia doméstica “*no genera efectos jurídicos en el derecho internacional, así como cualquier consecuencia que se derive de ella*”⁷⁴⁹ (destacado nuestro). Aceptar ello, aunque consideremos que más razón asiste en este caso a la Corte IDH, supondría admitir en la práctica una especie de rol judicial supra-constitucional y/o supra-nacional para un órgano que, en realidad, es solo internacional. Volviendo a lo nuestro, con una conducta como ésta por parte de la Corte IDH –sin que deje de ser igual de reprochable aquella realizada por el Tribunal Constitucional dominicano–, no debería generar asombro que, a menudo, este órgano interamericano actúe y/o pretenda sustanciar una especie de tribunal constitucional latinoamericano.

⁷⁴⁹ Corte IDH. *Caso de las Niñas Yean y Bosico y Caso de Personas Dominicanas y Haitianas expulsadas Vs. República Dominicana*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Resolución de 12 de marzo de 2019, párr. 74.

En conclusión, la versión ‘fuerte’ del control de convencionalidad resulta incompatible y opuesto al control de constitucionalidad. Ello, de una parte, debido a la contraposición entre el *canon* y *objeto* de las respectivas figuras. De otra, en razón de la distorsión (cuantitativa y cualitativa) y conflicto de lealtades que genera en los operadores domésticos, sin dejar de considerar la disminución en las facultades del juez nacional.

--- o ---

De lo visto en esta sección, podemos concluir que el control de convencionalidad, en su versión ‘fuerte’ se contrapone a elementos esenciales del Estado Constitucional de Derecho como la supremacía constitucional y el control de constitucional. En cuanto a lo primero, porque no se considera ya a la Constitución como *norma normarum*, norma rígida, norma de validez y norma vinculante. En cuanto a lo segundo, porque el *canon*, *objeto* y *operadores* previstos para el ejercicio del control de convencionalidad, desconfigura y/o prescinde aquellos mismos tres elementos requeridos para el ejercicio del control de constitucionalidad.

4.2.2. La división de poderes

A continuación, abordaremos la problemática que el control de convencionalidad supone para este elemento esencial del Estado Constitucional de Derecho. Para ello, anotaremos algunas líneas de aproximación histórico-conceptual en la sub-sección 4.2.2.1. Luego, para explicar mejor las dificultades advertidas, desarrollaremos el caso *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica* en la sub-sección 4.2.2.2. Finalmente, en la sub-

sección 4.2.2.3, reflexionaremos si lo expuesto representa razonables visos que dan fe de una tendencia a congregarse, en un solo órgano, parte de los distintos tipos de poder propios de un Estado.

4.2.2.1. Aproximación histórico-conceptual

El principio de separación de poderes tiene, básicamente, tres propósitos. El primero y más evidente consiste en evitar la *concentración del poder*⁷⁵⁰ y así funcionar como una suerte de garantía frente al absolutismo o dictadura⁷⁵¹. El segundo, hecha ya la separación, supone establecer *competencias limitadas* a cada órgano y determinar sus respectivas normas de ejercicio, de manera tal que, habiéndose acotado más al poder, se procure el respeto y garantía de los derechos y libertades de las personas⁷⁵². Por último, el tercero, de herencia norteamericana, implica lograr un *equilibrio entre los poderes*⁷⁵³, distribuyendo las funciones sin crear compartimentos estancos, sino interrelación entre los órganos, de modo tal que se controlen e intervengan recíprocamente⁷⁵⁴, esto es, que funcionen como un sistema de pesos y contrapesos –*checks and balances*.

Así, esta división, además de la vertiente clásica, donde el Poder Legislativo hace las leyes, el Poder Ejecutivo las aplica y el Poder Judicial (u órganos que cumplen función

⁷⁵⁰ Cf. M. LARA GUADARRAMA, “Democracia, Estado de Derecho y Estado Constitucional de Derecho”, en Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, Eduardo Ferrer Mac-Gregor (eds.) *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho, t. II, Tribunales constitucionales y democracia*, Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008, pp. 190-191, fecha de consulta 5 mayo 2021, en <http://ru.juridicas.unam.mx:80/xmlui/handle/123456789/11469>.

⁷⁵¹ Cf. R. BUSTAMANTE ALARCÓN, “El Estado de Derecho”, cit., pp. 26-27.

⁷⁵² Cf. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, cit., pp. 51-53.

⁷⁵³ Cf. M. FIORAVANTI, *Constitucionalismo*, cit., pp. 68-71.

⁷⁵⁴ Cf. R. BUSTAMANTE ALARCÓN, “El Estado de Derecho”, cit., p. 27.

jurisdiccional) vela por su cumplimiento –*división horizontal*–, puede añadir una vertiente territorial, es decir, una relación entre la Federación y los estados miembros –*división vertical*⁷⁵⁵. Por supuesto, en la actualidad, la división es más difusa. Baste ahora apuntar que, en tal caso, la organización estatal y la distribución de competencias para cada uno de sus órganos se encuentra, siempre y principalmente, en la Constitución⁷⁵⁶.

Pues bien, la doctrina del control de convencionalidad en su versión ‘fuerte’, es decir, la pregonada por la Corte IDH, podría poner en entredicho los tres propósitos alegados y perseguidos por la división de poderes en el Estado Constitucional de Derecho, revirtiendo indirectamente la separación ya lograda, difuminando los límites competenciales establecidos y desequilibrando o anulando el sistema de pesos y contrapesos pretendido. Desarrollaremos, a continuación, un poco más el ya citado caso *Artavia Murillo*, que supuso y supone aún –en cuanto a sus posibles implicancias para la región– mucho debate al interior de la academia. Seguidamente, aprovechando sus aristas, demostraremos cómo la advertencia anticipada, no es solamente teórica.

4.2.2.2. El caso *Artavia Murillo* y otros vs. Costa Rica

El 28 de noviembre de 2012, la Corte IDH emitió la sentencia sobre este caso afirmando que Costa Rica tenía la obligación de legalizar la fertilización *in vitro* e incluirla como materia de salud cubierta por la seguridad social. Ello, toda vez que la

⁷⁵⁵ Cf. J. M. CASTELLÀ ANDREU, “El Estado Constitucional”, cit., pp. 36 y 41.

⁷⁵⁶ Cf. L. MONROY NÚÑEZ; L. A. CORONA NAKAMURA, “La Constitución, la democracia, los derechos y las garantías en el Estado Constitucional de Derecho”, cit., p. 170.

defensa jurídica hecha por este país con base en la CADH⁷⁵⁷, su Constitución⁷⁵⁸, sus leyes⁷⁵⁹ y su jurisprudencia constitucional⁷⁶⁰, había sido considerada por la Corte IDH como arbitraria, excesiva y discriminatoria respecto de la vida privada y familiar de los demandantes. Así, aunque Costa Rica alegó un ejercicio del principio *pro homine* y un margen de apreciación nacional para decidir, internamente, dicho asunto⁷⁶¹, la Corte IDH no se pronunció al respecto⁷⁶². Por último, sosteniéndose en una interpretación evolutiva⁷⁶³, afirmó la Corte IDH que el embrión humano no es una persona o entidad con derecho a la vida en el ámbito internacional, siendo su protección, en tal caso, a partir de la implantación y de modo “gradual e incremental”⁷⁶⁴.

Ello, sin embargo, no puso fin a la controversia ética sobre la FIV a nivel nacional. De hecho, los poderes públicos del país estuvieron, fuertemente, divididos sobre el tema. El presidente de entonces, Luis Guillermo Solís Rivera (2014-2018), era partidario de la autorización y liberalización de la FIV, mientras que la Sala Constitucional de la Corte Suprema y la Procuraduría General de la República la rechazaban. La Asamblea Legislativa no se pronunció sobre el tema. Si bien ya se habían acatado los extremos de

⁷⁵⁷ Convención Americana sobre Derechos Humanos. Artículo 4.1: *Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.*

⁷⁵⁸ Constitución Política de Costa Rica. Artículo 21: *La vida humana es inviolable.*

⁷⁵⁹ Código Civil de Costa Rica. Artículo 31: *La existencia de la persona física principia al nacer viva y se reputa nacida para todo lo que la favorezca desde 300 días antes de su nacimiento;* Código de la Niñez y la Adolescencia de Costa Rica. Artículo 12: (...) *la persona menor de edad tiene el derecho a la vida desde el momento mismo de la concepción (...)* y Artículo 2: [Se considerará niño o niña a] *toda persona desde su concepción hasta los doce años de edad cumplidos.*

⁷⁶⁰ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica. Sentencia 2000.2306, 2000: (...) *el ser humano nunca puede ser tratado como un simple medio, pues es el único que vale por sí mismo y no en razón de otra cosa. Si hemos admitido que el embrión es un sujeto de derecho y no un mero objeto, debe ser protegido igual que cualquier otro ser humano. Solamente la tesis contraria permitiría admitir que sea congelado, vendido, sometido a experimentación e, incluso, desechado.*

⁷⁶¹ Cf. Procuraduría General de la República de Costa Rica. Informe de Estado. Caso *Grettel Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica* (Fecundación *in vitro*). Título IV y párrafo 436.

⁷⁶² Cf. Corte IDH. *Caso Artavia Murillo y otros (fecundación in vitro) vs. Costa Rica*. Op. Cit., párr. 316.

⁷⁶³ Cf. *Ibid.*, párrs. 245-256.

⁷⁶⁴ Cf. *Ibid.*, párr. 264.

la sentencia de la Corte IDH referidos a la indemnización y atención psicológica, restaba aún la aprobación y regulación de la FIV, siendo un claro acuerdo entre todos los poderes del Estado de que era al Legislativo a quien correspondía dicha tarea⁷⁶⁵. Hasta 2015, sin embargo, ninguno de los proyectos de ley tramitados ante el parlamento obtuvo el consenso político suficiente para su aprobación⁷⁶⁶, según se alegó, debido a las preocupaciones éticas y objeciones jurídicas que persistían en torno a la destrucción de embriones humanos durante el proceso de la FIV⁷⁶⁷.

El 3 de septiembre de 2015, la Corte IDH celebró una audiencia pública en la que instó a Costa Rica a proceder inmediatamente a legalizar la FIV⁷⁶⁸. A los pocos días, el 10 de septiembre, el Presidente del país publicó el Decreto Ejecutivo 39210-MP-S, mediante el cual se autorizó y reguló la FIV. El 3 de febrero de 2016, sin embargo, ante un recurso de amparo que devino luego en una acción de inconstitucionalidad, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia declaró inconstitucional e inválido el decreto presidencial⁷⁶⁹. Algunas semanas antes, el 18 de enero de 2016, mientras aquella

⁷⁶⁵ Cf. M. DE J. VARGAS ALFARO, “El “consensus” y el control de convencionalidad de la Corte Internacional de Derechos Humanos: reflexiones a la luz del caso “Artavia Murillo y otros” contra Costa Rica”, *Documentos de Trabajo (IELAT, Instituto Universitario de Investigación en Estudios Latinoamericanos)*, 96, 2017, Instituto de Estudios Latinoamericanos (IELAT), pp. 35-37, fecha de consulta 28 abril 2021, en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5891802>.

⁷⁶⁶ Cf. V. HERNÁNDEZ; M. BENAVIDES CARVAJAL PÉREZ, “El Caso Artavia Murillo vs. Costa Rica: control de convencionalidad en el proceso de cumplimiento de obligaciones internacionales”, *Revista IIDH*, 64, 2016, Instituto Interamericano de Derecho Humanos, p. 357, fecha de consulta 28 abril 2021, en <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r36286.pdf>.

⁷⁶⁷ Cf. L. CASTALDI; M. FRANCK, “Inter-American Court Judgment Against Costa Rica on In Vitro Fertilisation (IVF): A Challenge to the Court’s Enforcement Authority”, *OHRH*, 2016, fecha de consulta 28 abril 2021, en <http://ohrh.law.ox.ac.uk/inter-american-court-judgment-against-costa-rica-on-in-vitro-fertilisation-ivf-a-challenge-to-the-courts-enforcement-authority/> Véase la Audiencia Pública en <http://www.cidh.org/Audiencias/133/A27FecundacioninvitroCostaRica.mp3> (desde 1h 20’ 20’’).

⁷⁶⁸ Cf. *Ibid.*

⁷⁶⁹ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica. Acción de Inconstitucionalidad. Sentencia del 3 de febrero de 2016. Voto 2016-001692 (Exp. N° 15-013929-0007-CO). Sección V: *Con base en lo expuesto, se declara inconstitucional, en su totalidad, el Decreto Ejecutivo 39210-MP-S, denominado “Autorización para la Realización de la Técnica de Reproducción Asistida de Fecundación in Vitro y Transferencia Embrionaria”, del 10 de setiembre de 2015, publicado en el Diario Oficial La Gaceta N° 178 del 11 de octubre de 2015, por violación de los principios constitucionales de*

acción de constitucionalidad estaba aún pendiente de resolución, la CIDH había presentado ante la Corte IDH una segunda demanda, sobre el mismo asunto⁷⁷⁰. Dicho caso –*Gómez Murillo y otros vs. Costa Rica*⁷⁷¹– fue sentenciado el 29 de noviembre del mismo año, en análogos términos al actual caso estudiado, *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*.

Retornando a la declaración de inconstitucionalidad del Decreto Ejecutivo 39210-MP-S, aunque la Sala Constitucional reconoció que, debido al artículo 68.1 de la CADH, Costa Rica debía cumplir con el fallo interamericano, consideró que dicho Decreto había violado el principio de reserva de ley y el principio democrático⁷⁷². Lo primero, porque las restricciones de derechos y libertades –vida y salud de las madres y de los embriones implantados, según se afirmó– debían establecerse a través de una ley formal, conforme a los procedimientos constitucionales previstos. Lo segundo, porque el Poder Ejecutivo había invadido una competencia propia de la Asamblea Legislativa, vulnerando, además, el principio de separación de poderes.

Asimismo, si bien la Sala Constitucional reconoció en aquella decisión el carácter autoejecutable que la legislación costarricense otorga a las sentencias de la Corte IDH en general⁷⁷³, consideró que tal carácter no era irrestricto pues ello no aplica a los extremos

reserva de ley y democrático. Dada la forma en que se resuelve esta acción, y por economía procesal, de conformidad con lo indicado en el tercer considerando de esta sentencia, se hace innecesario pronunciarse sobre el resto de los alegatos de inconstitucionalidad planteados.

⁷⁷⁰ Comisión Interamericana sobre Derechos Humanos. Caso N° 12.798. *Gómez Murillo y otros vs. Costa Rica*. Comunicación de 18 de enero de 2016. Fecha de consulta 29 abril 2021, en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/gomez_murillo/sometim.pdf

⁷⁷¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Gómez Murillo y otros Vs. Costa Rica*. Sentencia de 29 de noviembre de 2016. Serie C No. 326.

⁷⁷² Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica. Acción de Inconstitucionalidad. Sentencia del 3 de febrero de 2016. Voto 2016-001692 (Exp. N° 15-013929-0007-CO). Secciones III y IV.

⁷⁷³ Ley para la Sede de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Costa Rica). Artículo 27: *Las resoluciones de la Corte y, en su caso, de su Presidente, una vez comunicadas a las autoridades*

del fallo que implican una reforma del ordenamiento jurídico cuando se trata de derechos constitucionales. Ello, según argumentó, pues el artículo 2 de la CADH defiere al Estado las modificaciones del derecho interno y ordena respetar los procedimientos constitucionales previstos. En el caso costarricense, solo a la Asamblea Legislativa corresponde promulgar limitaciones a los derechos y libertades fundamentales⁷⁷⁴.

Al día siguiente de adoptada aquella sentencia por la Sala Constitucional, el Ejecutivo pidió a la Corte IDH que concediese una “vigencia temporal” al Decreto anulado. Ese mismo día, la Corte IDH dio al Estado costarricense un plazo de 7 días para declarar inválida la decisión de la Sala y convalidar el decreto presidencial que había autorizado la FIV⁷⁷⁵. Como nada de ello ocurrió, ese mismo mes, en concreto, el 26 de febrero de 2016, la Corte IDH emitió una resolución en la que declaró, pese a la previa sentencia de inconstitucionalidad de la Corte Suprema de Justicia, que:

(...) a la luz de la Convención Americana y la reparación ordenada en la Sentencia, debe entenderse que la FIV está autorizada en Costa Rica y, de forma inmediata, se debe permitir el ejercicio del derecho a decidir sobre si tener hijos biológicos a través del acceso a dicha técnica de reproducción asistida, tanto a nivel privado como público, sin necesidad de un acto jurídico estatal que

administrativas o judiciales correspondientes de la república, tendrán la misma fuerza ejecutiva y ejecutoria que las dictadas por los tribunales costarricenses.

⁷⁷⁴ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica. Acción de Inconstitucionalidad. Sentencia del 3 de febrero de 2016. Voto 2016-001692 (Exp. N° 15-013929-0007-CO). Sección IV.

⁷⁷⁵ Cf. L. CASTALDI, “La ejecución del fallo sobre fecundación in vitro contra Costa Rica: un reto jurisprudencial para el Sistema Interamericano de DDHH”, *República y Derecho*, vol. 1, 1, 2016, pp. 15-16, fecha de consulta 28 abril 2021, en <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r37916.pdf>.

reconozca esta posibilidad o regule la implementación de la técnica⁷⁷⁶. (destacado nuestro)

Asimismo, agregó la Corte IDH que:

*(...), resulta necesario disponer que el Decreto Ejecutivo No. 39210-MP-S se mantenga vigente en aras de evitar que sea ilusorio el ejercicio del derecho a decidir si tener hijos biológicos a través de la técnica de la FIV. Ello, sin perjuicio de que el órgano legislativo emita alguna regulación posterior en apego a los estándares indicados en la Sentencia*⁷⁷⁷.

Tras dicha resolución de la Corte IDH, la Sala Constitucional de la Corte Suprema manifestó que daría un paso al lado⁷⁷⁸, mientras los grupos parlamentarios de oposición señalaron que impulsarían un proyecto de ley con limitaciones, en tanto ello suponía un “mal menor” frente al “mal mayor” que conformaba el decreto presidencial en cuestión⁷⁷⁹. Sin ingresar más en el devenir de los procedimientos internos, ese mismo año se aprobaron dos Decretos Ejecutivos adicionales –el 39616-S y el 39646– para la creación de un sistema médico que aplique tales técnicas. Finalmente, el 22 de noviembre de 2019,

⁷⁷⁶ Corte IDH. *Caso Artavia Murillo y otros Vs. Costa Rica*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 26 de febrero de 2016, párr. 26.

⁷⁷⁷ Corte IDH. *Caso Artavia Murillo y otros Vs. Costa Rica*. Supervisión (...). Op. Cit., párr. 36.

⁷⁷⁸ Cf. “MAGISTRADO LUIS FERNANDO SALAZAR: ES MOMENTO DE QUE LA SALA IV SE HAGA A UN LADO”, *La Nación, Grupo Nación*, fecha de consulta 29 abril 2021, en <https://www.nacion.com/el-pais/salud/magistrado-luis-fernando-salazar-es-momento-de-que-la-sala-iv-se-haga-a-un-lado/KXMCQE7VEZGW7PQPFTGDR25JKU/story/> La cita es la que sigue: *A partir de aquí yo creo que ya la Sala Constitucional deja un poco el tema de lado y será respetuosa, porque la Corte Interamericana lo que hace es la interpretación real y suprema de la Convención Americana de Derechos Humanos.*

⁷⁷⁹ Cf. P. RECIO, “Mario Redondo: la resolución de la Corte IDH es una «atrocidad»”, *La Nación, Grupo Nación*, fecha de consulta 29 abril 2021, en <https://bit.ly/3t559IP>.

mediante una nueva resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia, la Corte IDH dio por concluido y archivado el expediente del caso *Artavia Murillo vs. Costa Rica*⁷⁸⁰.

Ahora bien, si para los propósitos de esta investigación, reparamos nuevamente en aquella resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia dada por la Corte IDH el 26 de febrero de 2016, importa sobremanera acudir al voto disidente del juez VIO GROSSI. Ello pues, dicha intervención puso sobre la mesa atendibles cuestionamientos jurídicos en torno a la actuación de sus colegas, que consideramos oportuno rescatar para el análisis que venimos desarrollando.

Es decir, más allá de las posibles falencias argumentativas de la sentencia⁷⁸¹, los objetables métodos en el proceso de toma de decisiones⁷⁸², las acusaciones de falta de imparcialidad e independencia de algunos de los jueces interamericanos⁷⁸³, entre otros análisis multidisciplinarios⁷⁸⁴; nos importa el carácter de autoridad supra-constitucional⁷⁸⁵

⁷⁸⁰ Corte IDH. *Caso Artavia Murillo y otros Vs. Costa Rica*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 22 de noviembre de 2019, puntos resolutive 1, 2, 3 y 4.

⁷⁸¹ Cf. J. CIANCIARDO, “La especificación del derecho a la vida del no nacido en el sistema interamericano de derechos humanos. Una aproximación desde el caso “Artavia Murillo””, *Dikaion*, vol. 25, 2, 2016, pp. 172-187.

⁷⁸² Cf. Á. PAÚL DÍAZ, “La Corte Interamericana in vitro: comentarios sobre su proceso de toma de decisiones a propósito del caso Artavia”, *Revista Derecho Público Iberoamericano*, 2, 2013, Universidad del desarrollo, pp. 310-339, fecha de consulta 29 abril 2021, en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5639003>.

⁷⁸³ Cf. ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA - DEPARTAMENTO DE COMISIONES, *Acta Sesión Ordinaria N° 48*, San José de Costa Rica, 2015, pp. 23, 24 y 30, fecha de consulta 29 abril 2021, en <https://bit.ly/3nx2syp>; F. ZAMORA CASTELLANOS, “Crisis en la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *El Imparcial*, fecha de consulta 29 abril 2021, en <https://www.elimparcial.es/noticia/130920/opinion/crisis-en-la-corte-interamericana-de-derechos-humanos.html>.

⁷⁸⁴ Cf. M. RAMOS-KURI (ED.), *Artavia Murillo vs. Costa Rica: Análisis crítico a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el fallo sobre fertilización in vitro (alcances del juicio sobre el inicio de la vida humana, y sus posibles repercusiones a nivel continental)*, 2ª ed., CISAV, Querétaro - México, 2017.

⁷⁸⁵ Cf. L. CASTALDI; M. FRANCK, “Inter-American Court Judgment Against Costa Rica on In Vitro Fertilisation (IVF)”, cit.

que la Corte IDH parece apreciar de sí. Ello pues, claramente, posicionó su actuación por sobre el de: **a)** la Corte Suprema –invalidando tácitamente su sentencia de inconstitucionalidad⁷⁸⁶, reviviendo el decreto presidencial ya anulado⁷⁸⁷ y minusvalorando cualquier intento de la Corte Suprema por mantener en la ponderación jurídica la vida embrionaria⁷⁸⁸–; **b)** la Asamblea Legislativa –relegando su protagonismo competencial para valorar y concretar mediante leyes las restricciones a derechos fundamentales, así como su capacidad para personificar el principio democrático, en tanto que órgano representativo directamente elegido–; **c)** la Constitución Política –desconociendo los principios de reserva de ley y separación de poderes– y, **d)** la propia CADH –superando la previsión del artículo 2, referido al deber de los Estados de adoptar medidas para garantizar los derechos “con arreglo a sus procedimientos constitucionales”.

En concreto, señaló VIO GROSSI⁷⁸⁹ que, una vez dictada una sentencia de fondo, la Corte IDH solo puede emitir específicas resoluciones para: 1) otorgar reparaciones y costas, 2) interpretar el alcance del fallo a solicitud de parte, 3) corregir notorios errores de edición o cálculo, 4) supervisar su cumplimiento y, 5) de no satisfacerse, notificar a la Asamblea General de la OEA en el Informe Anual. Lo anterior quiere decir que solo dentro de dichos márgenes cabe la actuación de la Corte IDH y, en tal caso, siempre de

⁷⁸⁶ Cf. M. DE J. VARGAS ALFARO, “El “consensus” y el control de convencionalidad de la Corte Internacional de Derechos Humanos”, cit., pp. 46-47.

⁷⁸⁷ Corte IDH. *Caso Artavia Murillo y otros Vs. Costa Rica*. Supervisión (...). 26 de febrero de 2016. Op. Cit. Voto individual disidente del juez Vio Grossi, párr. 36.

⁷⁸⁸ Corte IDH. *Caso Artavia Murillo y otros Vs. Costa Rica*. Supervisión (...). 26 de febrero de 2006. Op. Cit., párr. 13. La cita es como sigue: (...) *las decisiones de amparo contienen argumentos que no toman en cuenta que la medida de dejar sin efecto la prohibición de la FIV debía ser cumplida “con la mayor celeridad posible” y no podía hacerse depender de la regulación de dicha técnica (...), así como argumentos que insisten en la protección del derecho a la vida de los embriones, de forma contraria a los razonamientos de la Sentencia de esta Corte. En ese sentido, dicho órgano judicial tenía que hacer prevalecer lo resuelto en la Sentencia condenatoria del presente caso.*

⁷⁸⁹ Corte IDH. *Caso Artavia Murillo y otros Vs. Costa Rica*. Supervisión (...). 26 de febrero de 2016. Op. Cit. Voto individual disidente del juez Vio Grossi, párrs. 13-18.

conformidad con la norma que regula a cada una de las tales providencias. Siendo así, la mentada resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia del caso *Artavia Murillo*, no podía transformarse en un “nuevo juicio”, una “nueva sentencia”, ni “intervenir” en su cumplimiento más allá de los términos dados en el fallo de fondo. Todo ello, más aún, si se considera que la regulación de este tipo de resoluciones no proviene ni de la CADH ni del Estatuto de la Corte IDH, sino solo del Reglamento, cuerpo normativo de inferior jerarquía.

Sin embargo, continuó VIO GROSSI⁷⁹⁰, la Corte IDH modificó, mediante esta resolución de supervisión, las dos obligaciones de resultado que, originalmente, había impuesto a Costa Rica, a saber: 1) adoptar medidas apropiadas para dejar sin efecto la prohibición de practicar la FIV y 2) regular la implementación de la FIV. En concreto, dirá el voto, la Corte IDH trastocó tales obligaciones pues: 1) impuso, de forma inmediata, el acceso a la FIV⁷⁹¹ y 2) mantuvo vigente el Decreto Ejecutivo No. 39210-MP-S⁷⁹². Con ello, además, alteró el objeto de supervisión de la sentencia⁷⁹³ indebidamente, pues

⁷⁹⁰ Corte IDH. *Caso Artavia Murillo y otros Vs. Costa Rica*. Supervisión (...). 26 de febrero de 2016. Op. Cit. Voto individual disidente del juez Vio Grossi, párrs. 19-36.

⁷⁹¹ Corte IDH. *Caso Artavia Murillo y otros Vs. Costa Rica*. Supervisión (...). 26 de febrero de 2016. Op. Cit., punto resolutivo 3. La cita es la que sigue: (...) *en lo que respecta al cumplimiento del punto dispositivo segundo de la Sentencia y conforme a lo indicado en el Considerando 26, la prohibición de la FIV no puede producir efectos jurídicos en Costa Rica ni constituir un impedimento al ejercicio del derecho a decidir sobre si tener hijos biológicos a través del acceso a dicha técnica de reproducción asistida. En consecuencia, debe entenderse que la FIV está autorizada en Costa Rica y, de forma inmediata, se debe permitir el ejercicio de dicho derecho tanto a nivel privado como público.*

⁷⁹² Corte IDH. *Caso Artavia Murillo y otros Vs. Costa Rica*. Supervisión (...). 26 de febrero de 2016. Op. Cit., punto resolutivo 4. La cita es la que sigue: (...) *en lo que respecta al cumplimiento del punto dispositivo tercero de la Sentencia y conforme a lo indicado en el Considerando 36 de esta Resolución, se mantenga vigente el referido Decreto Ejecutivo No. 39210-MP-S de 11 de septiembre de 2015, sin perjuicio de que el órgano legislativo emita alguna regulación posterior en apego a los estándares indicados en la Sentencia.*

⁷⁹³ Corte IDH. *Caso Artavia Murillo y otros Vs. Costa Rica*. Supervisión (...). 26 de febrero de 2016. Op. Cit. Voto individual disidente del juez Vio Grossi, párr. 39. La cita es la que sigue: *Lo que corresponde supervisar, por ende, es si se han adoptado las referidas “medidas apropiadas” y si se ha regulado los aludidos “aspectos necesarios”; y no que “la FIV no puede producir efectos jurídicos” ni “constituir un impedimento al ejercicio del derecho a tener hijos biológicos a través del acceso a dicha técnica de reproducción”.*

interpretó de *motu proprio* sus alcances⁷⁹⁴ –aunque las partes no hayan pedido aclaración alguna–, y se inmiscuyó en la controversia entre la Corte Suprema y el Poder Ejecutivo, reprochando a la primera y elogiando a la segunda⁷⁹⁵. Por ello, concluyó este juez que, “al alterar lo ordenado por la Sentencia, la Resolución se extralimita en el ejercicio de las competencias que se le han conferido a la Corte en la materia y vulnera el principio de Derecho Internacional de no injerencia en los asuntos internos del Estado”⁷⁹⁶.

4.2.2.3. ¿Una re-unificación de poderes?

Ciertamente, podría alegarse que lo hasta aquí narrado habla más de la actuación de la Corte IDH en dicho caso que de la doctrina del control de convencionalidad en sí misma. Sin embargo, dicha doctrina –de acuerdo a lo que hemos ido señalando en los apartados anteriores– es fiel reflejo de cómo la Corte IDH aprecia su propio rol en el SIDH y cómo concibe la relación con el resto de los Estados de la región sujetos a su jurisdicción. Pero, además, esta doctrina, de ser aceptada, sustenta o, al menos, consolida jurídicamente un proceder como aquel.

⁷⁹⁴ Corte IDH. *Caso Artavia Murillo y otros Vs. Costa Rica*. Supervisión (...). 26 de febrero de 2016. Op. Cit. Voto individual disidente del juez Vio Grossi, párr. 42. La cita es la que sigue: *Es claro entonces que, de esa manera, la Resolución interpreta, aunque erróneamente, la Sentencia. Dicho acto ciertamente no está contemplado y, por ende, permitido en el procedimiento de supervisión de cumplimiento de sentencias. Además, se hace en contravención de las normas que regulan el recurso de interpretación. No ha habido un “desacuerdo sobre el sentido o alcance del fallo”, ni solicitud de parte para interpretarlo y, además, se ha realizado una interpretación fuera del plazo de “noventa días a partir de la fecha de la notificación del fallo” establecido para ello.*

⁷⁹⁵ Corte IDH. *Caso Artavia Murillo y otros Vs. Costa Rica*. Supervisión (...). 26 de febrero de 2016. Op. Cit. Voto individual disidente del juez Vio Grossi, párr. 48. La cita es la que sigue: *De esa forma, la Resolución no solo constata “el estado del cumplimiento de lo resuelto”, tal como lo mandata el Reglamento, sino que, mientras valoriza positivamente la acción del Poder Ejecutivo de dictar el Decreto Ejecutivo No. 39210-MP-S, responsabiliza a la Sala Constitucional de Costa Rica por el hecho ilícito internacional de no cumplir la Sentencia; responsabilidad que, como se aludió precedentemente, únicamente puede tener el Estado considerado en su conjunto. La Resolución responsabiliza a la Sala Constitucional sin que el proceso de cumplimiento de la Sentencia por parte del Estado haya concluido y que de ello se hayan aportado pruebas en autos.*

⁷⁹⁶ Corte IDH. *Caso Artavia Murillo y otros Vs. Costa Rica*. Supervisión (...). 26 de febrero de 2016. Op. Cit. Voto individual disidente del juez Vio Grossi, párr. 54.

Nos explicamos. A los pocos años de creada el control de convencionalidad, ya advertía un REY CANTOR⁷⁹⁷ –sin discrepar del todo con la figura en mención– que una construcción en tal sentido generaba una “«crisis» de la división de poderes”, en tanto que si el objeto del control “es toda actuación de los poderes públicos de los Estados Miembros”, los actos expedidos en ejercicio de las funciones constituyente, legislativa, administrativa y judicial han de ser “controlables por un órgano judicial internacional, lo que indica que el reparto de competencias, exclusivamente no está dispuesto por la Constitución, como tampoco la plena independencia de los poderes del Estado de derecho”. En análogo sentido, GOZAINI⁷⁹⁸ ha dado cuenta de esta percepción compartida sobre cómo la doctrina bajo análisis supone no solo un recorte de las libertades de gestión del Poder Ejecutivo y del Poder Legislativo, sino también el otorgamiento de un amplio poder para la Corte IDH.

En efecto, no parece haber desacierto en tal aproximación. Si bien es verdad que, de cara al derecho internacional, el Estado es visto de modo unitario⁷⁹⁹ y, por ende, no importa qué órgano haya vulnerado –por acción u omisión– una obligación internacional, ni de qué norma o acto se trate⁸⁰⁰, también es cierto que el papel, en este caso, de la Corte IDH se limita, de haber una transgresión a las disposiciones de la CADH, a declarar la vulneración de derechos humanos y establecer las reparaciones correspondientes. Éstas, por supuesto, deben ser atendidas y cumplidas por los Estados infractores, pero siempre

⁷⁹⁷ Cf. E. REY CANTOR, “Jurisdicción constitucional y control de convencionalidad de las leyes”, cit., p. 769.

⁷⁹⁸ Cf. O. GOZAINI, “El impacto de la jurisprudencia del sistema interamericano en el derecho interno”, en *El control de convencionalidad*, Ediar, Buenos Aires, Argentina, 2008, p. 84.

⁷⁹⁹ Cf. Corte IDH. *Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 101. Voto concurrente razonado del juez García Ramírez, párr. 27.

⁸⁰⁰ Corte IDH. *Las Palmeras vs. Colombia*. Excepciones preliminares. *Op. Cit.*, párrs. 32 y 33.

de acuerdo con sus procedimientos constitucionales (artículo 2 de la CADH), lo cual quiere decir, bajo el marco de actuación jurídica doméstica. La doctrina del control de convencionalidad, sin embargo, va más allá.

Si, según hemos apuntado con anterioridad, esta doctrina exige la supremacía, la vinculatoriedad y el acatamiento no solo de la CADH o la sección resolutive de la sentencia (artículo 68 de la CADH), sino también de la jurisprudencia interamericana, entonces, tiene sentido que la Corte IDH haya desmerecido⁸⁰¹ los intentos que la Asamblea Legislativa y la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica realizaban para legalizar la FIV –sección resolutive del fallo–, pero sin que se produzca la mentada destrucción embrionaria –esto es, dejando de lado la exégesis interamericana sobre la protección de la vida humana a partir de la implantación⁸⁰². Asimismo, si mediante esta doctrina se requiere –a toda autoridad nacional *ex officio*, especialmente, a los jueces– la autoejecutabilidad de la norma convencional y, por supuesto, la norma convencional interpretada, entonces, para la Corte IDH, no hay mayor preocupación en que deba, necesariamente, ser la Asamblea Legislativa el único órgano competente para llevar a cabo sus mandatos. De hecho, reprochó a la Sala Constitucional no haber tomado cartas en el asunto y aplaudió al Ejecutivo cuando tomó la iniciativa de emitir el decreto en ciernes⁸⁰³. Así, no pareciera haber convicción en aquella acotación hecha por la propia Corte IDH cuando señala que el control de convencionalidad debe ser ejercido por todas

⁸⁰¹ Corte IDH. *Caso Artavia Murillo y otros Vs. Costa Rica*. Supervisión (...). 26 de febrero de 2006. Op. Cit., párr. 13.

⁸⁰² Cf. Corte IDH. *Caso Artavia Murillo y otros (fecundación in vitro) vs. Costa Rica*. Op. Cit., párr. 264.

⁸⁰³ Cf. Corte IDH. *Caso Artavia Murillo y otros Vs. Costa Rica*. Supervisión (...). 26 de febrero de 2016. Op. Cit. Voto individual disidente del juez Vio Grossi, párr. 48.

las autoridades nacionales “en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes”⁸⁰⁴.

Por último, si “el control de convencionalidad es una institución que sirve como instrumento para aplicar el Derecho Internacional”⁸⁰⁵, cuya obligación, nuevamente, compete *ex officio* a las autoridades nacionales y, en última instancia, a la Corte IDH, no debería generar asombro que, llegado el caso, sea posible revivir un decreto anulado y expulsado del ordenamiento jurídico costarricense, para “evitar que sea ilusorio el ejercicio del derecho a decidir si tener hijos (...), sin perjuicio de que el órgano legislativo emita alguna regulación posterior en apego a los estándares indicados en la Sentencia”⁸⁰⁶.

El problema con dicho tipo de actuación y marco teórico-jurídico –la doctrina del control de convencionalidad–, más allá de diluir los *limites competenciales* de cada órgano –previstos en la Constitución costarricense y expresión de la noción del Estado de Derecho–, radica en que, además, termina *concentrando*, cuando no sustituyendo, el poder en una sola autoridad. Ello pues, devuelve a la vida un instrumento del Poder Ejecutivo y ordena su aplicación inmediata sin la intermediación de otros actos jurídicos o de carácter técnico; reemplaza –o, al menos, deja de lado– al Poder Legislativo, toda vez que la Asamblea era la única competente para regular la materia; y, revalida constitucionalmente una norma interna cuya nulidad había sido declarada por la máxima instancia del país en dicha materia, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, homologando así sus competencias o, incluso, superándolas, en la medida que –hasta

⁸⁰⁴ Corte IDH. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú*. Op. Cit., párr. 128.

⁸⁰⁵ Cf. Corte IDH. *Caso Gelman Vs. Uruguay*. Supervisión (...). Op. Cit., párr. 68.

⁸⁰⁶ Corte IDH. *Caso Artavia Murillo y otros Vs. Costa Rica*. Supervisión (...). Op. Cit., párr. 36.

donde sabemos— este tribunal nacional no cuenta con una facultad para anular sus propias sentencias anulatorias, más aún si revisten calidad de cosa juzgada.

Considérese que una cosa es tener facultad para declarar la violación de derechos humanos contenidos en la CADH y exigir su correspondiente reparación —de lo contrario, declarar la responsabilidad internacional—, mientras otra muy diferente es tener una especie de monopolio en la protección de los derechos humanos en la región y exigir el alineamiento estatal según lo ya fijado, so pena de ser condenado internacionalmente. No debería haber inconveniente si ello hubiese sido parte del acuerdo regional al crear el SIDH y así constase en la CADH, previéndose además las respectivas competencias para que la Corte IDH contribuya a tal fin. Sin embargo, ese no fue ni es el propósito del SIDH. Si ni siquiera es obligatorio reconocer la competencia de la Corte IDH al ratificar la CADH y, aquellos Estados que han procedido de tal manera lo han hecho bajo las competencias que en el segundo capítulo hemos detallado, luego, no es viable asumir o comprender que el debate sobre quién tiene la última palabra en temas de derechos humanos —cuestión polémica y abierta aún en nuestros días⁸⁰⁷— ha encontrado feliz solución en la existencia de la Corte IDH y una herramienta como el control de convencionalidad, según la entiende este tribunal.

Los Estados no solo han ratificado la CADH y otros instrumentos interamericanos, sino también —o no— una variedad de tratados sobre análogas materias en el sistema universal de derechos humanos, estableciendo en uno u otro caso determinadas reservas

⁸⁰⁷ Cf. M. RISSO FERRAND, “¿Quién tiene la última palabra en temas de derechos humanos? Democracia versus aristocracia con toga”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2012, pp. 397-409, fecha de consulta 5 mayo 2021, en <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r29704.pdf>.

y límites competenciales a los órganos de control, jurisdiccionales o no. Asimismo, si bien tienen obligaciones internacionales que deben honrar, ello no supone una renuncia a los propios derechos fundamentales reconocidos en sus Constituciones que tienen por objeto resguardar; atendiendo a los contornos axiológicos locales, cuando no a los aspectos sobre los que existe debate, desacuerdo y/o diferente lectura de qué es lo más protector para el ser humano en cuanto a sus derechos. Esperar, por parte de la Corte IDH, que las autoridades sean ajenas a estos ámbitos y a sus propias limitaciones competenciales, para seguir –sin miramientos– un lineamiento en materia de derechos dado por ella –sin considerar ahora sobre su corrección o no, si hubo razonabilidad interpretativa o ceñimiento a las competencias concedidas–, produce una *concentración* con facultad para resolver todo problema o discusión sobre el significado, alcances, contenidos y contornos de un asunto –nada más y nada menos– tan omnipresente en nuestros sistemas contemporáneos: los derechos humanos.

Pero hay más. Si no bastase con que todo ello denotase una clara supremacía sobre la Constitución, una inequívoca señal de una lectura *pro homine* de los derechos no sujeta a cuestionamientos o, incluso, un sentido del deber por el que no se está dispuesto a ‘malgastar’ el tiempo en atender a diálogos o desencuentros políticos –expresión del principio democrático– encaminados a resolver un asunto controvertido a nivel nacional; en fin, si todo ello no fuese suficiente, una dificultad adicional –quizás la más importante–, es que se produce un *desequilibrio* –nacional o internacional– que horada el sistema de pesos y contrapesos previsto para el buen funcionamiento –no exento de escollos, por supuesto– al interior de un Estado Constitucional de Derecho.

Esto último, pues a nivel nacional, aunque no llegó a ser éste un ejercicio real del control de convencionalidad según lo espera la Corte IDH, debería haber generado que, en caso de desacuerdo entre los poderes del Estado, la judicatura ordinaria o constitucional fuese la más privilegiada y fuerte para zanjar el asunto. Así, si la Sala Constitucional hubiese adoptado la postura de la Corte IDH, en aplicación del control de convencionalidad, debería haber resuelto el asunto más allá o, independientemente, de las competencias de la Asamblea Legislativa para emitir la norma correspondiente. Esto, por ejemplo, según hemos apuntado previamente, sucedió en 2019⁸⁰⁸ en Ecuador cuando la Corte Constitucional del país, aplicando el control de convencionalidad y la OC-24, consideró innecesario acudir a la reforma constitucional y, por tanto, al campo competencial de la Asamblea Nacional ecuatoriana, cuando no del propio constituyente, para modificar la regulación matrimonial prevista en su Constitución⁸⁰⁹ e incluir también a las parejas del mismo sexo⁸¹⁰. Análogo recorrido se dio en 2017 en Bolivia, cuando su Tribunal Constitucional Plurinacional⁸¹¹, aplicando el control de convencionalidad y manipulando el principio *pro homine*, consideró que el estándar interamericano era menos restrictivo en cuanto a derechos políticos y terminó habilitando constitucionalmente la segunda reelección del presidente Evo Morales y su vicepresidente. Ello, pese a que la propia Constitución del país no permite una segunda reelección⁸¹² y a que los resultados

⁸⁰⁸ Cf. B. MARCHECO ACUÑA, “El constitucionalismo de los derechos y los límites de la interpretación constitucional. A propósito de las sentencias sobre matrimonio igualitario en el Ecuador”, cit., p. 192 y ss.

⁸⁰⁹ Constitución del Ecuador. Artículo 67: *El matrimonio es la unión entre hombre y mujer, se fundará en el libre consentimiento de las personas contrayentes y en la igualdad de sus derechos, obligaciones y capacidad legal.*

⁸¹⁰ Véase una crítica anticipada, sobre el mismo asunto y sobre en el mismo país, a dicho modo de proceder. Cf. M. ATIENZA, “Más allá del neoconstitucionalismo y del formalismo”, cit.

⁸¹¹ Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia. Acción de inconstitucionalidad abstracta. Sentencia de 28 de noviembre de 2017. Resolución 0084/2017 (Expediente No. 20960-2017-42-AIA)

⁸¹² Constitución Política de Bolivia. Artículo 168: *El periodo de mandato de la Presidenta o del Presidente y de la Vicepresidenta o del Vicepresidente del Estado es de cinco años, y pueden ser reelectas o reelectos por una sola vez de manera continua.*

del referéndum promovido para reformar dicha disposición constitucional, en 2016, fueron negativos en la respuesta dada por parte de la población mayoritaria.

Así, la búsqueda de *equilibrio* entre los poderes del Estado, no es indiferente a un ejercicio del control de convencionalidad pues, si se aplica realmente, empodera de modo ventajoso a un poder frente a otros. Pero, paradójicamente, al empoderar a la judicatura ordinaria o constitucional frente a otros poderes del Estado, también la limita frente a la propia Corte IDH. Ello pues, en adelante, todo juez será menos juez en la medida en que deberá –más que considerar– acatar los criterios interpretativos dados por el tribunal interamericano⁸¹³, dicho de otro modo:

El talón de Aquiles de la doctrina del control de convencionalidad, es que un Estado (esto es, en particular, sus jueces), (...), pueden verse vinculados por una jurisprudencia de la Corte [IDH] vertida en un procedimiento en el que no fueron parte, y, por tanto, donde tampoco fueron oídos. Es decir, que resultan encadenados por una tesis jurisdiccional sobre la que no tuvieron oportunidad de exponer sus puntos de vista, omisión que no coincidiría mucho con las reglas habituales del debido proceso⁸¹⁴.

A nivel internacional, el riesgo es mayor y el *desequilibrio* es patente pues no existe siquiera un marco de funcionamiento análogo al del Estado de Derecho y su inherente sistema de pesos y contrapesos. Consecuentemente, más allá de un llamado de atención

⁸¹³ Cf. P. SAGÜÉS, “La incidencia de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la jurisprudencia peruana”, cit., sec. 36’.

⁸¹⁴ Cf. P. SAGÜÉS, “Dificultades operativas del ‘control de convencionalidad’ en el sistema interamericano”, cit., sec. 9.

declarativo a la institución⁸¹⁵ o de un eventual caso en el que la propia Corte IDH pida a la Asamblea General de la OEA la sanción disciplinaria para alguno de sus integrantes⁸¹⁶, no hay mayor cauce de control. Ni siquiera en casos en los que, plausiblemente, debería haberse procedido a algún tipo de sanción. Por ejemplo, en 2014, el aún juez interamericano GARCÍA-SAYÁN, sin renunciar a su cargo, obtuvo la excusa del entonces presidente de la Corte IDH, para iniciar una campaña de cara a ser elegido por los Estados como el próximo Secretario General de la OEA, Estados con los que tenía procesos abiertos o a los que supervisaba en el cumplimiento de las sentencias interamericanas⁸¹⁷. Los jueces VIO GROSSI y VENTURA ROBLES, al constatar lo sucedido, emitieron una “Constancia de Disentimiento” en la que, entre otras cuestiones, discreparon del proceder de dicho juez⁸¹⁸ y de la anuencia dada por el presidente del órgano⁸¹⁹ sin siquiera informarse al resto del colegiado⁸²⁰.

⁸¹⁵ Cf. MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES DE CHILE, “Comunicado de prensa Ministerio de Relaciones Exteriores - Ministerio de Justicia y Derechos Humanos sobre Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, cit.

⁸¹⁶ Cf. Convención Americana sobre Derechos Humanos. Artículo 73; Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Artículos 19 y 20.

⁸¹⁷ Cf. A. R. BREWER-CARÍAS, “Los efectos de las presiones políticas de los Estados en las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un caso de denegación de justicia internacional y de desprecio al derecho”, *Ars Boni et Aequi*, vol. 12, 2, 2016, pp. 61-64, fecha de consulta 12 mayo 2021, en <http://www.arsboni.ubo.cl/index.php/arsbonietaequi/article/view/81>.

⁸¹⁸ Expresaron en dicha «Constancia de Disentimiento» que: «*a todas luces (...) la “actividad” consistente en la candidatura a la Secretaría General de la OEA no solo puede en la práctica impedir el ejercicio del cargo de juez, sino que también puede afectar la “independencia”, “imparcialidad”, “dignidad o prestigio” con que necesariamente debe ser percibido dicho ejercicio por quienes comparecen ante la Corte demandando justicia en materia de Derechos Humanos*». Cf. EL COMERCIO (PERÚ), “Cargo de García Sayán en la Corte de San José correría peligro”, fecha de consulta 12 mayo 2021, en <https://bit.ly/2RIiVUA>.

⁸¹⁹ Expresaron en dicha «Constancia de Disentimiento» que: «*Por todo lo afirmado precedentemente, resulta al menos plausible sostener que la referida solicitud de excusa del juez García Sayán y lo resuelto al efecto por el Presidente, pueden afectar seriamente la credibilidad en lo que concierne a su “imparcialidad”, “dignidad” o “prestigio”*». Cf. M. E. VENTURA ROBLES, “La legitimidad de los jueces de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Prudentia iuris*, 82, 2016, Pontificia Universidad Católica Argentina, p. 11, fecha de consulta 12 mayo 2021, en <https://bit.ly/2T3riLc>.

⁸²⁰ Los jueces discrepantes consideraron que GARCÍA-SAYÁN debió haber renunciado, como en su momento lo hizo el juez ROBERTO REINA para postular a la presidencia de Honduras. El desenlace no fue muy grato. GARCÍA-SAYÁN se vio obligado a renunciar a su candidatura, no sin antes hacer públicas unas declaraciones en las que calificó de “minoría recalcitrante en éstas y otras decisiones” a los firmantes de dicho disentimiento. Cf. D. GARCÍA-SAYÁN, “Cartas al director | Aclaración de Diego García-Sayán”, *El País*, 2014, Madrid, fecha de consulta 12 mayo 2021, en <https://bit.ly/33DKdhw>; EL COMERCIO (PERÚ),

En definitiva, si el ejercicio del control de convencionalidad así entendido, en teoría y en práctica, puede suponer un ingrediente disolvente de la *des-concentración*, la *limitación competencial* y el *equilibrio* de poderes, todo parece indicar que no hay compatibilidad entre esta doctrina y un elemento esencial para el Estado Constitucional de Derecho: la división de los poderes.

4.2.3. El reconocimiento y eficacia de los derechos fundamentales

Desarrollaremos aquí tres sub-secciones. En la primera, la 4.2.3.1., realizaremos una aproximación histórico-conceptual de este elemento esencial del Estado Constitucional. En la segunda, es decir, la 4.2.3.2., discerniremos en torno al dilema que supone el principio *pro homine*. Finalmente, en la sub-sección 4.2.3.3., aludiendo a ese mismo principio, apuntaremos algunos de sus principales desafíos.

4.2.3.1. Aproximación histórico-conceptual

Este elemento esencial del Estado Constitucional de Derecho implica prever, para los derechos y libertades, una garantía jurídico-formal y una eficaz realización material⁸²¹, toda vez que conforman el fin primordial al interior una comunidad política organizada⁸²². Por supuesto, como hemos señalado, ya desempeñaban un rol importante en la formación

“Jueces de la Corte de San José lamentan dichos de García Sayán”, fecha de consulta 12 mayo 2021, en <https://bit.ly/3bkWFqS>.

⁸²¹ Cf. R. BUSTAMANTE ALARCÓN, “El Estado de Derecho”, cit., p. 27.

⁸²² Cf. L. PRIETO SANCHÍS, *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, 1990, p. 21, fecha de consulta 5 mayo 2021, en <http://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=210170>.

inicial del Estado de Derecho⁸²³, en tanto, con su reconocimiento, se buscaba limitar y controlar al poder político, así como proteger a particulares⁸²⁴ a través de “principios que se imponen a la voluntad política de los órganos estatales”⁸²⁵, los cuales, no conceden derechos, sino solo reconocen su realidad pre-existente y superior⁸²⁶.

Como se prevé, con la comprensión de la Constitución como norma suprema y *norma normarum*, los derechos incluidos en ella se vieron reforzados con una eficacia directa que vincula a los poderes públicos y al resto de ciudadanos⁸²⁷, añadiéndose también garantías efectivas para su tutela⁸²⁸ y acciones públicas encaminadas a su promoción y ejercicio⁸²⁹. No podría ser de otro modo si el respeto y garantía de los derechos constituye, realmente, el núcleo esencial del Estado Constitucional de Derecho, que fundamenta, legitima y limita al poder⁸³⁰.

Ahora bien, la dogmática suele distinguir entre derechos fundamentales, derechos constitucionales y derechos humanos. Los primeros, los derechos fundamentales, son aquellos cuyo fundamento recae en la dignidad humana⁸³¹ y han sido constitucionalizados. De allí que, a menudo, coincidan con los derechos humanos recogidos en tratados. Así,

⁸²³ Cf. F. BALAGUER CALLEJÓN (ED.), *Manual de Derecho Constitucional*, cit., p. 33.

⁸²⁴ Cf. L. M. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *Sistemas de derechos fundamentales*, Civitas, Madrid, 2013, p. 25.

⁸²⁵ L. PRIETO SANCHÍS, *Estudios sobre derechos fundamentales*, cit., p. 111.

⁸²⁶ Cf. L. MONROY NÚÑEZ; L. A. CORONA NAKAMURA, “La Constitución, la democracia, los derechos y las garantías en el Estado Constitucional de Derecho”, cit., pp. 170-172.

⁸²⁷ Cf. F. BALAGUER CALLEJÓN (ED.), *Manual de Derecho Constitucional*, cit., pp. 60-61.

⁸²⁸ Cf. M. LARA GUADARRAMA, “Democracia, Estado de Derecho y Estado Constitucional de Derecho”, cit., p. 565.

⁸²⁹ Cf. R. ÁVILA SANTAMARÍA, “Del Estado legal de derecho al Estado constitucional de derechos y justicia”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, vol. 1, 2009, 2009, p. 778, fecha de consulta 5 mayo 2021, en <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/anuario-derecho-constitucional/article/view/3900>.

⁸³⁰ Cf. J. TAJADURA TEJADA, *Los derechos fundamentales y sus garantías*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 22.

⁸³¹ Cf. *Ibid.*, pp. 23-31.

en su versión subjetiva, los derechos fundamentales constituyen instrumentos de protección de los ciudadanos frente a todos los poderes del Estado. En su versión objetiva, en cambio, esto es, como valores básicos constitucionales, inspiran el desenvolvimiento del ordenamiento jurídico y producen un deber general para su protección y promoción⁸³². En definitiva, aunque las líneas maestras suelen ser compartidas, cada ordenamiento constitucional maneja una particular dogmática sobre la titularidad, garantías, tipos y contenidos de los derechos fundamentales. Aun así, el consenso suele incluir como sus requisitos básicos⁸³³: a) la previsión constitucional, b) la eficacia directa, c) un contenido esencial y d) una tutela judicial efectiva.

Si bien el reconocimiento de derechos fundamentales suele ser privativo del poder constituyente o, en tal caso, del poder de reforma previamente establecido, ello no impide que el legislador pueda regularlos o desarrollarlos, respetando su contenido esencial y eficacia directa⁸³⁴. Por último, sus medios de protección efectivos suelen incluir garantías de diversa índole⁸³⁵, sean de carácter normativo (desarrollo realizado por el legislador), jurisdiccional (mediante recursos que un juez ordinario o constitucional pueda tutelar), institucional (Defensoría del Pueblo, Fiscalía, etc.) o internacional (acceso a instancias internacionales si el derecho en cuestión está también protegido en un tratado), evitándose así que los derechos fundamentales conformen meras aspiraciones programáticas (he aquí el salto cualitativo entre el Estado de Derecho y el Estado Constitucional de Derecho).

⁸³² Cf. L. M. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *Sistemas de derechos fundamentales*, cit., p. 55.

⁸³³ Cf. P. CRUZ VILLALÓN, “Formación y evolución de los derechos fundamentales”, *Revista española de derecho constitucional*, vol. 9, 25, 1989, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (España), p. 62, fecha de consulta 5 mayo 2021, en <https://bit.ly/2RSfxq7>.

⁸³⁴ Cf. F. BALAGUER CALLEJÓN (ED.), *Manual de Derecho Constitucional*, cit., p. 61.

⁸³⁵ Cf. L. COTINO HUESO, “Las garantías de los derechos fundamentales”, en Josep M Castellà Andreu (ed.) *Derecho Constitucional básico*, 5ª ed., Huygens, Barcelona, 2019, pp. 490-512.

Los segundos, es decir, los derechos constitucionales, refieren a derechos subjetivos constitucionalizados, pero que no, necesariamente, revisten un carácter “fundamental”. Todo ello, claro está, allí donde cada ordenamiento haga diferencias entre el carácter de fundamental o no que tienen los derechos, explícitamente, recogidos en su Constitución.

Por último, los terceros, los derechos humanos –sin pretender ingresar al amplio e inacabado debate en torno a su definición y fundamentación–, son aquellos derechos naturales que se recogen en declaraciones o tratados⁸³⁶, es decir, aquellos bienes humanos comunes que corresponden a las personas en razón de su naturaleza y dignidad humana⁸³⁷, o, al menos, aquellas exigencias morales que se presumen inherentes a todas las personas⁸³⁸. En nuestro caso, justamente, aquellos derechos previstos en la CADH y otros tratados interamericanos.

Siendo así, la modalidad concreta de su protección doméstica descansa en el grado interno que se conceda a los tratados de derechos humanos, usualmente, un carácter constitucional o bien infraconstitucional, pero supra legal, o –independientemente de su ubicación jerárquica– una herramienta interpretativa al interior del bloque de constitucionalidad –mediante las cláusulas de apertura–, según hemos visto en capítulo anterior al tratar a distintos países de la región. Dicho esto, que la forma de su resguardo esté supeditada al modo de incorporación en el derecho nacional, por supuesto, no quiere decir que las obligaciones internacionales contraídas al ratificar un tratado de esta

⁸³⁶ Cf. G. CANDIA FALCÓN, *Introducción al Derecho Internacional de los Derechos Humanos: análisis, doctrina y jurisprudencia*, Ediciones UC, Santiago, Chile, 2016, p. 18.

⁸³⁷ Cf. L. CASTILLO CÓRDOVA, “El contenido constitucional de los derechos fundamentales como objeto de protección del amparo.”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 14, 2010, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (España), pp. 93-94, fecha de consulta 13 mayo 2021, en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3331524>.

⁸³⁸ Cf. L. PRIETO SANCHÍS, *Estudios sobre derechos fundamentales*, cit., p. 23.

naturaleza estén condicionadas a la jerarquía normativa concedida. Lo único que aquí se pretende afirmar es que, el tratamiento interno que se brinde a las disposiciones de los instrumentos internacionales referidos a derechos humanos, quedará a discrecionalidad de cada ordenamiento jurídico.

Llegados a este punto, ¿cuál podría ser el inconveniente con la doctrina del control de convencionalidad? Si se aprecia, podría afirmarse que ésta solo contribuiría a extender, incrementar o tutelar mejor los derechos y libertades de las personas. En efecto, podría ser así. Pero de acuerdo al entendimiento que tiene la Corte IDH sobre esta figura, también podría limitarlos y/o mermarlos. Ahondaremos en esto en el siguiente sub-apartado.

4.2.3.2. El dilema del principio *pro homine*

Habíamos señalado en el capítulo 2, dentro del análisis del artículo 29.b de la CADH, que nos resultaba inviable coincidir con aquel enfoque del principio *pro homine* que asume la doctrina del control de convencionalidad o que promueven algunos autores en su respaldo. En concreto, porque dista de lo establecido en la CADH y de una comprensión más amplia y acertada, según lo han previsto también los Estados analizados en el capítulo 3.

En sí, si el artículo 29.b de la CADH establece que ninguna disposición del tratado puede ser interpretada en el sentido de “limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados”, luego,

se reconoce la posibilidad de que alguna norma nacional u otro tratado sea más favorable o protector, en una situación jurídica concreta, que la CADH –y, por supuesto, las exégesis interamericanas sobre ella.

En su momento, la temprana Corte IDH⁸³⁹ lo había entendido de modo análogo y, a la fecha, todos los Estados que hemos tenido a bien explorar, recogen de uno u otro modo también este sentido, sea en sus disposiciones constitucionales o a través de las sentencias de sus altas cortes nacionales. Sin ánimo de ser reiterativo, por ejemplo, la reforma constitucional de 2011 en México incluyó en su artículo 1 que las “normas relativas a los derechos humanos se interpreta[n] de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia”. Así, la Suprema Corte de Justicia de la Nación adujo en 2014 que toda la jurisprudencia de la Corte IDH era vinculante para los jueces internos, quienes debían armonizarla con la jurisprudencia nacional, mas, si ello fuese imposible, debían decantarse por “el criterio que resulte más favorecedor para la protección de los derechos humanos”⁸⁴⁰. Ello quiere decir que, la posibilidad de que prevalezca el estándar de protección interno, quedaba abierta.

De igual manera, como hemos apuntado, más allá de los diversos grados de recepción formal de la doctrina en análisis, otros Estados han reservado también, para sí, la posibilidad de apartarse de los criterios exegéticos interamericanos en razón de una eventual aplicación del principio *pro homine*, que haga meritoria la prevalencia de una

⁸³⁹ Cf. Corte IDH. Opinión Consultiva OC-5/85. Op. Cit., párr. 52.

⁸⁴⁰ Cf. Suprema Corte de Justicia de la Nación de México. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro V, abril de 2014, tesis P.J. 21/2014. P. 204-205.

norma y/o interpretación doméstica más protectora o beneficiosa. Desde Uruguay –uno de los Estados más críticos–, hasta Perú –uno de los países más receptivos–, toda vez que no “puede olvidarse que el artículo 29.b de la C[ADH] proscribió a todo tribunal, incluyendo a la propia Corte [IDH], ‘limitar el goce (...). Ello significa, por ejemplo, que los derechos reconocidos en el ordenamiento interno y la interpretación optimizadora que de ellos realice la jurisprudencia de este Tribunal, también es observada por la Corte [IDH]’⁸⁴¹, o que “si el ordenamiento nacional otorga mayor, mejor o más amplia protección de los derechos reconocidos en el Sistema Interamericano, es aquel el que debe primar, debido a que alcanza el máximo grado de vinculación”⁸⁴². Y es que:

(...) no siempre será posible reconocer que ante una contradicción normativa entre la Convención y una Constitución nacional prevalecerá la primera. De esta manera, se avanzará ahora a decir que no hay fuerza en las razones que se proponen para justificar que la Convención ha desplazado a la Constitución de modo que aquella prevalece sobre ésta. La relación entre el derecho internacional sobre derechos humanos y el derecho constitucional sobre derechos humanos, no ha de ser de jerarquía sino de armonización, la cual se logrará con éxito si se basa en la posición jurídica de la Persona como inicio y fin del derecho. Así, un tribunal nacional justificadamente no aplicará la CADH o la interpretación que de ella ha formulado la Corte IDH, si finalmente justifica que tales disposiciones o interpretaciones resultan siendo injustas en el caso que tiene que resolver; o

⁸⁴¹ Cf. Tribunal Constitucional del Perú. *Caso Arturo Castillo Chirinos*. Sentencia de 21 julio del 2006. EXP. N.º 2730-2006-PA/TC. FJ. 15.

⁸⁴² Cf. Poder Judicial. Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral y Procesal Laboral. 25 y 26 de marzo de 2021. Tema 5, en <https://bit.ly/3ecTIQI>

*encuentra que una interpretación del derecho constitucional interno le permite llegar a una más efectiva y oportuna protección de los derechos humanos*⁸⁴³.

En suma, una doctrina que exige apego o uniformidad –sin disidencias– con los criterios interamericanos ya establecidos, termina por eliminar una eventual ocasión donde el estándar de protección doméstica pueda ser el más favorable en circunstancias específicas. Esto, claro está, si la armonización en torno a las lecturas de un derecho en concreto no hubiese sido posible. Un contexto así, definitivamente, podría lesionar el contenido y alcance de determinados derechos y libertades fundamentales reconocidos y garantizados en un Estado Constitucional de Derecho, vaciándose así de contenido uno de sus elementos esenciales. En efecto, acoger la doctrina del control de convencionalidad según prevé la Corte IDH podría, además, ir en detrimento de una protección eficiente de los derechos humanos, toda vez que, entre otras razones, se sobrepone a un mecanismo habitual en el derecho interno, por el cual el juez doméstico ya cuenta con un bloque de constitucionalidad⁸⁴⁴ –que considera las exégesis interamericanas– de cara a resolver los asuntos que puedan arribar.

A lo afirmado, quizás, podrían presentarse dos objeciones. La primera, referida a que el ejercicio del control de convencionalidad no excluye la aplicación del principio *pro persona* pues, por el contrario, lo supone. La segunda, relacionada a un probable

⁸⁴³ CASTILLO, Luis (2015). “¿Estado Convencional de Derecho? Un breve estudio sobre el control de convencionalidad”. En MOSQUERA, Susana (Coord.), *La constitucionalización de los tratados de derechos humanos en el Perú*. Cuartas Jornadas sobre Derechos Humanos-Universidad de Piura. Lima: Palestra Editores. Pp. 61-62.

⁸⁴⁴ Cf. D. G. MEJÍA-LEMONS, “On the «Control de Convencionalidad» Doctrine”, cit., p. 148.

riesgo de anarquía aplicativa de este principio, toda vez que cada uno de los Estados podría adoptar distintos rumbos apelando a él.

Sobre **lo primero**, según hemos anotado ya, se alega –no por parte la Corte IDH, pero sí por parte de la academia favorable a esta doctrina– que es factible realizar una aplicación del principio *pro homine*⁸⁴⁵. Sin embargo, cuando se explica qué es lo supone dicho principio y cómo marida con la doctrina del control de convencionalidad, en opinión nuestra, se termina resignificando su entendimiento y alcances. Ello, pues no se concibe un escenario donde el cuestionamiento y/o contrariedad respecto de los mentados criterios interpretativos interamericanos sea viable. Solo se concibe un panorama donde la aplicación de tal principio consista en ampliar o extender los derechos a partir del “estándar mínimo de efectividad” ya trazado por la hermenéutica de la Corte IDH.

Comprender el principio *pro homine* como un agregado a un piso interpretativo ya establecido, esto es: la jurisprudencia o doctrina de la Corte IDH (estándar mínimo de efectividad) y más (la ampliación dada por otra interpretación o norma), podría en ocasiones ser lo más protector, pero no siempre. Si la interpretación o norma más favorable en un caso concreto significase, en lugar de la complementariedad, la negación o distanciamiento de lo fijado en la exégesis interamericana, debería poder ignorarse dicha doctrina judicial y escogerse aquella interpretación o disposición más protectora, sea que provenga del ordenamiento nacional o de otro tratado. El “piso mínimo”, si se quiere, lo conforman la CADH y los tratados interamericanos ratificados –no la hermenéutica de la Corte IDH–, toda vez que es preciso recordar que el “propósito de los

⁸⁴⁵ Corte IDH. *Caso Gelman Vs. Uruguay*. Supervisión (...). Op. Cit. Voto razonado del juez Ferrer MacGregor, párr. 69

tratados internacionales es definir un estándar de derecho internacional que deben cumplir todos los países⁸⁴⁶. Incluso así, de ofrecer el tratado una menor protección que una Constitución nacional, debe primar esta última⁸⁴⁷; de lo contrario, debe prevalecer la convención⁸⁴⁸. Y, de preverse sin solución única un mismo asunto en distintos tratados, no deberían verse afectados los derechos más favorables que pudiesen resultar, “de manera que en cada caso se aplique la solución más beneficiosa para el ciudadano”⁸⁴⁹.

Sobre **lo segundo**, es decir, si un panorama como el descrito no terminaría generando un desorden con distintos caminos a tomar sobre qué es lo más protector para los derechos humanos. Si consideramos que el “piso mínimo”, en sentido estricto, lo conforman los tratados –lo cual, ocioso es repetir, no supone la insignificancia de la hermenéutica sobre aquellos, todo lo contrario– y que la propia CADH prevé tal posibilidad en su artículo 29.b, no debería haber alarma alguna al respecto. Más aún si consideramos que no es tarea de la Corte IDH ‘uniformizar’ el Derecho en la región, aunque ello pueda ser deseable y –natural y paulatinamente– se produzca como efecto secundario si su desenvolvimiento goza de legitimidad y provee una convicción que mueva a la imitación por parte de los Estados. El meollo de su tarea en sí consiste, principalmente, en “conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes en esta Convención”⁸⁵⁰. Considérese que,

⁸⁴⁶ W. DAÜBLER, “Los derechos fundamentales en ordenamientos jurídicos de niveles múltiples (local, nacional, internacional, supranacional)”, cit., p. 138.

⁸⁴⁷ Cf. V. OROZCO SOLANO, “El valor normativo de los Instrumentos Internacionales en materia de Derechos Humanos en el Sistema de Justicia Constitucional Costarricense: El caso particular de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Revista Judicial (Costa Rica)*, vol. 113, 2014, p. 32, fecha de consulta 15 diciembre 2017, en https://escuelajudicialpj.poderjudicial.go.cr/Archivos/documentos/revs_juds/Revista%20113/index.html.

⁸⁴⁸ Cf. *Ibid.*, pp. 138-139.

⁸⁴⁹ *Ibid.*, p. 139.

⁸⁵⁰ Convención Americana sobre Derechos Humanos. Artículo 33. Véanse también los artículos 62, 63, 64 y 65.

por ejemplo, la sola existencia de la doctrina del margen de apreciación en el TEDH denota también la diferencia de estándares en la protección de determinados derechos, sobre todo si en cuanto a ciertos contenidos de ellos existe un debate abierto lejos de cualquier consenso o, peor aún, no están previstos en el tratado correspondiente, por tanto, es materia no regulada. Como bien se ha recordado:

Las normas de derecho internacional de los derechos humanos fueron creadas en atención a la inherente tensión que existe entre afirmar la existencia de una regulación universal o regional de los derechos humanos, con la evidente existencia de diferencias legales y culturales en un mundo plural. Estas diferencias se ven reflejadas en los textos constitucionales, las leyes y las decisiones judiciales de los diferentes Estados. Por lo que, a menos que aceptemos la hipótesis que sostiene y promueve la supremacía del derecho internacional en materia de derechos humanos, es razonable suponer que existe espacio para la autodeterminación constitucional en la definición sustantiva de los derechos⁸⁵¹.

Si ello es así, habría que agregar que no debería haber necesaria alarma si los Estados –mediante sus cauces democráticos e institucionales– albergasen en ocasiones lecturas no homogéneas sobre ciertos contenidos o alcances de los derechos humanos. Si bien nadie niega las necesarias –a menudo urgentes– mejoras en las democracias latinoamericanas, mantener una férrea perspectiva de incapacidad permanente y colectiva de los Estados⁸⁵² de la región para hacerse cargo, de modo acertado, de nociones

⁸⁵¹ P. GONZÁLEZ DOMÍNGUEZ, “La relación entre la doctrina del control de convencionalidad y el derecho nacional”, cit., p. 217.

⁸⁵² Cf. A. A. CANÇADO TRINDADE, “Reflexiones sobre el futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos”, *El Futuro del Sistema Interamericano de Protección a Los Derechos Humanos*.

materiales que pudiesen ser más protectoras que las provenientes de la Corte IDH es, simplemente, insalubre, cuando no, paternalista. Esto último, pues se asumiría una especie minoría de edad estatal que solo madura acompañada de la Corte IDH –nadie sabe bien hasta cuándo ni a criterio de quién.

En efecto, parte de la asunción implícita para fundamentar la doctrina del control de convencionalidad descansa en considerar que la CADH –o la jurisprudencia de la Corte IDH– protege más amplia y favorablemente los derechos humanos en comparación con los ordenamientos domésticos⁸⁵³. No obstante, es manifiesto que, si bien ello podría ser *usualmente* cierto, no es *necesariamente* cierto, más aún si dicha asunción colisiona directamente con el artículo 29.b de la CADH. Conviene pues, no confundir el carácter final, último o definitivo de la decisión adoptada por la Corte IDH (art. 67 de la CADH) con un eventual carácter de infalibilidad de éste. La diferencia es crucial, toda vez que la imposibilidad de cuestionar una resolución frente a otros órganos nada dice de su adecuación a los estándares de corrección de una decisión judicial⁸⁵⁴.

Todo lo dicho hasta aquí en este sub-apartado, no niega –por supuesto– las dificultades que podrían presentarse al aplicar el principio *pro homine*, según apuntaremos a continuación. El propósito reside solo en dirimir, de allí el título de “dilema del principio *pro homine*”, si apostamos realmente o no por su aplicación. Si la respuesta es negativa, perdería sentido aquella exigencia propia de la naturaleza de los

San José: IIDH, 1998, pp. 582-583, fecha de consulta 21 febrero 2021, en <https://bit.ly/3fktlBM> El autor se congratula de que el «margen de apreciación nacional» no haya sido desarrollado por la Corte IDH, toda vez que dicha doctrina está pensada solo para verdaderos Estados de Derecho.

⁸⁵³ Cf. C. ORUNESU, “Conventionality control and international judicial supremacy”, cit., p. 4.

⁸⁵⁴ Cf. *Ibid.*, p. 6 La autora se apoya en esta sección en las reflexiones realizadas por Herber Hart.

derechos humanos⁸⁵⁵ y aquella finalidad última del Estado Constitucional de Derecho. Mas, si la respuesta es positiva, debe aceptarse con naturalidad que, una de sus posibilidades, es que un Estado, llegado el caso, se aparte justificadamente de algún criterio interpretativo de la Corte IDH.

4.2.3.3. Desafíos del principio *pro homine*

Ahora bien, como hemos afirmado, ciertamente, pueden presentarse complejidades en la aplicación de este principio. Desde aquellas, fruto de una manipulación, hasta aquellas de impracticable concreción real. Sin dejar de lado, claro está, aquellos supuestos –quizás los más importantes de cara a este principio– donde hay un verdadero desacuerdo que requiere para su resolución deliberación democrática y diálogo judicial.

Sobre la **primera complejidad**, la manipulación o uso sesgado del principio *pro homine*, no incidiremos más, pues su mala utilización, desafortunadamente, hace parte de los inevitables riesgos, de uno u otro lado. Es decir, así como un Estado puede llegar a invocar este principio para un uso espurio –recuérdese, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Constitucional Plurinacional boliviano, que habilitó la segunda reelección presencial de Evo Morales apelando al principio *pro persona*–; la Corte IDH puede encubrir un fuerte voluntarismo judicial, como hemos apreciado ya, alegando la mayor

⁸⁵⁵ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-7/86. Op. Cit. Opinión separada del juez Piza Escalante, párr. 36. La cita es la que sigue: *En este aspecto, me parece que el criterio fundamental es el que impone la naturaleza misma de los derechos humanos, la cual obliga a interpretar extensivamente las normas que los consagran o amplían y restrictivamente las que los limitan o restringen. Ese criterio fundamental -- principio pro homine del Derecho de los Derechos Humanos--, conduce a la conclusión de que su exigibilidad inmediata e incondicional es la regla, y su condicionamiento la excepción, de manera que si, en los términos en que está definido por la Convención el derecho de rectificación o respuesta, podría ser aplicado aun a falta de las referidas "condiciones que establezca la ley", es un derecho exigible per se.*

favorabilidad interpretativa –considérese que este tribunal no suele utilizar la terminología *pro homine o pro persona*, pero es posible hallar tales lógicas argumentativas cuando expande el contenido normativo de los derechos, cuando amplía los alcances de las obligaciones estatales o cuando excluye interpretaciones que considera limitantes de derechos⁸⁵⁶.

Un ejemplo podría apreciarse en el citado caso *Lhaka Honhat vs. Argentina*⁸⁵⁷, donde haciendo la Corte IDH una exégesis conjunta de diversas disposiciones –incluido el artículo 29 de la CADH– y capitalizando su OC-23/17 sobre *Medio Ambiente y Derechos Humanos*⁸⁵⁸, concluyó –citando a conveniencia declaraciones *soft law*⁸⁵⁹ y trastocando las habituales reglas de interpretación de tratados⁸⁶⁰– que el medio ambiente sano, la alimentación adecuada, el agua y la participación en la vida cultural conforman nuevos derechos autónomos, cuando en la CADH –por buena que pudiese ser la iniciativa– nada se dice de ello⁸⁶¹. Si las máximas de la experiencia indican que el alto

⁸⁵⁶ Cf. X. MEDELLÍN URQUIAGA, “Principio pro persona: Una revisión crítica desde el derecho internacional de los derechos humanos”, *Estudios constitucionales*, vol. 17, 1, 2019, Universidad de Talca. Centro de Estudios Constitucionales, p. 411, fecha de consulta 27 abril 2021, en http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S0718-52002019000100397&lng=es&nrm=iso&tlng=es.

⁸⁵⁷ Corte IDH. *Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina*. Op. Cit., párrs. 194 y ss.

⁸⁵⁸ Cf. L.-A. LÓPEZ-ZAMORA, “Perplejidades Normativas y Límites de la Actividad Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Algunas Lecciones Provenientes de la Adopción de la Opinión Consultiva OC-23/17 sobre «Medio Ambiente y Derechos Humanos»”, *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. 37, 2021, fecha de consulta 2 mayo 2021, en <https://revistas.unav.edu/index.php/anuario-esp-dcho-internacional/article/view/41442> Se critica la argumentación seguida por la Corte IDH para expandir su jurisdicción y lograr la judicialización de derechos ambientales no consagrados en la CADH.

⁸⁵⁹ Cf. Corte IDH. *Comunidades Indígenas (...) Lhaka Honhat*. Op. Cit., voto del juez Sierra Porto, párrs. 3-11.

⁸⁶⁰ Cf. Corte IDH. *Comunidades Indígenas (...) Lhaka Honhat*. Op. Cit., voto del juez Vio Grossi, párrs. 4-61.

⁸⁶¹ Convención Americana sobre Derechos Humanos. Artículo de la 26: *Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta*

propósito de un Estado Constitucional de Derecho al reconocer y garantizar derechos, no le ahorra dislates en esta materia, análoga suerte aplica también para la Corte IDH. La nobleza de la misión, desafortunadamente, no evita graves desaciertos.

Por otro lado, en esta búsqueda de lo más favorable a las personas por parte de la Corte IDH, si bien es viable alegar una razonable exégesis evolutiva de los tratados, ello no debe significar el desprecio por otros métodos interpretativos y, peor aún, la pretensión de hacer hablar al texto allí donde guarda silencio –donde deliberadamente excluye un supuesto o donde lo regula en sentido contrario–, tan grave ello como subvertir la noción de las palabras⁸⁶², pues conviene recordar que, en principio, los tratados son fruto de intensas negociaciones y acuerdos de buena fe entre los Estados, donde lo “no explicitado” suele ser en ocasiones condición para la suscripción del instrumento⁸⁶³.

Sobre la **segunda complejidad**, esto es, la irrealizable concreción en ciertos casos, podríamos acudir a modo de ejemplo al caso mexicano abordado líneas arriba. Como habíamos apuntado, la tesis P.J. 20/2014⁸⁶⁴, fruto del expediente 293/2011, señaló que “cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de aquellos [derechos humanos], se debe estar a lo que establece el texto constitucional”, así, se estableció un límite concreto al ejercicio del control de convencionalidad y a una eventual aplicación

de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

⁸⁶² Cf. M. NÚÑEZ POBLETE, “La función del derecho internacional de los derechos de la persona en la argumentación de la jurisprudencia constitucional. Práctica y principios metodológicos”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. 32, 2009, pp. 512-514.

⁸⁶³ Cf. J. I. MARTÍNEZ ESTAY, “Auto-restricción, deferencia y margen de apreciación. Breve Análisis de sus orígenes y su desarrollo”, cit., p. 380; M. NÚÑEZ POBLETE, “La función del derecho internacional de los derechos de la persona en la argumentación de la jurisprudencia constitucional. Práctica y principios metodológicos”, cit., pp. 512-514.

⁸⁶⁴ Cf. Suprema Corte de Justicia de la Nación de México. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro V, abril de 2014, tesis P.J. 20/2014. P. 202-203.

del principio *pro homine*. Tal postulado, que generó debate en la judicatura y academia mexicana, fue posteriormente, ‘modulado’ a los pocos años. En concreto, la Segunda Sala de la Suprema Corte señaló en una tesis aislada que:

Conforme a lo resuelto por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la Contradicción de tesis 293/2011 (), las restricciones constitucionales al goce y ejercicio de los derechos y libertades prevalecen sobre la norma convencional, sin dar lugar a emprender algún juicio de ponderación posterior; sin embargo, nada impide que el intérprete constitucional, principalmente la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al hacer prevalecer una restricción o limitación constitucional, también practique un examen de interpretación más favorable en la propia disposición suprema, delimitando sus alcances de forma interrelacionada con el resto de las disposiciones del mismo texto constitucional. En efecto, no porque el texto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos deba prevalecer, su aplicación ha de realizarse de manera indiscriminada, lejos de ello, el compromiso derivado de lo resuelto en la aludida contradicción de tesis privilegia un ejercicio hermenéutico que lleve al operador jurídico competente a que, sin vaciar de contenido la disposición restrictiva, ésta sea leída de la forma más favorable posible, como producto de una interpretación sistemática de todos sus postulados⁸⁶⁵. (Destacado nuestro)*

⁸⁶⁵ Cf. Suprema Corte de Justicia de la Nación de México Segunda Sala. Tesis aislada. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro XXIII, octubre de 2015, tesis II, materia común, tesis 2a. CXXI/2015 (10a.). P. 2096.

Lo anterior quiere decir –según SILVA⁸⁶⁶– que, llegado el caso, el principio *pro homine* solo podría operar en su vertiente interpretativa y en atención al propio orden constitucional primario, lo cual no impide, claro está, un control integral a los actos de aplicación o leyes secundarias que desarrollen aquellas restricciones constitucionales expresas. Así, podría quizás hallarse alguna relativización de la figura del arraigo penal o “prisión preventiva que faculta al Estado a detener a una persona de cuarenta a ochenta días para después investigarla. Es decir, el arraigo permite detener a una persona sin datos objetivos que razonablemente permitan inferir su participación en el delito respectivo”⁸⁶⁷.

Sin embargo, existen otras restricciones al interior de la Constitución mexicana que, en opinión nuestra, difícilmente podrían cambiar bajo una interpretación *pro persona*, dados los limitados cauces posibles. Por ejemplo, el artículo 130⁸⁶⁸ de dicha Carta establece de modo preciso que los ministros de culto, si bien tienen derecho al sufragio activo, no gozan de derecho al sufragio pasivo. Dejando de lado consideraciones de conveniencia o no en dicha regulación, así como a los ministros pertenecientes a la Iglesia Católica –cuya normativa canónica ya les aparta del ejercicio de las funciones públicas–, dicha restricción supone la imposibilidad de que un ministro evangélico, judío o musulmán, entre otros –salvo que su profesión de fe se los impidiese–, puedan ser, a la vez, candidatos para un cargo público. Si atendemos a la Tesis aislada, previamente,

⁸⁶⁶ Cf. F. SILVA GARCÍA, “Control de convencionalidad en México”, cit., pp. 120-122.

⁸⁶⁷ *Ibid.*, p. 116.

⁸⁶⁸ Constitución Política de México. Artículo 130: *El principio histórico de la separación del Estado y las iglesias orienta las normas contenidas en el presente artículo. Las iglesias y demás agrupaciones religiosas se sujetarán a la ley. Corresponde exclusivamente al Congreso de la Unión legislar en materia de culto público y de iglesias y agrupaciones religiosas. La ley reglamentaria respectiva, que será de orden público, desarrollará y concretará las disposiciones siguientes: (...) d) En los términos de la ley reglamentaria, los ministros de cultos no podrán desempeñar cargos públicos. Como ciudadanos tendrán derecho a votar, pero no a ser votados. Quienes hubieren dejado de ser ministros de cultos con la anticipación y en la forma que establezca la ley, podrán ser votados. (...) (destacado nuestro)*

citada, parece no haber posibilidad de cambiar dicha situación aplicando una interpretación sistemática constitucional que le dé una lectura más favorable sin, simultáneamente, vaciar de contenido a la norma. Es decir, en un caso como este, o se tiene derecho al sufragio pasivo o no se tiene, no hay más. Por tanto, no hay interpretación *pro homine o pro persona* que sea posible.

Por último, sobre la **tercera complejidad**, esto es, el problema del desacuerdo. Este asunto nos conduce a lo que habíamos afirmado desde el inicio de la investigación. El “hecho del desacuerdo”⁸⁶⁹ profundo en nuestras sociedades para determinar los contornos, alcances y contenidos de ciertos derechos humanos, no puede pretender resolverse mediante un mero ejercicio exegético por parte de la Corte IDH. De manera particular, cuando se trata de nuevas esferas de interés que estuvieron ausentes en los tratados iniciales de derechos, o que no fueron parte del consenso tácito, cuando no explícito, al interior de los Estados ratificantes. Es decir, no es dable una solución que provenga solo de un ejercicio hermenéutico por parte de la Corte IDH, prescindiendo del *principio democrático* en los nuevos debates y posibles acuerdos –nacionales y/o regionales– o, de ser el caso, al menos de un verdadero *diálogo judicial* con los altos tribunales domésticos. Nos explicamos.

En cuanto al ejercicio del *principio democrático* a través de las instituciones representativas. La envergadura del cambio que ciertas demandas exigen, forzosamente, deben pasar por el legislador democrático y/o el constituyente constituido, más no solo por el juez ordinario o constitucional –menos aún el interamericano–, pues los primeros

⁸⁶⁹ Cf. R. GARGARELLA, “Sin lugar para la soberanía popular. Democracia, derechos y castigo en el caso Gelman.”, cit., p. 2.

cuentan con un grado de representatividad y legitimidad democrática del que carecen los segundos. Esto, más aún, si en materia de derechos existen naturales controversias no resueltas ni previstas, en su momento, en el tratado o la Constitución. Así también, cuando se trata de asuntos que, superando los marcos razonables de certeza (mínimo consenso sobre valores compartidos) sobre los que el juez convencional o constitucional ha de pronunciarse, anidan más bien en círculos de penumbra (legítimas discrepancias), que incumbe solo al parlamento y/o al constituyente constituido dirimir⁸⁷⁰.

Nótese, por ejemplo, que en este escenario cobra especial sentido la rigidez de los procedimientos de reforma constitucional en el derecho comparado, en tanto provee una “garantía política del mantenimiento de su carácter consensuado e integrador, así como una garantía jurídica de su fuerza normativa superior”⁸⁷¹. Así, se evita que mayorías políticas de turno, poderes constituidos o, incluso, pactos entre fuerzas políticas, adopten decisiones fundamentales para la comunidad política, sin favorecer amplios consensos, acotando el contenido de la reforma u obviando el sometimiento a debidas reglas y contrapoderes⁸⁷², respectivamente. Si esto es así, igual o mayor razón recae en la Corte IDH si sus decisiones suponen una reforma constitucional.

Pretender, en oportunidades, independizar del todo la cuestión de los derechos de la regla de las mayorías fracasa tan pronto inicia su recorrido. Así como en los propios tribunales se adopta internamente la regla de mayorías para tomar una decisión cuando la

⁸⁷⁰ Cf. A. BARRERO, “¿Quién debe dirimir las cuestiones socialmente controvertidas? A propósito del matrimonio entre personas del mismo sexo”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, vol. 13 (26), 2016, sec. 1.

⁸⁷¹ J. M. CASTELLÀ ANDREU, “Representación y participación en la reforma constitucional: una visión de conjunto”, cit., p. 19.

⁸⁷² Cf. *Ibid.*

discrepancia divide a sus miembros, en una sociedad democrática no queda más que recurrir a un proceso de toma de decisiones –según la regla de las mayorías cualificadas– cuando las diferencias en temáticas de derechos ya han sido puestas suficientemente a debate⁸⁷³.

Querer sortear pues, las complejidades del poder político forzando el tenor de la norma –visión expansiva de los derechos–, no solo limita el debate político e invade la discrecionalidad que a éste atañe, sino que arriesga la seguridad jurídica, en ocasiones, la propia libertad (si convierte derechos en títulos de intervención estatal) y pilares del constitucionalismo como la división de poderes y la primacía del parlamento⁸⁷⁴; más aún, si no hay la compensación de unos *checks and balances* que garanticen la democracia representativa, propósito neurálgico de la OEA⁸⁷⁵. La libertad y la igualdad se protegen tanto con derechos subjetivos como con el derecho objetivo y las políticas públicas⁸⁷⁶. Vislumbrar en el discurso de los derechos la panacea a todo drama humano, es pedirle más de lo que puede dar si desconoce en su camino a los órganos, competencias y procedimientos que la experiencia humana ha sabido racionalizar hasta arribar a lo que hoy llamamos democracia constitucional en el marco de un Estado de Derecho. Sobre la deferencia al legislador democrático volveremos en el siguiente apartado.

En cuanto al *diálogo judicial entre tribunales* –esto es, cuando nos hallamos fuera de los márgenes que al legislador democrático competen–, si realmente es tal, debe

⁸⁷³ Cf. J. WALDRON, *Law and Disagreement*, Oxford University Press, Oxford, New York, 1999, pp. 147-208.

⁸⁷⁴ Cf. Á. J. GÓMEZ MONTORO, “La obsolescencia de los derechos”, cit., pp. 52, 73-75.

⁸⁷⁵ Cf. F. QUISPE REMÓN, *El debido proceso en el derecho internacional y en el sistema interamericano*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 301-307.

⁸⁷⁶ Cf. Á. J. GÓMEZ MONTORO, “La obsolescencia de los derechos”, cit., pp. 52, 73-75.

permitir la retroalimentación y reciprocidad de influjos “para enriquecer cuantitativa y cualitativamente la tutela y la realización de los derechos humanos por medio del intercambio y aprendizaje mutuos”⁸⁷⁷. Ello, pues el asunto, “ya no puede enfocarse exclusivamente a partir de una matriz unidireccional desde la Corte IDH hacia los tribunales o cortes constitucionales y cortes supremas (...), sino que corresponde hacer foco en una ‘construcción trasnacional y cooperativa de estándares de derechos humanos, con efectos tanto a nivel nacional como regional’”⁸⁷⁸. Quizás por ello, apelando a un verdadero diálogo y no advirtiendo, por parte de la Corte IDH, una correcta actitud, THURY ha manifestado que:

*Aquí se habla de "interacción" y de "diálogo sustantivo" pero la dirección en que ellos se producen va en un único sentido: de la CIADH a las instancias nacionales, nunca en dirección contraria. ¿Qué quiere decir ello? Que la CIADH cita con profusión a las Cortes nacionales cuando estas adoptan sus doctrinas o aceptan el CC [control de convencionalidad], pero no incorpora los desarrollos sustanciales de las instancias inferiores. Su postura, (...), sugiere que la Corte no parece dispuesta a compartir el monopolio de la interpretación convencional sino simplemente tener como unidades ejecutoras de sus estándares a los jueces nacionales. En esas condiciones, creemos, no es razonable hablar de asociación ni de una comunidad jurídica sino más bien de la imposición de una relación jerárquica, con pocas opciones para la apropiación nacional*⁸⁷⁹.

⁸⁷⁷ V. BAZÁN, “Control de convencionalidad, tribunales internos y protección de los derechos fundamentales”, cit., p. 777.

⁸⁷⁸ *Ibid.*

⁸⁷⁹ V. THURY CORNEJO, “La revisión del control de convencionalidad difuso y la identidad institucional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, cit., sec. D.

Un escenario como el esbozado, ciertamente, no supone un diálogo, sino un soliloquio judicial vertical, aunque se presente bajo otros términos formales. Un diálogo real, de manera especial ante serias diferencias sobre qué es lo más protector, debería dejar un espacio, acotado al menos, para el distanciamiento jurídicamente justificado, como sucedió –por ejemplo– cuando las mentadas judicaturas de Salta y Mendoza se apartaron de los criterios jurisprudenciales de la Corte IDH en el caso *Artavia Murillo*.

Todo esto, nuevamente, no supone la irrelevancia de la jurisprudencia interamericana, que debe ser siempre considerada –lo es en la práctica– por los Estados, en atención tanto a la buena fe en el cumplimiento de las obligaciones contraídas, como a la competencia reconocida a los respectivos órganos de control; más aún si estimamos el relieve de sus compromisos: los derechos humanos. Sin embargo, esta materia es, a la vez, tan inherente a la noción de Estado Constitucional de Derecho que, de darse una menor protección desde la Corte IDH, debería quedar siempre la posibilidad de aplicar el principio *pro homine*.

Se ha sostenido incluso –aplicando la fórmula de RADBRUCH: “la extrema injusticia no es Derecho”⁸⁸⁰ –, que la posibilidad de incumplir con una sentencia si peca de “manifiestamente injusta” por “atentar gravemente contra derechos naturales de las personas”⁸⁸¹. Si así fuese, quizás deberíamos añadir como otra causa justificada la

⁸⁸⁰ R. ALEXY, “Una defensa de la fórmula de Radbruch”, *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, 5, 2001, Servizo de Publicacións, p. 76, fecha de consulta 14 mayo 2021, en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1217366>.

⁸⁸¹ FACULTAD DE DERECHO UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Diálogo entre Corte Interamericana y Corte Suprema: de Simón a Fontevicchia - Néstor Pedro Sagüés*, 2020, sec. 48’15’’ al 50’15’’ y 1h 19’ al 1h 22’ 25’’, fecha de consulta 14 mayo 2021, en <https://bit.ly/32S9zHI>.

transgresión abusiva del principio de atribución de competencias (actos *ultra vires*) pues, jurídicamente, no puede constituir fuente de Derecho aquello para lo que se carece de autoridad, salvo anuencia posterior con el acto realizado. Los tribunales internacionales son órganos de competencia limitada según lo prescrito por sus tratados constitutivos⁸⁸² y, aunque ello sea matizable en la práctica⁸⁸³, deja de serlo si el terrero de la actividad institucional ha sido claramente rebasado, siendo una pauta importante de medición el límite o la negativa de los Estados miembros⁸⁸⁴.

--- o ---

En definitiva, el artículo 29.b de la CADH y su noción de fondo, el principio *pro homine*, permiten también un apartamiento de la jurisprudencia interamericana cuando se considere que otra interpretación o norma –nacional o internacional– implica un mayor grado protección o favorabilidad de las libertades y derechos que están en juego. Así, además, un Estado no se vería forzado a conculcar su deber de reconocer y garantizar los derechos y libertades.

⁸⁸² Cf. W. M. REISMAN, “Has the International Court Exceeded its Jurisdiction?” *American Journal of International Law*, vol. 80, 1, 1986, Cambridge University Press, p. 128, fecha de consulta 14 mayo 2021, en <https://www.cambridge.org/core/journals/american-journal-of-international-law/article/abs/has-the-international-court-exceeded-its-jurisdiction/7FA593EEDA4849EF12D08E783C6ED032>.

⁸⁸³ Véanse, p.e., las resoluciones “de supervisión de cumplimiento de sentencia” de la Corte IDH, no previstas ni en la CADH ni en el Estatuto de este órgano. Éste, se auto-confirió oficial y explícitamente dicha facultad en su Reglamento de 2009 (art. 69). No hubo mayor oposición, ya que se daba en la práctica desde una década atrás.

⁸⁸⁴ Cf. A. VON BOGDANDY, “General Principles of International Public Authority: Sketching a Research Field”, *German Law Journal*, vol. 9, 11, 2008, Cambridge University Press, pp. 1936-1935, fecha de consulta 14 mayo 2021, en <https://www.cambridge.org/core/journals/german-law-journal/article/general-principles-of-international-public-authority-sketching-a-research-field/FAA7770B3C60686E775E2C702C8E1EF6>.

No aceptar esta posibilidad, no solo trastocaría el principio *pro homine* y desconocería el cauce permitido en el artículo 29.b de la CADH –cuando no en las disposiciones o las sentencias constitucionales de los Estados que aluden a lo mismo–, sino que también –una vez más– implicaría asumir sin más que toda hermenéutica de la Corte IDH es siempre y sin excepciones la más protectora de los derechos humanos (salvo, claro está, se opte por maximizar o acrecentar su estándar, nunca por contrariarlo). Esto último, confundiría el deseo con la realidad y la posibilidad con la certeza (falacia del *wishful thinking*), pues que sea deseable que el sometimiento a la jurisprudencia interamericana impida la vulneración de derechos por los Estados (en otros términos, que el sometimiento proteja siempre los derechos), no genera su necesaria concreción en la realidad cotidiana.

En tal caso, comprendiendo la razonable vocación protectora del “deber de prevención”, lo que sí es dable y recomendable es que los Estados consideren permanentemente los aportes exegéticos elaborados por la Corte IDH y, haciendo mérito de ellos, busquen proteger mejor los derechos humanos al interior de sus jurisdicciones, algo muy distinto a aseverar la obligatoriedad de tales interpretaciones. Insistir en una postura maximalista de acatamiento acrítico no es, ciertamente, el propósito del SIDH y, menos aún, de un Estado Constitucional de Derecho. Los jueces interamericanos también están expuestos al error⁸⁸⁵, y:

⁸⁸⁵ En un plano análogo, pero refiriéndose a la Corte Suprema de Justicia Argentina, Bianchi ha comprendido que: *Por ello, entiendo que a los precedentes de la Corte IDH le son plenamente aplicables los mismos principios que la Corte Suprema ha asignado a sus propios precedentes, doctrina que surge claramente del caso Barreto c. Provincia de Buenos Aires donde el Tribunal dijo: "es deseable y conveniente que los pronunciamientos de esta Corte sean debidamente considerados y consecuentemente seguidos en los casos ulteriores, a fin de preservar la seguridad jurídica que resulta de dar una guía clara para la conducta de los individuos. Mas con parejo énfasis cabe igualmente aceptar que esa regla no es absoluta ni rígida con un grado tal que impida toda modificación en la jurisprudencia establecida, pues los tribunales no son omniscientes y como cualquier otra institución humana, también pueden aprovechar*

(...) no es impensable que sus decisiones resulten contrarias a normas de la propia Convención (pensemos en el artículo 29), a otras normas de derecho internacional, o directamente a las normas suprapositivas de que hemos hablado al comienzo, configurando así una “injusticia” que incluso exhibiría mayor gravedad que la derivada del error cometido por una Corte Suprema nacional, no solo porque los precedentes de ésta eventualmente podrían ser corregidos por la Corte Interamericana, sino por la propia naturaleza de un tribunal como el de San José de Costa Rica, con peculiares características en cuanto a, por ejemplo, los mecanismos de designación y control de sus jueces (que plantea el problema de “quien custodia a los custodios”), y que bien podría dar lugar a un novedoso funcionamiento del argumento del “déficit democrático”, empleado por lo común en la polémica del conflicto entre constitución y tratados internacionales⁸⁸⁶.

Finalmente, más “allá del valor que se le atribuya a las decisiones de la Corte [IDH], estrictamente su autoridad –en el sentido de obligatoriedad– se agota en los casos particulares en los cuales y para los cuales fueron dictadas (lo que determina el alcance de la *res judicata* respectiva), careciendo de la fuerza general y abstracta de una ley o

del ensayo y del error, de la experiencia y de la reflexión ... para que ello suceda ... tienen que existir "causas suficientemente graves, como para hacer ineludible tal cambio de criterio" o es necesario que "medién razones de justicia al efecto", entre las cuales se encuentra el reconocimiento del carácter erróneo de la decisión, la adecuada apreciación de las lecciones de la experiencia o si las cambiantes circunstancias históricas han demostrado la conveniencia de abandonar el criterio establecido (destacado nuestro). Véase: A. BIANCHI, “Una reflexión sobre el llamado «control de convencionalidad»”, cit., sec. VI

⁸⁸⁶ E. SODERO, “Precedente e internacionalización del derecho constitucional”, en Griselda D. Capaldo, Jan-Reinard Sieckmann, Laura Clérico, Universidad de Buenos Aires, Alexander von Humboldt-Stiftung (eds.) *Internacionalización del derecho constitucional, constitucionalización del derecho internacional*, 1. ed, Eudeba, Buenos Aires, 2012 (Derecho), p. 470.

tratado”⁸⁸⁷. Ello pues, aunque el llamado al respeto de los precedentes no nace de una exigencia caprichosa, tampoco puede convertirse en un “aprisionamiento de la razón” ni en un sometimiento incondicionado, pues “la pretensión de validez de un precedente más allá del caso concreto se basa solamente en la fuerza de convicción de sus fundamentos, como así también en la autoridad y competencia del tribunal”⁸⁸⁸.

4.3. ESTADO CONVENCIONAL DE DERECHO VS. DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL

En este último apartado de la investigación, nos importa discernir dos asuntos. El primero, cómo es verdad que, con la doctrina del control de convencionalidad, se produciría un cambio de paradigma en la región o, al menos, en el tipo de Estado de Derecho de los países que lo admitan. El segundo, a nuestro entender, cuáles podrían ser algunos criterios generales para modular, matizar o brindar una relectura a esta doctrina en cuestión. De esta manera, nos ocuparemos del primer asunto en la sección, la 4.3.1. Haremos lo propio con el segundo asunto en la sección 4.3.2.

4.3.1. Un cambio de paradigma en construcción

Lo narrado hasta aquí, si no se hubiese apreciado aún, pretende un claro cambio de paradigma en la región o, al menos, al interior del Estado Constitucional que lo acepte. Uno por el cual se transite de un Estado Constitucional de Derecho a un ‘Estado

⁸⁸⁷ Cf. *Ibid.*

⁸⁸⁸ *Ibid.*, p. 471.

Convencional de Derecho’. A continuación, en breves pasos, sintetizaremos aquella mutación entre un estadio y otro.

4.3.1.1. Equiparación entre la eficacia del tratado y las exégesis de la Corte IDH

En efecto, resumiendo mucho lo que ya hemos desarrollado en los apartados precedentes, si esta doctrina ve al tratado y a las exégesis de la Corte IDH como *cánones* equiparables de validez sobre todo el ordenamiento interno, luego, las considera con análoga fuerza vinculante⁸⁸⁹, efecto directo⁸⁹⁰ y efectos *erga omnes*⁸⁹¹. Siendo así, instala un marco de comprensión que, superando la noción de *res judicata*⁸⁹², se asienta en la idea de *res interpretata*⁸⁹³. Es allí donde reside la novedad de su tesis de convencionalidad y también “uno de [sus] aspectos controvertidos”⁸⁹⁴. Con todo ello, termina por convertir a la hermenéutica interamericana en parte integrante del tratado⁸⁹⁵ y al SIDH en un sistema de precedentes –*stare decisis et non quita movere*, propio del *common law*, no

⁸⁸⁹ Cf. E. FERRER MAC-GREGOR, *Control de Convencionalidad y Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, 2015, sec. 58’ 55’’ al 1h 3’ 25’’, fecha de consulta 17 febrero 2021, en <https://tinyurl.com/8kmhjf6t>.

⁸⁹⁰ Cf. X. FUENTES TORRIJO, “International and Domestic Law: Definitely and Odd Couple”, *Revista Jurídica Universidad de Puerto Rico*, vol. 77, 2008, pp. 483-505, fecha de consulta 1 marzo 2021, en <https://tinyurl.com/azjks78>.

⁸⁹¹ Cf. G. R. BANDEIRA GALINDO, “El valor de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, cit., pp. 242-243.

⁸⁹² Cf. Corte IDH. *Liakat Ali...* Op. cit., Voto del juez Ferrer Mac-Gregor, párr. 86.

⁸⁹³ Cf. R. MONTERISI, “La Corte Interamericana de Derechos Humanos y el impacto de sus sentencias”, *Revista Jurídica Argentina La Ley*, 2012, p. 756, fecha de consulta en <https://bit.ly/3yoHsPe>.

⁸⁹⁴ CORTE IDH, *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. N° 7: Control de Convencionalidad*, 2019, p. 32 (fn. 4), fecha de consulta 2 mayo 2020, en <https://bit.ly/2QF51T6>.

⁸⁹⁵ Cf. E. FERRER MAC-GREGOR, “Interpretación conforme y Control Difuso de Convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, en Eduardo Ferrer Mac-Gregor (ed.) *El Control Difuso de Convencionalidad. Diálogo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los Jueces Nacionales*, FUNDAp, México, 2012, pp. 159-160.

del ámbito interamericano⁸⁹⁶. Lo anterior, sin encontrar asidero sólido ni en la CADH⁸⁹⁷ ni en las fuentes del Derecho Internacional Público⁸⁹⁸, según hemos intentado demostrar.

4.3.1.2. Una supremacía internacional y un posible gobierno de jueces interamericanos

Hasta aquí parece ocioso evidenciar que, con esta doctrina, la Corte IDH asume la superioridad jerárquica práctica y/o prevalencia del derecho internacional sobre el derecho doméstico⁸⁹⁹. Pero, además, reclama a los Estados la adopción de un análogo enfoque⁹⁰⁰, pese a que, en sí, no existe regla jurídica alguna que obligue a los Estados a ubicar o dar permanente preeminencia a las fuentes del derecho internacional por sobre todo su ordenamiento⁹⁰¹.

Si damos por válida la tesis de la Corte IDH, esto es, si el tratado y su hermenéutica gozan de análoga eficacia directa y general, así como de fuerza vinculante y supremacía, resulta preciso admitir que cada sentencia u opinión consultiva supone a la vez una constante actualización y/o modificación –mediante una “interpretación mutativa por

⁸⁹⁶ Cf. E. MALARINO, “Acerca de la pretendida obligatoriedad de la jurisprudencia en los Órganos Interamericanos de Protección de Derechos Humanos para los Tribunales Judiciales Nacionales”, cit., p. 425-446.

⁸⁹⁷ Cf. M. A. BENAVIDES CASALS, “Armonizar el Derecho nacional y el Derecho Internacional. Un asunto de compatibilización”, en Miriam Lorena Henríquez Viñas, Mariela Morales Antoniazzi (eds.) *El Control de convencionalidad: un balance comparado a 10 años de Almonacid Arellano vs. Chile*, Primera edición, Ediciones DER: Universidad Alberto Hurtado, Facultad de Derecho, Santiago, Chile, 2017 (CoEdiciones), pp. 450-451.

⁸⁹⁸ Cf. Corte IDH. OC-24/17. *Op. Cit.* Voto parcialmente disidente del juez VIO GROSSI, E., párr. 176.

⁸⁹⁹ Cf. S. SERRANO GUZMÁN; COMISIÓN NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS (MÉXICO); CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *El control de convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 2013, pp. 19-20.

⁹⁰⁰ Cf. A. DULITZKY, “An Inter-American Constitutional Court? The Invention of the Conventionality Control by the Inter-American Court of Human Rights”, cit., p. 63.

⁹⁰¹ Cf. X. FUENTES TORRIJO, “International and Domestic Law”, cit., p. 489.

adición”⁹⁰² o por sustracción– de la CADH y de otros tratados interamericanos. Una especie de “conferencia internacional en sesión permanente”⁹⁰³, claro está, sin la concurrencia de los Estados parte sobre los que, en adelante, recaerán nuevas obligaciones no discutidas ni consentidas, distintas de los compromisos que contrajeron; y, evidentemente, sin la concurrencia de los pueblos de esos Estados, que ostentan –u ostentaban– el poder constituyente.

Ciertamente, la interpretación es inherente a la labor judicial –dentro de los cauces exegéticos que la norma permita– y ello conlleva a profundizar y/o aclarar los sentidos normativos de las disposiciones estudiadas, cuestión obvia y no problemática en sí. Sin embargo, su seguimiento, a modo de un desarrollo de la obligación internacional contraída, naturalmente, está supeditado a una actuación del órgano intérprete conforme al marco de sus competencias, así como a la convicción que genere la razonabilidad y solidez de su argumentación jurídica, cuando no el simple consentimiento *ex post* de los Estados. El problema en concreto es que, en un escenario como el descrito –más allá de lo ya discutido sobre la naturaleza jurídica que corresponde a la hermenéutica–, incluso si no se diesen tales condiciones para el seguimiento, los Estados estarían compelidos a acatar el lineamiento exegético dado, comportando una eventual disidencia y/o criterio distinto, un incumplimiento de los compromisos internacionales. En un panorama como aquel, además, la línea que separaría esta actuación de la de un activismo judicial⁹⁰⁴ sería borrosa, toda vez que reformar la CADH por vía interpretativa sería posible y propicio,

⁹⁰² Cf. SAGÜÉS, N., «El ‘Control de Convencionalidad’, en particular sobre las constituciones nacionales», en: *Revista Jurídica del Perú*, Tomo 104, Editora de Normas Legales S.A., Lima, 2009, p. 82.

⁹⁰³ Cf. SODERO, E., «Precedente e internacionalización del derecho constitucional», en: CAPALDO, G.; SIECKMANN, J.; CLÉRICO, L. (Dir.), *Internacionalización del Derecho Constitucional, constitucionalización del Derecho Internacional*, EUDEBA, Buenos Aires, 2012, p. 469.

⁹⁰⁴ Cf. R. BUSTAMANTE ALARCÓN, “El Estado de Derecho: Problemas, perspectivas, contenido y modelos”, cit., p. 33.

ya sin la concurrencia de los Estados a través del procedimiento de enmienda previsto en el tratado⁹⁰⁵, relevándose así al legislador convencional originario –los Estados americanos– de su inherente labor.

Si se quiere, *mutatis mutandis*, para preciar un ejemplo dentro de la CIJ –fuera del marco de los derechos humanos–, nadie niega que, en razón de la frecuente indeterminación de las normas, se hacen a menudo necesarios flexibles márgenes de interpretación –amplios si no hay tratado que lo regule, acotado si existe dicho instrumento⁹⁰⁶– para determinar los alcances de una disposición sin dejar de aplicar el Derecho. No obstante, como acertadamente se ha afirmado, la maleabilidad del Derecho en manos de la CIJ la ha convertido en un poderoso instrumento de progreso, pero, en ocasiones también de retroceso⁹⁰⁷. En suma, aunque en el ámbito universal la CIJ suponga el vehículo más eficiente para la adaptación de las normas del derecho internacional a las cambiantes condiciones de las relaciones internacionales, la última palabra la tienen siempre los Estados si acuerdan una solución distinta a la provista por este tribunal⁹⁰⁸.

4.3.1.3. ¿Estado Convencional, supra-constitución y Tribunal Constitucional interamericano?

Si conjugamos la anterior supremacía internacional, la óptica unidireccional del principio *pro homine* y la eficacia concedida a las exégesis de la Corte IDH,

⁹⁰⁵ Convención Americana sobre Derechos Humanos. Art. 76: 1. *Cualquier Estado parte directamente y la Comisión o la Corte por conducto del Secretario General, pueden someter a la Asamblea General, para lo que estime conveniente, una propuesta de enmienda a esta Convención. 2. Las enmiendas entrarán en vigor para los Estados ratificantes de las mismas (...).*

⁹⁰⁶ Cf. A. PELLET, “«Article 38»”, cit., p. 789.

⁹⁰⁷ Cf. *Ibid.*

⁹⁰⁸ Cf. *Ibid.*, p. 390.

terminaríamos generando que aquella función jurisdiccional para resolver la violación de derechos y libertades –disponiendo las garantías y/o reparaciones debidas⁹⁰⁹–, quedase superada por una nueva capacidad para determinar la validez de toda norma doméstica. Por ello, no sin razón, se han preguntado algunos si no “estamos transformando la constitución nacional en una constitución convencionalizada”⁹¹⁰ o si no estamos mutando de un Estado Constitucional de Derecho a un Estado Convencional de Derecho, toda vez que el control de convencionalidad “es un mecanismo que determina la validez jurídica de la normativa interna de cada Estado en la medida que jerárquicamente se le coloca por debajo de la CADH”⁹¹¹.

Si bien es cierto que la Corte IDH tiene como función inherente el cotejo entre los tratados y el ordenamiento interno para resolver una eventual responsabilidad internacional –un auténtico control de convencionalidad⁹¹², si se quiere–, también es

⁹⁰⁹ Convención Americana sobre Derechos Humanos. Art. 63.1: *Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá, asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.*

⁹¹⁰ SAGÜÉS, N.P., Cf. CORTE IDH, *Diálogo jurisprudencial e impacto de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Ciudad de México (México), 2013, sec. 1h 8’-a 1h 9’ 50’’, fecha de consulta 26 febrero 2021, en <https://bit.ly/3auAAWo>. En sus palabras: (...) *y esto nos lleva a una tesis más audaz que no pretendo desde luego que todos la compartan. Y es, si no estamos viviendo con estos dos mecanismos del control de convencionalidad y del diálogo jurisprudencial, si no estamos viviendo una modulación o una mutación en el concepto de constitución nacional, la pregunta es ¿no estamos transformando la constitución nacional en una constitución convencionalizada?, ¿qué es la constitución convencionalizada? La constitución convencionalizada es la misma constitución nacional, pero una constitución depurada o desactivada cuando sus ingredientes son absolutamente incompatibles (...) con el Pacto de San José o con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Y, por otro lado, es una constitución re-pensada, una constitución re-diagramada, una constitución reciclada en función del Pacto de San José de Costa Rica y de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a través de procesos de selección de interpretaciones y de construcción de interpretaciones que compatibilicen ambos parámetros jurídicos de evaluación.*

⁹¹¹ L. CASTILLO, “¿Estado Convencional de Derecho? Un breve estudio sobre el control de convencionalidad”, en *La constitucionalización de los tratados de derechos humanos en el Perú: cuartas jornadas sobre derechos humanos*, Palestra, Lima, 2015, pp. 55-62.

⁹¹² Cf. K. A. CASTILLA JUÁREZ, “Control de convencionalidad interamericano: una propuesta de orden ante diez años de incertidumbre”, *Revista IIDH*, 64, 2016, Instituto Interamericano de Derecho Humanos, pp. 100-104, fecha de consulta 21 mayo 2021, en <https://bit.ly/3f92aep>.

verdad que ello no supone un reconocimiento –salvo disposición contraria– de la mayor jerarquía del orden internacional, ni de un control con efectos sobre la vigencia o validez del orden doméstico⁹¹³. El orden interno y el internacional no tienen capacidad directa para invalidarse entre sí, más aún si estimamos que ambos contienen análogas normas para proteger los derechos humanos o fundamentales, razón por la cual, ha de hacerse un esfuerzo de compatibilización armónica. Pero, si ante una antinomia insuperable, la vía interpretativa fuese obsoleta, habrán de activarse –con arreglo a los procesos constitucionales– mecanismos como la inaplicación, la derogación o, incluso, la reforma, para evitar la responsabilidad internacional. Todo ello, por supuesto, si no nos hallásemos en un escenario en el que, reflexiva y justificadamente, resultase imperativo aplicar el principio *pro homine* o cuestionar un rebasamiento competencial indebido.

Si confundiésemos ambos planos, de una parte, el genuino control de convencionalidad ejercido por la Corte IDH y, de otra parte, la superioridad jerárquica y supervisión de validez normativa, se generaría una problemática e inadvertida reestructuración del SIDH. Esto pues, en adelante, tendríamos una constitución convencionalizada y un Estado Convencional de Derecho en el que, forzosamente, siguiendo al ex juez interamericano CALDAS⁹¹⁴ la CADH y su jurisprudencia harían las veces de una “constitución supranacional”, y en el que la Corte IDH conformaría un tribunal constitucional –“Corte Suprema transnacional”⁹¹⁵– interamericano con “la última palabra cuando el tema encierre debate sobre derechos humanos”, así, “inclusive las

⁹¹³ Cf. M. A. BENAVIDES CASALS, “Armonizar el Derecho nacional y el Derecho Internacional. Un asunto de compatibilización”, cit., pp. 455-459.

⁹¹⁴ Corte IDH. *Caso Gomes Lund y otros Vs. Brasil*. Op. Cit. Voto razonado del juez Caldas. Párrs. 4-6.

⁹¹⁵ Cf. A. DULITZKY, “An Inter-American Constitutional Court? The Invention of the Conventionality Control by the Inter-American Court of Human Rights”, cit., pp. 47-48.

Constituciones nacionales han de ser interpretadas o, si necesario, hasta emendadas para mantener armonía con la Convención y con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”.

Lo anterior, podría ser fruto de lo expresado por NASH, esto es, que el control de convencionalidad “claramente tiene su fuente de inspiración en la figura del control de constitucionalidad ampliamente desarrollad(a) en el ámbito interno de los Estados”⁹¹⁶. Si así fuese, equipararse a un tribunal constitucional conllevaría, básicamente, a tres tipos de manifestaciones para sus sentencias, a saber desde la teoría constitucional⁹¹⁷: el valor de cosa juzgada (en cuanto tribunal), los efectos frente a todos (en cuanto jueces de normas de alto rango) y la vinculatoriedad de su doctrina para todos los poderes públicos, en especial, los órganos judiciales (en cuanto intérpretes supremos). Si se aprecia, prácticamente, se trata de lo que la Corte IDH pretende para sus sentencias a través de la doctrina del control de convencionalidad.

De esta manera, de ser la Corte IDH un trascendental órgano de control de los derechos humanos contenidos en la CADH y otros tratados interamericanos, pasaría a ser el guardián que monopoliza la comprensión, interpretación, extensión y contenidos de *los derechos humanos* en la región, por supuesto, con permanente prevalencia sobre las configuraciones particulares de los derechos fundamentales reconocidos en los órdenes

⁹¹⁶ Cf. NASH, Claudio (2012). “Relación entre el sistema constitucional e internacional en materia de derechos humanos”. En CAPALDO, Griselda, SIECKMANN, Jan y CLÉRICO, Laura (Directores). *Internacionalización del Derecho Constitucional, constitucionalización del Derecho Internacional*. Buenos Aires: EUDEBA. P. 154.

⁹¹⁷ Cf. GÓMEZ MONTORO, Ángel (2001). “Artículo 38”. En REQUEJO, Juan (Coordinador). *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*. Madrid: Tribunal Constitucional y Boletín Oficial del Estado. Pp. 556-557.

constitucionales⁹¹⁸, más allá de si se encuentran vinculados o no a otros tratados universales en análoga materia. Si tuviese la Corte IDH éxito en esta pretensión de otorgar un efecto directo a sus resoluciones, dirá BOGDANDY⁹¹⁹, mutaría de una institución internacional a una supranacional. Algo propio de la Unión Europea –donde ni siquiera el principio de primacía del derecho comunitario es del todo pacífico⁹²⁰–, no de la OEA. En suma, reconocer el indudable control de tratados o de convencionalidad que realiza la Corte IDH, no implica concederle superioridad jerárquica ni potestad validadora directa del orden doméstico, de lo contrario, devendrían las consecuencias ya apuntadas

4.3.2. *Disonancias con la democracia constitucional de un Estado de Derecho*

Lo hasta aquí desarrollado, nos permite agregar que, de cara al Estado Constitucional de Derecho, el control de convencionalidad –entre los demás cambios dados en sus elementos esenciales– genera: a) el desapego por la independencia judicial y la anulación del “diálogo jurisprudencial”; b) la erosión de la supremacía constitucional y la relativización de la teoría del poder constituyente y de reforma; y, c) el trastocamiento de la separación de poderes y el cercenamiento del ejercicio del principio democrático en asuntos controvertidos en materia de derechos humanos o, llanamente, no definidos en los tratados ni la Constitución.

⁹¹⁸ Cf. Corte IDH. *Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*. Op. Cit., párr. 171 y ss.

⁹¹⁹ Cf. VON BOGDANDY, A., «Del paradigma de la soberanía al paradigma del pluralismo normativo. Una nueva perspectiva (mirada) de la relación entre el derecho internacional y los ordenamientos jurídicos nacionales», cit., nota 34, pp. 22-40.

⁹²⁰ Sobre el debate en torno a la reciente sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán en la que declaró como *ultra vires* una decisión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (caso C-493/17, *Weiss y otros*): Cf. BARANSKI, M.; BRITO, F.; VAN DEN BRINK, M.; «Unquestioned supremacy still begs the question», en: *VerfBlog*, 2020/5/29, Disponible: <https://bit.ly/3njSiAI> (Consulta: 30.05.20)

Lo *primero* es lo más notorio. Si esta doctrina pretende un *efecto directo* de las sentencias y un encargo de ejercer un control normativo, por más que se afirme que deben respetarse las competencias y regulaciones procesales debidas, se engendra una relación institucional de dependencia⁹²¹ con los jueces domésticos y una facultad ajena a éstos, generándoles un conflicto de lealtades cuando ‘deban’ desconocer el derecho interno al que están sujetos⁹²². Nótese que también es posible la “afectación de derechos constitucionales y la violación de garantías judiciales, cuando el cumplimiento de las recomendaciones de la Com. IDH o de las decisiones de la Corte IDH importara alterar la estabilidad de sentencias nacionales pasadas en autoridad de cosa juzgada, o bien cualquier otro aspecto del orden jurídico interno”⁹²³.

Asimismo, la noción de *diálogo judicial* queda vaciada de contenido para convertirse en un monólogo pues, mientras la Corte IDH podría nutrir su repertorio tomando –a discreción⁹²⁴– jurisprudencia local, las cortes domésticas no podrían sino acatar las directrices de ésta, a modo de meras “unidades ejecutoras de sus estándares”⁹²⁵, bajo riesgo –si no– de convertir a sus Estados en responsables. Ante tal panorama, es ilusorio un verdadero diálogo, el cual supone una retroalimentación y reciprocidad de

⁹²¹ Cf. J. CONTESSE, “The final word? Constitutional dialogue and the Inter-American Court of Human Rights: A rejoinder to Paolo Carozza and Pablo González Domínguez”, cit., pp. 443-445; K. CASTILLA JUÁREZ, “La independencia judicial en el llamado control de convencionalidad interamericano”, *Estudios constitucionales*, vol. 14, 2, 2016, pp. 74-93, fecha de consulta 24 febrero 2021, en <https://bit.ly/3bF5fks>.

⁹²² Cf. J. CONTESSE, “The final word?: Constitutional dialogue and the Inter-American Court of Human Rights”, cit., pp. 414-435.

⁹²³ P. D. EIROA, “La eficacia de las decisiones de los órganos interamericanos de protección de los derechos humanos en Argentina”, en *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, Vol. 3, 2013, ISBN 978-95857456, p. 25-52, Fundación Konrad Adenauer. Oficina Madrid, 2013, p. 49, fecha de consulta 24 febrero 2021, en <https://bit.ly/3bGKPrf>.

⁹²⁴ En el caso *Artavia Murillo*, por ejemplo, cuando discute sobre el inicio de la vida, cita fallos de EEUU –país fuera de la competencia de la Corte IDH– o Colombia (párr. 185) que evitan resolver el asunto, pero omite coetáneas sentencias de Chile (STC, rol 740, 18.04.08, fj. 64) o Perú (STC-Exp. 02005–2009–PA/TC, 16.10.09, fj. 53) que resuelven la cuestión en sentido contrario a la Corte IDH.

⁹²⁵ Cf. V. THURY CORNEJO, “La revisión del control de convencionalidad difuso y la identidad institucional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, cit., sec. D.

influjos “para enriquecer cuantitativa y cualitativamente la tutela y la realización de los derechos humanos”⁹²⁶.

Lo *segundo*, esto es, la erosión de la supremacía constitucional y la relativización de la teoría del poder constituyente y de reforma, no debido al –auténtico e inherente– control de convencionalidad ejercido por la Corte IDH sobre normas y actos internos⁹²⁷, cuestión aceptada al reconocerse su competencia contenciosa, sino por la subordinación de la validez sustantiva de la Constitución a su fluctuante jurisprudencia y/o doctrina. Nuevamente, si el poder constituyente consiste en “la competencia, capacidad o energía para constituir o dar Constitución al Estado, es decir, para organizarlo, para establecer su estructura jurídica-política”⁹²⁸ y para reformarlo según sus cauces, es inevitable su erosión mientras esté condicionado –salvo a las normas *ius cogens*⁹²⁹– a la voluntad de siete jueces carentes de pleno conocimiento del ordenamiento al que limitan o cambian de Norma Superior.

Lo *tercero*, es decir, el trastocamiento de la separación de poderes y el cercenamiento del ejercicio del principio democrático, en un escenario como aquel, queda en evidencia que –en razón de una causa tenida por justa– parece posible prescindir de los órganos y procedimientos establecidos para las reformas en el orden interno o internacional. Si retomamos la *OC-24/17* y su requerimiento de regular el matrimonio

⁹²⁶ V. BAZÁN, “Control de convencionalidad, tribunales internos y protección de los derechos fundamentales”, cit., p. 777.

⁹²⁷ Cf. E. REY CANTOR, “Jurisdicción constitucional y control de convencionalidad de las leyes”, cit., p. 769.

⁹²⁸ G. J. BIDART CAMPOS, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino: El derecho internacional de los derechos humanos y la reforma constitucional de 1994*, cit., p. 189.

⁹²⁹ Cf. G. R. BANDEIRA GALINDO, “El valor de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, cit., pp. 244-252.

entre personas del mismo sexo, resulta palmaria la adición de obligaciones no incluidas –o, incluso, ajenas– en la CADH, ni introducidas bajo los procedimientos para el reconocimiento de nuevos derechos⁹³⁰, *ergo*, no debatidas ni aceptadas por los Estados parte en la región, donde se carece de consenso sobre esta materia. Si atendemos a la OC-22/16 cuando apunta que las opiniones consultivas “cumplen, en alguna medida, la función propia de un control de convencionalidad preventivo”⁹³¹, luego, parece ser solo cuestión de tiempo y oportunidad que un Estado sea condenado como responsable internacional por vulnerar derecho humanos si no acata lo referido en la OC-24/17.

Pero es que, además, lo anterior desconoce tanto el rol de los parlamentos –sustanciación institucional del principio democrático– en asuntos polémicos que precisan una deliberación crítica entre las plurales posiciones axiológicas que alberga una sociedad, así como el rol de los mecanismos democráticos para la reforma constitucional, si fuese el caso. Si la democracia constitucional⁹³² supone ese justo equilibrio entre el *principio democrático* –mediante las instituciones de la democracia política (legislativa y ejecutiva)– y, los *límites de la política* –mediante la norma constitucional, el control de constitucionalidad y el control judicial–, resulta imperioso admitir su resquebrajamiento.

El *principio democrático* deviene en ilusorio si, tras la constante negativa a reconocer el margen de apreciación⁹³³, coetáneos debates en difíciles asuntos sobre

⁹³⁰ Convención Americana sobre Derechos Humanos. Art. 31: *Podrán ser incluidos en el régimen de protección de esta Convención otros derechos y libertades que sean reconocidos de acuerdo con los procedimientos establecidos en los artículos 76 y 77.*

⁹³¹ Corte IDH. OC-22/16. Op. Cit., párr. 26.

⁹³² Cf. M. FIORAVANTI, *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*, Trotta, Madrid, 2001, pp. 163-164.

⁹³³ Aunque valora positivo que así sea. Cf. C. NASH ROJAS, “La doctrina del margen de apreciación y su nula recepción en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *ACDI - Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, vol. 11, 2018, pp. 96-97, fecha de consulta 21 mayo 2021, en <https://bit.ly/3fFV8gr>.

derechos humanos son resueltos verticalmente desde la Corte IDH, más aún cuando no se dispusieron en el tratado o, debido a la generalidad de los términos, solo es posible arribar a un particular sentido con dinámicas y audaces cuotas de creatividad interpretativa. En la ya mencionada sentencia del caso *Lhaka Honhat*⁹³⁴, por ejemplo, la Corte IDH se pronunció sobre el medio ambiente sano, la alimentación adecuada, el agua y la participación en la vida cultural como nuevos derechos autónomos a partir del art. 26⁹³⁵ CADH. Al no contar con jurisdicción para ello, citó instrumentos o dictámenes “*soft law* según conveniencia”, trasgrediendo así sus límites competenciales⁹³⁶ y alterando los medios interpretativos de la CVDI⁹³⁷.

Aunque es posible alegar una razonable exégesis evolutiva a partir de los tratados, ello no puede significar el desprecio por otros métodos interpretativos y, menos aún, la pretensión de hacer decir algo al texto allí donde guarda silencio, tan grave ello como subvertir la noción de las palabras⁹³⁸, pues preciso es recordar que los tratados son fruto de intensas negociaciones y acuerdos de buena fe entre los Estados, donde lo “no explicitado” es, a menudo, condición para la suscripción del instrumento⁹³⁹. Así pues, narrativas funcionalistas que aprueben cualquier interpretación de la Corte IDH en razón de los objetivos o valores institucionales a los que sirve, son insuficientes y riesgosas.

⁹³⁴ Cf. Corte IDH. *Comunidades Indígenas (...) Lhaka Honhat Vs. Argentina*, párr. 201 y ss.

⁹³⁵ Convención Americana sobre Derechos Humanos. Art. 26: *Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.*

⁹³⁶ Cf. Corte. *Comunidades Indígenas (...) Lhaka Honhat*, *op. cit.*, voto del juez Sierra, párrs. 3-11.

⁹³⁷ Cf. Corte. *Comunidades Indígenas (...) Lhaka Honhat*, *op. cit.*, voto del juez Vio Grossi, párrs. 4-61.

⁹³⁸ Cf. M. NÚÑEZ POBLETE, “La función del derecho internacional de los derechos de la persona en la argumentación de la jurisprudencia constitucional. Práctica y principios metodológicos”, *cit.*, pp. 512-514.

⁹³⁹ Cf. *Ibid.*; J. I. MARTÍNEZ ESTAY, “Auto-restricción, deferencia y margen de apreciación. Breve Análisis de sus orígenes y su desarrollo”, *cit.*, p. 380.

Insuficientes pues la misión, por importante que fuere, no comporta una completa justificación de toda práctica de una autoridad pública. Riesgosas pues ciertas garantías mínimas como la seguridad jurídica⁹⁴⁰ se necesitan para la viabilidad del SIDH. Toda actividad judicial, en tanto reflejo de autoridad pública, requiere siempre de una convincente justificación desde el principio democrático⁹⁴¹. Es decir, que los alcances de la actuación realizada estén, previamente, justificados según las reglas de competencia otorgadas por instituciones que sustancien el ejercicio del principio democrático.

Asimismo, si para los *límites a la política* estaba la norma constitucional y el control de constitucionalidad, pero ahora impera la norma convencional y el control de convencionalidad, habríamos transitado de una democracia constitucional a una democracia convencional, pero hallándonos, en adelante, en un sistema –el SIDH– donde ya no existen los reales contrapesos del orden interno. Esto último es relevante pues, en caso de una injustificada jurisprudencia, sea por grave error⁹⁴² o voluntarismo exegético, al no existir *checks and balances*, pero sí la mentada doctrina bajo estudio, la interpretación convencional ha de arribar como inexcusable imperativo al orden doméstico, bajo responsabilidad si no es acatada. En un escenario así, una aplicación acrítica de los jueces o una convenida obediencia si ello supone la victoria interna en un asunto polémico, podría no solo mermar la debida protección de los derechos, sino también desplazar al legislador democrático o, incluso, al propio constituyente

⁹⁴⁰ Cf. Corte. *Comunidades Indígenas (...) Lhaka Honhat*, *op. cit.*, voto del juez Sierra, párr. 10.

⁹⁴¹ Cf. A. VON BOGDANDY; I. VENZKE, “On the Democratic Legitimation of International Judicial Lawmaking”, *German Law Journal*, vol. 12, 5, 2011, Cambridge University Press, pp. 1342-1343, fecha de consulta 21 mayo 2021, en <https://bit.ly/3c3k1Sn>.

⁹⁴² Cf. J. CIANCIARDO, “La especificación del derecho a la vida del no nacido en el sistema interamericano de derechos humanos. Una aproximación desde el caso “Artavia Murillo”, *cit.*, pp. 183-187.

constituido, si la medida exigía una reforma constitucional. En adelante, en lugar de una *limitación a la política* democrática, tendríamos su sustitución por una política judicial⁹⁴³.

En suma, no deja de tener razón BANDEIRA⁹⁴⁴ cuando afirma que, con el control de convencionalidad se insiste en: (i) un *desfasado modelo jerárquico de supremacía* del derecho internacional que no permite pensar las relaciones entre este y el derecho interno en formas alternativas (fíjese que, también, se podría aplicar el modelo en modo inverso – véase el caso *Kadi*⁹⁴⁵); (ii) una sujeción a la jurisprudencia que no permite un alejamiento razonado, so pena de generarse una responsabilidad internacional –asunto que podría causar situaciones graves de *injusticia e inestabilidad social*, más aún cuando hay motivos para no seguir a la Corte IDH, falible como cualquier entidad humana; y (iii) la *imposición* de un modelo jerárquico, contrario ello al *diálogo* que debería servir de camino para abordar lo referido al valor de la jurisprudencia interamericana.

Frente a todo ello, ¿qué hacer? Ciertamente, nadie niega el valioso aporte del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y su necesaria apertura hacia él, así como la necesaria incorporación de sus estándares en el ámbito interno. Lo anterior, sin embargo, no significa renunciar a los altos propósitos que encierra también el Estado Constitucional de Derecho, sino lograr un equilibrio entre sus contribuciones en favor de

⁹⁴³ Cf. Corte IDH. OC-24/17. *Op. Cit.* Voto parcialmente disidente del juez VIO GROSSI, E., párrs. 176-177.

⁹⁴⁴ Cf. G. R. BANDEIRA GALINDO, “El valor de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, cit., pp. 244-252.

⁹⁴⁵ De acuerdo con el resumen de BANDEIRA, este caso trata sobre el desconocimiento que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea hizo de una resolución del Consejo de Seguridad de la ONU que congelaba los bienes de un individuo por estar, aparentemente, asociado al terrorismo. La razón radicó en que también el Consejo de Seguridad tiene límites en su actuación: el respeto de los derechos humanos. Si bien este asunto ha sido bien recibido por un amplio sector en respuesta a la –a veces– desarreglada actuación del Consejo de Seguridad, también ha generado amplias discusiones doctrinales por tener como punto de partida una mirada dualista que pondera al derecho comunitario sobre el internacional, una mirada jerárquica, finalmente.

la persona. De esta manera, si de cara a la doctrina del control de convencionalidad se quisiesen evitar las respuestas extremas, esto es, su tajante rechazo o su total adherencia acrítica, podrían ensayarse algunas vías de modulación.

La vía más simple, quizás, pasa por atender a un control de convencionalidad en sentido ‘débil’, según lo narra el juez interamericano VIO GROSSI y hemos detallado el final del primer capítulo (‘Comprensión de sus implicancias’). En resumidas cuentas, llanamente, garantizar el cumplimiento de los tratados, lo cual ya presupone tener en cuenta, considerar o hacer mérito de las exégesis dadas por los órganos controlares, en este caso, la Corte IDH⁹⁴⁶. Otra vía podría imitar la medida adoptada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en México –de acuerdo a lo visto en el capítulo 3–, que declara vinculante toda jurisprudencia interamericana –haya sido o no México parte de un litigio–, pero bajo la condición de que sea lo más favorable. Ello quiere decir, que condiciona su aplicabilidad al cumplimiento de ese supuesto, de lo contrario no ha de prevalecer sobre el ordenamiento interno o sobre otro tratado en materia de derechos humanos ratificado por el Estado concernido. Pero, más allá de ello, nos importa anotar brevemente algunas pinceladas que podrían ayudar a, modo de criterios, a considerar aspectos para modular la doctrina bajo estudio. Por supuesto, se tratan solo de caminos abiertos para ulteriores investigaciones, de algún modo, relacionadas a la que ahora hace materia central de nuestra labor: la doctrina del control de convencionalidad.

⁹⁴⁶ Cf. K. CASTILLA JUÁREZ, “¿Control interno o difuso de convencionalidad? Una mejor idea: la garantía de tratados”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. 13, 2013, fecha de consulta 24 febrero 2021, en <https://bit.ly/2RxhoB1>.

4.3.2.1. El margen nacional de apreciación de los Estados

Veamos a continuación cuatro sub-secciones. La primera, referida propiamente al desarrollo del margen de apreciación. La segunda, dirigida a aproximarnos a su *statu quo* doctrinal. La tercera, concebida a esbozar los puntos en debate y, finalmente, la cuarta, pensada para discernir sobre el tratamiento de la figura al interior del marco interamericano.

a) Desarrollo histórico sucinto de la doctrina

La doctrina del “margen de apreciación”⁹⁴⁷ encuentra su sustento en el derecho nacional⁹⁴⁸ (administrativo y constitucional, como la deferencia de la judicatura hacia los fueros legislativos o las potestades políticas de la administración pública)⁹⁴⁹ e internacional⁹⁵⁰. En este último ámbito, el internacional, la doctrina del “margen de apreciación” se desarrolla en el Sistema Europeo de Derechos Humanos, no propiamente

⁹⁴⁷ Distintos autores sostienen que el principio de subsidiariedad es el sustento del margen de apreciación. Ver Bertelsen, Soledad. *The Margin of Appreciation. Through the lens of subsidiarity*. Tesis doctoral. Indiana: Universidad de Notre Dame, 2014, pp. 39-72; Carozza, Paolo G. “The Problematic Applicability of Subsidiarity to International Law and Institutions”. *American Journal of Jurisprudence*, vol. 61, n° 1, 2016, pp. 54, 64; Núñez Poblete, Manuel. “Sobre la doctrina del margen de apreciación nacional. La experiencia latinoamericana confrontada y el *theos* constitucional de una técnica de adjudicación del derecho internacional de los derechos humanos”. En Paola Acosta y Manuel Núñez (Coord.). *El margen de apreciación en el sistema interamericano de derechos humanos: proyecciones regionales y nacionales*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2012, pp. 41-43.

⁹⁴⁸ El *Conseil d’Etat* de Francia ha usado el término “*margé d’appréciation*”; sin embargo, a decir de Arai-Takahashi, Alemania ha desarrollado de forma sofisticada y compleja la teoría de la discreción administrativa (*Ermessensspielraum*), más cercana a la doctrina que aquí nos ocupa. Ver Arai-Takahashi, Yutaka. *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*. Intersentia, Oxford, 2001, p. 3.

⁹⁴⁹ Nash Rojas, Claudio. “La doctrina del margen de apreciación y su nula recepción en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. *ACDI – Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, 2018, 11, p. 75.

⁹⁵⁰ Barbosa, Francisco. “Los límites a la doctrina del margen nacional de apreciación en el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: intervención judicial en torno a ciertos derechos de las minorías étnicas y culturales”. *Revista Derecho del Estado*, 2011 (26), p. 54.

en el Convenio Europeo de Derechos Humanos⁹⁵¹ ni en sus trabajos preparatorios, sino en la jurisprudencia del TEDH⁹⁵². Su justificación, si se quiere, reside en la equidistancia entre garantía constitucional y protección internacional subsidiaria, como en la heterogeneidad cultural de las diversas comunidades políticas⁹⁵³.

Así, en el asunto *Grecia c. Reino Unido* de 1958⁹⁵⁴, la antigua Comisión Europea de Derechos Humanos se pronunció sobre las medidas de emergencia aplicadas en Chipre y otras vinculadas al artículo 15 del CEDH que eximen del cumplimiento de las obligaciones del CEDH en casos de guerras o peligros públicos. Allí se advirtió un margen de discrecionalidad estatal al momento de valorar las exigencias impuestas en una situación de emergencia y la limitada supervisión de la Comisión frente a las medidas adoptadas⁹⁵⁵. En el caso del TEDH, dicha doctrina es adoptada en el caso *De Wilde, Ooms and Versyp c. Bélgica* (1971)⁹⁵⁶, pero recién se explicita en el caso *Handyside c. Gran Bretaña* (1976) en torno al concepto de “moral” como límite al derecho de libertad de expresión, en relación al secuestro del libro para jóvenes “The Little Red Schoolbook”.⁹⁵⁷

⁹⁵¹ Representantes de los Estados miembros acordaron la Declaración de Brighton en abril de 2012, en la que se solicita la aplicación e inclusión de dicha doctrina y, a la vez, del principio de subsidiariedad en el preámbulo del CEDH. Ver, TEDH. *Brighton Declaration: High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights* del 20 de abril de 2012, fundamentos, 3, 4, 11 y 12. Asimismo, se elaboró el Protocolo 15 para establecer expresamente que los Estados gozan de un margen de apreciación; a la fecha, ya ha sido ratificado por los 47 países europeos y entrará en vigor en agosto de 2021. En: <https://bit.ly/3bIxxus>

⁹⁵² Nash, Claudio. Op. cit., pp. 75-76.

⁹⁵³ Cf. J. GARCÍA ROCA, *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, 1. ed, Civitas, Cizur Menor, Navarra, 2010, p. 218.

⁹⁵⁴ Resolución del 26 de setiembre de 1958.

⁹⁵⁵ García Roca, Javier. “La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos”. *Teoría y Realidad Constitucional*, 2007 (20), pp. 120-121.

⁹⁵⁶ TEDH. Caso *De Wilde, Ooms and Versyp c. Bélgica*, sentencia de junio de 1971, fundamento 93.

⁹⁵⁷ Cf. Vassel, Johann Justus. “El ‘Margin of appreciation’ como elemento clave en el Derecho Constitucional europeo”. *Revista de Derecho Constitucional Europeo* 6, n° 11, (enero-junio, 2009), p. 193.

No obstante, es a partir del caso *Irlanda c. Gran Bretaña* de 1978, donde se discutía sobre la aplicación de “cinco técnicas de interrogatorio” ante supuestos de suspensión de derechos, donde el Tribunal Europeo consideró que el Estado se encontraba en mejor posición que el juez internacional para valorar si un evento constituía o no una amenaza a la “vida de la nación” y las medidas a adoptar⁹⁵⁸, al indicar que:

*Incumbe a cada Estado contratante, responsable de la vida de la nación, determinar si un peligro público lo amenaza y si esto ocurre evaluar los medios que tiene para disiparlo [...] las autoridades nacionales se encuentran en principio, en mejor lugar, que el juez internacional para pronunciarse sobre la presencia de ese peligro, así como sobre la naturaleza y el alcance de las suspensiones para conjurarlo. El artículo 15 permite un amplio margen de apreciación*⁹⁵⁹.

De forma posterior, el TEDH utilizó la figura del margen de apreciación en casos donde se discutían temas vinculados a determinaciones culturales, como la moral pública,⁹⁶⁰ eutanasia,⁹⁶¹ matrimonio entre personas del mismo sexo,⁹⁶² fertilización in

⁹⁵⁸ Benavides, María Angélica. “El consenso y el margen de apreciación en la protección de los derechos humanos”. *Ius et Praxis*, 2009, 15 (1), p. 302.

⁹⁵⁹ TEDH, caso *Irlanda c. Reino Unido* (1978), párrafo 207. A decir de Nash, el TEDH se pronunció antes en el mismo sentido en los casos *Lawless c. Irlanda* (1960) y *De Wilde, Ooms et Versyp c. Bélgica* (1972).

⁹⁶⁰ TEDH, casos *Handyside c. Gran Bretaña* (1976), párrafo 48; *Sunday Times c. Gran Bretaña* (1979), párrafo 49; *Wingrove c. Gran Bretaña* (1996), párrafo 58; *Fretté c. Francia* (2002), párrafo 40.

⁹⁶¹ TEDH, caso *Lambert et Autres c. Francia* (2015), sobre eutanasia activa y el margen del Estado ante la falta de consenso europeo (párrafos 144 y ss.).

⁹⁶² TEDH, caso *Schalk and Kopf c. Austria* (2010), sobre matrimonio entre personas del mismo sexo y el amplio margen del Estado ante la falta de consenso europeo (párrafo 43).

vitro,⁹⁶³ entre otros,⁹⁶⁴ para brindar un ámbito de discrecionalidad estatal en la determinación particular (individual) del alcance para su sociedad, siempre que no exista un “consenso europeo”⁹⁶⁵ o mínimo común aplicable a todos los Estados partes de la CEDH como factor limitante relevante^{966, 967}.

b) Estado de la cuestión (definición)

El “margen de apreciación” constituye una figura compleja que se presta a variadas interpretaciones⁹⁶⁸; sin embargo, en el sentido de lo indicado anteriormente, se perfila como el ámbito dejado a la soberanía estatal, en base al cual los tribunales internacionales auto-contienen o inhiben su control o escrutinio de aspectos fácticos o normativos, debiendo limitarse a validar la decisión nacional⁹⁶⁹ en casos de conceptos jurídicos indeterminados o lagunas jurídicas en tratados (o ausencia de consenso en los Estados miembros)⁹⁷⁰.

⁹⁶³ TEDH, caso *Evans c. The United Kingdom* (2007), sobre la regulación de la fertilización in vitro y amplio margen del Estado (párrafo 77); asimismo, *S.H. and others c. Austria* (2011), sobre la prohibición de la fertilización heteróloga y la falta de consenso (párrafo 94).

⁹⁶⁴ TEDH, casos *Serife Yigit c. Turquía* (2010), sobre reconocimiento de matrimonios religiosos; *Leyla Sahin c. Turquía* (2005), sobre libertad religiosa.

⁹⁶⁵ Así, por ejemplo, en el caso *Vo c. Francia*, donde se discutía si el embrión humano es titular del derecho a la vida recogido en el artículo 2 de la CEDH, el Tribunal estima que la protección del embrión no emana del consenso de la mayoría de los Estados partes y menos en Francia, donde el tema se ha tornado discutible, ni de una definición científica o jurídica. Benavides, María Angélica. Op. cit., p. 307.

⁹⁶⁶ La existencia de un consenso europeo no sería el único elemento delimitante del margen de apreciación; así, el TEDH manifiesta que se deben tener en cuenta una serie de factores al momento de determinar la amplitud del margen de apreciación, como la existencia de los intereses públicos y privados en competencia. Ver TEDH caso *Evans c. The United Kingdom* (2007), párrafo 77. En un sentido similar, Bertelsen sugiere cuatro factores delimitantes de la amplitud al margen de apreciación: la naturaleza de los derechos en juego, el nivel de democracia y respecto al Estado de Derecho, el consenso y el tipo de asunto. Op. cit.

⁹⁶⁷ Benavides, María Angélica. Op. cit., p. 303; Nash, Claudio. Op. cit., pp. 78-79.

⁹⁶⁸ Nash, Claudio. Op. cit., p. 72.

⁹⁶⁹ Núñez, Manuel. Op. cit., pp. 5-6; García Roca, Javier. Op. cit., p. 124; Nash, Claudio. Op. cit., pp. 75, 87.

⁹⁷⁰ Cf. Schäfer, Gilberto, José Aidikaitis y Jesus Silveira. “A margen nacional de apreciação na Corte Interamericana de Direitos Humanos”. *Revista de Direito Internacional. Brazilian Journal of International Law* 15, n° 2 (2018), p. 328.

c) Puntos de debate o desavenencias

Sin embargo, de cara a la delimitación del margen de apreciación estatal en algunos casos concretos, será problemático determinar cuándo existe o no el denominado “consenso europeo”⁹⁷¹ y si el mismo se encuentra debidamente sustentado o consolidado⁹⁷²; todavía más cuando, de acuerdo a lo indicado por el TEDH, la extensión del margen de apreciación “*varía según las circunstancias, los ámbitos y el contexto*”⁹⁷³, como en el caso del derecho de asociación política y la representación democrática, donde se cuenta con un “*margen de apreciación nacional reducido*” frente a un control europeo riguroso⁹⁷⁴. De otro lado, algunos autores observan que el margen de apreciación se aplicará, en uno u otro caso, en función del nivel de confianza que tenga el Tribunal Europeo en los órganos de control estatal que terminarán aplicando el derecho en sus

⁹⁷¹ A decir de Dothan, el margen de apreciación y el consenso (emergente) son doctrinas que compiten entre ellas: si no existe consenso europeo, el margen de apreciación será más amplio; no obstante, la aplicación de la doctrina del margen de apreciación permite que emerja un verdadero consenso europeo y, a la vez, poder identificar el consenso europeo sin necesidad de determinar la violación de un Estado o someterse a confrontación. Ver Dothan, Shai. “Judicial Deference Allow European Consensus to Emerge”. *Chicago Journal of International Law*, vol. 18, 2, pp. 399-400, 410, 419.

⁹⁷² Nash observa que existe un problema en determinar cuándo existe mayoría de Estados; es más, menciona que, aun no existiendo mayoría, la Corte se ha acogido de ciertos antecedentes de cara a limitar la posibilidad de decisión estatal, como habría ocurrido en el caso *Goodwin e I. c. Reino Unido* en el 2002, donde se debatía el derecho a contraer matrimonio entre una persona transexual con otra del mismo sexo (biológico) pese a que el propio Estado proporcionaba operaciones de cambio de sexo y tratamiento hormonal con cargo a su presupuesto público. Nash, Claudio. Op. cit., p. 75. Otro escenario problemático estará en determinar dónde descifrar dicho consenso, en razón de que, como afirma Sanz-Caballero, el TEDH ha justificado algunos pronunciamientos en el CEDH como “instrumento vivo” y dinámico que se ajusta a las circunstancias históricas recientes, tal cual sucede en los casos *Société Colas y otros c. Francia y A., B. y C. c. Irlanda* de 2002. Ver Sanz-Caballero, Susana. “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y su respuesta al reto de la transexualidad: Historia de un cambio de criterio”. *American University International Law Review* 29 (4), 2014, p. 834.

⁹⁷³ TEDH, caso *Muñoz Díaz c. España*, 2009, párr. 48. En igual sentido, el Tribunal ha mencionado que, cuando no exista consenso dentro del Estado miembro, particularmente cuando el caso suscite cuestiones morales o éticas delicadas, el margen de apreciación será más amplio. Ver TEDH, caso *Evans c. The United Kingdom* (2007), párrafo 77.

⁹⁷⁴ TEDH, caso *Partido Comunista Unificado c. Turquía*, 1998, párr. 46; asimismo, *Partido Comunista (Nepecesteri) y Ungureanu c. Rumania*, 2005, párr. 49.

respectivos ámbitos⁹⁷⁵, de forma tal que, en casos similares, se brindará o limitará el margen de actuación en función de la realidad social (o institucional) de cada país⁹⁷⁶.

Además, cabe indicar que, en el SIDH existe una obligación convencional que no se encuentra recogida en el Sistema Europeo: “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” (artículo 2 de la CADH). Así, a decir de CANÇADO TRINDADE, ex presidente de la Corte Interamericana, “[a]fortunadamente tal doctrina no ha encontrado un desarrollo paralelo explícito bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos”⁹⁷⁷.

En ese sentido, la referida obligación estatal, sumada a la autoridad de la Corte IDH como intérprete de la CADH (artículo 62), ha llevado a que se afirme que “los órganos interamericanos están en condiciones de imponer criterios de valoración de conceptos indeterminados con base convencional sólida. Por lo tanto, no estamos ante una intromisión en aspectos que son propios del ámbito nacional –lo que el autor da por denominar “margen nacional de actuación” para diferenciarlo del “margen de apreciación”–, sino frente a expresiones del ejercicio de las funciones que los propios

⁹⁷⁵ La asignación y amplitud del margen de apreciación que reconoce el TEDH a cada país depende en gran medida de la democracia efectiva que se viva en cada uno de ellos; así, por ejemplo, en el caso *Evans c. The United Kingdom* (2007), toma con especial relevancia que la regulación nacional que se discutía “*was the culmination of an exceptionally detailed examination of the social, ethical and legal implications of developments in the field of human fertilisation and embryology, and the fruit of much reflection, consultation and debate*” (párrafo 86).

⁹⁷⁶ Según Nash, el margen de apreciación que se brinda a los sistemas nacionales holandeses, británicos y españoles es distinto del que se le reconoce a Rusia y Turquía; asimismo, menciona el estudio comparativo de García, en el que se evidencia la aplicación del margen de apreciación en el caso *Py c. Francia* (2000) pero se deniega en el caso *Melnychenko c. Ucrania* (2004) pese a que son similares y en ambos se discute la limitación al derecho al sufragio. Ver Nash, Claudio. Op. cit., pp. 82-83.

⁹⁷⁷ Cançado Trindade, Antonio. *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el siglo XXI*. Jurídica de las Américas, Barcelona, 2009, p. 389.

Estados han conferido a los órganos de control en ejercicio de la soberanía nacional [ergo, el margen de apreciación sería inexistente]”⁹⁷⁸. Así, ninguna “de las concesiones de espacios de discrecionalidad que entrega la Convención Americana puede conducir a una interpretación sobre una suerte de recepción convencional de la doctrina del margen de apreciación (...) [y] (...) la Corte Interamericana ha sido reticente a utilizar esta figura, (...) evitando la aplicación de la figura del margen de apreciación”⁹⁷⁹, tal vez porque, como indica, “los órganos de control interamericano de derechos humanos no confían en la determinación interna de las condiciones efectivas y normativas de los elementos que permiten el cumplimiento de las obligaciones del Estado en materia de derechos humanos”⁹⁸⁰.

Pese a ello, un autor como como FAUNDEZ LEDESMA considera que el alcance que se le asigna a las disposiciones convencionales al interior de cada Estado cuenta con cierta subjetividad que supone un margen de apreciación de modo que “[aun cuando] la idea de que el Estado pueda ejercer una margen de apreciación en la aplicación de la Convención no se encuentra expresamente reconocida por la Convención Americana, y tiene que ser vista, si no con recelo, por lo menos con mucha precaución; sin embargo, es evidente que esta doctrina también tiene aplicación en el sistema interamericano, y que es inherente a las expresiones utilizadas por algunas de sus disposiciones”⁹⁸¹.

⁹⁷⁸ Nash, Claudio. Op. cit., p. 84.

⁹⁷⁹ *Ibid.*, pp. 87-88.

⁹⁸⁰ *Ibid.*, p. 95. El referido autor, además, justifica la no recepción de la doctrina del margen de apreciación en el Sistema Interamericano en fundamentos normativos, pues no existiría disposición que establezca la inhibición del control internacional, y en la efectividad en la protección de los derechos humanos por parte de los tribunales internacionales, sin tomar en cuenta que, según Sagüés, dicha doctrina limitaría la figura del “control de convencionalidad” que sí se encuentra reconocido en el Sistema Interamericano. Op. cit., pp. 73, 96-97.

⁹⁸¹ H. FAUNDEZ LEDESMA. El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales. 3º Ed. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. San José, 2004, p. 63.

Por último, cabe indicar que existe un debate sobre la valoración positiva o negativa respecto de aplicar o no el margen de apreciación. Así, de forma positiva, para autores como NÚÑEZ POBLETE, el margen de apreciación será una forma de *self restraint* o autocontrol y prudencia, por medio del cual los órganos internacionales brindan a los órganos nacionales un ámbito de deferencia para el cumplimiento de las obligaciones recogidas en instrumentos internacionales de derechos humanos. Ello, de cara a evitar un enfrentamiento con los poderes constituidos y la propia Constitución, preservando así el equilibrio institucional y la legitimidad de cada uno de los órganos, y justificándose en el respeto al pluralismo y la diversidad cultural.⁹⁸² Sin embargo, existe otra perspectiva que ve dicha doctrina de forma negativa, como un supuesto de abdicación del enjuiciamiento de los tribunales internacionales que distaría de la consecución de objetivos colectivos y la lógica universalista de estándares internacionales en materia de derechos humanos, que no admite fragmentaciones. Esta, por ejemplo, es la posición del ya citado NASH.⁹⁸³

d) Ámbito interamericano

Desde el preámbulo de la CADH se recoge claramente que el sistema interamericano de protección de los derechos humanos tiene un propósito coadyuvante, complementario y/o subsidiario. Sin embargo, con la doctrina del control de convencionalidad se erige a la CADH como un instrumento que juegue un rol de

⁹⁸² Ver Núñez Poblete, Manuel. Op. cit., pp. 5-6; García Roca, Javier. Op. cit., p. 130; asimismo, Arai-Takahashi, Yutaka. Op. cit., pp. 3-4.

⁹⁸³ Nash, Claudio. Op. cit., pp. 76-77; asimismo, ver García Roca, Javier. Op. cit., p. 129. En contra de dicha óptica, Bertelsen indica que “Subsidiarity serves to explain that the deference given to the states does not deny the universality of human rights, but simply allows the instantiation of universal principles according to the circumstances, culture and history of each community”. Op. cit., p. 270.

integración y supremacía, se cambia así parte del paradigma en el que se hallaba asentado el sistema⁹⁸⁴. Dado este primer paso, guarda sentido el entusiasmo que, algunos jueces de la Corte IDH⁹⁸⁵ y parte de la academia que –en mayor o menor grado– apoya la tesis de convencionalidad, soporte a la vez un proyecto académico proveniente, principalmente, del *Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional* (Heidelberg), conocido como el *ius constitutionale commune*. Esta iniciativa tiene como propósito fundamental la creación de un derecho común –“transformador” – interamericano⁹⁸⁶, teniendo como artífice principal a la Corte IDH, que haría las veces de tribunal constitucional en la región⁹⁸⁷.

⁹⁸⁴ Cf. A. E. DULITZKY, “¿El impacto del control de convencionalidad? ¿Un cambio de paradigma en el sistema interamericano de derechos humanos?”, cit., p. 535.

⁹⁸⁵ Cf. E. FERRER MAC-GREGOR, “Interpretación conforme y Control Difuso de Convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, en Eduardo Ferrer Mac-Gregor (ed.) *El Control Difuso de Convencionalidad. Diálogo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los Jueces Nacionales*, FUNDAP, México, 2012, pp. 154-155 En sus palabras: Los jueces nacionales deben atender a este ‘bloque’ como un estándar mínimo, lo que implica, por parte de ellos, una permanente actualización de la jurisprudencia de la Corte IDH y propicia ‘viva interacción’ entre las jurisdicciones nacionales y la interamericana, con la finalidad última [de] establecer estándares en nuestra región a manera de un ius commune para la protección efectiva de los Derechos Humanos. El juez nacional, por consiguiente, debe aplicar la jurisprudencia convencional, incluso la que se crea en aquellos asuntos donde no sea parte el Estado nacional al que pertenece, ya que lo que define la integración de la jurisprudencia de la Corte IDH es la interpretación que este Tribunal Interamericano realiza del corpus iuris interamericano con la finalidad de crear un estándar en la región sobre su aplicabilidad y efectividad. Lo anterior lo consideramos de la mayor importancia para el sano entendimiento del “Control Difuso de Convencionalidad”, pues pretender reducir la obligatoriedad de la jurisprudencia convencional sólo a los casos donde el Estado ha sido “parte material” (...), equivaldría a nulificar la esencia misma de la propia CADH, cuyos compromisos asumieron los Estados nacionales (...) y, cuyo incumplimiento produce responsabilidad internacional. En efecto, la “fuerza normativa” de la CADH alcanza a la interpretación que de la misma realice la Corte IDH, como único órgano jurisdiccional del [SIPDH] e intérprete “último” y “definitivo” de dicho Pacto. La interpretación emprendida por el Tribunal Interamericano a las disposiciones convencionales adquiere la misma eficacia que poseen éstas, ya que en realidad las “normas convencionales” constituyen el resultado de la “interpretación convencional” que emprende la Corte IDH como órgano “judicial autónomo cuyo objetivo es la aplicación e interpretación del corpus iuris interamericano. Dicho en otras palabras, el resultado de la interpretación de la Convención Americana conforma la jurisprudencia de la misma; es decir, “constituyen normas que derivan de la CADH, de lo cual se obtiene que gocen de la misma eficacia (directa) que tiene dicho tratado internacional. (Destacado nuestro).

⁹⁸⁶ Cf. A. VON BOGDANDY, “Ius constitutionale commune latinoamericanum. Una aclaración conceptual”, en *IUS constitutionale commune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos*, Primera edición, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas: Max-Planck-Institut für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht : Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, México, 2014 (Serie doctrina jurídica), pp. 4-5, fecha de consulta 9 agosto 2016, en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3655/4.pdf>.

⁹⁸⁷ Cf. P. A. ACOSTA ALVARADO, *Diálogo judicial y constitucionalismo multinivel*, cit., p. 32.

Esta noción, por atractiva y estimulante que pueda parecer en tanto traza un horizonte de estándar común en la protección de los derechos humanos en la región, podría tener –si no tiene ya– dos inconvenientes. El primero, colocar como destino –*fin*– de arriba aquel anhelado derecho transformador común, al control de convencionalidad como herramienta jurídica –*medio para*– y a la Corte IDH como el órgano jurisdiccional –*promotor principal*– para lograr tal cometido; impulsándose así la unificación y uniformización del derecho regional. El problema es que, por interesante y saludable que pueda resultar tal proyecto académico (el fin), no justifica jurídicamente la existencia del control de convencionalidad (el medio) ni el rol activo de la Corte IDH como homogeneizador de derecho (distinto al que el SIDH le provee), sino que elude la cuestión en pro de un inspirador panorama de respeto de derechos humanos que, por supuesto, todos anhelamos, aunque no necesariamente bajo dicho camino. Cuestión distinta es que, tal *ius constitutionale commune* pueda arribar, paulatina y equilibradamente, como efecto secundario de la labor que le corresponde a la Corte IDH, no como propósito fundamental que la invite o impulse afanosamente a cumplir su cometido uniformizador.

El segundo inconveniente, como probablemente ya se aprecia, consiste en reforzar los recelos por el reconocimiento de un margen nacional de apreciación, toda vez que esta doctrina, supondría en ocasiones, exactamente, lo contrario a aquel propósito homogeneizador. Considérese que, para la Corte IDH, no es preciso siquiera que haya un determinado consenso en asuntos complejos para, a iniciativa propia, adoptar una

determinada comprensión en materia de derechos y promover en adelante dicha orientación. Quizás el caso de *Atala Riffo v. Chile*⁹⁸⁸ pueda ser un buen ejemplo:

74. Si bien la interpretación jurídica puede ser flexible y el lenguaje de los derechos humanos reconoce su desarrollo progresivo, los Estados prestaron su consentimiento a una idea de derechos humanos que tenía en mente ciertos tipos de violación, y no otras que en su momento no existían. De ser necesario ampliar el alcance del tratado, en materias en que no existe un consenso mínimo, la misma [Convención Americana] establece un procedimiento para la incorporación de protocolos que protejan otros derechos.

(...)

92. Frente a esta postura, la Corte Interamericana reiteró el principio de interpretación progresiva y resolvió que, aunque no existiera consenso, su falta “no puede ser considerad(a) como un argumento válido para negarles o restringirles sus derechos humanos o para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que estas minorías han sufrido. El hecho de que ésta pudiera ser materia controversial en algunos sectores y países, y que no sea necesariamente materia de consenso no puede conducir al Tribunal a abstenerse de decidir, pues al hacerlo debe remitirse única y exclusivamente a las estipulaciones de las obligaciones internacionales contraídas por decisión soberana de los Estados a través de la Convención Americana.

⁹⁸⁸ Corte IDH. *Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile*. Op. Cit., párrs. 74 y 92.

Si todo esto se suma a la noción consolidada de inconveniencia o peligrosidad de abrir paso al margen de apreciación en tanto podría ser interpretada como cheque en blanco para incumplir obligaciones internacionales. Luego es comprensible que la Corte IDH sea renuente⁹⁸⁹ a abrir espacio para ella en su jurisprudencia⁹⁹⁰. Una cita del exjuez interamericano CANÇADO TRINDADE sobre la materia podría ser bastante ilustrativa para demostrar la argumentación –o al menos parte de ella– detrás de la resistencia habitual de la Corte IDH para incorporar esta figura:

La doctrina del llamado "margen de apreciación" floreció, por analogía con desarrollos en el marco de los sistemas de derecho interno, en la aplicación de la Convención Europea de Derechos Humanos, como una deferencia a la supuesta "sabiduría" de los órganos del Estado en cuanto a la mejor manera de dar efecto a las decisiones de los órganos convencionales de protección en el ámbito del derecho interno. Esta doctrina presupone la existencia de Estados verdaderamente democráticos, con un Poder Judicial indudablemente autónomo. (...) sólo se realiza cuando nos encontramos verdaderamente ante un Estado de Derecho.

Esta doctrina sólo podría haberse desarrollado en un sistema europeo de protección que se creía ejemplar, propio de una Europa occidental (pre-1989) relativamente homogénea en cuanto a sus percepciones de una experiencia histórica común, y que se suponía una torre de marfil cercada de "bárbaros" por

⁹⁸⁹ Cf. C. ORUNESU, "Conventionality control and international judicial supremacy: Some reflections on the Inter-American system of human rights", cit., p. 9.

⁹⁹⁰ Cf. C. NASH ROJAS, "La doctrina del margen de apreciación y su nula recepción en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", cit., pp. 96-97.

*todos los lados. (...) Ya no se puede presuponer, con la misma seguridad aparente del pasado, que todos los Estados que integran su sistema regional de protección sean verdaderos Estados de Derecho. (...) Lo cierto es que el "margen de apreciación" sólo podría haber florecido en relación con casos de derechos humanos referentes a países de la Europa (occidental) homogénea del pasado reciente. Con los últimos cambios en aquel escenario regional, la doctrina del "margen de apreciación", circundada de una cierta dosis de petulancia, pasa a requerir una seria reconsideración. Menos mal que dicha doctrina no encuentra un desarrollo paralelo explícito en la jurisprudencia bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos.*⁹⁹¹ (Destacado nuestro)

En efecto, aunque en sus inicios, la Corte IDH llegó a realizar alguna mención⁹⁹² en torno al margen de apreciación, la verdad es que no ha desarrollado nada al respecto. Ciertamente, hasta la fecha, la Corte IDH no ha querido implementar formalmente esta doctrina. Quizás, en buena medida porque conforma una tesis contraria a la que ha desarrollado –el control de convencionalidad– y porque, en efecto, se considera a menudo que prever esta figura supondría entregar a los Estados un cheque en blanco para vulnerar derechos humanos. Esta habitual tesis de presunción en contra de los Estados no es saludable para la protección de los derechos y libertades, ni se corresponde con la

⁹⁹¹ A. A. CANÇADO TRINDADE, “Reflexiones sobre el futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos”, cit., pp. 582-583 [online: 9-10].

⁹⁹² Cf. Corte IDH. *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*. Opinión Consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984. Serie A No. 4., párr. 62. La cita es la que sigue: *Esa conclusión de la Corte tiene especialmente en cuenta el margen de apreciación reservado al Estado que otorga la nacionalización sobre los requisitos y conclusiones que deben llenarse para obtenerla. Pero de ningún modo podría verse en ella una aprobación a la tendencia existente en algunas partes a restringir exagerada e injustificadamente el ámbito de ejercicio de los derechos políticos de los naturalizados. La mayoría de estas hipótesis, no sometidas por cierto a la consideración de la Corte, constituyen verdaderos casos de discriminación en razón del origen o del lugar de nacimiento que crean injustamente dos grupos de distintas jerarquías entre nacionales de un mismo país.* (Destacado nuestro)

distancia existente entre los regímenes dictatoriales que se vivieron hace ya poco más de tres décadas. Lo anterior, por supuesto, nada dice sobre lo mucho que aún queda por hacer en varios de los países de la región, pero esperar altos estándares de progreso –no se sabe bien cuáles ni a criterio de quién ni con qué autoridad– para abandonar la visión paternalista que predomina, o adoptar como regla –no como excepción– una presunción de violación estable y permanente de los derechos humanos, simplemente, no es justificable ni en teoría ni en práctica.

En suma, más allá de la habitual presunción negativa que suele acogerse en torno a los Estados, también es verdad que suele considerarse el margen de apreciación como la antítesis del control de convencionalidad. Ello, quizás, porque aceptar la doctrina del control de convencionalidad, tal y como está planteada, supone necesariamente reducir el margen de apreciación o discreción del que disponen los Estados democráticos para decantarse por mejor curso de acción para satisfacer sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos⁹⁹³.

En un escenario como aquel, tendría quizás sentido configurar internamente el margen nacional de apreciación –como han hecho escuetamente algunos países de la región, Perú y Colombia, según vimos en el capítulo 3–, toda vez que no parece que dicha iniciativa vaya a provenir de la Corte IDH y, porque en principio, esta doctrina se concibe como un espacio de discrecionalidad concedido por un tribunal internacional, no como

⁹⁹³ Cf. P. CONTRERAS VÁSQUEZ, “Análisis Crítico del Control de Convencionalidad”, cit., p. 450; F. ZÚÑIGA URBINA, “Control de convencionalidad y tribunales nacionales. Una aproximación crítica”, en Humberto Nogueira Alcalá (ed.) *El diálogo transjudicial de los Tribunales Constitucionales entre sí y con las Cortes Internacionales de Derechos Humanos*, Universidad de Talca, Centro de Estudios Constitucionales de Chile: Librotecnia, Santiago, Chile, 2012, p. 445.

un atributo propio de cada país. De hecho, el margen de apreciación supone, simultáneamente, una forma de *self restraint* o autocontrol y prudencia por medio del cual los órganos internacionales brindan a los órganos nacionales un ámbito de deferencia para el cumplimiento de obligaciones recogidas en instrumentos internacionales de derechos humanos. Ello, de cara a evitar un enfrentamiento con los poderes constituidos y, más aún, con la propia Constitución, preservando así el equilibrio institucional y la legitimidad de cada uno de los órganos, y justificándose en el respeto al pluralismo y la diversidad cultural⁹⁹⁴.

No obstante lo dicho, en atención con el principio de subsidiariedad, así como a la conexión entre cultura y derechos humanos⁹⁹⁵, bien podría argumentarse la existencia de cierto espacio propio de cada Estado no condicionado a una deferencia judicial internacional para el ejercicio del margen de apreciación en mención⁹⁹⁶. De hecho, esta doctrina ha sido empleada para matizar el impacto de una “adopción sin cortapisas [del] control de convencionalidad por parte de los tribunales nacionales”⁹⁹⁷. A fin de cuentas, se trata de buscar una solución en la cual se respete tanto las instituciones como los Derechos Humanos. Esto es, fomentar un “margen de apreciación estatal” en el que se

⁹⁹⁴ Cf. NÚÑEZ POBLETE, Manuel. Op. cit., pp. 5-6; GARCÍA ROCA, Javier. Op. cit., p. 130; asimismo, ARAI-TAKAHASHI, Yutaka. Op. cit., pp. 3-4.

⁹⁹⁵ Cf. S. BERTELSEN, “The Margin of Appreciation Through the Lens of Subsidiarity”, 2014, Notre Dame, Indiana, p. 266 La cita es la que sigue: (...) *there is a close connection between culture, law, and human rights. Culture becomes especially relevant in the definition of the constitutional identity of a nation, which has great influence in public law and the understanding of human rights. International Treaties have also recognized cultural rights and the importance of their protection. Human rights are not applied in the abstract, but rather in a specific place and time, within a particular culture. The universal principles of human rights have to be instantiated in specific circumstances. Human rights would only be effective if they are incorporated by the culture where they are applied and if they respond to local needs.*

⁹⁹⁶ Cf. J. I. MARTÍNEZ ESTAY, “Auto-restricción, Deferencia y Margen de apreciación”, cit., pp. 381-382.

⁹⁹⁷ El autor discrepa con la doctrina del margen de apreciación: M. F. TRUCCO, “El control de convencionalidad en la interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su recepción por los tribunales nacionales”, *Revista de Filosofía Jurídica y Social*, 33, 2012, Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional del Rosario, p. 132, fecha de consulta 10 marzo 2021, en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7724871>.

respeten los procesos políticos locales y los modos de resolver cuestiones vinculadas a la justicia transicional como a su vez la vigencia de los Derechos Humanos⁹⁹⁸. No en vano, como hemos apuntado en el capítulo 3, un grupo de Estados emitió una Declaración Conjunta en abril de 2019 con la finalidad de que se tome en consideración el margen de actuación de los Estados y se aplique de modo estricto las fuentes del Derecho Internacional de los derechos humanos⁹⁹⁹.

4.3.2.2. Revalorizar la democracia constitucional

Si, como hemos dicho antes, la democracia constitucional¹⁰⁰⁰ supone esa conjugación entre el *principio democrático* –mediante las instituciones de la democracia política (legislativa y ejecutiva)– y, los *límites de la política* –mediante la norma constitucional, el control de constitucionalidad y el control judicial–, en aras de lograr un justo equilibrio en el marco de un Estado Constitucional de Derecho; deberíamos quizás reparar en dos asuntos que, quizás, se han descuidado un poco tras una copiosa atención de la academia a solo uno de los lados que configuran dicho equilibrio: la justicia constitucional y las teorías de la argumentación jurídica –constitucionalismo de los derechos, “neoconstitucionalismo” o, si se quiere, un “neoconvencionalismo”¹⁰⁰¹ a nivel interamericano, en términos de CIANCIARDO y ZAMBRANO. Del otro lado, sin ánimo de

⁹⁹⁸ Cf. C. A. GABRIEL MAINO, “Los derechos humanos: baluarte y socavo de las instituciones. Hacia un adecuado equilibrio entre el control judicial de convencionalidad y la representación política de los procesos democráticos”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, vol. 1, 2016, 2017, p. 377, fecha de consulta 22 mayo 2021, en <https://bit.ly/3fBpXmv>.

⁹⁹⁹ GIRARDI, M.; NOWAK, B., «The Joint Declaration to the Inter-American System of Human Rights: Backlash or Contestation?», en: *I-CONnect*, December 2019. Disponible: <https://bit.ly/3c0JaM3> (Consulta: 29.07.20)

¹⁰⁰⁰ Cf. M. FIORAVANTI, *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*, cit., pp. 163-164.

¹⁰⁰¹ Cf. J. CIANCIARDO; M. DEL P. ZAMBRANO, “Los a priori de la cultura de derechos”, *Cuestiones constitucionales: revista mexicana de derecho constitucional*, 34, 2016, Instituto de Investigaciones Jurídicas, p. 104 y ss., fecha de consulta 24 mayo 2021, en <https://bit.ly/3fXmXkD>.

hace aquí más que de realizar unos esbozos muy generales, quizás sería oportuno detenernos en la necesaria deferencia al legislador y el hecho del desacuerdo – constitucionalismo político.

a) Sobre la deferencia al legislador

Si creemos, realmente, en la supremacía del Parlamento que corresponde a un Estado Constitucional de Derecho¹⁰⁰² o, al menos, en su preferencia¹⁰⁰³, protagonismo¹⁰⁰⁴ o primacía¹⁰⁰⁵, entonces, el juez es también es un actor que se ubica al interior de la compleja estructura institucional que asegura la distribución del poder político. Si ello es así, unas pautas medulares que podrían dar luz sobre cómo debe un juez deferente, podrían ser las siguientes que aporta DA SILVA¹⁰⁰⁶. Es juez deferente:

1. Es aquel que ejerce su función jurisdiccional, esto es, interpretar y aplicar el Derecho consciente que se halla inserto en una estructura institucional dinámica y, a la vez, jerárquica.

¹⁰⁰² Cf. COMISIÓN DE VENEZIA, “Criterios de Verificación del Estado de Derecho (CDL-AD(2016)007rev), adoptados en su 106ª Sesión Plenaria (Venecia, 11-12 de marzo de 2016)”, Estrasburgo, 2016, párr. 49, fecha de consulta 10 febrero 2021, en <https://bit.ly/3eYpl9W> La cita es la que sigue: *La existencia de poderes ilimitados del ejecutivo, ya sea de jure o de facto, constituyen elementos característicos de sistemas absolutos y dictatoriales. El constitucionalismo moderno se ha construido contra dichos sistemas, y asegura en consecuencia la supremacía del Parlamento.*

¹⁰⁰³ Cf. E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Escritos sobre derechos fundamentales*, Nomos, Baden-Baden, 1993, p. 130.

¹⁰⁰⁴ Cf. Á. J. GÓMEZ MONTORO, “La obsolescencia de los derechos”, cit., p. 74.

¹⁰⁰⁵ Cf. R. BUSTAMANTE ALARCÓN, “El Estado de Derecho”, cit., p. 33.

¹⁰⁰⁶ Cf. P. DA SILVA MOREIRA, *Deferencia al legislador: la vinculación del juez en el Estado Constitucional*, 2019, pp. 378-380.

2. Es aquel que comprende a la ley –y a su razón subyacente– como decisión autoritativa del legislador. Así, transita en un marco concreto de posibilidades interpretativas que no se reducen al ámbito semántico y, menos aún, a divisiones analíticas entre texto y norma, sino, más bien, a la comprensión que tiene de su propia autoridad.
3. Es aquel que admite la prioridad de la legislación en la aplicación del Derecho y, tras ello, reconoce que, dependiendo del tipo de norma al que esté vinculado, gozará de una menor o mayor discrecionalidad relativa al interpretar. *Ergo*, que de antemano es consciencia de sus propias limitaciones exegéticas.
4. Es aquel que sabiendo que la redacción de la ley, en ocasiones, no conduce a un resultado coherente con su razón subyacente, de todos modos, prioriza el sentido convencional de las palabras en su actividad interpretativa. Luego, no parte de una concepción primaria de la ley como un fruto de una ponderación de principios sustantivos correctos, según su perspectiva.
5. Es aquel que sabiendo que parte de su función es dar continuidad al proceso productivo –que no reconstructivo– del Derecho, actúa en consecuencia, desde el marco justificatorio que las leyes le permiten. Todo ello, siempre de conformidad la previa decisión autoritativa del legislador –producto de una resolución inteligible y con propósitos.

Lo anterior guarda pleno sentido si se comprende que: 1) el legislativo cuenta con mayor legitimidad política en tanto el proceso legislativo ofrece un proceso más justo para resolver los desacuerdos en torno a nuevos o polémicos contenidos de derechos; 2) el legislativo tiene una superior capacidad para realizar cambios legales, toda vez que está mejor equipado para procesar la información necesaria en tomar decisiones complejas y puede responder de manera directa, completa y precisa a las circunstancias que exigen un cambio legal; 3) el legislativo goza de superior capacidad para generar cambios sociales, pues es más probable que la legislación logre los efectos sociales deseados dentro de los ordenamientos jurídicos nacionales que la jurisprudencia en sí; 4) la idea de deferencia y auto-restricción, de cara a los diversos órganos que ejercen potestades públicas –ya no solo de los jueces– es fruto del principio de separación de poderes¹⁰⁰⁷; 5) la preocupación central que albergan aquellos que se decantan más por el ‘constitucionalismo de los derechos’, también encuentra cobijo aquí. Si se aprecia, los valores, principios y derechos fundamentales ya están positivizados en la Constitución y, en adelante, ésta demarca los contenidos y límites para la creación, aplicación e interpretación de las normas, esto es, establece la guía a seguir, especialmente, para los legisladores y jueces¹⁰⁰⁸. Lo que, naturalmente, no puede concebirse es que, como apunta PECES-BARBA:

En muchos ámbitos del pensamiento jurídico, y sobre todo entre los filósofos, existe un sector, yo desde luego no participo de eso, de los filósofos del Derecho, de los filósofos políticos, anglosajones y europeos, donde se está produciendo una distinción entre el Estado constitucional y el Estado de Derecho (...), [según

¹⁰⁰⁷ Cf. J. I. MARTÍNEZ ESTAY, “Auto-restricción, deferencia y margen de apreciación”, cit., p. 387.

¹⁰⁰⁸ Cf. G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Derechos sociales y positivismo jurídico: (escritos de filosofía jurídica y política)*, Dykinson, 1999, p. 125, fecha de consulta 22 mayo 2021, en <https://bit.ly/3ffkpPH>.

ellos] el Estado constitucional es el Estado donde la Constitución, sobre la base de la supremacía, plantea que los principios constitucionales van directamente a los jueces, y que los jueces, sobre la base de los principios constitucionales, interpretan de alguna manera, incluso modifican las leyes, sin necesidad del procedimiento de control de constitucionalidad¹⁰⁰⁹.

Lo anterior, pues ello produce una patología al interior del Estado Constitucional de Derecho: un exacerbado activismo judicial que invade la esfera de competencias de otros poderes¹⁰¹⁰. De esta manera, nuevamente con PECES-BARBA¹⁰¹¹, “una extraordinaria dimensión de este judicialismo patológico produce [...] una politización de la acción de los jueces sin legitimidad democrática”. Ello, ya “ha producido excesos, [e] (...) incluso modificaciones de las Constituciones por los propios tribunales constitucionales”. Asunto que nos debe llevar a “reconstruir de nuevo la integración Constitución-Ley, y no seguir avanzando en esa ruptura para no debilitar al Parlamento”, buscando más bien el “restablecimiento (...) del equilibrio entre los productos normativos del Parlamento y del Derecho judicial”.

Si todo lo dicho en esta sub-sección es así para el ámbito judicial doméstico, con mucha más razón para el ámbito judicial internacional. Esto, toda vez que –entre otras razones– un activismo a nivel interamericano, no solo carece de asidero competencial y

¹⁰⁰⁹ G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, “Parlamento, libertad civil y democracia”, en Eduardo Fuentes Ganzo, José Luis Martín (eds.) *De las cortes históricas a los parlamentos democráticos: Castilla y León, s. XII-XXI: (actas congreso científico, Benavente, 21-25-X-2002)*, Editorial Dykinson, Madrid, 2003, p. 484, fecha de consulta en <http://hdl.handle.net/10016/10467>.

¹⁰¹⁰ Cf. R. BUSTAMANTE ALARCÓN, “El Estado de Derecho”, cit., p. 33.

¹⁰¹¹ Cf. B. IVANSCHITZ BOUDEGUER, “Un estudio sobre el cumplimiento y ejecución de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por el Estado de Chile”, cit., p. 485.

de los debidos *checks and balances* que modulen el uso del poder, sino que, además, horada el ejercicio de la democracia constitucional, cuando no la propia figura del Estado Constitucional de Derecho y los altos fines que persigue el SIDH. En coincidencia con KELSEN, “[p]or más que se las pueda distinguir, la diferencia entre la función jurisdiccional y la función legislativa, consiste, ante todo, en que ésta crea normas jurídicas generales, en tanto que la otra, no crea sino normas individuales”¹⁰¹². Con la doctrina del control de convencionalidad, si se recuerda, no tenemos ‘normas individuales’ producidas por la Corte IDH, sino siempre ‘normas generales’ –efectos *erga omnes*– producidas a través de sus resoluciones. Con ello, nos parece palmario el desplazamiento del rol que compete al legislador convencional: los Estados americanos.

Un escenario como aquel, según tal y como está planteado el control de convencionalidad, inevitablemente, magnifica la objeción al rol contramayoritario que se ejerce en el control jurisdiccional, en este caso, en el plano internacional. Básicamente, por tres razones¹⁰¹³. En primer lugar, porque, aunque el rol contramayoritario encuentra soporte en la legitimidad democrática de origen por la cual se establece una Constitución y se otorga competencia a determinados órganos para interpretarla, es del todo discutible que la misma intensidad alcance a la labor que corresponde a la Corte IDH, no tanto debido a la distancia de las fuente, la CADH –de la legitimidad democrática de origen–, sino en razón de que dicho instrumento, si bien crea un órgano judicial interamericano y le concede determinadas facultades, no lo reviste con el poder que supone la noción descrita por el control de convencionalidad, creado a través de sus propias sentencias.

¹⁰¹² H. KELSEN, “La garantía jurisdiccional de la Constitución (la Justicia Constitucional)”, cit., p. 275.

¹⁰¹³ Cf. C. ORUNESU, “Conventionality control and international judicial supremacy”, cit., p. 8.

En segundo lugar, porque la eventual invalidación –y/o interpretación mutativa– de normas internas no alcanzaría solo a las leyes y al resto de disposiciones de menor rango, sino que también pretende extender los límites contramayoritarios a la propia Constitución o actos refrendarios debidamente realizados. En el ámbito internacional, una vez declarada la responsabilidad de un Estado, corresponde a éste determinar cómo ha implementar los necesarios cambios internos de cara a armonizar sus normas nacionales y sus obligaciones internacionales. Luego, la vía no es, necesariamente, la del control jurisdiccional doméstico. Si bien es verdad que el control de convencionalidad, según lo establece la Corte IDH, no se restringe a los jueces, sino que apunta a toda autoridad del Estado bajo una actuación según sus competencias y regulaciones procesales correspondientes, también es verdad que, en materia de derechos, sobre todo en aquellos no indiscutiblemente recogidos en la CADH y cuya comprensión no hacen parte de un consenso regional, eludir o aprisionar la participación democrática en el proceso de determinación es un error.

En tercer lugar, si a lo anterior añadimos la vinculatoriedad de la jurisprudencia interamericana, podría verse reforzada la conocida crítica sobre el gobierno de los jueces, la juristocracia¹⁰¹⁴ o el *rule of courts*¹⁰¹⁵ –esta vez, a nivel internacional–, toda vez que la democracia constitucional estaría a menudo condicionada a lo que la mayoría coyuntural de los jueces de la Corte IDH comprenda –o pueda comprender a futuro– como parte de

¹⁰¹⁴ Para un ámbito jurisdiccional distinto. Cf. B. POKOL, “The NGO base of the EU Juristocracy”, *Dialog Campus Edition*, 2019, fecha de consulta 22 mayo 2021, en <https://bit.ly/2TeZq73>.

¹⁰¹⁵ Cf. J. WALDRON, “The rule of law and the role of courts”, *Global Constitutionalism*, vol. 10, 1, 2021, fecha de consulta 22 mayo 2021, en <https://bit.ly/3ywA8kL>.

los contenidos de los derechos humanos. Esto, nos conduce a un dato a menudo presente, pero que siempre suele recibir la debida atención: el desacuerdo.

b) Sobre el desacuerdo

Si partimos del hecho del desacuerdo en temas sustanciales de derechos humanos en las sociedades contemporáneas, la tesis de la ‘esfera de lo no decidible’ compartida por la Corte IDH en la sentencia *Gelman vs. Uruguay*¹⁰¹⁶, merece atención, más allá de asunto puntual de fondo que se decidió. Si se aprecia, parece haber una contradicción pragmática en dicho planteamiento que ni la propia Corte IDH se esfuerza en aclarar. Si los derechos humanos constituyen un límite infranqueable a la regla de las mayorías y, para que ello sea así respetado, es preciso que todas las autoridades internas ejerzan un control de convencionalidad, entre otros, como parte de un control contramayoritario, deviene en inaudito –por ejemplo– explicarnos cómo ello habría de funcionar en el propio parlamento, es decir, cómo este órgano podría actuar contramayoritariamente¹⁰¹⁷.

Pero vayamos más allá. Sería quizás comprensible el postulado de lo “no decidible” allí donde hubiese claridad de contenido en torno al eventual derecho humano vulnerado por la intervención de una irresponsable mayoría. No obstante, existen contornos o nuevas lecturas de los derechos ya reconocidos que aún se encuentran bajo discusión –social, jurídica y política–, donde, por tanto, no existen certezas, o peor aún, provisiones

¹⁰¹⁶ Corte IDH. *Caso Gelman Vs. Uruguay*. Op. Cit., párr. 239. La cita es la que sigue: (...) *en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo “susceptible de ser decidido” por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un “control de convencionalidad” (...), que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial.*

¹⁰¹⁷ Cf. J. L. RODRÍGUEZ; C. ORUNESU, “Tres paradojas sobre el control de convencionalidad”, cit., p. 147.

normativas que permitan su razonable aceptación. En un contexto como tal, despojar al parlamento y, por tanto, a los representantes de la ciudadanía, del legítimo diálogo, debate y toma de decisiones, para trasladar dicha prerrogativa a un tribunal –sea nacional o internacional–, no parece admisible para una noción equilibrada de democracia constitucional, toda vez que “privilegiar el voto de la mayoría entre un pequeño número de jueces no electos y no responsables, priva del derecho de representación a los ciudadanos ordinarios y desdeña principios apreciados de representación e igualdad política en la resolución final de las cuestiones sobre derechos”¹⁰¹⁸.

Frente a un panorama como aquel, acierta GONZÁLEZ cuando afirma que “el derecho internacional establece el “piso” y no el “techo” de los derechos (...)”, lo cual abre “la puerta a discutir con seriedad sobre la existencia de diferencias legítimas en la regulación de aquellos derechos que no son absolutos y donde no existe consenso claro sobre sus alcances (como sucedería, por ejemplo, en materias controversiales como los derechos económicos, sociales y culturales, los derechos sexuales y reproductivos, o los derechos de los pueblos indígenas, entre otros)”¹⁰¹⁹.

Y en efecto, si se reconoce que el desacuerdo es un hecho –dejando de lado ámbitos de prohibición absoluta como la tortura o la esclavitud–, en determinadas circunstancias, sería impropio hablar de titulares de la “última palabra”, tanto en sede nacional como en sede internacional. Así entonces, ni el control de convencionalidad podría suponer “la

¹⁰¹⁸ J. WALDRON, “The Core of the Case against Judicial Review”, cit., p. 1353.

¹⁰¹⁹ P. GONZÁLEZ DOMÍNGUEZ, *Implementación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en los Sistemas Jurídicos Nacionales: la doctrina del control de convencionalidad*, Centro de Estudios de Justicia de las Américas - CEJA, 2014, p. 217, fecha de consulta 7 agosto 2016, en <https://bit.ly/3ytwRmf>.

última palabra” para la Corte IDH, ni el principio *pro homine* o el margen de apreciación la “última palabra” para el Estado. Frente a ello, si bien existen sólidos argumentos jurídicos de uno u otro lado que no nos detendremos a revisar, ¿qué hacer para evitar el caos?, ¿es preciso decidir?, o en términos de LÜBBE-WOLFF¹⁰²⁰, ¿es necesario resolver la relación de tensión?, considera ella que no, pues:

(...) el mundo real no puede ser redimido de sus conflictos reales con meras construcciones teórico-jurídicas, y existen razones para preguntarse si a largo plazo no podría resultar más útil al derecho y a la paz soportar una tensión entre el derecho nacional y el derecho internacional, que postular un sometimiento incondicional, y en consecuencia también ilimitado, a uno de estos regímenes jurídicos, el internacional, a partir del cual las partes contratantes de tratados internacionales y los Estados miembros de organizaciones supranacionales, renuncian a toda posibilidad de tener voz y voto a la hora de decidir acerca de cuáles son los límites de su inserción en contextos supranacionales y en tratados de derecho internacional¹⁰²¹.

Dentro de todo, quizás sea la salida más realista y práctica en un mundo tan plural y complejo en materia de derechos humanos, nada más y nada menos, que el corazón de las teorías de la justicia. Y es que, en efecto, es indiscutible que:

¹⁰²⁰ G. LÜBBE-WOLF, “Justicia Constitucional y Justicia Internacional: cooperaciones, conflictos y tensiones”, en Griselda D. Capaldo, Jan-Reinard Sieckmann, Laura Clérico, Universidad de Buenos Aires, Alexander von Humboldt-Stiftung (eds.) *Internacionalización del derecho constitucional, constitucionalización del derecho internacional*, 1. ed, Eudeba, Buenos Aires, 2012 (Derecho), pp. 100-105.

¹⁰²¹ *Ibid.*, p. 102.

[d]entro del proceso legislativo (...), es natural que surjan desacuerdos en torno de la mejor forma de implementar derechos que, al menos en abstracto, se encuentran en tensión. En efecto, existe una pluralidad de posiciones respecto de la manera más óptima de especificar derechos que, referidos en los tratados internacionales de forma amplia y abierta, no resuelven por sí mismos una multiplicidad de conflictos existentes en la vida real de los pueblos. Una vez más, este espacio representa una instancia privilegiada para la discusión política seria y responsable. Nuevamente, en estos casos, la política no aparece en oposición al ideal promovido por los derechos humanos, sino como una aliada imprescindible que busca hacer efectiva las garantías fundamentales dentro de las jurisdicciones de cada Estado por medio de la legislación (...). A partir de lo anterior se hace cada vez más necesario (...) desdramatizar la existencia de desacuerdos y debates en torno a cuestiones complejas asociadas a la especificación de derechos. En el contexto de su implementación, es normal y necesario que surjan posiciones contradictorias, que dichas posiciones sean llevadas al foro legislativo, que en el mismo se ofrezcan razones fundadas en favor de una u otra posición y que el conflicto sea resuelto en dicha sede de acuerdo a las reglas constitucionales de cada Estado (...)¹⁰²².

Por tanto, la tensión existente no debe ser percibida como una amenaza para la estabilidad de un sistema jurídico internacional o como un retorno al estado natural de las naciones, sino más bien como una “salvaguarda institucional para una consideración

¹⁰²² G. CANDIA FALCÓN, *Introducción al Derecho Internacional de los Derechos Humanos: análisis, doctrina y jurisprudencia*, cit., pp. 312-313.

recíproca en interés de la estabilidad del ordenamiento internacional”¹⁰²³. En su momento, el magistrado del TEDH SIR KONRAD SCHIEMANN, explicó este asunto con una bella analogía, señalando que, si bien en su extensa vida matrimonial nunca pudo acordar con su mujer a quién correspondía la última palabra, ello no terminó perjudicando en absoluto su matrimonio. Por ende, salvando las distancias, pero manteniendo la idea central, quizás sea mejor asumir en la teoría lo que en la práctica ya se da mediante la existente dinámica de tensión entre el derecho nacional y el internacional. Ello pues, finalmente, lo que se busca en derechos humanos no es tanto determinar la superioridad de uno u otro ordenamiento, sino hacer efectiva la mejor protección de la persona.

Adicionalmente, esta propuesta que reconoce el eventual conflicto y, con base en él, abre un espacio para afrontarlo, permite contener de mejor manera los potenciales riesgos a los que se expone el sistema cuando se opta por endosar la titularidad de la “última palabra” a cualquiera de ambos, el ámbito nacional o el ámbito internacional. En el ámbito nacional, una “relación de cooperación” en la que los tribunales constitucionales reservan la competencia para negarse a seguir –bajo casos extremos– la sentencia de una corte internacional, podría degenerar en un abuso que, reiterado irresponsablemente, genere daño al orden internacional. Por ello, deben existir costos políticos elevados que actúen de modo disuasivo y preventivo frente a estas conductas. Por su parte, en el ámbito internacional, los órganos de protección de derechos humanos:

¹⁰²³ G. LÜBBE-WOLF, “Justicia Constitucional y Justicia Internacional: cooperaciones, conflictos y tensiones”, cit., p. 104.

*(...) deben respetar un cierto grado de diferencias nacionales, que por lo tanto típicamente no están concebidos como sistemas para la unificación de estándares de derechos individuales, sino como sistemas diseñados para preservar un estándar mínimo que debe respetar ciertos márgenes de apreciación nacionales, allí donde se trate del alcance concreto de las garantías de derechos humanos, en particular el alcance de las limitaciones admisibles. Y en nada modifica el hecho de que también una jurisdicción de los derechos humanos pueda exceder los límites de sus facultades*¹⁰²⁴.

Lo anterior, más aún cuando para un tribunal internacional “no existe *eo ipso* en el derecho internacional un elevado costo o un costo de cualquier tipo en caso de excederse o hacer un uso demasiado arrojado de sus competencias en el derecho internacional”¹⁰²⁵. Asimismo, EIROA, realizando una advertencia similar en comparación con el contexto argentino, señaló que “tampoco habría que olvidar que los jueces de la Corte IDH no están sometidos a ningún mecanismo de control en caso de mal desempeño, como sí lo están los jueces argentinos (artículos 53, 59, 60 y 115 de la Constitución), y que ninguna norma les exige para ser elegidos como tales el conocimiento del derecho nacional”¹⁰²⁶.

c) ¿La identidad constitucional?

En un ámbito distinto del correspondiente a los derechos humanos, en sí, al interior de la arena de los intereses de integración y, más concretamente, al desarrollo del

¹⁰²⁴ *Ibid.*, p. 103.

¹⁰²⁵ *Ibid.*, p. 104.

¹⁰²⁶ P. D. EIROA, “La eficacia de las decisiones de los órganos interamericanos de protección de los derechos humanos en Argentina”, cit., p. 52.

principio de primacía del Derecho de la Unión¹⁰²⁷, se contrapuso en la década de los 80's la *doctrina de los contralímites* (desarrollada en un primer momento por la Corte Constitucional italiana en 1973, como límites a los actos comunitarios contrarios a principios fundamentales del orden constitucional o los derechos inalienables de las personas)¹⁰²⁸⁻¹⁰²⁹. Más recientemente, su desarrollo se incrementó cuando se estableció un nuevo contralímite¹⁰³⁰ en el Tratado de Lisboa (2007)¹⁰³¹, ciertamente, bajo otra

¹⁰²⁷ GROPPi identifica cuatro tipos de respuesta constitucionales de los Estados miembros al principio de primacía: los que materialmente no lo admiten de raíz (v.g. Dinamarca), los que lo admitirían previo procedimiento formal de reforma (v.g. Francia, Eslovenia, Hungría), los que la admiten pero con límites materiales o contralímites (v.g. Alemania, Italia, Finlandia, Suecia, Portugal) y los que lo admiten sin reserva material o formal alguna. GROPPi, Tania (2006). “La primauté del diritto europeo sul diritto costituzionale nazionale: un punto di vista comparato”. *ASTRID – Rassegna*, 2005 (13), p. 2. De modo similar, MUÑOZ MACHADO, S., Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General, Tomo I, Civitas, Madrid, 2004; citado por AGUILAR CALAHORRO, “Dimensión Constitucional del Principio de Primacía (formas de invocación del Principio de Primacía por los ciudadanos frente a los Estados)”, Universidad de Granada, Granada, 2013, p. 77, nota al pie 120, fecha de consulta 20 marzo 2021, en <http://hdl.handle.net/10481/26366>.

¹⁰²⁸ A decir de DRINÓCZI, la Corte Constitucional italiana luego utilizará el criterio de tradiciones constitucionales comunes, en vez de contralímites. Ver T. DRINÓCZI, “Constitutional Identity in Europe: The Identity of the Constitution. A Regional Approach”, en *German Law Journal*, vol. 21 (2), 2020, p. 123, fecha de consulta 12 febrero 2021, en 10.1017/glj.2020.1.

¹⁰²⁹ P. BON, “La identidad nacional o constitucional, una nueva noción jurídica”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 100, 2014, pp. 170-171, fecha de consulta 3 marzo 2021, en <http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=6&IDN=1320&IDA=36941>; L. D. SPIEKER, “Framing and managing constitutional identity conflicts: How to stabilize the modus vivendi between the Court of Justice and National Constitutional Courts”, en *Common Market Law Review*, vol. 57, Kluwer Law International, United Kingdom, 2020, p. 373. En el caso español, se dirá que tales límites están demarcados por el respeto a la soberanía del Estado, las estructuras constitucionales básicas, el sistema de valores y los principios fundamentales entre los cuales los derechos fundamentales encuentran sustantividad propia. Ver AGUILAR CALAHORRO, Op. Cit., pp. 216-217, 220-221.

¹⁰³⁰ M. POLZIN, “Constitutional identity, unconstitutional amendments and the idea of constituent power: The development of the doctrine of constitutional identity in German constitutional law”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 14, 2, 2016, pp. 412-413, 433, fecha de consulta 28 febrero 2021, en <https://doi.org/10.1093/icon/mow035>; AGUILAR CALAHORRO. Op. Cit., p. 223.

¹⁰³¹ Cabe precisar que ya con el Tratado de Maastricht (1992) se recogía que “La Unión respetará la identidad nacional de sus Estados miembros, cuyos sistemas de gobierno se basarán en los principios democráticos” (artículo F, apartado 1); luego modificado con el Tratado de Ámsterdam (1997) cuyo nuevo artículo 6, apartado 3 dispone que “la Unión respetará la identidad nacional de sus Estados miembros”. Sin embargo, la versión actual es establecida con el Tratado de Lisboa del 13 de diciembre de 2007, vigente desde el 1 de diciembre de 2009, que indica que se respetará “[la] identidad nacional [de los Estados miembros], inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de éstos” (Artículo 4 del Tratado de la Unión Europea, reformado por el Tratado de Lisboa) y puntualiza que los derechos fundamentales que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros forman parte del Derecho de la Unión como principios generales (Artículo 6, numeral 3 del Tratado de la Unión Europea, reformado por el Tratado de Lisboa).

nomenclatura, esto es, la *identidad nacional*¹⁰³², materia que ha sido invocada por algunas altas cortes nacionales¹⁰³³.

Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional Federal Alemán, en el caso Lisboa (2009)¹⁰³⁴, se reservó la facultad de examinar la constitucionalidad de las decisiones de los órganos de la Unión¹⁰³⁵ y de validar el respeto de la identidad constitucional de su Ley Fundamental (*Identitätskontrolle*), esto es, los principios que estructuran el Estado (democracia, Estado de Derecho, Estado social, Estado federal, dignidad del ser humano, sustancia de los derechos fundamentales)¹⁰³⁶; toda vez que los Estados son poseedores de una soberanía intransferible¹⁰³⁷, esto es, “Señores de los Tratados”¹⁰³⁸, cuya configuración de identidad constitucional recae en el poder constituyente del pueblo y su disposición o vulneración constituye usurpación de tal poder¹⁰³⁹. Asimismo, en una

¹⁰³² F. FABBRINI; A. SAJÓ, “The dangers of constitutional identity”, *European Law Journal*, vol. 25, 4, 2019, pp. 463, 469-470, fecha de consulta 19 febrero 2021, en <https://doi.org/10.1111/eulj.12332>; AGUILAR CALAHORRO. Op. Cit., p. 180.

¹⁰³³ A decir de DRINÓCZI, Alemania y Hungría optaron por un modelo de confrontación de cara a defender su identidad constitucional frente a la legislación de la Unión Europea; en cambio, Italia habría optado por un “modelo cooperativo con identidad arraigada” más favorable a la integración. Op. Cit., pp. 105-130.

¹⁰³⁴ En el caso *Lisboa* del 30 de junio de 2009, se afirma que “*de la subsistente soberanía del pueblo, anclada en los Estados miembros, y de la circunstancia de que los Estados siguen siendo los Señores de los Tratados [...] se deriva que no puede haberse desprovisto a los Estados miembros del derecho a controlar el respeto al programa de integración*” (fundamento 334). DÍEZ-HOCHLEITNER, Javier. Op. cit., p. 9.

¹⁰³⁵ Ver PAYANDEH, Mehrdad. “Constitutional review of EU Law after *Honeywell*: contextualizing the relationship between the German Constitutional Court and the EU Court of Justice”. *Common Market Law Review*, 2011, 48, pp. 9-10, 13-19; CORTI, Justo, Javier PORRAS y Carmen ROMÁN. “El control *ultra vires* del Tribunal Constitucional Alemán. Comentario de la decisión de 06.07.2010 (2 BVR 2661/06, *Honeywell*)”. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2011, 40, setiembre-diciembre, pp. 828-830, 834, 843-850; DÍEZ-HOCHLEITNER, Javier. “El derecho a la última palabra: ¿Tribunales constitucionales o Tribunal de Justicia de la Unión?”. *WP IDEIR*, 2013, 17, p. 2-9.

¹⁰³⁶ P. BON, Op. Cit., pp. 171-172.

¹⁰³⁷ El TCFA indica que no está autorizada en transferir derechos de soberanía que justifiquen nuevas competencias autónomas de la Unión, encontrándose prohibida la transferencia de la *Kompetenz-Kompetenz*; las facultades de la libre determinación del pueblo son revocables y limitadas a la transferencia otorgada. Ver fundamento 233 de la sentencia.

¹⁰³⁸ Fundamento 334.

¹⁰³⁹ Fundamento 218.

sentencia del 15 de diciembre de 2015,¹⁰⁴⁰ el Tribunal Constitucional desarrolló que la primacía del Derecho de la Unión se encuentra limitada por la identidad constitucional, en tanto principio intangible establecido en la Ley Fundamental alemana y fuera del alcance de la integración europea (*integrationsfest*)¹⁰⁴¹.

En similar sentido, los tribunales italianos, en defensa de su principio de legalidad en materia penal, consideraron que el TJUE contravenía la reserva de ley y la prohibición de retroactividad, la tutela judicial efectiva, entre otras, y, a fin de cuentas, los principios supremos del orden constitucional (Taricco I¹⁰⁴² y II¹⁰⁴³)¹⁰⁴⁴; por lo cual, en vía prejudicial, solicitaron opinión del TJUE, previa evaluación del respeto a la identidad constitucional nacional, atendiendo al más alto nivel protección de los derechos determinados en última instancia por el Estado miembro y considerando que la unión de

¹⁰⁴⁰ Para un análisis sobre este caso, al que algunos han dado por denominar *Solange III*, ver ARZOZ, Xabier. “Karlsruhe rechaza la doctrina Melloni del Tribunal de Justicia y advierte con el control de la identidad constitucional (Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 15 de diciembre de 2015, 2 BvR 2735/14)”. *Revista Española de Derecho Europeo*, 2016, 58, abril-junio. Asimismo, puede consultarse la sentencia en https://www.bundesverfassungsgericht.de/e/rs20151215_2bvr273514en.html, consultado por última vez el 5 de febrero de 2021.

¹⁰⁴¹ Fundamentos 36, 41, 43, 48 y 49.

¹⁰⁴² En vía prejudicial, el Tribunal de Cuneo consulta al TJUE si los plazos de prescripción italianos son contrarios a la normativa sobre protección de la competencia y el principio de finanzas públicas; lo cual es atendido con la decisión del 8 de setiembre de 2015 (Caso C-105/14) que expresa que se debe inaplicar sus disposiciones nacionales sobre prescripción penal, sin esperar derogación previa del legislador.

¹⁰⁴³ En el caso M.A.S. y M.B., la Corte Constitucional italiana consideró que la anterior decisión del TJUE vulneraría principios supremos constitucionales (legalidad e irretroactividad penal, entre otros) y le solicita una interpretación armónica que respete la identidad constitucional nacional y el principio de más alto nivel de protección de los derechos fundamentales. Ver Orden N° 24/2017 del 23 de noviembre de 2016 de la Corte Constitucional italiana, en https://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/doc/recent_judgments/O_24_2017.pdf (revisado por última vez el 5 de febrero de 2021).

¹⁰⁴⁴ Para Taricco I, ver el Comunicado de prensa de la Corte Constitucional italiana (31 mayo, 2018). *Frodi UE e prescrizione: la "Regola Taricco" e' incompatibile con il principio di determinatezza della norma penale. Una vicenda emblematica di dialogo tra Corti*. Tomado de https://www.cortecostituzionale.it/documenti/comunicatistampa/CC_CS_20180606165307.pdf, consultado el 17 de enero de 2021; asimismo, FAGGIANI, Valentina (2018). *Op. cit.*, p. 644. Para Taricco II, ver Orden N° 24/2017 del 23 de noviembre de 2016.

los Estados miembros no significa la anulación de los principios supremos constitucionales que forman parte de su identidad nacional.¹⁰⁴⁵

Ahora bien, aun cuando no exista una definición cerrada y, para algunos autores, la proclamación europea de la identidad nacional no es un triunfo de los Estados pues será el tribunal internacional (Tribunal de Justicia) quien al final valide dicha cualidad como intérprete supremo del Derecho de la Unión¹⁰⁴⁶; de los casos anteriores vemos que, aunque en distintos niveles, los altos tribunales nacionales hacen prevalecer sus identidades nacionales, sea por ser un principio intangible cuya configuración soberana recae únicamente y de forma intransferible en el poder constituyente del pueblo, asociado a la garantía de la dignidad humana y en el principio del Estado de Derecho protegidos incluso, frente a injerencias de la autoridad pública ejercidas supranacionalmente¹⁰⁴⁷, o, sea porque se encuentra vinculado a principios supremos constitucionales y a un mayor nivel de protección de derechos.

Está demás mencionar que lo indicado no descarta un diálogo entre el tribunal internacional, como responsable de controlar el derecho derivado del tratado, y las altas cortes nacionales, como garantes del sistema constitucional¹⁰⁴⁸, sin perjuicio de las complejidades que puedan surgir¹⁰⁴⁹.

¹⁰⁴⁵ Orden N° 24/2017 del 23 de noviembre de 2016, fundamentos 6 y 8.

¹⁰⁴⁶ J. L. REQUEJO PAGÉS, "Identidad nacional e integración europea", *Revista Española de Derecho Constitucional*, 100, 2014, pp. 433-434, fecha de consulta 3 marzo 2021, en <http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=6&IDN=1320&IDA=36951>.

¹⁰⁴⁷ Sentencia del caso *Lisboa*, fundamentos 48 y 51.

¹⁰⁴⁸ AGUILAR CALAHORRO. Op. Cit., pp. 163-165, 221-222, 461.

¹⁰⁴⁹ A decir de AGUILAR CALAHORRO, en el caso europeo, podría llegarse al extremo que existan 27 grados de eficacia distinta del Derecho europeo, uno por cada Estado miembro, de tener ser los tribunales nacionales los que tengan la potestad de interpretar en última instancia el límite constitucional de la eficacia del ordenamiento europeo; sin embargo, los conflictos seguirían existiendo en tanto no exista una articulación constitucional concreta entre ambos ordenamientos (nacional e internacional) y se prescinda

La pregunta a todo esto es, ¿es viable apelar a una especie de identidad constitucional en materia de derechos humanos? Naturalmente, parece ser que no, toda vez que esta doctrina se originó en un marco distinto a los derecho y libertades – integración europea–, y que el Tratado de la Unión prevé una cláusula que permite apelar a esta noción en construcción, cuestión inexistente en la CADH. Sin embargo, parte de la argumentación de fondo que dicha doctrina asume podría ser de enorme utilidad si se considera que, en la configuración y contenidos de los derechos, interviene también una cierta dosis de identidad cultural¹⁰⁵⁰, histórica y/o de idiosincrasia, usualmente, ya recogidas en el marco constitucional vigente.

Ciertamente esta construcción, puede ser problemática y mal utilizada, pero, por otra parte, podría condensar en pocos términos esa mismidad que cada Estado puede, eventualmente, tener como aporte o aproximación a un determinado derecho humano. Semejante lectura ha hecho el magistrado Silva¹⁰⁵¹, de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México quien, en un seminario organizado por la Corte IDH en 2013, aseveró que si bien deben evitarse los nacionalismos interpretativos, el diálogo judicial no supone la autorización al juez local para inaplicar la legislación nacional, pues por el contrario, lo que debe darse es un esfuerzo por encontrar una interpretación conforme. Ahora bien, si ello no fuese posible, debe optarse por aquella norma más favorable. Y para

del diálogo entre los altos tribunales, como máximos intérpretes de sus respectivos ordenamientos. Op. Cit., pp. 225-226, 232.

¹⁰⁵⁰ Cf. S. BERTELSEN, “The Margin of Appreciation Through the Lens of Subsidiarity”, cit., p. 266.

¹⁰⁵¹ Cf. Corte Interamericana de Derechos Humanos (2013). “Diálogo jurisprudencial e impacto de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. Seminario Internacional realizado en el marco del 48° Período Extraordinario de Sesiones, dado entre el 7 y 11 de octubre de 2013. Ciudad de México – Estados Unidos Mexicanos. Disponible en: <https://vimeo.com/album/2565106/video/76720365> (consultado el 29 de agosto de 2015) (Entre 34’ y 36’ - 42’ y 44’ 5’’)

ejemplificarlo, apeló a una sentencia del Tribunal Federal Constitucional Alemán, referida a la “**identidad constitucional**” de cada al derecho comunitario. En concreto, afirmó el magistrado que:

A veces la mejor protección puede derivar de una norma de derecho interno, pues no debemos olvidar que la nueva tarea de los jueces consiste en extraer lo mejor de cada uno de estos ordenamientos, encontrando un equilibrio normativo tendiente a la armonización pensando en la persona, como lo resolvió –por ejemplo- el Tribunal Constitucional Alemán en 2009, también es factible inaplicar una norma de derecho comunitario dando prioridad a una nacional. En esta sentencia el tribunal señaló que el juez nacional puede incluso preferir aplicar una legislación sub-nacional sobre las disposiciones convencionales, en razón de una mejor protección individual a nivel interno. Concretamente, se hizo a un lado la norma europea debido a que esta podía atentar contra la identidad constitucional, en ese caso, de los alemanes.

Al fin y al cabo, la ‘identidad constitucional’ es una doctrina en reciente construcción y, por el momento, solo la traemos a colación como parte de una doctrina más de las que existen y generan atención, en tanto hilan la relación entre los tribunales internacionales y los Estados Constitucionales de Derecho –al igual que el margen de apreciación o el control de convencionalidad. De uno u otro modo, retornando a nuestra

doctrina bajo estudio, acierta CASTILLO CÓRDOVA¹⁰⁵² –apoyándose en CASSESE¹⁰⁵³ y CASTAÑEDA¹⁰⁵⁴– cuando concluye que, debido a que el derecho convencional tiene validez y eficacia en el derecho interno a través de un acto de incorporación, el tratado sobre derechos humanos ingresa necesariamente como parte del derecho constitucional válido. Así, cada vez que los jueces locales aplican la CADH o la jurisprudencia interamericana, aplican también el derecho constitucional vigente. Ergo, un control de convencionalidad será siempre uno de constitucionalidad.

4.3.2.3. Reflexión final

Hasta aquí, el peso de la evidencia no nos permite diferir con VÍTOLO cuando señala que la doctrina desarrollada por la Corte IDH refleja solo un “querer ser” que no tiene fundamento en el derecho interno ni en el derecho internacional. Más aún, pese a que es la Corte IDH la encargada de aportar los argumentos suficientes para sostener el carácter de precedente de obligatorio cumplimiento que –según ella– tiene su jurisprudencia, no lo ha hecho¹⁰⁵⁵. Siendo así, ¿qué papel desempeña la jurisprudencia de la Corte IDH? Consideramos que –únicamente– un rol de criterio hermenéutico relevante. Criterio hermenéutico relevante que, si bien debe ser tomado en cuenta y aplicado si supone una

¹⁰⁵² Cf. L. CASTILLO, “La constitucionalización de los tratados de derechos humanos en el Perú”, cit., pp. 55-62.

¹⁰⁵³ Este autor ha manifestado que las reglas internacionales, en su mayoría, no tienen posibilidad de rendir sus efectos sin la cooperación y apoyo permanentes del sistema legislativo doméstico. Cf. CASSESE, Antonio (2005). *International Law*. 2^o edición. Oxford: Oxford University Press. P. 9.

¹⁰⁵⁴ Cf. CASTAÑEDA, Susana (2014). “Control de convencionalidad y su aplicación en un sistema dual de constitucionalidad. La experiencia peruana.” En CASTAÑEDA, Susana (Coord.), *Constitucionalismo y democracia en América Latina: controles y riesgos*. Lima: Adrus D&L Editores. Pp. 110-111.

¹⁰⁵⁵ VITOLLO, A. (2013). Loc. Cit.

mayor protección de derechos, no necesariamente debe prevalecer de modo forzoso en todos los casos¹⁰⁵⁶.

Este trabajo, evidentemente, no desconoce en lo absoluto la importancia y necesidad del derecho internacional de los derechos humanos en nuestros ordenamientos jurídicos y sistemas internacionales de protección. Por el contrario, intentando evitar la alabanza de rutina a la materia y/o las exhortaciones generales a construir puentes de protección de derechos, etc., apunta a realizar una crítica concreta sobre una doctrina construida por la Corte IDH que –sin tener sólidos fundamentos jurídicos–, más que ventajas, trae grandes desventajas, independientemente de las nobles intenciones que pudiesen respaldarla. Todo esto, en la medida en que, consideramos que también se construye un buen sistema con base en crítica constructiva y permanente, incluso con base en la existencia de tensiones con las que hay que aprender a convivir en lugar de buscar a toda costa eliminarlas, sea porque es inevitable o porque su propia presencia ya juega un rol de ‘equilibrio’ allí donde, justamente, no hay *checks and balances*. Lo explica con claridad LÜBBE-WOLFF¹⁰⁵⁷ cuando señala que:

Son precisamente estas ambivalencias las que se reflejan en la tensión entre la jurisdicción nacional y la jurisdicción internacional que plantean las necesidades y las deseabilidades de la coordinación y regulación internacional, por un lado, y los derechos e intereses de autodeterminación, individuales, colectivos e incluso

¹⁰⁵⁶ Cf. K. CASTILLA JUÁREZ, “El Control de Convencionalidad. Un nuevo debate en México a partir de la sentencia del caso Radilla Pacheco”, en Eduardo Ferrer Mac-Gregor (ed.) *El Control Difuso de Convencionalidad. Diálogo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los Jueces Nacionales*, FUNDAP, México, 2012, p. 98.

¹⁰⁵⁷ LÜBBE-WOLFF, Gertrude (2012). Op. Cit. P. 103.

nacionales, por el otro. Una relación entre la jurisdicción nacional e internacional, en la que la jurisdicción nacional no renuncia incondicionalmente a su rol de guardián de este otro lado, se corresponde con esta situación de tensión, cumpliendo una importante función en tal contexto. Hace notar a la jurisdicción internacional –en el caso ideal con efecto meramente preventivo– aquello que una institución, no subordinada a ninguna otra, fácilmente pierde de vista: los límites materiales y de competencia a las que están sometidas sus facultades, y por ende también la necesidad de tomar en serio el principio de subsidiariedad, asignándole la debida importancia como principio fundamental de construcción de un ordenamiento jurídico que abarca varios niveles.

Dicho ello, ¿ha tenido o tiene algún aporte positivo la cuestionada doctrina del control de convencionalidad? Por supuesto, aunque no por los canales adecuados. Si depuramos los errores teóricos y las consecuencias perjudiciales que hemos evidenciado en las secciones precedentes, la discusión sobre la doctrina del control de convencionalidad ha suscitado un nuevo interés regional en torno a la importancia prioritaria (a veces olvidada por los operadores jurídicos nacionales) que debemos reconocer no solo a la CADH y a otros tratados interamericanos, sino también al quehacer interpretativo que ejerce el órgano competente que vela por su cumplimiento, la Corte IDH. Pero, además, en los últimos años, este cuerpo doctrinal ha renovado el impulso por repensar tanto el sistema interamericano como las relaciones entre el derecho interno y el derecho internacional, de cara a fortalecer la protección de los derechos humanos y las estructuras jurídicas de justicia vigentes.

En suma, las secuelas teórico-prácticas de la doctrina del control de convencionalidad, de ser aplicada en sus términos, importarían un drástico cambio de paradigma en la región, una “revolución copernicana”¹⁰⁵⁸ sobre la comprensión de los derechos humanos. Debido a su incidencia horadante en la democracia constitucional, no vemos saludable su aprobación sin, al menos, sustanciales matices. El ejercicio del principio de democrático en el marco de un Estado Constitucional, *ergo*, la democracia constitucional, no tiene por qué ser sinónimo de irrazonabilidad, irracionalidad y, menos aún, arbitrariedad. YAÑEZ, en otros términos, apunta que:

*(...) la soberanía no es sinónimo de arbitrariedad, sino del ejercicio del poder por el pueblo, para satisfacer la necesaria Dignidad Humana. Esa publicidad (en el sentido que le da Habermas) no la otorga el derecho internacional, ni los jueces. Frente a ello el Control de Convencionalidad debe superar las críticas o bien reformularse*¹⁰⁵⁹.

Empero, bien podrían –libre y voluntariamente- consentir los Estados –como no– este escenario, distinto de aquel inicial que los impulsó a conformar el SIDH. Sería preciso entonces un protocolo adicional o cláusula especial¹⁰⁶⁰, o siquiera un clara acto unilateral de un Estado¹⁰⁶¹ –según detallamos en el capítulo 2– en tal sentido. Ahora bien,

¹⁰⁵⁸ SAGÜÉS N.P., Cf. CORTE IDH, *Diálogo jurisprudencial e impacto de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, cit.

¹⁰⁵⁹ M. YAÑEZ, “El control de convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Problemas y desafíos.”, *Revista Estudios Jurídicos Democracia y Justicia*, 3, 2014, p. 138, fecha de consulta 21 mayo 2021, en <https://bit.ly/3fDYAbg>.

¹⁰⁶⁰ Cf. ALPIZAR, Ronald y BELLO, Raquel. “La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. Cf. X. L. ROMERO PÉREZ, *Vinculación de las resoluciones judiciales de la Corte interamericana*, cit., p. 27, nota n° 30.

¹⁰⁶¹ Cf. K. CASTILLA JUÁREZ, “Sobre la fuerza jurídica de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, cit., p. 150.

de ser así, dada la envergadura del cambio, tal decisión debería –forzosamente– pasar por el legislador democrático y/o el constituyente, más no solo por el juez ordinario o constitucional, pues los primeros cuentan con un grado de representación y legitimidad democrática del que carecen los segundos. Aceptar que la judicatura pueda crear por vía jurisprudencial “un deber de seguir la jurisprudencia de los órganos interamericanos *sin ningún fundamento en el ordenamiento jurídico (...)* supone una creación judicial de derecho que viola el principio de división de poderes (precisamente, la creación jurisprudencial de una norma que dice que la jurisprudencia de la Corte IDH es vinculante para los tribunales nacionales)”¹⁰⁶².

Por citar un ejemplo distinto que ilustra un mejor proceder¹⁰⁶³, con la aprobación legislativa del *Human Rights Act* de 1998 en el Reino Unido, los jueces domésticos obtuvieron la competencia no solo para realizar una interpretación conforme, sino también para controlar la compatibilidad entre las normas internas y el CEDH; y, si bien se trata de un control “débil” toda vez que no invalida la norma, sino que traslada al parlamento su necesidad de reforma –entendible bajo el modelo clásico del parlamentarismo inglés–, lo cierto es que tales facultades no provinieron de una repentina auto-atribución judicial ni, menos aún, de un encargo o tarea encomendada por los jueces del TEDH, sino, desde propio el parlamento inglés.

En fin, todo ello, más aún, si en materia de derechos existen naturales controversias no previstas en su momento en el tratado o la Constitución, cuando no asuntos que, superando los marcos de certeza (mínimo consenso sobre valores compartidos) sobre los

¹⁰⁶² E. MALARINO, *Derechos humanos y derecho penal*, cit., p. 88.

¹⁰⁶³ Cf. P. CONTRERAS VÁSQUEZ, “Análisis Crítico del Control de Convencionalidad”, cit., pp. 455-456.

que el juez convencional o constitucional ha de pronunciarse, anidan más bien en círculos de penumbra (legítimas discrepancias), que incumbe al parlamento y/o al constituyente dirimir¹⁰⁶⁴. Si los procedimientos de reforma constitucional en el derecho comparado suponen una especial rigidez como “garantía política del mantenimiento de su carácter consensuado e integrador, así como una garantía jurídica de su fuerza normativa superior”¹⁰⁶⁵, no es posible, de pronto, esperar que tales estándares queden al margen si una decisión de la Corte IDH implica una reforma constitucional. Querer sortear pues, las complejidades del poder político forzando el tenor de la norma –visión expansiva de los derechos–, no solo limita el debate político e invade la discrecionalidad que a éste atañe, sino que arriesga la seguridad jurídica, en ocasiones, la propia libertad (si convierte derechos en títulos de intervención estatal) y pilares del constitucionalismo como la división de poderes y la primacía del parlamento¹⁰⁶⁶; más aún, si no hay la compensación de unos *checks and balances* que garanticen la democracia representativa, propósito neurálgico de la OEA¹⁰⁶⁷.

La libertad y la igualdad se protegen tanto con derechos subjetivos como con el derecho objetivo y las políticas públicas¹⁰⁶⁸. Vislumbrar en el discurso de los derechos la panacea a todo drama humano, es pedirle más de lo que puede dar si desconoce en su camino a los órganos, competencias y procedimientos que la experiencia humana ha sabido racionalizar hasta arribar a lo que hoy llamamos democracia constitucional en el

¹⁰⁶⁴ Cf. BARRERO, A., «¿Quién debe dirimir las cuestiones socialmente controvertidas? A propósito del matrimonio entre personas del mismo sexo», cit., , apart. 1.

¹⁰⁶⁵ Cf. CASTELLÀ, J.M., «Representación y participación en la reforma constitucional: una visión de conjunto», en: CASTELLÀ, J.M. (ed.), *Parlamento, ciudadanos y entes territoriales ante la reforma constitucional: ¿Quién y cómo participa?*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 19.

¹⁰⁶⁶ Cf. GÓMEZ MONTORO, A.J., «La obsolescencia de los derechos», cit., pp. 52, 73-75.

¹⁰⁶⁷ Cf. QUISPE, F., *El debido proceso en el derecho internacional y en el Sistema interamericano*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 301-307.

¹⁰⁶⁸ Cf. GÓMEZ MONTORO, A.J., *op. cit.*

marco de un Estado Constitucional de Derecho. En efecto, acierta BIGLINO cuando afirma que “el Estado Constitucional no puede cumplir con la misión que tiene establecida si no es respetando todos y cada uno de los elementos sobre los que se fundamenta”¹⁰⁶⁹. Nuevamente, la reciente declaración conjunta¹⁰⁷⁰ de cinco Estados americanos, ha llamado, razonablemente¹⁰⁷¹, tanto a la Corte IDH como a la Comisión IDH, a respetar el principio de subsidiariedad y su derecho constitucional, así como a reconocer el margen de apreciación y aplicar, estrictamente, las fuentes del derecho internacional en sus casos. Más autocontención y un verdadero diálogo serían mejor que mayor intervención si queremos fortalecer el SIDH¹⁰⁷².

¹⁰⁶⁹ P. BIGLINO CAMPOS, *Retos a la libertad y estado constitucional*, cit., p. 29.

¹⁰⁷⁰ Declaración sobre el SIDH. Disponible: <https://bit.ly/33s6iz0> (Consulta: 29.07.20)

¹⁰⁷¹ Cf. GIRARDI, M.; NOWAK, B., «The Joint Declaration to the Inter-American System of Human Rights: Backlash or Contestation?», en: *I-CONnect*, December 2019. Disponible: <https://bit.ly/3c0JaM3> (Consulta: 29.07.20)

¹⁰⁷² Cf. TELLO, J., «The Conventionality Control Doctrine of the Inter-American Court of Human Rights: a Critical Approach», en: *Oxford Human Rights Hub*, May 2020. Disponible: <https://bit.ly/32Uh6WF> (Consulta: 29.07.20)

CONCLUSIONES GENERALES

- I. La **doctrina del control de convencionalidad** nació formal e institucionalmente como exigencia de la Corte IDH a partir del caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile* de 2006. Desde entonces, al menos sesenta y cinco sentencias y cinco opiniones consultivas han hecho mérito de esta figura, encontrándose un interesante reflejo de ello en los informes anuales que la Corte IDH presenta a la Asamblea General de la OEA. Sin embargo, dicha figura no se encuentra presente en la CADH, luego, es solo fruto de un discutible esfuerzo interpretativo basado en tal tratado y ciertos principios del Derecho.

- II. A la fecha, una **definición operativa**, de elaboración propia, fiel a los términos dados por la Corte IDH, la sitúa como: «Una institución para aplicar el Derecho Internacional en razón de la cual es deber de toda autoridad pública, en particular de los jueces y de los órganos encargados de la administración de justicia en todos sus niveles, ejercer *ex officio* un control entre, de una parte, toda norma jurídica interna y, de otra parte, la CADH, los demás instrumentos interamericanos de derechos humanos de los que el Estado es parte, y la interpretación que de éstos ha hecho la Corte IDH, sea por medio de su función contenciosa o consultiva. Tal deber, desenvuelto en el marco de sus respectivas competencias y regulaciones procesales correspondientes, implica la adopción de dos tipos de medidas: i) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen la violación a las garantías previstas en la CADH o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio, y ii) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías». Este concepto nos ofrece **tres ámbitos de estudio**: A) El *canon* o parámetro

de validez: la CADH, otros tratados y toda exégesis de la Corte IDH; B) El *objeto* o actos sujetos a control: todas las normas y prácticas estatales; y, C) El *operador* o responsable de dicho deber: toda autoridad pública.

III. En suma, apreciando qué es el control de convencionalidad y cuáles son los fundamentos jurídicos que se esgrimen en su defensa, la **comprensión** que la Corte IDH ha afirmado con claridad –en teoría y en práctica– es la denominada ‘fuerte’ de dicha doctrina, es decir, entre otros: a) la supremacía jerárquica y/o prevalencia de los tratados interamericanos de derechos humanos y, de su correspondiente interpretación judicial, por sobre el ordenamiento interno (incluidas la Constitución y normas refrendadas por la ciudadanía), por tanto, el carácter vinculante ya no solo del tratado, sino también de la hermenéutica de la Corte IDH; b) los efectos directos –autoejecutabilidad– y generales –*erga omnes*– de ambas fuentes en sede doméstica; c) el requerimiento a las autoridades nacionales –especialmente, a las que realizan función jurisdiccional– de actuar en consecuencia ejerciendo un control de validez normativo (anteponiéndose así el control de convencionalidad sobre el de constitucionalidad); y, d) la competencia de la Corte IDH para verificar lo actuado y, de ser el caso, realizar un correcto control bajo esta nueva modalidad. Si bien la Corte IDH dispone de una inherente competencia para ejercer un ‘control de convencionalidad’, este se limita a determinar la incompatibilidad con el canon interamericano y a, seguidamente, establecer la responsabilidad del Estado y las medidas a adoptar. No obstante, en adelante, el ‘control’ ejercido por este órgano judicial estaría también revestido con estas nuevas características.

IV. Un **análisis desde las fuentes del Derecho Internacional Público** sobre los fundamentos expuestos por la Corte IDH para sustentar el control de convencionalidad, arroja como resultados insuficiencia y una cierta inconsistencia argumentativa. Ello, pues las justificaciones dadas no satisfacen las pretensiones a las que apunta o no revisten la integridad necesaria para sostener sus alcances, respectivamente. En sí:

a. Desde los tratados o convenios internacionales no hay sostén para una tesis como la analizada: a.1) Los artículos **1.1 y 2 de la CADH**, referidos al respeto y garantía de los derechos y libertades reconocidos, así como a la obligación de adoptar medidas de derecho interno para hacerlos efectivos, respectivamente, no establecen un control de validez de las normas nacionales, ni la autoejecutabilidad de la CADH y, menos aún, la equiparación de su valor con el de las exégesis interamericanas. a.2) Los artículos **67 y 68.1 de la CADH**, relativos al carácter definitivo e inapelable de la sentencia, así como a la obligación de cumplirla cuando se haya sido parte del proceso, respectivamente, nada dice sobre la vinculatoriedad de la jurisprudencia, menos aún para quienes no participaron en el litigio. a.3) Los artículos **25.1 y 29.b de la CADH**, refieren a la protección judicial de derechos y al principio *pro homine*, respectivamente. El primero, confiere un argumento que consolida una previa construcción del control de convencionalidad, mas no lo erige como tal, pues entre otros, no justifica una necesaria prevalencia del derecho interamericano. El segundo, lejos de representar un correlato de las exégesis de la Corte IDH, aboga por la elección de la norma o interpretación más favorable, *ergo*, también por aquella interna y no solo la internacional. a.4) El artículo **62.3 de la CADH** alude a la competencia de la Corte IDH para interpretar y aplicar la CADH. De ello, sin embargo, no se deriva una equiparación entre la eficacia jurídica de

la hermenéutica y la CADH. Asimismo, del principio *Competence-Competence*, referido a la capacidad de resolver controversias en torno a su ámbito jurisdiccional, es inadmisibles extraer como corolario una acordada facultad para ampliar sus atribuciones o la naturaleza jurídica de sus pronunciamientos más allá de lo previsto en la CADH.

b. Desde la costumbre internacional: b.1) **No existe**, actualmente, una **costumbre regional** que otorgue a los pronunciamientos de la Corte IDH las características que exige el control de convencionalidad. b.2) Que ciertos Estados de la región hayan hecho **mérito** con mayor o menor grado **de las interpretaciones** de la Corte IDH, como es esperable que sea, **no significa** que exista **una praxis constante** realizada **bajo la convicción de obligatoriedad** que, seguidamente, conlleve a afirmar que nos hallamos ante a una costumbre respecto del ejercicio del control de convencionalidad.

c. Desde los principios generales del derecho: c.1) El *pacta sunt servanda* conlleva a “cumplir lo pactado” siempre “de buena fe”, es decir, considerando la intención de los Estados al momento de celebrar el tratado, la cual no incluyó nada parecido al control de convencionalidad, más aún si de tal principio, no es dable extraer nuevas obligaciones, sino solo observar aquellas que ya existen. c.2) El **principio de subsidiariedad** ‘procesal’ no añade fundamento alguno al control de convencionalidad, sea por su incapacidad de producir un resultado distinto a la mera enunciación de las etapas procedimentales en la protección de derechos o, sea porque su noción ‘sustantiva’ podría generar un efecto contrario al pretendido, limitándose –más bien– la tesis doctrinal bajo análisis. c.3) El **principio de *effet utile***, que apunta a que las disposiciones convencionales surtan sus efectos propios al interior del derecho

doméstico, pero no agrega entidad jurídica a la tesis –ya valorada– sobre el artículo 2 de la CADH, disposición ésta con la que conjuntamente es presentada. c.4) A lo anterior, no suma mayor diferencia integrar el **deber de prevención** y su correlativa **economía procesal**. Ambos, no conforman un fundamento normativo para sostener la doctrina en estudio. En tal caso, constituyen un fundamento para tomar en serio la obligación de considerar las exégesis interamericanas o, desde otro ángulo, suponen una consecuencia accesoria favorable de haber tenido en cuenta la hermenéutica de la Corte IDH. c.5) Se considera que el artículo **27 de la CVDT** soporta la supremacía del derecho internacional y la autoejecutabilidad de los tratados y exégesis interamericanas en sede interna. Sin embargo, tal no es su propósito, pues establece solo la inviabilidad de apelar al orden interno para justificar el incumplimiento de obligaciones internacionales. Es decir, es solo una norma secundaria de la responsabilidad internacional de los Estados.

d. Desde las decisiones judiciales y la doctrina de los iuspublicistas: d.1) A **nivel normativo**, ambas conforman únicamente fuentes auxiliares o medios de ‘evidencia’, por tanto, no pueden crear, modificar o extinguir una obligación internacional. Su ausencia de carácter autónomo impide apoyarse en ellas para fundamentar normativamente el control de convencionalidad. d.2) A **nivel argumentativo**, tampoco puede existir una obligación de acoger el control de convencionalidad, que pregona la vinculatoriedad y efecto directo de la jurisprudencia-doctrina interamericana, si la fuente es la propia jurisprudencia-doctrina en mención. Para evitar la petición de principio es necesario contar con una regla externa, previa y obligatoria, pero no la hay.

e. Desde los actos unilaterales de los Estados y los actos de las organizaciones internacionales: e.1) Los **actos unilaterales de los Estados** son aquellos cuya eficacia no está subordinada a otros actos jurídicos y que no producen obligaciones internacionales, sino solo para el Estado del que emanan, siendo –debido a la buena fe– exigibles en adelante. Esta vía sería propicia si un Estado quisiese adoptar la doctrina del control de convencionalidad. e.2) Los **actos de las organizaciones internacionales**, en cuanto tales, refieren a aquellos que cuentan con capacidad suficiente para generar una obligación a los Estados miembros. Por supuesto, sin estar supeditados al consentimiento estatal. La OEA no goza de competencia para imponer una doctrina así.

V. Una **aproximación a la respuesta jurídica de los Estados** no permite, sino, discrepar con aquella tesis por la cual se considera hallar amplio respaldo a la creación jurisprudencial de la Corte IDH. Los países estudiados –Argentina, Bolivia, Colombia, Costa Rica, Guatemala, México, Panamá, Perú, República Dominicana y Uruguay– fueron justificadamente escogidos. Los 9 primeros porque son los mismos seleccionados por la Corte IDH para demostrar un apoyo regional a su doctrina. Y, Uruguay, porque en su momento, realizó a la Corte IDH un expresa crítica sobre esta figura.

En concreto, los resultados aproximativos arrojan que: a) Existe una **disparidad** en los grados de recepción de la doctrina; b) En cuanto a los **operadores**, por ejemplo, Uruguay, México, Panamá, Argentina, Colombia o Bolivia refieren solo a los jueces, especialmente, aquellos de las altas cortes nacionales, toda vez que en ellos recae un ejercicio de control concentrado de constitucionalidad. Pero, en Perú y Costa Rica, en cambio, se dice que es una tarea de todas las autoridades; c) En cuanto al **objeto**, suele

ser terreno común que todos los Estados analizados consideren a las normas de carácter infraconstitucional. Las diferencias discurren en torno a las normas constitucionales. Mientras en Panamá se dice poco y no queda claro, en Uruguay en cambio se sabe bien que la Norma Fundamental no es directamente depurable por el canon interamericano. En México sí, con la salvedad de aquellas restricciones constitucionales expresamente establecidas y en la medida que sea más favorable para la persona; d) En cuanto al **canon**, éste suele comprender a los tratados interamericanos en todos los países, aunque no necesariamente a las exégesis interamericanas. Por ejemplo, en Uruguay, la hermenéutica de la Corte IDH cumple un rol orientador. En Argentina, en principio también, pues refieren a ella como “imprescindible pauta interpretativa”, aun así, hay disputa en la academia local. En México, en cambio, se acepta su vinculatoriedad, a condición de que sea más favorable, de lo contrario primará el derecho interno. Similar postura se tiene en Perú; e) Por último, todos los Estados refieren al principio *pro homine*, reservando así la posibilidad de no seguir el canon interamericano si otro tratado o su propio derecho contemplase en un caso concreto una protección más favorable a la persona. Otros países añaden como límites al control de convencionalidad un margen de apreciación (ej. Perú), estrictos requisitos antes de revisar un fallo en calidad de cosa juzgada (ej. Colombia), entre otros.

VI. Un **análisis desde la noción del Estado Constitucional de Derecho**, tampoco permite asumir sin más la entereza de la doctrina del control de convencionalidad según lo prevé la Corte IDH, de allí a que, en buena parte de los Estados revisados, su incorporación no sea total o, siendo formalmente plena, en realidad, haya sido modulada.

a. El Estado Constitucional de Derecho, como versión avanzada del Estado de Derecho, erige su arquitectura en elementos esenciales como: a) la Constitución cual norma suprema y *norma normarum*; b) el control de constitucionalidad como instrumento para garantizar el logro anterior; c) la división –*checks and balances*– de poderes y, d) el reconocimiento y tutela de los derechos y libertades, tanto en el ámbito nacional como en el internacional.

b. Con la creación de la doctrina del control de convencionalidad en su versión ‘fuerte’, como lo propone la Corte IDH, la comprensión de aquellos elementos esenciales mencionados cambia, necesariamente, trasladándonos a un escenario que algunos autores denominan como ‘Estado Convencional de Derecho’. Para verificarlo, basta cotejar los elementos esenciales de la noción del Estado Constitucional de Derecho y las exigencias ínsitas en la doctrina bajo estudio. De esta manera:

- La *supremacía constitucional* se ve desplazada –parcial o totalmente, según sea el caso–, cuando no, subordinada al canon de convencionalidad. Esto pues, si bien no se dice expresamente qué ubicación jerárquica ha de ocupar dicho canon al interior del ordenamiento, sí se exige su prevalencia, generándose así los mismos efectos prácticos de superioridad. Todo esto, al margen de lo que cada Estado haya dispuesto en torno a la incorporación de los distintos tipos de fuentes internacionales. Con todo ello, la Constitución: a) ya no sería *norma normarum*, pues estaría condicionada sustantivamente en su producción o la vería incrementada y/o reducida –mediante las exégesis de la Corte IDH– sin su necesaria regulación; b) ya no sería *norma rígida*, pues habrían ocasiones donde

se amplíen o recorten sus contenidos a través de una aplicación *ex officio* que sortee los mecanismos de la reforma constitucional; c) ya no sería *norma de validez*, pues si el canon interamericano establece un sentido distinto y/o contrario, prevalecería éste como parámetro validador; d) ya no sería *norma vinculante*, pues habría contextos en los que debería omitirse su cumplimiento en pro de la eficacia directa del canon interamericano, particularmente, de la hermenéutica de la Corte IDH.

- El *control de constitucionalidad* se trastoca en tres sentidos: a) Si la Constitución es el *canon* en el control de constitucionalidad, pero también el *objeto* en el control de convencionalidad, habrá en ocasiones superposición de éste sobre aquel, quedando, por tanto, inoperativo; b) Si el control de constitucionalidad requiere a un *operador* especializado, el control de convencionalidad no; ampliando el campo de *operadores* a toda autoridad pública, lo cual puede producir como paradoja estar impedido de ejecutar el primero, pero ‘habilitado’ para el segundo; c) genera un conflicto de lealtades en el *operador* cuando se encuentra en la situación de tener que desconocer la Constitución que lo vincula en favor del *canon* interamericano.
- La *división de poderes* se desfigura si las finalidades que persigue son mermadas: 1) de evitar la concentración del poder a concentrarlo en la Corte IDH, toda vez que la doctrina en estudio se ampara en la supremacía internacional, la vinculatoriedad de las exégesis interamericanas, los efectos directos y generales, y, como si fuese poco, la negación de la disidencia interpretativa en una materia amplia y omnicomprendiva como los derechos humanos; 2) de establecer límites competenciales a diluirlos, sea porque cualquier autoridad puede *ex officio* ir más

allá de sus facultades o porque el juez local ve reducida su competencias exegéticas cada vez que la Corte IDH emita una resolución; y, 3) de procurar un equilibrio – *checks and balances*– entre los poderes a no considerarlo o, peor aún a contrariarlo toda vez que el SIDH no funciona como régimen de pesos y contrapesos, donde la Corte DIH pueda ser recíprocamente controlada si excediese sus facultades, más aún si las ha concentrado, pues su objeto de desenvolvimiento es una materia omnicomprendiva (los derechos humanos).

- El *reconocimiento y eficacia de derechos* se aprecia reducido si, ante un justificado desacuerdo y/o aplicación del principio *pro homine* que haga imperativo priorizar el ordenamiento doméstico, no se admite disidencia. Esto último, sea por asumirse una inferioridad en el umbral de protección del ordenamiento constitucional, por desconocerse sus particularidades, etc.
- c. Si lo anterior es correcto, es preciso concluir que, con la doctrina del control de convencionalidad, nos hallamos frente a cambio de paradigma en la región. Ello pues la CADH se convierte en un tipo de constitución regional de derechos humanos, la Corte IDH en una especie de tribunal constitucional interamericano y los Estados Constitucionales de Derecho en Estados Convencionales de Derecho, transformando sus respectivas constituciones nacionales en constituciones convencionalizadas y las democracias constitucionales en democracias convencionalizadas.
- d. El mentado cambio de paradigma, no obstante, ha sido inconsulto y realizado de modo pretoriano por medio de la creación del control de convencionalidad. En tal

caso, para que surta efectos, es preciso un nuevo consenso entre los Estados que reconocen competencia contenciosa a la Corte IDH o, al menos, un acto unilateral que, respetando los procedimientos internos, admita para sí tales mutaciones.

- e. Pero de no darse lo anterior, la coexistencia entre la doctrina del control de convencionalidad en su sentido ‘fuerte’ y la noción del Estado Constitucional de Derecho, es inviable. Ello, salvo advertida o inadvertida modulación de uno de los modelos en pugna, de modo usual, el del control de convencionalidad. En atención a esto último, solo a modo de esbozo, hemos anotado dos criterios amplios que podrían ser de ayuda. De una parte, la doctrina del margen de apreciación (originaria del Sistema Europeo de Derechos Humanos) como meridiana expresión del principio de subsidiariedad y, de otra parte, la revalorización del ejercicio de la democracia constitucional con especial atención al protagonismo que corresponde a los parlamentos y al rol del juez deferente, así como algunas ideas de la doctrina – en construcción– de la identidad constitucional (originaria de la Unión Europea).

VII. En suma, esta investigación no pretende desmerecer lo positivo detrás de la doctrina analizada y menos aún ignorar el importante papel en la tutela de los derechos desempeñado por la Corte IDH, sino solo evitar potenciales desenlaces problemáticos que posterguen los logros obtenidos por la historia del constitucionalismo y que desnaturalicen la función del SIDH. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos es de vital relevancia para el Estado Constitucional de Derecho actual, pero entendemos que el control de convencionalidad –en sentido ‘fuerte’– no es, desafortunadamente, la mejor herramienta ni para el resguardo del primero ni para el respeto del segundo.

ANEXOS

ANEXO I – SENTENCIAS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS QUE ENUNCIAN LA DOCTRINA DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr. 124.

Corte IDH. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 158, párr. 128.

Corte IDH. *Caso La Cantuta Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162, párr. 173.

Corte IDH. *Caso Boyce y otros Vs. Barbados*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C No. 169, párr. 78.

Corte IDH. *Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 186, párr. 180.

Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco Vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C No. 209, párr. 338-340.

Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214, párr. 311.

Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros. Vs. México.* Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010 Serie C No. 215, párr. 236.

Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México.* Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010 Serie C No. 216, párr. 219.

Corte IDH. *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña Vs. Bolivia.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2010 Serie C No. 217, párr. 202.

Corte IDH. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 Serie C No. 218, párr. 287.

Corte IDH. *Caso Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") Vs. Brasil.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219, párr. 176.

Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México.* Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010 Serie C No. 220, párr. 225.

Corte IDH. *Caso Gelman Vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C No.221, párrs. 193, 238 y 239.

Corte IDH. *Caso Chocrón Chocrón Vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2011. Serie C No. 227, párr. 164.

Corte IDH. *Caso López Mendoza Vs. Venezuela*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2011 Serie C No. 233, párr. 226.

Corte IDH. *Caso Fontevecchia y D`Amico Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2011. Serie C No. 238, párr. 93.

Corte IDH. *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párrs. 282-284.

Corte IDH. *Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246, párrs. 303-305.

Corte IDH. *Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012 Serie C No. 250, párr. 262.

Corte IDH. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012 Serie C No. 252, párr. 318.

Corte IDH. *Caso Gudiel Álvarez y otros ("Diario Militar") Vs. Guatemala*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 noviembre de 2012 Serie C No. 253, párr. 330.

Corte IDH. *Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 30 de noviembre de 2012. Serie C No. 259, párr. 142.

Corte IDH. *Caso Mendoza y otros Vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2013 Serie C No. 260, párr. 221.

Corte IDH. *Caso Gutiérrez y Familia Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C No. 271, párr. 168 y punto resolutivo N° 10.

Corte IDH. *Caso Osorio Rivera y Familiares Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2013. Serie C No. 274, párr. 274.

Corte IDH. *Caso J. Vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2013. Serie C No. 275, párr. 407.

Corte IDH. *Caso Liakat Ali Alibux Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de enero de 2014. Serie C No. 276, párr. 124.

Corte IDH. *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C No. 279, párrs. 436, 461 y 464.

Corte IDH. *Caso Hermanos Landaeta Mejías y otros Vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de agosto de 2014. Serie C No. 281, párr. 158.

Corte IDH. *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 282, párr. 311 y 471.

Corte IDH. *Caso Rochac Hernández y otros Vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014. Serie C No. 285, párrs. 213 y 244.

Corte IDH. *Caso Omar Humberto Maldonado Vargas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2015. Serie C No. 300, párr. 113.

Corte IDH. *Caso López Lone y otros vs. Honduras*. Excepción Preliminar, Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de octubre de 2015. Serie C No. 302, párr. 307.

Corte IDH. *Caso Ruano Torres y otros Vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 05 de octubre de 2015. Serie C No. 303, párr. 229.

Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus Miembros Vs. Honduras*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 08 de octubre de 2015. Serie C No. 304, párr. 346.

Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus Miembros Vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 08 de octubre de 2015. Serie C No. 305, párr. 267.

Corte IDH. *Caso García Ibarra y otros Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2015. Serie C No. 306, párr. 103.

Corte IDH. *Caso Chinchilla Sandoval Vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de febrero de 2016. Serie C No. 312, párrs. 242, 243 y 274.

Corte IDH. *Caso Tenorio Roca y otros Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de junio de 2016. Serie C No. 314, párrs. 230 y 231.

Corte IDH. *Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de octubre de 2016. Serie C No. 318, párr. 408.

Corte IDH. *Caso Pollo Rivera y otros Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de octubre de 2016. Serie C No. 319, párr. 224.

Corte IDH. *Caso Miembros de la Aldea Chichupac y comunidades vecinas del Municipio de Rabinal Vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C No. 328, párr. 289.

Corte IDH. *Caso Andrade Salmón Vs. Bolivia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de diciembre de 2016. Serie C No. 330, párrs. 93, 94, 100 y 102.

Corte IDH. *Caso Vereda La Esperanza Vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C No. 341, párr. 261.

Corte IDH. *Caso San Miguel Sosa y otras Vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de febrero de 2018. Serie C No. 348, párrs. 191 y 192.

Corte IDH. *Caso V.R.P., V.P.C. y otros Vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C No. 350, párrs. 225 y 258.

Corte IDH. *Caso Herzog y otros Vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de marzo de 2018. Serie C No. 353, párr. 311.

Corte IDH. *Caso Amrhein y otros Vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de abril de 2018. Serie C No. 354, párr. 99.

Corte IDH. *Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2018. Serie C No. 371, párr. 250.

Corte IDH. *Caso Órdenes Guerra y otros Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2018. Serie C No. 372, párrs. 135 y 136.

Corte IDH. *Caso Colindres Schonenberg Vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de febrero de 2019. Serie C No. 373, párrs. 75 y 129.

Corte IDH. *Caso Gorigoitia Vs. Argentina*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2019. Serie C No. 382, párr. 55.

Corte IDH. *Caso Rodríguez Revolorio y otros Vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2019. Serie C No. 387, párrs. 58 y 59.

Corte IDH. *Caso Rosadio Villavicencio Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2019. Serie C No. 388, párr. 167.

Corte IDH. *Caso Díaz Loreto y otros Vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de noviembre de 2019. Serie C No. 392, párr. 63.

Corte IDH. *Caso Asociación Nacional de Cesantes y Jubilados de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2019. Serie C No. 394, párr. 200.

Corte IDH. *Caso López y otros Vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2019. Serie C No. 396, párr. 141.

Corte IDH. *Caso Azul Rojas Marín y otra Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de marzo de 2020. Serie C No. 402, párr. 269.

Corte IDH. *Caso Petro Urrego Vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2020. Serie C No. 406, párrs. 103, 104, 107 y 11.

Corte IDH. *Caso Urrutia Laubreaux Vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de agosto de 2020. Serie C No. 409, párr. 93.

Corte IDH. *Caso Acosta Martínez y otros Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2020. Serie C No. 410, párr. 79.

Corte IDH. *Caso Fernández Prieto y Tumbeiro Vs. Argentina*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 1 de septiembre de 2020. Serie C No. 411, párrs. 99, 100 y 122.

Corte IDH. *Caso Olivares Muñoz y otros Vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de noviembre de 2020. Serie C No. 415, párr. 173.

Corte IDH. *Caso Casa Nina Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2020. Serie C No. 419, párr. 139.

ANEXO II – OPINIONES CONSULTIVAS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS QUE ENUNCIAN LA DOCTRINA DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

Corte IDH. *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21, párr. 31.

Corte IDH. *Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el sistema interamericano de derechos humanos (Interpretación y alcance del artículo 1.2, en relación con los artículos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46, y 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del artículo 8.1 A y B del Protocolo de San Salvador)*. Opinión Consultiva OC-22/16 de 26 de febrero de 2016. Serie A No. 22, párr. 26.

Corte IDH. *Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017. Serie A No. 23, párr. 28.

Corte IDH. *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Serie A No. 24, párr. 223.

Corte IDH. *La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el Sistema Interamericano de Protección (interpretación y alcance de los artículos 5, 22.7 y 22.8, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-25/18 de 30 de mayo de 2018. Serie A No. 25, párr. 58.

BIBLIOGRAFÍA

OBRAS

ABRAMOVICH, V., “De las violaciones masivas a los patrones estructurales: nuevos enfoques y clásicas tensiones en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, *Derecho PUCP*, n.º 63, 2019, pp. 95-138, fecha de consulta 18 febrero 2021.

ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA, *Control de Convencionalidad y de Constitucionalidad en Perú - Bloque III - Entrevista a Susana Castañeda Otsu*, 2017, fecha de consulta 4 mayo 2021, en <https://tinyurl.com/4exfy9mf>.

ACADEMIA MEXICANA DE DERECHO JV, *El control de convencionalidad en el Uruguay*, Dr. Rubén Correa Freitas, 2020, fecha de consulta 4 mayo 2021, en <https://tinyurl.com/vxjy6ahc>.

ACNUDH, “Honduras: Expertas de la ONU deploran nuevos ataques contra el derecho al aborto seguro”, 2021, fecha de consulta 4 febrero 2021, en <https://bit.ly/3yBMYOX>.

ACOSTA ALVARADO, P. A., *Diálogo judicial y constitucionalismo multinivel: el caso interamericano*, 1, Universidad del Externado, 2015.

AGUILAR CALAHORRO, A., “Dimensión Constitucional del Principio de Primacía (formas de invocación del Principio de Primacía por los ciudadanos frente a los Estados)”, 2013, Universidad de Granada, Granada, fecha de consulta 20 marzo 2021, en <http://hdl.handle.net/10481/26366>.

AGUILAR CAVALLO, G., “El control de convencionalidad en la era del constitucionalismo de los derechos: Comentario a la sentencia de la Corte Suprema de Chile en el caso

denominado Episodio Rudy Cárcamo Ruiz de fecha 24 mayo de 2012”, *Estudios constitucionales*, vol. 10, n.º 2, 2012, Universidad de Talca. Centro de Estudios Constitucionales, pp. 717-750.

AGUILAR CAVALLO, G., “Obligatoriedad del control de convencionalidad a la luz del derecho de los tratados”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. 19, 2019, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, pp. 357-398, fecha de consulta 11 febrero 2021, en <https://bit.ly/3flykT0>.

ALEXY, R., “Una defensa de la fórmula de Radbruch”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, n.º 5, 2001, Servizo de Publicacións, pp. 75-96, fecha de consulta 14 mayo 2021.

ALIJA FERNÁNDEZ, R. A.; BONET, J., *El control de los tratados internacionales de derechos humanos: realidad y límites: una aproximación a la labor de los órganos de expertos desde la perspectiva de la efectividad de los derechos económicos sociales y culturales*, Atelier, Libros Jurídicos, Barcelona, 2016.

ALVARADO, P. A. A., “Más allá de la utopía: del diálogo interjudicial a la constitucionalización del derecho internacional. La red judicial latinoamericana como prueba y motor del constitucionalismo multinivel”, 2014, Universidad Complutense de Madrid, fecha de consulta 6 mayo 2021, en <https://bit.ly/3bIRIbp>.

AMAYA VILLARREAL, A. F., “El principio pro homine: interpretación extensiva vs. el consentimiento del Estado”, *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, vol. 3, n.º 5, 2005, pp. 337-380, fecha de consulta 4 agosto 2017.

ANGULO JACOBO, L. F. A., “El control difuso de convencionalidad en México”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, vol. 1, n.º 35, 2013, pp. 71-90, fecha de consulta 18 febrero 2021, en <https://bit.ly/3u6h0H0>.

ARDOY, L., “Implicancias en materia procesal de las decisiones de los órganos del sistema interamericano de protección de los derechos”, en *Nuevas herramientas procesales*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2013, pp. 237-247.

ARMIJO, G., “Eficacia de los derechos humanos en Costa Rica”, en Víctor Bazán, Claudio Nash (eds.), *Fundación Konrad Adenauer*, Bogotá, 2012, pp. 143-152.

ATIENZA, M., “Más allá del neoconstitucionalismo y del formalismo”, *ElUniverso.com*, 2013, fecha de consulta 9 febrero 2021, en <https://bit.ly/39aktDE>.

ATIENZA RODRÍGUEZ, M., “Estado de Derecho, argumentación e interpretación”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, n.º 13, 1996, Ministerio de Justicia, pp. 465-484, fecha de consulta 8 mayo 2021.

ÁVILA SANTAMARÍA, R., “Del Estado legal de derecho al Estado constitucional de derechos y justicia”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, vol. 1, n.º 2009, 2009, fecha de consulta 5 mayo 2021.

BALAGUER CALLEJÓN, F. (ed.), *Manual de Derecho Constitucional*, Décimocuarta Edición, Tecnos, Madrid, 2019.

BANDEIRA GALINDO, G. R., “El valor de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Los sistemas interamericano y europeo de protección de los derechos humanos: Una introducción desde la perspectiva del diálogo entre tribunales*, Palestra, Lima, 2015, pp. 231-254.

BARANSKI, M.; BRITO, F.; VAN DEN BRINK, M.; “Unquestioned supremacy still begs the question”, en: *VerfBlog*, 2020/5/29, fecha de consulta 30 mayo 2021, en <https://bit.ly/3njSiAI>.

BARATTA, A., “El Estado de Derecho: historia del concepto y problemática actual”, *Sistema. Revista de Ciencias Sociales*, n.º 17, 1977, Fundación Sistema, pp. 11-24, fecha de consulta 8 mayo 2021.

BARBOSA DELGADO, F., “Los límites a la doctrina del margen nacional de apreciación en el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: intervención judicial en torno a ciertos derechos de las minorías étnicas y culturales”, *Revista Derecho del Estado*, vol. 0, n.º 26, 2011, fecha de consulta 21 mayo 2021, en <https://bit.ly/3v7SNBi>.

BARRERO, A., “¿Quién debe dirimir las cuestiones socialmente controvertidas? A propósito del matrimonio entre personas del mismo sexo”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, vol. 13 (26), 2016.

BAZÁN, V., “Control de convencionalidad, tribunales internos y protección de los derechos fundamentales”, *Revista Jurídica Argentina La Ley*, 2014, (AR/DOC/4793/2013), pp. 761-782, fecha de consulta en <https://bit.ly/3yu95q8>.

BAZÁN, V., “En torno al Estado de Derecho, la justicia constitucional y la tutela de los derechos fundamentales, con particular énfasis en América Latina.”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n.º 14, 2010, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (España), pp. 15-72, fecha de consulta 5 mayo 2021.

BAZÁN, V., “Pronunciamientos significativos de la Corte Suprema Argentina (2010-2011). Consolidación de estándares sustentables en sectores de la justicia constitucional

y los derechos fundamentales”, en Víctor Bazán, Claudio Nash (eds.), Fundación Konrad Adenauer, Bogotá, 2012, pp. 85-100.

BENAVENTE CHORRES, H., “El juez de control como garante de la convencionalidad de las normas en el nuevo proceso penal mexicano”, *Estudios constitucionales*, vol. 10, n.º 1, 2012, pp. 145-200, fecha de consulta 21 febrero 2021, en <https://bit.ly/3u89aMZ>.

BENAVIDES CASALS, M. A., “Armonizar el Derecho nacional y el Derecho Internacional. Un asunto de compatibilización”, en Miriam Lorena Henríquez Viñas, Mariela Morales Antoniazzi (eds.) *El Control de convencionalidad: un balance comparado a 10 años de Almonacid Arellano vs. Chile*, Primera edición, Ediciones DER : Universidad Alberto Hurtado, Facultad de Derecho, Santiago, Chile, 2017 (CoEdiciones), pp. 447-460.

BENAVIDES CASALS, M. A. “El consenso y el margen de apreciación en la protección de los derechos humanos”, *Ius et Praxis*, Vol. 15, n.º 1, 2009.

BERTELSEN, S., “The Margin of Appreciation Through the Lens of Subsidiarity”, 2014, Notre Dame, Indiana.

BERTONI, E., “El Sistema Interamericano de Derechos Humanos -SIDH- y la (¿real?) falta de apoyo regional”, *Iuris Dictio*, 2017, fecha de consulta 7 abril 2021.

BIANCHI, A., “Una reflexión sobre el llamado «control de convencionalidad»”, *Revista Jurídica Argentina La Ley*, 2010, fecha de consulta 3 junio 2015, en <https://bit.ly/3xe1cVc>.

BIDART CAMPOS, G. J., *Tratado elemental de derecho constitucional argentino: El derecho internacional de los derechos humanos y la reforma constitucional de 1994 (Nueva ed. ampliada y actualizada. 1995)*, Ediar, 1995.

BIGLINO CAMPOS, P., *Retos a la libertad y estado constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

BINDER, C., “The Prohibition of Amnesties by the Inter-American Court of Human Rights”, *German Law Journal*, vol. 12, 2011, pp. 1203-1230.

BLUME FORTINI, E., “Diálogo interjurisdiccional entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Constitucional del Perú”, en Christian Starck, Carlos Hakansson Nieto, Luis Castillo Córdova, Ernesto Blume Fortini (eds.) *La constitucionalización de los tratados de derechos humanos en el Perú: cuartas jornadas sobre derechos humanos*, Palestra, Lima, 2015, pp. 87-104.

BÖCKENFÖRDE, E.-W., *Escritos sobre derechos fundamentales*, Nomos, Baden-Baden, 1993.

BOGDANDY, A. VON, “Del paradigma de la soberanía al paradigma del pluralismo normativo. Una nueva perspectiva (mirada) de la relación entre el derecho internacional y los ordenamientos jurídicos nacionales”, en Griselda D. Capaldo, Jan-Reinard Sieckmann, Laura Clérico, Universidad de Buenos Aires, Alexander von Humboldt-Stiftung (eds.) *Internacionalización del derecho constitucional, constitucionalización del derecho internacional*, 1. ed, Eudeba, Buenos Aires, 2012 (Derecho), pp. 21-40.

BOGDANDY, A. VON, “General Principles of International Public Authority: Sketching a Research Field”, *German Law Journal*, vol. 9, n.º 11, 2008, Cambridge University Press, pp. 1909-1939, fecha de consulta 14 mayo 2021.

BOGDANDY, A. VON, “Ius constitutionale commune latinoamericanum. Una aclaración conceptual”, en *IUS constitutionale commune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos*, Primera edición, Universidad Nacional Autónoma de México,

Instituto de Investigaciones Jurídicas: Max-Planck-Institut für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht: Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, México, 2014 (Serie doctrina jurídica), pp. 3-23, fecha de consulta 9 agosto 2016, en <https://bit.ly/3yrl6gb>.

BOGDANDY, A. VON, “Pluralism, direct effect, and the ultimate say: On the relationship between international and domestic constitutional law”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 6, n.º 3-4, 2008, pp. 397-413, fecha de consulta 17 mayo 2021, en <https://doi.org/10.1093/icon/mon015>.

BOGDANDY, A. VON; VENZKE, I., “On the Democratic Legitimation of International Judicial Lawmaking”, *German Law Journal*, vol. 12, n.º 5, 2011, Cambridge University Press, pp. 1341-1370, fecha de consulta 21 mayo 2021, en <https://bit.ly/3c3k1Sn>.

BON, P., “La identidad nacional o constitucional, una nueva noción jurídica”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 100, 2014, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 167-188, fecha de consulta 3 marzo 2021, en <https://bit.ly/3bFwStw>.

BONET I PÉREZ, J., “Historia y evolución de la protección de los derechos humanos”, en *Los derechos humanos en el siglo XXI continuidad y cambios*, Huygens, Barcelona, 2008, pp. 33-72.

BREWER-CARÍAS, A. R., “Los efectos de las presiones políticas de los Estados en las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un caso de denegación de justicia internacional y de desprecio al derecho”, *Ars Boni et Aequi*, vol. 12, n.º 2, 2016, pp. 51-86, fecha de consulta 12 mayo 2021, en shorturl.at/bAEHQ.

BUSTAMANTE ALARCÓN, R., “El Estado de Derecho: Problemas, perspectivas, contenido y modelos”, *Vox Juris*, vol. 36, n.º 2, 2018, Universidad de San Martín de Porres (USMP), pp. 21-36, fecha de consulta 8 mayo 2021.

CAHIER, P., “Changements et continuité du droit international Cours général de droit international public”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International*, vol. VI, n.º 195, 1985, Brill.

CALDERÓN CRISTAL, A. I., “Delimitación del bloque de constitucionalidad en el caso guatemalteco”, *Opus Magna Constitucional*, vol. 16, 2020, pp. 207-240, fecha de consulta 24 abril 2021.

CANÇADO TRINDADE, Antonio. *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el siglo XXI*, Jurídica de las Américas, Barcelona, 2009

CANÇADO TRINDADE, A. A., “Reflexiones sobre el futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos”, *El Futuro del Sistema Interamericano de Protección a Los Derechos Humanos. San José: IIDH*, 1998, pp. 573-603, fecha de consulta 21 febrero 2021, en <https://bit.ly/3fktlBM>.

CANDIA FALCÓN, G., *Introducción al Derecho Internacional de los Derechos Humanos: análisis, doctrina y jurisprudencia*, Ediciones UC, Santiago, Chile, 2016.

CARBONELL, M., *Introducción general al control de convencionalidad*, Porrúa, 2013.

CARBONELL SÁNCHEZ, M., “Marbury versus Madison: en los orígenes de la supremacía constitucional y el control de la constitucionalidad”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, n.º 5, 2006, Porrúa, pp. 289-300, fecha de consulta 5 mayo 2021.

CARO CORIA, D. C., “La influencia de las decisiones del sistema interamericano de derechos humanos en el derecho penal peruano”, en *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, Vol. 3, 2013, ISBN 978-95857456, p. 349-398, Fundación Konrad Adenauer. Oficina Madrid, 2013, pp. 349-398, fecha de consulta 24 febrero 2021, en <https://bit.ly/3oEkxLp>.

CAROZZA, P. G., “Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Law”, *American Journal of International Law*, vol. 97, n.º 1, 2003, pp. 38-79.

CAROZZA, Paolo G. “The Problematic Applicability of Subsidiarity to International Law and Institutions”, *American Journal of Jurisprudence*, vol. 61, nº 1, 2016.

CARRILLO SALCEDO, J. A., *Curso de Derecho Internacional Público*, Tecnos, Madrid, 1994.

CASCAJO CASTRO, J. L., “Consideraciones sobre el Estado de Derecho”, *Revista de Estudios Políticos*, n.º 189, 1973, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (España), pp. 81-100, fecha de consulta 8 mayo 2021.

CASSESE, A., *International Law*, OUP Oxford, 2005.

CASTAGNOLA, G., “Cédula viva: cuando se quiso, se pudo | OPINION”, *El Comercio Perú*, 2019, NOTICIAS EL COMERCIO PERÚ, fecha de consulta 2 mayo 2021, en <https://bit.ly/3vVhuRB>.

CASTALDI, L., “La ejecución del fallo sobre fecundación in vitro contra Costa Rica: un reto jurisprudencial para el Sistema Interamericano de DDHH”, *República y Derecho*, vol. 1, n.º 1, 2016, pp. 1-29, fecha de consulta 28 abril 2021.

CASTALDI, L.; FRANCK, M., “Inter-American Court Judgment Against Costa Rica on In Vitro Fertilisation (IVF): A Challenge to the Court’s Enforcement Authority”, *OHRH*, 2016, fecha de consulta 28 abril 2021, en <https://bit.ly/3udzcl1y>.

CASTAÑEDA OTSU, S., “Control de convencionalidad y su aplicación en un sistema dual de constitucionalidad. La experiencia peruana”, en *Constitucionalismo y democracia en América Latina: controles y riesgos*, Adrus D&L Editores, Lima, 2014, pp. 79-129.

CASTELLÀ ANDREU, J. M., “El Estado Constitucional”, en Josep M Castellà Andreu (ed.) *Derecho Constitucional básico*, 5ª ed., Huygens, Barcelona, 2019, pp. 31-50.

CASTELLÀ ANDREU, J. M., “El Estado social y democrático de derecho”, en Miguel A. Aparicio Pérez (ed.) *Temas de derecho constitucional: introducción histórica constitucional, los principios estructurales, las instituciones básicas del Estado y las fuentes del derecho*, 1. ed, Cedecs Editorial, Barcelona, 1998 (Estudios constitucionales y políticos), pp. 161-247.

CASTELLÀ ANDREU, J. M., “Representación y participación en la reforma constitucional: una visión de conjunto”, en Josep Maria Castellà Andreu (ed.) *Parlamento, ciudadanos y entes territoriales ante la reforma constitucional: ¿quién y cómo participa?*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 11-38.

CASTILLA JUÁREZ, K., “Control de convencionalidad interamericano: una mera aplicación del derecho internacional”, *Revista Derecho del Estado*, n.º 33, 2014, Universidad Externado de Colombia, pp. 149-172, fecha de consulta 24 febrero 2021, en <https://bit.ly/3ovHh02>.

CASTILLA JUÁREZ, K., “¿Control interno o difuso de convencionalidad? Una mejor idea: la garantía de tratados”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. 13, 2013, pp. 51-97, fecha de consulta 24 febrero 2021, en <https://bit.ly/2RxhoB1>.

CASTILLA JUÁREZ, K., “El Control de Convencionalidad. Un nuevo debate en México a partir de la sentencia del caso Radilla Pacheco”, en Eduardo Ferrer Mac-Gregor (ed.) *El Control Difuso de Convencionalidad. Diálogo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los Jueces Nacionales*, FUNDAp, México, 2012, pp. 81-106.

CASTILLA JUÁREZ, K., “La independencia judicial en el llamado control de convencionalidad interamericano”, *Estudios constitucionales*, vol. 14, n.º 2, 2016, pp. 53-100, fecha de consulta 24 febrero 2021, en <https://bit.ly/3bF5fks>.

CASTILLA JUÁREZ, K., “Sobre la fuerza jurídica de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Jueces para la democracia - Información y debate*, n.º 78, 2013, pp. 132-151.

CASTILLA JUÁREZ, K. A., “Control de convencionalidad interamericano: una propuesta de orden ante diez años de incertidumbre”, *Revista IIDH*, n.º 64, 2016, Instituto Interamericano de Derecho Humanos, pp. 87-126, fecha de consulta 21 mayo 2021, en <https://bit.ly/3f92aep>.

CASTILLO CÓRDOVA, L., “El contenido constitucional de los derechos fundamentales como objeto de protección del amparo.”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n.º 14, 2010, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (España), pp. 89-118.

CASTILLO CÓRDOVA, L., “¿Estado Convencional de Derecho? Un breve estudio sobre el control de convencionalidad”, en *La constitucionalización de los tratados de derechos*

humanos en el Perú: cuartas jornadas sobre derechos humanos, Palestra, Lima, 2015, pp. 45-63.

CASTILLO CÓRDOVA, L., “La relación entre el derecho nacional y el derecho convencional como base del control de convencionalidad”, *Estudios Constitucionales*, vol. 17 (2), 2019.

CENTER FOR JUSTICE AND INTERNATIONAL LAW, “Embates al Sistema Interamericano de Derechos Humanos vulneran la protección regional de los DD.HH”, *Cejil*, 2019, fecha de consulta 7 mayo 2021, en <https://bit.ly/3fyfqs1>.

CENTER FOR JUSTICE AND INTERNATIONAL LAW, “República Dominicana ausente en audiencia de revisión de cumplimiento de dos fallos Interamericanos | CEJIL”, fecha de consulta 24 abril 2021, en <https://bit.ly/3u2oNW5>.

CHIRINO SÁNCHEZ, A., “El impacto de las decisiones de la Corte y de la Comisión interamericanas de derechos humanos en el ordenamiento jurídico y la jurisprudencia de Costa Rica”, en *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, Vol. 3, 2013, ISBN 978-95857456, p. 197-228, Fundación Konrad Adenauer. Oficina Madrid, 2013, pp. 197-228, fecha de consulta 24 febrero 2021, en <https://bit.ly/33YjA7k>.

CIANCIARDO, J., “La especificación del derecho a la vida del no nacido en el sistema interamericano de derechos humanos. Una aproximación desde el caso “Artavia Murillo””, *Dikaion*, vol. 25, n.º 2, 2016, pp. 160-189, fecha de consulta 29 abril 2021.

CIANCIARDO, J.; ZAMBRANO, M. DEL P., “Los a priori de la cultura de derechos”, *Cuestiones constitucionales: revista mexicana de derecho constitucional*, n.º 34, 2016, Instituto de Investigaciones Jurídicas, p. 5, fecha de consulta 24 mayo 2021, en <https://bit.ly/3fXmXkD>.

CIDH, “La CIDH hace un llamado a Colombia para redoblar sus esfuerzos en la implementación integral del Acuerdo Final para la Paz”, 2020, fecha de consulta 5 abril 2021, en <https://bit.ly/340TWin>.

CIDH, “La CIDH reafirma su apoyo al proceso de paz en Colombia y monitorea cumplimiento de estándares interamericanos”, 2016, fecha de consulta 5 abril 2021, en <https://bit.ly/2SbwoVk>.

COLOMBO, I., “Un fallo que invita a reflexionar sobre los alcances de los fallos de la CIDH”, *Revista Jurídica Argentina La Ley*, 2013, (AR/DOC/3300/2013), fecha de consulta 9 julio 2018, en <https://bit.ly/2SXRSOQ>.

COMISIÓN DE VENECIA, “Criterios de Verificación del Estado de Derecho (CDL-AD(2016)007rev), adoptados en su 106ª Sesión Plenaria (Venecia, 11-12 de marzo de 2016)”, Estrasburgo, 2016, fecha de consulta 10 febrero 2021, en <https://bit.ly/3eYpl9W>.

COMISIÓN DE VENECIA, “Directrices revisadas sobre la celebración de referendos (CDL-AD (2020) 031), adoptadas en la 124ª Sesión Plenaria en línea (8-9 de octubre de 2020)”, Estrasburgo, 2020, fecha de consulta 10 febrero 2021, en <https://bit.ly/3dBCzdA>.

COMISIÓN DE VENECIA, “Georgia. Opinion on the draft revised constitution (Opinion 876/2017 - CDL-AD (2017)013), adopted on the 111th plenary session (16-17 June 2017)”, Estrasburgo, 2017, fecha de consulta 10 febrero 2021, en <https://bit.ly/3b52Xdp>.

COMISIÓN DE VENECIA, “Informe sobre los límites a la reelección. Parte I - Presidentes (CDL-AD(2018)010), adoptado en la 114ª Sesión Plenaria en línea (16-17 de marzo de 2018)”, Estrasburgo, 2018, fecha de consulta 10 febrero 2021, en <https://bit.ly/3ukN5M2>.

CONTESSE, J., “The final word?: Constitutional dialogue and the Inter-American Court of Human Rights”, *International journal of constitutional law*, vol. 15, n.º 2, 2017, Oxford University Press, pp. 414-435, fecha de consulta 13 abril 2021, en <https://bit.ly/3yp2Ns1>.

CONTESSE, J., “The final word? Constitutional dialogue and the Inter-American Court of Human Rights: A rejoinder to Paolo Carozza and Pablo González Domínguez”, *International journal of constitutional law*, vol. 15, n.º 2, 2017, Oxford University Press, pp. 443-446, fecha de consulta 20 mayo 2021, en <https://bit.ly/3ozfuM9>.

CONTRERAS VÁSQUEZ, P., “Análisis Crítico del Control de Convencionalidad”, en Manuel Núñez Poblete (ed.) *La internacionalización del Derecho Público: actas XLII Jornadas Chilenas de Derecho Público*, 1a edición, Thomson Reuters, Santiago, Chile, 2015, pp. 425-469.

CORTI, J.; PORRAS, J. y ROMÁN, C. “El control *ultra vires* del Tribunal Constitucional Alemán. Comentario de la decisión de 06.07.2010 (2 BVR 2661/06, *Honeywell*)”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 40, 2011, setiembre-diciembre.

CORRAL TALCIANI, H., “Constitucionalización del Derecho Civil, neoconstitucionalismo y activismo judicial”, *Revista de Derecho Aplicado LLM UC*, n.º 2, 2018, fecha de consulta 4 marzo 2021.

CORTEN, O.; KLEIN, P. (eds.), *The Vienna Conventions on the Law of Treaties: A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, New York, 2011.

COTINO HUESO, L., “Las garantías de los derechos fundamentales”, en Josep M Castellà Andreu (ed.) *Derecho Constitucional básico*, 5ª ed., Huygens, Barcelona, 2019, pp. 489-514.

CRUZ VILLALÓN, P., “Formación y evolución de los derechos fundamentales”, *Revista española de derecho constitucional*, vol. 9, n.º 25, 1989, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (España), pp. 35-62, fecha de consulta 5 mayo 2021, en <https://bit.ly/2RSfxq7>.

DA SILVA MOREIRA, P., *Deferencia al legislador: la vinculación del juez en el Estado Constitucional*, 2019.

DAÜBLER, W., “Los derechos fundamentales en ordenamientos jurídicos de niveles múltiples (local, nacional, internacional, supranacional)”, en Griselda D. Capaldo, Jan-Reinard Sieckmann, Laura Clérico, Universidad de Buenos Aires, Alexander von Humboldt-Stiftung (eds.) *Internacionalización del derecho constitucional, constitucionalización del derecho internacional*, 1. ed, Eudeba, Buenos Aires, 2012 (Derecho), pp. 131-143.

DEL ROSARIO RODRÍGUEZ, M. F.; GIL RENDÓN, R., “El juicio de amparo a la luz de la reforma constitucional de 2011”, *Quid Iuris*, n.º 15, 2011, Tribunal Electoral Estatal del Estado de Chihuahua, pp. 57-73, fecha de consulta 27 abril 2021.

DÍAZ, E., *Estado de derecho y sociedad democrática*, 7. ed, Editorial Cuadernos Para el Dialogo, Madrid, 1979.

DÍEZ DE VELASCO VALLEJO, M., *Instituciones de derecho internacional público*, 11a ed, Tecnos, Madrid, 1997.

DÍEZ-HOCHLEITNER, Javier. “El derecho a la última palabra: ¿Tribunales constitucionales o Tribunal de Justicia de la Unión?”. *WP IDEIR*, 2013, 17, <https://bit.ly/3hSHsl0>.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L. M., *Sistemas de derechos fundamentales*, Civitas, Madrid, 2013.

DONDÉ MATUTE, F. J., “Influencia de las decisiones del sistema interamericano de derechos humanos en México”, en *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, Vol. 3, 2013, p. 303-326, Fundación Konrad Adenauer. Oficina Madrid, 2013, pp. 303-326, fecha de consulta 24 febrero 2021, en <https://bit.ly/3vj0Nzm>.

DRINÓCZI, T., “Constitutional Identity in Europe: The Identity of the Constitution. A Regional Approach”, *German Law Journal*, vol. 21 (2), 2020, Cambridge University Press, pp. 105-130.

DULITZKY, A., “An Inter-American Constitutional Court? The Invention of the Conventionality Control by the Inter-American Court of Human Rights”, *Texas International Law Journal*, vol. 50, 2015, p. 45.

DULITZKY, A. E., “El impacto del control de convencionalidad. ¿Un cambio de paradigma en el sistema interamericano de derechos humanos?”, en Julio Cesar Rivera (ed.) *Tratado de los derechos constitucionales*, vol. 1, Abeledo Perrott Buenos Aires, 2014, pp. 533-569.

DURANGO ÁLVAREZ, G. A., “Derecho de las víctimas en la jurisdicción especial para la paz (JEP) a la luz de los estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Análisis Político*, vol. 32, n.º 96, 2019, Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales (IEPRI), Universidad Nacional de Colombia, pp. 21-35, fecha de consulta 5 abril 2021.

DUVIVIER, K. K., “Are Some Words Better Left Unpublished?: Precedent and the Role of Unpublished Decisions”, *The Journal of Appellate Practice and Process*, vol. 3, n.º 1, 2001, p. 397, fecha de consulta 12 diciembre 2020.

ECKART, K., “Should the binding effect of the judgements of the European Court of Human Rights be extended?”, en Paul Mahoney (ed.) *Protecting human rights: the European perspective: studies in memory of Rolv Ryssdal*, Heymann, Köln, 2000.

EIROA, P. D., “La eficacia de las decisiones de los órganos interamericanos de protección de los derechos humanos en Argentina”, en *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, Vol. 3, 2013, ISBN 978-95857456, p. 25-52, Fundación Konrad Adenauer. Oficina Madrid, 2013, pp. 25-52, fecha de consulta 24 febrero 2021, en <https://bit.ly/3bGKPrf>.

EL COMERCIO (PERÚ), “Cargo de García Sayán en la Corte de San José correría peligro”, fecha de consulta 12 mayo 2021, en <https://bit.ly/2RiVUA>.

EL COMERCIO (PERÚ), “Jueces de la Corte de San José lamentan dichos de García Sayán”, fecha de consulta 12 mayo 2021, en <https://bit.ly/3bkWFqS>.

EMANUELLI, C., “L’étude du CICR sur le droit humanitaire coutumier: la coutume en question”, *Revue generale de droit international public*, vol. 110, n.º 2, 2006, A. Pedone, pp. 435-444.

ESTEBAN, J. DE; GONZÁLEZ TREVIJANO, P. J., *Curso de derecho constitucional español*, 1. ed, Servicio Publicaciones Facultad Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 1992.

EYNER ISAZA, H., “El control de convencionalidad y su aplicación en Panamá”, *Revista da Faculdade de Direito da FMP*, vol. 13, n.º 2, 2018, pp. 141-178, fecha de consulta 1 mayo 2021.

FABBRINI, F.; SAJÓ, A., “The dangers of constitutional identity”, *European Law Journal*, vol. 25, n.º 4, 2019, pp. 457-473.

FACULTAD DE DERECHO - UNIVERSIDAD NACIONAL DEL CUYO, *Control de Convencionalidad y de Constitucionalidad en Clave Comparada*, 2020, fecha de consulta 4 mayo 2021, en <https://tinyurl.com/wayf8e5z>.

FACULTAD DE DERECHO UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Diálogo entre Corte Interamericana y Corte Suprema: de Simón a Fontevicchia - Néstor Pedro Sagüés*, 2020, fecha de consulta 14 mayo 2021, en <https://bit.ly/32S9zHI>.

FERNÁNDEZ GARCÍA, E., “Hacia un concepto restringido del Estado de Derecho”, en *Los derechos: entre la ética, el poder y el derecho*, Dykinson, 2000, pp. 103-122, fecha de consulta 8 mayo 2021.

FERRAJOLI, L., “Pasado y futuro del Estado de derecho”, en *Neoconstitucionalismo(s)*, 2003, ISBN 84-8164-573-7, p. 13-30, Trotta, 2003, pp. 13-30, fecha de consulta 9 mayo 2021.

FERRER MAC-GREGOR, E., *Control de Convencionalidad y Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, 2015, fecha de consulta 17 febrero 2021, en <https://tinyurl.com/8kmhjf6t>.

FERRER MAC-GREGOR, E., “Conventionality control the new doctrine of the inter-american court of human rights”, *AJIL Unbound*, vol. 109, 2015, Cambridge University Press, pp. 93-99.

FERRER MAC-GREGOR, E., “Interpretación conforme y Control Difuso de Convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, en Eduardo Ferrer Mac-Gregor (ed.) *El Control Difuso de Convencionalidad. Diálogo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los Jueces Nacionales*, FUNDAp, México, 2012, pp. 107-186.

FERRER MAC-GREGOR, E., “Las siete principales líneas jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos aplicable a la justicia penal”, *Revista IIDH*, n.º 59, 2014, Instituto Interamericano de Derecho Humanos, pp. 29-118, fecha de consulta 5 abril 2021, en <https://bit.ly/3bZXMN9>.

FERRER MAC-GREGOR, E., “Reflexiones sobre el control difuso de convencionalidad”, vol. I, Comisionado de Apoyo a la Reforma y Modernización de la Justicia, Santo Domingo, República Dominicana, 2011, pp. 399-451.

FILARTIGA, I., “El Principio «Competence-Competence»; Análisis Comparativo y su Aplicación en la Legislación de Arbitraje Paraguaya (The «Competence-Competence» Principle; Comparative Analysis and Its Application in the Paraguayan Arbitration Law)”, *SSRN Electronic Journal*, 2016, fecha de consulta 26 marzo 2021.

FIORAVANTI, M., *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*, Trotta, Madrid, 2001.

FIORAVANTI, M., *Constitucionalismo: experiencias históricas y tendencias actuales*, 2014, fecha de consulta 5 mayo 2021, en <https://bit.ly/3u5Rm58>.

FUENTES TORRIJO, X., “International and Domestic Law: Definitely and Odd Couple”, *Revista Juridica Universidad de Puerto Rico*, vol. 77, 2008, pp. 483-505, fecha de consulta 1 marzo 2021, en <https://tinyurl.com/azjks78>.

FUENTES TORRIJO, X.; PÉREZ FARÍAS, D., “El efecto directo del derecho internacional en el derecho chileno”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte(Coquimbo)*, vol. 25, n.º 2, 2018, Universidad Católica del Norte, pp. 119-156, fecha de consulta 2 marzo 2021, en <https://tinyurl.com/vh2ph2bc>.

FULLER, L. L., *Anatomía del Derecho*, 1ª ed., Monte Ávila, 1969.

FULLER, L. L., *The Morality of Law: Revised Edition*, Yale University Press, 1969, fecha de consulta 9 mayo 2021.

GABRIEL MAINO, C. A., “Los derechos humanos: baluarte y socavo de las instituciones. Hacia un adecuado equilibrio entre el control judicial de convencionalidad y la representación política de los procesos democráticos”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, vol. 1, n.º 2016, 2017, fecha de consulta 22 mayo 2021, en <https://bit.ly/3fBpXmv>.

GALAIN PALERMO, P., “Comentario de Pablo Galain Palermo”, Fundación Konrad Adenauer, Bogotá, 2013, fecha de consulta 1 abril 2021, en <https://bit.ly/2Sa4I38>.

GALAIN PALERMO, P., “La influencia de las decisiones de los órganos del sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el derecho penal de Uruguay”, en *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, Vol. 3, 2013, ISBN 978-95857456, pp. 399-444, Fundación Konrad Adenauer. Oficina Madrid, 2013, pp. 399-444, fecha de consulta 18 febrero 2021, en <https://bit.ly/3hDDCMo>.

GARCÍA BELAUNDE, D.; PALOMINO MANCHEGO, J. F., “El control de convencionalidad en el Perú”, *Pensamiento Constitucional*, vol. 18, n.º 18, 2013, pp. 223-241, fecha de consulta 25 febrero 2021.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Thomson Civitas, Madrid, 2006.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema español: posibilidades y perspectivas”, *Revista española de derecho constitucional*, vol. 1, n.º 1, 1981, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (España), pp. 35-132, fecha de consulta 5 mayo 2021.

GARCÍA, G., “El control judicial difuso de convencionalidad de los Derechos Humanos por los tribunales ordinarios en México”, en Eduardo Ferrer Mac-Gregor (ed.) *El Control Difuso de Convencionalidad. Diálogo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los Jueces Nacionales*, FUNDAp, México, 2012, pp. 187-210.

GARCÍA RAMÍREZ, S., *Informe del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ante la Asamblea General de la OEA*, Panamá, 2007, fecha de consulta 14 junio 2020.

GARCÍA RAMÍREZ, S., *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Porrúa, México, 2007.

GARCÍA ROCA, J., *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, 1. ed, Civitas, Cizur Menor, Navarra, 2010.

GARCÍA ROCA, J. “La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos”, *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 20, 2007.

GARCÍA-PELAYO, M., *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza Universidad, Madrid, 2005.

GARCÍA-SAYÁN, D., “Cartas al director | Aclaración de Diego García-Sayán”, *El País*, 2014, Madrid, fecha de consulta 12 mayo 2021, en <https://bit.ly/33DKdhw>.

GARGARELLA, R., “Sin lugar para la soberanía popular. Democracia, derechos y castigo en el caso Gelman.”, en *Human Rights: Theoretical possibilities and practical challenges*, Universidad de Yale, 2013, fecha de consulta 20 abril 2020, en <https://bit.ly/2S6sD3j>.

GELLI, M., “Cooperación, conflictos y tensiones entre la jurisdicción constitucional y la convencional”, en Griselda D. Capaldo, Jan-Reinard Sieckmann, Laura Clérico, Universidad de Buenos Aires, Alexander von Humboldt-Stiftung (eds.) *Internacionalización del derecho constitucional, constitucionalización del derecho internacional*, 1. ed, Eudeba, Buenos Aires, 2012 (Derecho), pp. 413-424.

GELLI, M., “El plazo razonable de la prisión preventiva y el valor de la jurisprudencia internacional (en el caso ‘Acosta’)”, *Revista Jurídica Argentina La Ley*, 2012.

GHISIO, A.; JUNCO, S., “Derechos humanos y control de convencionalidad. La recepción de la Corte Suprema tras la reforma constitucional de 1994”, *Revista Jurídica - Universidad de San Andrés*, n.º 8, 2020, pp. 69-102, fecha de consulta 6 mayo 2021.

GIL DOMÍNGUEZ, A., “El control de constitucionalidad y de convencionalidad de oficio”, *Revista Jurídica Argentina La Ley*, 2012, pp. 31-34, fecha de consulta 8 enero 2014, en <https://bit.ly/2QztgSu>.

GIRARDI FACHIN, M.; NOWAK, B., “The Joint Declaration to the Inter-American System of Human Rights: Backlash or Contestation?”, fecha de consulta 22 mayo 2021, en <https://bit.ly/3uc4RA6>.

GÓMEZ GUTIÉRREZ, H.; DORADO ZÚÑIGA, O., “Control de convencionalidad del marco jurídico para la paz y los derechos de las víctimas”, *Criterios*, vol. 10, n.º 1, 2017, pp. 111-136, fecha de consulta 6 abril 2021.

GÓMEZ MONTORO, “Artículo 38”, en Juan Luis Requejo, Alberto Arce Janáriz, Spain (eds.) *Comentarios a la Ley orgánica del Tribunal Constitucional*, 1. ed, Tribunal Constitucional : Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2001, pp. 556-557.

GÓMEZ MONTORO, Á. J., “En defensa del Estado constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 117, 2019, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, fecha de consulta 11 mayo 2021, en <https://bit.ly/3fcj5LQ>.

GÓMEZ MONTORO, Á. J., “La obsolescencia de los derechos”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 115, 2019, pp. 47-79, fecha de consulta 9 abril 2021, en <https://tinyurl.com/u5cd3fd8>.

GONZÁLEZ DOMÍNGUEZ, P., *Implementación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en los Sistemas Jurídicos Nacionales: la doctrina del control de convencionalidad*, Centro de Estudios de Justicia de las Américas - CEJA, 2014, p. 87 páginas, fecha de consulta 7 agosto 2016, en <https://bit.ly/3ytwRmf>.

GONZÁLEZ DOMÍNGUEZ, P., “La relación entre la doctrina del control de convencionalidad y el derecho nacional”, *Cuestiones constitucionales*, n.º 38, 2018, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, pp. 199-226, fecha de consulta 26 abril 2021, en <https://tinyurl.com/cujxbwbc>.

GONZÁLEZ-DOMÍNGUEZ, P., *The Doctrine of Conventionality Control: Between Uniformity and Legal Pluralism in the Inter-American Human Rights System*, vol. 11, Intersentia, 2018, fecha de consulta 18 marzo 2021.

GOZAINI, O., “El impacto de la jurisprudencia del sistema interamericano en el derecho interno”, en *El control de convencionalidad*, Ediar, Buenos Aires, Argentina, 2008, pp. 81-112.

GROPPI, Tania (2006). “La primauté del diritto europeo sul diritto costituzionale nazionale: un punto di vista comparato”, en *ASTRID – Rassegna*, n.º 13, 2005

GUEVARA, A., *Los dictámenes consultivos de la corte interamericana de derechos humanos. Interpretación constitucional y Convencional*, Editorial J. M. Bosch, Barcelona, 2012.

GULLCO, H., “Parecidos y diferencias entre el control de constitucionalidad y el de convencionalidad”, en Griselda D. Capaldo, Jan-Reinard Sieckmann, Laura Clérico, Universidad de Buenos Aires, Alexander von Humboldt-Stiftung (eds.) *Internacionalización del derecho constitucional, constitucionalización del derecho internacional*, 1. ed, Eudeba, Buenos Aires, 2012 (Derecho), pp. 425-435.

GUTIÉRREZ COLANTUONO, P., “Derechos y prerrogativas públicas: aspectos de un nuevo orden”, *Revista Jurídica Argentina La Ley*, 2012, fecha de consulta en <https://bit.ly/3oxp1DI>.

GUTIÉRREZ COLANTUONO, P.; UNIVERSIDAD AUSTRAL. FACULTAD DE DERECHO, “El valor de la jurisprudencia Interamericana de Derechos Humanos y su aplicación en los ámbitos nacional y local”, en *El derecho administrativo hoy: 16 años después*, Ediciones RAP, Buenos Aires, Argentina, 2013 (Jornadas sobre el Derecho Administrativo (2012 mayo 16-18: Universidad Austral. Facultad de Derecho)), fecha de consulta 4 junio 2018, en <https://bit.ly/2SXJdCO>.

HÄBERLE, P., *El Estado constitucional, 1a. reimp.*, Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, fecha de consulta 5 mayo 2021.

HENRÍQUEZ, M. L.; NÚÑEZ, J. I., “El control de convencionalidad: ¿hacia un no positivismo interamericano?”, *Iuris Tantum Revista Boliviana de Derecho*, n.º 21, 2016, Fundación Iuris Tantum, pp. 326-339, fecha de consulta 7 mayo 2020.

HENRÍQUEZ VIÑAS, M., “El control de convencionalidad interno. Su conceptualización en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. 19, 2019, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, pp. 327-355, fecha de consulta 24 abril 2021.

HERNÁNDEZ, V.; BENAVIDES CARVAJAL PÉREZ, M., “El Caso Artavia Murillo vs. Costa Rica: control de convencionalidad en el proceso de cumplimiento de obligaciones internacionales”, *Revista IIDH*, n.º 64, 2016, Instituto Interamericano de Derecho Humanos, pp. 347-372, fecha de consulta 28 abril 2021.

HERNÁNDEZ VALLE, R., “La utilización de la jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos por parte de los tribunales supremos y de los tribunales constitucionales latinoamericanos”, en *Memoria X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional: (Lima, 16-19 de septiembre de 2009)*, Vol. 2, Tom 2, 2009 (*Memoria del*

X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional), ISBN 978-612-4037-07-8, p. 623-636, IDEMSA, Lima, 2009, pp. 623-636, fecha de consulta 25 febrero 2021.

HITTERS, J. C., “Control de Convencionalidad ¿Puede la Corte Interamericana de Derechos Humanos dejar sin efecto fallos de los tribunales superiores de los países? (El caso *Fontevicchia vs. Argentina*)”, *Estudios constitucionales*, vol. 15, n.º 2, 2017, Universidad de Talca. Centro de Estudios Constitucionales, pp. 533-568, fecha de consulta 6 mayo 2021, en shorturl.at/pCU05.

IGLESIAS SÁNCHEZ, S., “Constitutional Identity and Integration: EU Citizenship and the Emergence of a Supranational Alienage Law”, *German Law Journal*, vol. 18, n.º 7, 2017, pp. 1797-1822, fecha de consulta 18 febrero 2021, en <https://bit.ly/3ubft3s>.

INARRA ZEBALLOS, L. G., “La limitación constitucional a la reelección de autoridades ejecutivas, su convencionalidad y legitimidad popular: una crítica a la sentencia del Tribunal Constitucional Plurinacional boliviano”, *Revista Razón Crítica*, n.º 6, 2019, Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano, pp. 237-255, fecha de consulta 2 abril 2021.

ISAE UNIVERSIDAD, *Conferencia: El control de convencionalidad en Panamá por el ex magistrado Jerónimo Mejía Edward*, 2020, fecha de consulta 1 mayo 2021, en <https://tinyurl.com/tn3zfbcf>.

IVANSCHITZ BOUDEGUER, B., “Un estudio sobre el cumplimiento y ejecución de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por el Estado de Chile”, *Estudios constitucionales*, vol. 11, n.º 1, 2013, Universidad de Talca. Centro de Estudios Constitucionales, pp. 275-332, fecha de consulta 18 mayo 2021, en <https://bit.ly/3opwi8B>.

JENNINGS, R.; WATTS, S. A. (eds.), *Oppenheim's International Law : Volume 1 Peace*, 9th, Oxford University Press, 2008.

JHR & LB, “Constitutional identity and the European Courts”, *European Constitutional Law Review*, vol. 3 (2), 2007, pp. 177-181.

JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, E. J., “La convención interamericana de derechos humanos como derecho interno”, *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, vol. 7, 1988, pp. 25-41.

JINETA LOBO, E., “Control de Convencionalidad ejercido por los Tribunales y Salas Constitucionales”, en Eduardo Ferrer Mac-Gregor (ed.) *El Control Difuso de Convencionalidad. Diálogo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los Jueces Nacionales*, FUNDAp, México, 2012, pp. 269-288.

JINETA LOBO, E., “La construcción de un derecho administrativo común interamericano, reformulación de las fuentes del derecho administrativo con la constitucionalización del derecho internacional de los derechos humanos”, *Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo*, vol. 11, 2011, (Asociación de Derecho Público (San José de Costa Rica)), pp. 112-121, fecha de consulta 25 febrero 2021.

KELSEN, H., “La garantía jurisdiccional de la Constitución (la Justicia Constitucional)”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n.º 15, 2011, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (España), pp. 249-300, fecha de consulta 9 mayo 2021, en <https://bit.ly/3fnBSUM>.

KRIELE, M., *Introducción a la teoría del Estado: fundamentos históricos de la legitimidad del Estado constitucional democrático*, Depalma, 1980.

KRUNKE, H., *Courts as Protectors of the People: Constitutional Identity, Popular Legitimacy and Human Rights*, Social Science Research Network, Rochester, NY, 2015, fecha de consulta 1 marzo 2021, en <https://bit.ly/34a5cst>.

LANDA, C., “El impacto del control de convencionalidad en el ordenamiento peruano: entre la época de la dictadura y la consolidación de la democracia”, en *Constitucionalismo y democracia en América Latina: controles y desconroles*, ADRUS EDITORES, Lima, 2014, pp. 219-254.

LARA GUADARRAMA, M., “Democracia, Estado de Derecho y Estado Constitucional de Derecho”, en Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, Eduardo Ferrer Mac-Gregor (eds.) *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho, t. II, Tribunales constitucionales y democracia*, Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008, pp. 585-598.

LLAIN ARENILLA, S., “El rol del principio de competence-competence en la prevención de tácticas dilatorias en el arbitraje comercial internacional.”, *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, n.º 24, 2014, pp. 143-168, fecha de consulta 26 marzo 2021.

LOIANNI, A., “El marco conceptual del control de convencionalidad en algunos fallos de la Corte Suprema argentina ‘Arancibia Clavel’, ‘Simón’, ‘Mazzeo’”, en *El control de convencionalidad*, Ediar, Buenos Aires, Argentina, 2008, pp. 113-130.

LONDOÑO LÁZARO, M. C., “El principio de legalidad y el control de convencionalidad de las leyes: confluencias y perspectivas en el pensamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n.º 128, 2010, Instituto

de Investigaciones Jurídicas, pp. 761-814, fecha de consulta 27 abril 2021, en <https://bit.ly/3bEKcP4>.

LÓPEZ, O. R., “Cumplimiento y ejecución de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: algunas reflexiones a partir del proceso de reforma en el Sistema Europeo de Derechos Humanos”, *Anuario de Derechos Humanos*, vol. 15, n.º 2, 2019, pp. 213-235, fecha de consulta 7 abril 2021.

LÓPEZ-ZAMORA, L.-A., “Perplejidades Normativas y Límites de la Actividad Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Algunas Lecciones Provenientes de la Adopción de la Opinión Consultiva OC-23/17 sobre «Medio Ambiente y Derechos Humanos»”, *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. 37, 2021, pp. 199-248, fecha de consulta 2 mayo 2021.

LÜBBE-WOLF, G., “Justicia Constitucional y Justicia Internacional: cooperaciones, conflictos y tensiones”, en Griselda D. Capaldo, Jan-Reinard Sieckmann, Laura Clérico, Universidad de Buenos Aires, Alexander von Humboldt-Stiftung (eds.) *Internacionalización del derecho constitucional, constitucionalización del derecho internacional*, 1. ed, Eudeba, Buenos Aires, 2012 (Derecho), pp. 85-105.

MACULAN, E., “El acuerdo de paz colombiano ante la obligación internacional de persecución penal y castigo”, *Cuadernos de estrategia*, n.º 189, 2017, Instituto Español de Estudios Estratégicos, pp. 91-124.

“Magistrado Luis Fernando Salazar: Es momento de que la Sala IV se haga a un lado”, *La Nación, Grupo Nación*, fecha de consulta 29 abril 2021, en <https://bit.ly/3e3Flbs>.

MALARINO, E., “Acerca de la pretendida obligatoriedad de la jurisprudencia en los Órganos Interamericanos de Protección de Derechos Humanos para los Tribunales

Judiciales Nacionales”, en *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, Vol. 2, 2010, ISBN 978-9974-8289-0-2, p. 425-446, Fundación Konrad Adenauer. Oficina Madrid, 2010, pp. 425-446, fecha de consulta 18 febrero 2021, en <https://tinyurl.com/3as62dk2>.

MALARINO, E., *Derechos humanos y derecho penal: Estudios sobre sistema interamericano de protección de derechos humanos y derecho penal internacional*, 2012.

MARCHECO ACUÑA, B., “El constitucionalismo de los derechos y los límites de la interpretación constitucional. A propósito de las sentencias sobre matrimonio igualitario en el Ecuador”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 119, 2020, pp. 185-206, fecha de consulta 14 febrero 2021, en <https://bit.ly/3hzEDoJ>.

MARTÍNEZ ESTAY, J. I., “Auto-restricción, deferencia y margen de apreciación. Breve Análisis de sus orígenes y su desarrollo”, *Estudios constitucionales*, vol. 12, n.º 1, 2014, pp. 365-396, fecha de consulta 14 febrero 2021, en <https://bit.ly/3wiFH19>.

MARTÍNEZ LAZCANO, A., “Control difuso de convencionalidad en México”, *Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global*, vol. 2, n.º 1, 2013, pp. 243-259, fecha de consulta 5 febrero 2021, en <https://bit.ly/3vaaAI0>.

MEDELLÍN URQUIAGA, X., “Principio pro persona: Una revisión crítica desde el derecho internacional de los derechos humanos”, *Estudios constitucionales*, vol. 17, n.º 1, 2019, Universidad de Talca. Centro de Estudios Constitucionales, pp. 397-440, fecha de consulta 27 abril 2021, en <https://tinyurl.com/yk765keb>.

MEJÍA EDWARD, J., “Control de constitucionalidad y de convencionalidad en Panamá”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2013, pp. 476-488, fecha de consulta 25 febrero 2021, en <https://bit.ly/3w1PK8L>.

MEJÍA-LEMONS, D. G., “On the «Control de Convencionalidad» Doctrine: a Critical Appraisal of the Inter-American Court of Human Rights’ Relevant Case Law”, *Anuario mexicano de derecho internacional*, vol. 14, 2014, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, pp. 117-151, fecha de consulta 11 febrero 2021, en <https://tinyurl.com/s7usacac>.

MEMBREÑO, C., “Aplicación de los instrumentos internacionales por los tribunales laborales panameños: especial énfasis a los convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).”, *Asociación Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2018, fecha de consulta 1 mayo 2021, en <https://bit.ly/3oFMS3Z>.

MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES DE CHILE, “Comunicado de prensa Ministerio de Relaciones Exteriores - Ministerio de Justicia y Derechos Humanos sobre Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, *Minrel*, fecha de consulta 20 abril 2021, en <https://bit.ly/3oB4H46> o <https://bit.ly/3bPCK3A>.

MONROY NÚÑEZ, L.; CORONA NAKAMURA, L. A., “La Constitución, la democracia, los derechos y las garantías en el Estado Constitucional de Derecho”, *Sufragio*, 2009, pp. 166-177, fecha de consulta 5 mayo 2021, en <https://bit.ly/2RwwB4M>.

MONTERISI, R., “La Corte Interamericana de Derechos Humanos y el impacto de sus sentencias”, *Revista Jurídica Argentina La Ley*, 2012, fecha de consulta en <https://bit.ly/3yoHsPe>.

MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, Tomo I, Civitas, Madrid, 2004.

NASH, C., “Control de convencionalidad. Precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Humberto

Nogueira Alcalá (ed.) *El diálogo transjudicial de los Tribunales Constitucionales entre sí y con las Cortes Internacionales de Derechos Humanos*, Universidad de Talca, Centro de Estudios Constitucionales de Chile: Librotecnia, Santiago, Chile, 2012, pp. 359-386.

NASH, C., “Relación entre el sistema constitucional e internacional en materia de derechos humanos”, en Griselda D. Capaldo, Jan-Reinard Sieckmann, Laura Clérico, Universidad de Buenos Aires, Alexander von Humboldt-Stiftung (eds.) *Internacionalización del derecho constitucional, constitucionalización del derecho internacional*, 1. ed, Eudeba, Buenos Aires, 2012 (Derecho), pp. 145-158.

NASH ROJAS, C., “La doctrina del margen de apreciación y su nula recepción en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *ACDI - Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, vol. 11, 2018, fecha de consulta 21 mayo 2021, en <https://bit.ly/3fFV8gr>.

NIKKEN, P., “El concepto de derechos humanos”, *Estudios básicos de Derechos Humanos*, vol. I, 1994, (Instituto Interamericano de Derechos Humanos (San José - Costa Rica)), pp. 15-37.

NIKKEN, P., *La protección internacional de los derechos humanos: su desarrollo progresivo*, Civitas, Madrid, 1987, fecha de consulta 26 febrero 2021.

NOGUEIRA ALCALÁ, H., “Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para los tribunales nacionales, en especial, para los tribunales constitucionales”, en Eduardo Ferrer Mac-Gregor (ed.) *El Control Difuso de Convencionalidad. Diálogo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los Jueces Nacionales*, FUNDAp, México, 2012, pp. 331-389.

NOLTE, G., *How to Identify Customary International Law? – On the Final Outcome of the Work of the International Law Commission (2018)*, Social Science Research Network, Rochester, NY, 2019, fecha de consulta 11 febrero 2021, en <https://bit.ly/3u7LPv1>.

NOVAK TALAVERA, F.; GARCÍA-CORROCHANO MOYANO, L., *Derecho internacional público*, vol. III, 2. ed, Pontificia Universidad Católica del Perú, Instituto de Estudios Internacionales, Fondo Editorial, San Miguel, 2005.

NOVAK TALAVERA, F.; GARCÍA-CORROCHANO MOYANO, L., *Materiales de Derecho Internacional Público*, 2016.

NOVAK TALAVERA, F.; NAMIHAS, S., *Derecho internacional de los Derechos Humanos: manual para magistrados y auxiliares de justicia*, Lima, Lima, 2004, fecha de consulta 26 febrero 2021.

NÚÑEZ PÉREZ, F., “La imprescriptibilidad de los delitos contra la humanidad con relación al ‘control de convencionalidad’ aplicable dentro de nuestro ordenamiento jurídico”, *Gaceta Penal & Procesal Penal*, vol. Tomo 31, 2012, pp. 97-124.

NÚÑEZ POBLETE, M., “La función del derecho internacional de los derechos de la persona en la argumentación de la jurisprudencia constitucional. Práctica y principios metodológicos”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. 32, 2009.

NÚÑEZ POBLETE, Manuel. “Sobre la doctrina del margen de apreciación nacional. La experiencia latinoamericana confrontada y el *thelos* constitucional de una técnica de adjudicación del derecho internacional de los derechos humanos”, en Paola Acosta y Manuel Núñez (Coord.). *El margen de apreciación en el sistema interamericano de*

derechos humanos: proyecciones regionales y nacionales. Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2012

NUÑO, A., “«Artículos 61, 62, 66 - 69 | Competencia, funciones y procedimiento ante la Corte IDH»”, en Christian Steiner, Patricia Uribe (eds.) *Convención Americana sobre derechos humanos. Comentario*, Konrad Adenauer Stiftung La Paz, 2014, fecha de consulta 26 marzo 2021.

OLIVOS CAMPOS, J., “Constitucionalidad y el control de convencionalidad de los derechos humanos en México”, *Revista de Derecho Público*, n.º 79, 2013, pp. 95-114, fecha de consulta 5 febrero 2021, en <https://bit.ly/3vanWEf>.

OLLERO TASSARA, A., “No discriminación y nuevos derechos. Las relaciones homosexuales ante el Tribunal Constitucional”, *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, vol. 90, 2013, fecha de consulta en <https://bit.ly/39c6SFz>.

ONU - ASAMBLEA GENERAL, *Identification of customary international law (U.N. Doc. A/RES/73/203)*, 2018, fecha de consulta 4 abril 2019, en <https://undocs.org/en/A/RES/73/203>.

ONU - ASAMBLEA GENERAL, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional (U.N. Doc. A/61/10)*, 2006, fecha de consulta 4 abril 2019, en <https://undocs.org/es/A/61/10>.

ONU - COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, *Identificación del derecho internacional consuetudinario (A/CN.4/L.908)*, 2018, fecha de consulta 4 abril 2019, en <https://undocs.org/en/A/CN.4/L.908>.

ORDÓÑEZ, A., “La justicia constitucional en Guatemala. Casos relevantes (2010-2011)”, en Víctor Bazán, Claudio Nash (eds.), Fundación Konrad Adenauer, Bogotá, 2012, pp. 153-165.

OROZCO SOLANO, V., “Aproximación al bloque de constitucionalidad y de convencionalidad en el sistema de justicia constitucional costarricense”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, vol. 23, n.º 1, 2019, pp. 175-206, fecha de consulta 27 abril 2021.

OROZCO SOLANO, V., “El valor normativo de los Instrumentos Internacionales en materia de Derechos Humanos en el Sistema de Justicia Constitucional Costarricense: El caso particular de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Revista Judicial (Costa Rica)*, vol. 113, 2014, pp. 9-32, fecha de consulta 15 diciembre 2017.

ORTEGA PEÑUELAS, E., “Las restricciones constitucionales de los derechos humanos en México a partir de la contradicción de tesis 293/11, análisis argumentativo y valoración ponderativa para la solución de principios normativos en conflicto | Derecho Global. Estudios sobre Derecho y Justicia”, vol. VI, n.º 16, 2020, pp. 131-158, fecha de consulta 27 abril 2021.

ORUNESU, C., “Conventionality control and international judicial supremacy: Some reflections on the Inter-American system of human rights”, *Revus*, n.º 40, 2020, pp. 45-62, fecha de consulta 13 febrero 2021, en <https://tinyurl.com/2wrju98f>.

OVIEDO MAMANI FLORES, C., “El control de convencionalidad y la protección de los derechos humanos en el Perú”, *Revista de Derecho*, vol. 5, n.º 2, 2020, pp. 68-75, fecha de consulta 4 mayo 2021.

PASTOR RIDRUEJO, J. A., *Curso de derecho internacional público*, Tecnos, Madrid, 1986.

PASTOR RIDRUEJO, J. A., *Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales*, Tecnos, 2001.

PASTOR RIDRUEJO, J. A., *Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales*, Tecnos, Madrid, 2010.

PASTOR RIDRUEJO, J. A., *Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales*, Tecnos, 2019.

PAÚL, Á., “The American Convention on Human Rights: Updated by the Inter-American Court”, *Revista de Derecho Iuris Dictio*, 2017, pp. 53-87, fecha de consulta 10 marzo 2021, en <https://tinyurl.com/rbs9kssa>.

PAÚL DÍAZ, Á., “La Corte Interamericana in vitro: comentarios sobre su proceso de toma de decisiones a propósito del caso Artavia”, *Revista Derecho Público Iberoamericano*, n.º 2, 2013, Universidad del desarrollo, pp. 303-345, fecha de consulta 29 abril 2021, en <https://bit.ly/3oy89wo>.

PAYANDEH, Mehrdad. “Constitutional review of EU Law after *Honeywell*: contextualizing the relationship between the German Constitutional Court and the EU Court of Justice”. *Common Market Law Review*, n.º 48, 2011.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Derechos sociales y positivismo jurídico: (escritos de filosofía jurídica y política)*, Dykinson, 1999, fecha de consulta 22 mayo 2021, en <https://bit.ly/3ffkpPH>.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., “Parlamento, libertad civil y democracia”, en Eduardo Fuentes Ganzo, José Luis Martín (eds.) *De las cortes históricas a los parlamentos democráticos: Castilla y León, s. XII-XXI: (actas congreso científico, Benavente, 21-25-*

X-2002), Editorial Dykinson, Madrid, 2003, pp. 475-487, fecha de consulta en <http://hdl.handle.net/10016/10467>.

PELLET, A., “«Article 38»”, en Andreas Zimmermann, Christian Tomuschat, Karin Oellers-Frahm (eds.) *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, Oxford University Press, Oxford; United Kingdom, 2006.

PEREIRA MENAUT, A., *Rule of law o Estado de Derecho*, Madrid Barcelona, 2003.

PINTO, M., “El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, en Martín Abregú, Christian Courtis, Germán José Bidart Campos (eds.) *La Aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Del Puerto, Buenos Aires, 1997, pp. 163-172.

PITTIER, L. E., “El control de convencionalidad en la Argentina y algunas experiencias de evasión de compromisos internacionales”, *Revista CES Derecho*, vol. 3, n.º 2, 2012, Universidad CES, pp. 122-127, fecha de consulta 25 febrero 2021, en <https://bit.ly/3hKMGz0>.

PIZZOLO, C., “La relación entre la Corte Suprema de Justicia y la Corte Interamericana de Derechos Humanos a la luz del bloque de constitucionalidad federal”, en *El control de convencionalidad*, Ediar, Buenos Aires, Argentina, 2008, pp. 189-206.

PIZZOLO, C., *Sistema interamericano*, Ediar, Buenos Aires, Argentina, 2007, fecha de consulta 26 febrero 2021.

PODER JUDICIAL DE LA REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY, “Uruguay ascendió 5 posiciones en el rubro de independencia judicial y sigue en el primer lugar entre naciones latinoamericanas”, fecha de consulta 26 febrero 2021, en <https://bit.ly/2Rrn1kl>.

PODESTÁ COSTA, L.; RUDA, J. M., *Derecho Internacional Público*, vol. 1, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1985.

POKOL, B., “The NGO base of the EU Juristocracy”, *Dialog Campus Edition*, 2019, fecha de consulta 22 mayo 2021, en <https://bit.ly/2TeZq73>.

POLZIN, M., “Constitutional Identity as a Constructed Reality and a Restless Soul”, *German Law Journal*, vol. 18, n.º 7, 2017, Cambridge University Press, pp. 1595-1616, fecha de consulta 22 febrero 2021, en <https://bit.ly/37DPEQ9>.

POLZIN, M., “Constitutional identity, unconstitutional amendments and the idea of constituent power: The development of the doctrine of constitutional identity in German constitutional law”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 14, n.º 2, 2016, pp. 411-438, fecha de consulta 28 febrero 2021, en <https://doi.org/10.1093/icon/mow035>.

PRADA, M., “La integración del Derecho Internacional en el Sistema Colombiano”, en *Manual: Protección Multinivel de Derechos*, Red de Derechos Humanos y Educación Superior (Universidad Pompeu Fabra), Barcelona, 2013, pp. 365-391, fecha de consulta 25 noviembre 2020, en <https://bit.ly/3u6fyV4>.

PRENDERGAST, D., “The judicial role in protecting democracy from populism”, *German Law Journal*, vol. 20, n.º 2, 2019, pp. 245-262, fecha de consulta 3 marzo 2021.

PRIETO SANCHÍS, L., *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, 1990, fecha de consulta 5 mayo 2021.

QUIROZ SALAZAR, W. F.; ARAYA VEGA, A. G., *La prisión preventiva desde la perspectiva constitucional, dogmática y del control de convencionalidad*, Ideas, Lima, 2014.

QUISPE REMÓN, F., *El debido proceso en el derecho internacional y en el sistema interamericano*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

RAGONE, S., “Las relaciones de los Tribunales Constitucionales de los Estados miembros con el Tribunal de Justicia y con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: una propuesta de clasificación”, en *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales: in memoriam Jorge Carpio, generador incansable de diálogos--*, 2013, ISBN 978-84-9053-101-3, p. 415-446, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 415-446, fecha de consulta 21 abril 2021, en <https://bit.ly/3f5Fpbu>.

RAMOS-KURI, M. (ed.), *Artavia Murillo vs. Costa Rica: Análisis crítico a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el fallo sobre fertilización in vitro (alcances del juicio sobre el inicio de la vida humana, y sus posibles repercusiones a nivel continental)*, 2ª ed., CISAV, Querétaro - México, 2017.

RECIO, P., “Mario Redondo: la resolución de la Corte IDH es una «atrocidad»”, *La Nación, Grupo Nación*, fecha de consulta 29 abril 2021, en <https://bit.ly/3t559IP>.

REGLAMENTOS, *Reglamento de la Caja Costarricense de Seguro Social*.

REISMAN, W. M., “Has the International Court Exceeded its Jurisdiction?”, *American Journal of International Law*, vol. 80, n.º 1, 1986, Cambridge University Press, pp. 128-134, fecha de consulta 14 mayo 2021, en <https://tinyurl.com/484y2na3>.

REMIRO BROTONS, A., *Derecho internacional*, McGraw-Hill Interamericana de España, 1997, fecha de consulta 26 febrero 2021.

REMOTTI CARBONELL, J. C., *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: estructura, funcionamiento y jurisprudencia*, IDEMSA, 2004.

REQUEJO PAGÉS, J. L., “Identidad nacional e integración europea”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 100, 2014, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 425-434, fecha de consulta 3 marzo 2021.

REVIRIEGO, J., “Algunos aspectos sobre el activismo judicial: función conciliadora, tutelas preventivas y control de convencionalidad”, en *Nuevas herramientas procesales*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2013, pp. 59-69.

REY CANTOR, E., *El derecho procesal constitucional: un nuevo concepto*, Doctrina y Ley, 2010.

REY CANTOR, E., “Jurisdicción constitucional y control de convencionalidad de las leyes”, en *Memoria X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional: (Lima, 16-19 de septiembre de 2009)*, Vol. 2, Tom 2, 2009 (*Memoria del X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*), ISBN 978-612-4037-07-8, p. 623-636, IDEMSA, Lima, 2009, pp. 763-799, fecha de consulta 25 febrero 2021.

RIGUETTI, A.; ALVAREZ, C.; RODRÍGUEZ, M. R.; OLLERO, M.; URCHITANO, M.; CEDROLA, P., “Valor y fuerza de los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la interpretación del Corpus Iuris interamericano”, *Revista de Derecho*, vol. 16, n.º 32, 2017, pp. 337-366, fecha de consulta 12 febrero 2021.

RISSO FERRAND, M., “Cumplimiento de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Gelman. Después de la declaración de inconstitucionalidad de la Ley Interpretativa 18.831”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, vol. 1, n.º 2013, 2013, pp. 639-653, fecha de consulta 14 febrero 2021, en <https://bit.ly/3yapuUap>.

RISSE FERRAND, M., “Jurisprudencia constitucional uruguaya”, en Víctor Bazán, Claudio Nash (eds.), vol. 5, Fundación Konrad Adenauer, Bogotá, 2012, pp. 179-185.

RISSE FERRAND, M., “¿Quién tiene la última palabra en temas de derechos humanos? Democracia versus aristocracia con toga”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2012, pp. 393-414, fecha de consulta 5 mayo 2021, en <https://bit.ly/2T8bd6Y>.

RIVERA, J., “Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales en Bolivia. Avances y retrocesos”, en Víctor Bazán, Claudio Nash (eds.), vol. 5, Fundación Konrad Adenauer, Bogotá, 2012, pp. 101-111.

RODRÍGUEZ GÓMEZ, C., “La competencia de la Corte Interamericana”, *www.diariolibre.com*, 2019, fecha de consulta 24 abril 2021, en <https://bit.ly/3wlo04e>.

RODRÍGUEZ, J. L.; ORUNESU, C., “Tres paradojas sobre el control de convencionalidad”, en *Derecho Nacional y Derecho Internacional. Paradojas en su articulación*, Mar del Plata, Argentina, 2017, pp. 119-148.

ROMBOLI, S., “El conflicto entre identidad nacional y Derecho de la Unión Europea en el caso Coman: el Tribunal de Justicia añade otra pieza fundamental para la protección de las parejas homosexuales frente a la discriminación”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, vol. 17 (33), 2020, fecha de consulta 3 marzo 2021.

ROMERO PÉREZ, X. L., *Vinculación de las resoluciones judiciales de la Corte interamericana*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá (Colombia), 2011.

ROSALES RIGOL, C., “La dignidad humana como fuente directa de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional”, en María Pía Silva Gallinato, Miriam

Lorena Henríquez Viñas (eds.) *Derechos fundamentales y justicia constitucional: ¿consolidación o reforma?*, Abeledo Perrot Chile: Thomson/Reuters, Santiago, Chile, 2012, pp. 31-52.

ROSATTI, H., “El llamado ‘control de convencionalidad’ y el ‘control de constitucionalidad’ en la Argentina”, *Revista Jurídica Argentina La Ley*, 2012, fecha de consulta 18 julio 2020, en <https://bit.ly/3yuWmn9>.

RYSSDAL, R., “The enforcement system set up under the European convention on human rights”, en M. K. Bulterman, M. Kuijer (eds.) *Compliance with judgments of international courts: proceedings of the symposium organized in honour of professor Henry G. Schermers by Mordenate College and the Department of International Public Law of Leiden University*, Martinus Nijhoff, The Hague; Boston, 1996.

SABSAY, D., “El bloque de constitucionalidad federal y el control de convencionalidad”, *Revista Jurídica Argentina La Ley*, 2013, (AR/DOC/1197/2013), fecha de consulta 14 noviembre 2015, en <https://bit.ly/3v2eenk>.

SACERDOTI, G., “The Authority of “Precedent” in International Adjudication: the Contentious Case of the WTO Appellate Body’s Practice”, *The Law & Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 19, n.º 3, 2020, pp. 497-514, fecha de consulta 14 febrero 2021.

SAGÜÉS, M. S., “Diálogo jurisprudencial y control de convencionalidad a la luz de la experiencia en el caso argentino”, en Miriam Lorena Henríquez Viñas, Mariela Morales Antoniazzi (eds.) *El Control de convencionalidad: un balance comparado a 10 años de Almonacid Arellano vs. Chile*, Primera edición, Ediciones DER : Universidad Alberto Hurtado, Facultad de Derecho, Santiago, Chile, 2017 (CoEdiciones), pp. 281-372.

SAGÜÉS, N. P., “El control de convencionalidad. En particular sobre las Constituciones Nacionales”, *La Ley*, vol. 73, n.º 35, 2009, p. 19, fecha de consulta 10 octubre 2013, en <https://bit.ly/3tFYzZA>.

SAGÜÉS, N. P., *La interpretación judicial de la constitución*, LexisNexis, Buenos Aires, 2006.

SAGÜÉS, N. P., “Obligaciones internacionales y control de convencionalidad”, *Estudios constitucionales*, vol. 8, n.º 1, 2010, pp. 117-136, fecha de consulta 9 marzo 2021, en <https://bit.ly/3o8T7NH>.

SAGÜÉS, P., “Dificultades operativas del ‘control de convencionalidad’ en el sistema interamericano”, *Revista Jurídica Argentina La Ley*, vol. 104, 2009, pp. 79-86, fecha de consulta 6 marzo 2018, en <https://bit.ly/3hhLVxe>.

SAGÜÉS, P., “La incidencia de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la jurisprudencia peruana”, 2011, fecha de consulta 26 febrero 2021, en <https://bit.ly/3v6qeEd>.

SAIZ ARNAIZ, A., “La interpretación de los derechos fundamentales de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos”, *Hendu – Revista Latino-Americana de Direitos Humanos*, vol. 2, n.º 1, 2011, pp. 20-42, fecha de consulta 14 febrero 2021, en <https://bit.ly/3bHe9hm>.

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE COSTA RICA, *Sentencia 2000-2306*, 2000.

SALMÓN GÁRATE, E., “El orden público internacional y el orden público interno desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos”, *Revista Jurídica*

THEMIS (Pontificia Universidad Católica del Perú), vol. 51, 2005, Pontificia Universidad Católica del Perú, pp. 151-157, fecha de consulta 25 febrero 2021.

SALVIOLI, F., “El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos”, Estrasburgo (Francia), 2007, fecha de consulta 2 marzo 2016.

SÁNCHEZ AYALA, C., “Impacto de la cosa interpretada por la Corte IDH y la reforma constitucional en México”, *FORO. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Nueva Época*, vol. 17, n.º 1, 2015, pp. 359-371, fecha de consulta 25 febrero 2021.

SÁNCHEZ G., S., “El control de convencionalidad en Panamá”, en *El control de convencionalidad en México, Centroamérica y Panamá (1a. ed.)*, [Tegucigalpa]: Editorial Casa San Ignacio, 2016, pp. 194-223, fecha de consulta 1 mayo 2021.

SANTALLA VARGAS, E., “Impacto del sistema interamericano de derechos humanos en el derecho penal internacional en el contexto boliviano”, en *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional, Vol. 3, 2013, ISBN 978-95857456*, p. 53-82, Fundación Konrad Adenauer. Oficina Madrid, 2013, pp. 53-82, fecha de consulta 25 febrero 2021, en <https://bit.ly/3hN08md>.

SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Principios de derecho administrativo*, Centro de Estudios Ramon Areces, Madrid, 1990.

SANZ-CABALLERO, Susana. “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y su respuesta al reto de la transexualidad: Historia de un cambio de criterio”, *American University International Law Review*, Vol. 29, n.º 4, 2014.

SARRIÓN ESTEVE, J., “El retorno de los límites constitucionales a la primacía: A propósito del reciente rugido del guardián de la Constitución alemana”, *Revista de derecho*

constitucional europeo, n.º 34, 2020, Instituto Andaluz de Administración Pública, p. 5, fecha de consulta 5 marzo 2021.

SCARPELLI, U., *Il problema della definizione e il concetto di diritto*, Istituto Editoriale Cisalpino, 1955.

SCHMITT, C., *Teoría de la constitución*, Alianza, Madrid, 2017.

SERRANO GUZMÁN, S.; COMISIÓN NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS (MÉXICO); CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *El control de convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 2013.

SHAW, M. N., *International Law*, 8ª ed., Cambridge University Press, UK, 2017.

SHIHATA, I. F. I., *The Power of the International Court to Determine Its Own Jurisdiction: Compétence de la Compétence*, Springer Netherlands, 1965, fecha de consulta 11 febrero 2021.

SIERRA PORTO, H., “La Corte Constitucional Colombiana frente al Control de Convencionalidad”, en Anja Mihr (ed.) *Rule of Law and Transitional Justice. Towards a triangular learning. The case of Colombia*, EIUC, IT, 2013, pp. 134-158, fecha de consulta 25 febrero 2021, en <https://doi.org/10.7404/EIUC.2012.01>.

SIERRA PORTO, H., “Recientes avances de la jurisprudencia constitucional colombiana”, en Víctor Bazán, Claudio Nash (eds.), vol. 5, Fundación Konrad Adenauer, Bogotá, 2012, pp. 135-142.

SILVA ABBOTT, M., “¿Qué efectos produce el control de convencionalidad decretado por la corte interamericana en un ordenamiento jurídico?”, *Estudios constitucionales*, vol. 18, 2020, Universidad de Talca. Centro de Estudios Constitucionales, pp. 265-308.

SILVA GARCÍA, F., “Control de convencionalidad en México: transformaciones y desafíos”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. 1, n.º 152a, 2019, pp. 97-127, fecha de consulta 26 abril 2021.

SILVA IRARRÁZAVAL, L. A., “La jurisdicción de los derechos: legislador y juez a la luz del concepto clásico de determinatio”, *Revista chilena de derecho*, vol. 47, n.º 2, 2020, pp. 331-357, fecha de consulta 28 abril 2021.

SILVESTRI, G., “L’individuazione dei diritti della persona”, vol. *Diritto Penale Contemporaneo*, 2018, pp. 1-12, fecha de consulta 5 mayo 2021.

SIMÓN YARZA, F., “Subsidiarity, Human Rights and Judicial Activism: The Role of Courts”, en Maciej Dybowski, Rafael García Pérez (eds.) *Globalization of law. the role of human dignity*, 1ª ed., Aranzadi, Navarra - España, 2018, pp. 89-112, fecha de consulta 9 abril 2021.

SODERO, E., “Precedente e internacionalización del derecho constitucional”, en Griselda D. Capaldo, Jan-Reinard Sieckmann, Laura Clérico, Universidad de Buenos Aires, Alexander von Humboldt-Stiftung (eds.) *Internacionalización del derecho constitucional, constitucionalización del derecho internacional*, 1. ed, Eudeba, Buenos Aires, 2012 (Derecho), pp. 451-471.

SPIEKER, L. D., “Framing and managing constitutional identity conflicts: How to stabilize the modus vivendi between the Court of Justice and National Constitutional Courts”, *Common Market Law Review*, vol. 57, 2020, pp. 361-398.

STERCK, J., “Sameness and selfhood: The efficiency of constitutional identities in EU law”, *European Law Journal*, vol. 24, n.º 4-5, 2018, pp. 281-296, fecha de consulta 21 febrero 2021, en <https://tinyurl.com/eska4nb3>.

STIANSEN, Ø.; VOETEN, E., “Backlash and Judicial Restraint: Evidence from the European Court of Human Rights”, *International Studies Quarterly*, vol. 64, n.º 4, 2020, pp. 770-784, fecha de consulta 21 abril 2021, en <https://tinyurl.com/25e24rvu>.

TAJADURA TEJADA, J., *Los derechos fundamentales y sus garantías*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

TASIOULAS, J., “Conceptual overreach threatens the quality of public reason – John Tasioulas | Aeon Essays”, *Aeon*, fecha de consulta 2 marzo 2021, en <https://bit.ly/3oIg2zx>.

TELLO MENDOZA, J. A., *El control de convencionalidad: situación de algunos Estados Americanos*, 1ª ed., 2016.

TELLO MENDOZA, J. A., “La doctrina del control de convencionalidad: dificultades inherentes y criterios razonables para su aplicabilidad”, *Prudentia iuris*, n.º 80, 2015, Pontificia Universidad Católica Argentina, pp. 197-220, fecha de consulta 11 marzo 2021, en <https://tinyurl.com/6xrc2e3z>.

TELLO MENDOZA, J. A., “La doctrina del Control de Convencionalidad. Un pretendido cambio de paradigma en la región americana”, *Agenda Internacional*, vol. 26, n.º 37, 2019, pp. 159-181, fecha de consulta 11 marzo 2021, en <https://tinyurl.com/vd9r64pf>.

TELLO MENDOZA, J. A., “The Conventionality Control Doctrine of the Inter-American Court of Human Rights: a Critical Approach”, *OHRH*, fecha de consulta 13 marzo 2021, en <https://tinyurl.com/y2dzj3b4>.

THIRLWAY, H., “The sources of international law”, en Malcolm Evans (ed.) *International Law*, Oxford ; New York, 2010, pp. 95-121.

THURY CORNEJO, V., “Control de convencionalidad difuso: los límites de la armonización”, *El Archivo de Todo Sobre la Corte*, fecha de consulta 25 febrero 2021, en <https://bit.ly/3v7WaIC>.

THURY CORNEJO, V., “La revisión del control de convencionalidad difuso y la identidad institucional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, vol. 50, Universitas SRL, Buenos Aires (Argentina), 2012 (EL DERECHO), p. 14 páginas.

TOMUSCHAT, C., “«Article 36» (para. 6)”, en Andreas Zimmermann, Karin Oellers-Frahm, Christian Tomuschat, Christian Tams (eds.) *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, 2, Oxford University Press, Oxford; United Kingdom, 2012, fecha de consulta 26 marzo 2021, en <https://bit.ly/33YOyw9>.

TORRES PÉREZ, A., “Constitutional Identity and Fundamental Rights: The Intersection between Articles 4(2) TEU and 53 Charter”, en Alejandro Saiz Arnaiz, Carina Alcoberro Llivina (eds.) *National Constitutional Identity and European Integration*, Intersentia, 2013 (Law and Cosmopolitan Values).

TRUCCO, M. F., “El control de convencionalidad en la interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su recepción por los tribunales nacionales”, *Revista de Filosofía Jurídica y Social*, n.º 33, 2012, Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional del Rosario, pp. 121-141, fecha de consulta 10 marzo 2021, en <https://bit.ly/3hKMorU>.

TRUYOL SERRA, A., *Fundamentos de derecho internacional público*, 4. ed. revisada y aumentada, Editorial Tecnos, Madrid, 1977.

TRUYOL SERRA, A., *La sociedad internacional*, 5ª, Alianza Editorial, Madrid, 1985.

UGARTE MOSTAJO, D., *La garantía institucional del matrimonio en la Constitución de 1993. La heterosexualidad como rasgo esencial de la institución matrimonial*, Palestra, Lima, 2014.

URBINA, F. J.; CONTRERAS, F., “Derecho y ordenamiento de la conducta”, *Jurídicas*, vol. 16, n.º 2, 2019, pp. 108-125, fecha de consulta 5 mayo 2021, en <https://tinyurl.com/6rnd5w2w>.

VANOSI, J., “El control de constitucionalidad ‘de oficio’ y el control de convencionalidad”, *Revista Jurídica Argentina La Ley*, 2013, pp. 37-41, fecha de consulta 1 marzo 2021, en <https://bit.ly/3ytxqww>.

VARGAS ALFARO, M. DE J., “El “consensus” y el control de convencionalidad de la Corte Internacional de Derechos Humanos: reflexiones a la luz del caso “Artavia Murillo y otros” contra Costa Rica”, *Documentos de Trabajo (IELAT, Instituto Universitario de Investigación en Estudios Latinoamericanos)*, n.º 96, 2017, Instituto de Estudios Latinoamericanos (IELAT), pp. 1-66, fecha de consulta 28 abril 2021, en shorturl.at/cdxFP.

VARGAS, N., “Los Tratados de Derechos Humanos en la Nueva Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia”, en *Manual: Protección Multinivel de Derechos*, Red de Derechos Humanos y Educación Superior (Universidad Pompeu Fabra), Barcelona, 2013, pp. 329-342, fecha de consulta 5 noviembre 2020, en <https://bit.ly/3bIgDMq>.

VARÓN MEJÍA, A., “Orden público internacional y normas «ius cogens»: una perspectiva desde la comisión de derecho internacional y la convención de Viena de 1969”, *Diálogos de saberes: investigaciones y ciencias sociales*, n.º 32, 2010, Universidad Libre, pp. 211-229, fecha de consulta 25 febrero 2021.

VASQUEZ PALMA, M. F., “Comprensión del principio «competencia-competencia» y configuración de la nulidad o ineficacia del acuerdo arbitral”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 15, 2010, Universidad Externado de Colombia, pp. 181-196, fecha de consulta 26 marzo 2021.

VENTURA, M., “La Corte Interamericana de Derechos Humanos”, San José de Costa Rica, 2002.

VENTURA ROBLES, M. E., “La legitimidad de los jueces de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Prudentia iuris*, n.º 82, 2016, Pontificia Universidad Católica Argentina, pp. 271-286, fecha de consulta 12 mayo 2021, en <https://bit.ly/2T3riLc>.

VIGO, R. L., *Constitucionalización y judicialización del derecho*, Editorial Porrúa, México, 2013.

VILLIGER, M. E., *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Brill | Nijhoff, 2009, fecha de consulta 11 febrero 2021.

VIO GROSSI, E., “El control de convencionalidad y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, vol. 1, n.º 2018, 2019, fecha de consulta 14 febrero 2021.

VIO GROSSI, E., “La naturaleza no vinculante de las opiniones consultivas de la Corte interamericana de derechos humanos”, *Revista Jurídica Digital UANDES*, vol. 2, n.º 2, 2018, Universidad de Los Andes, pp. 200-214, fecha de consulta 14 febrero 2021, en <https://tinyurl.com/pmj75934>.

VIRALLY, M., *El devenir del derecho internacional: ensayos escritos al correr de los años*, Fondo de Cultura Económica, México, D.F., 1998.

VÍTOLO, A. M., “El valor de las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a la luz de las OC-21/14 y 23/17:”, *Revista Jurídica Austral*, vol. 1, n.º 1, 2020, pp. 187-217, fecha de consulta 14 febrero 2021, en <https://tinyurl.com/4t6bk3zs>.

VÍTOLO, A. M., “Una novedosa categoría jurídica: el «querer ser». Acerca del pretendido carácter normativo erga omnes de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Las dos caras del «control de convencionalidad».”, *Pensamiento Constitucional*, vol. 18, 2013, pp. 357-380, fecha de consulta 25 febrero 2021, en <https://bit.ly/3u52dwi>.

WALDRON, J., *Law and Disagreement*, Oxford University Press, Oxford, New York, 1999.

WALDRON, J., “The Core of the Case against Judicial Review”, *The Yale Law Journal*, vol. 115, n.º 6, 2006, pp. 1346-1406, fecha de consulta 9 marzo 2021, en <https://bit.ly/3bvfVBX>.

WALDRON, J., “The rule of law and the role of courts”, *Global Constitutionalism*, vol. 10, n.º 1, 2021, pp. 91-105, fecha de consulta 22 mayo 2021, en <https://bit.ly/3ywA8kL>.

YAÑEZ, M., “El control de convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Problemas y desafíos.”, *Revista Estudios Jurídicos Democracia y Justicia*, n.º 3, 2014, fecha de consulta 21 mayo 2021, en <https://bit.ly/3fDYAbg>.

YOWELL, P., “Legislación, common law y la virtud de la claridad”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 39, n.º 2, 2012, pp. 481-512, fecha de consulta 5 mayo 2021, en <https://bit.ly/3v856gX>.

ZAMORA CASTELLANOS, F., “Crisis en la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *El Imparcial*, fecha de consulta 29 abril 2021, en <https://bit.ly/3yrpXOo>.

ZAVERUCHA, J.; LEITE, R., “A impunidade de agentes estatais nos casos julgados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos”, *Revista Brasileira de Segurança Pública*, vol. 10, n.º 1, 2016, fecha de consulta 4 enero 2019, en <https://tinyurl.com/4yyxt3v3>.

ZÚÑIGA URBINA, F., “Control de convencionalidad y tribunales nacionales. Una aproximación crítica”, en Humberto Nogueira Alcalá (ed.) *El diálogo transjudicial de los Tribunales Constitucionales entre sí y con las Cortes Internacionales de Derechos Humanos*, Universidad de Talca, Centro de Estudios Constitucionales de Chile: Librotecnia, Santiago, Chile, 2012, pp. 387-448.

PÁGINAS WEB

Poder Judicial de la República Oriental del Uruguay. “Uruguay ascendió 5 posiciones en el rubro de independencia judicial y sigue en el primer lugar entre naciones latinoamericanas”. Consultada el 7 de noviembre de 2015 a las 14:32 hrs. Disponible en: <http://www.poderjudicial.gub.uy/144-noticias-institucionales/1396-uruguay-ascendio-5-posiciones-en-el-rubro-de-independencia-judicial.html>

CONFERENCIAS, SEMINARIOS Y OTROS EVENTOS ACADÉMICOS

Asociación Costarricense de la Judicatura (2013). “Control difuso de convencionalidad en América Latina”. Congreso del XX aniversario de la asociación, dado el 21 de agosto de 2013. San José – Costa Rica. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=eMJmgkxE3vA>

Asociación Costarricense de la Judicatura (2013). “Control de convencionalidad en el ordenamiento jurídico costarricense”. Congreso del XX aniversario de la asociación, dado el 21 de agosto de 2013. San José – Costa Rica. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=ZQTFD8PKQFM>

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2013). “El Sistema Interamericana de Derechos Humanos: tendencias y complementariedades”. Seminario Internacional realizado en el marco del 47° Período Extraordinario de Sesiones, dado entre el 18 y 22 de marzo de 2013. Medellín – Colombia. Disponible en: <https://vimeo.com/63338458>

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2013). “Diálogo jurisprudencial e impacto de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. Seminario Internacional realizado en el marco del 48° Período Extraordinario de Sesiones, dado entre el 7 y 11 de octubre de 2013. Ciudad de México – Estados Unidos Mexicanos. Disponible en: <https://vimeo.com/album/2565106/video/76720365>

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2014). “Justicia Interamericana y Diálogo Jurisprudencial”. Seminario Internacional realizado en el marco del 51° Período Extraordinario de Sesiones, dado entre el 1 y 4 de septiembre de 2014. Asunción – Paraguay. Disponible en: <https://vimeo.com/105886982>

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2015). “Justicia Transicional y Corte Interamericana de Derechos Humanos”. Seminario Internacional realizado en el marco del 52° Período Extraordinario de Sesiones, dado entre el 20 y 24 de abril de 2015. Cartagena – Colombia. Disponible en: <https://vimeo.com/126550316>

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2015). “XXI Encuentro Anual de Presidentes y Magistrados de Tribunales y Salas Constitucionales de América Latina”. Seminario de trabajo realizado entre el 18 y 20 de junio de 2015. San José – Costa Rica. Disponible en: <https://vimeo.com/156755072>

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2015). “Corte Interamericana de Derechos Humanos: Impacto y Jurisprudencia sobre grupos en situación de vulnerabilidad”. Seminario Internacional realizado en el marco del 53° Período Extraordinario de Sesiones, dado entre el 24 y 29 de agosto de 2015. Tegucigalpa – Honduras. Disponible en: <https://vimeo.com/137614737>

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (2015). “Control de Convencionalidad y Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. Conferencia realizada para el Coloquio Regional Centro ‘Casos relevantes en materia de Transparencia, Acceso

a la Información Pública y Protección de Datos Personales’, organizado por el INAI (Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales) y desarrollado entre el 3 y 4 de junio de 2015. México D.F. – México. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=ckLsQAvRLa8>

SAGÜÉS, Néstor (2011). “La incidencia de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la jurisprudencia peruana”. Ponencia presentada durante la VII sesión de la Cátedra de la Corte Suprema de Justicia del Perú. Lima. Disponible en: http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/cortesuprema/s_cortes_suprema_home/as_inicio/as_enlaces_destacados/as_imagen_prensa/as_notas_noticias/as_notas_noticias_2011/cs_n_defectos+de+doctrina

SALVIOLI, Fabián (2007). “El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos”. Conferencia dictada en la Sesión de Enseñanza XXXVIII de julio de 2007. Instituto Internacional de Derechos Humanos. Estrasburgo – Francia. Pp. 62 y 69.

THURY, Valentín (2012). “La revisión del control de convencionalidad difuso y la identidad institucional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. Ponencia presentada en las Jornadas Argentino-Chileno-Peruano-Uruguayas de Derecho Constitucional, Montevideo, Uruguay, 14 y 15 de octubre de 2011 [EDCO, (22/03/2012, nro 12.963)]. 14 páginas.

VENTURA, Manuel (2002). “La Corte Interamericana de Derechos Humanos”. Conferencia dada en el XX Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos el 24 de julio de 2002. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. San José de Costa Rica.

INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

Carta de la Organización de Naciones Unidas (26 de junio de 1945)

Convención Interamericana sobre Concesión de los Derechos Políticos de la Mujer (5 de febrero de 1948)

Carta de la Organización de los Estados Americanos (30 de abril de 1948)

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (2 de mayo de 1948)

Declaración Universal de Derechos Humanos (10 de diciembre de 1948)

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (16 de diciembre de 1966)

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (23 de mayo de 1969)

Convención Americana sobre Derechos Humanos (22 de noviembre de 1969)

Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (12 de noviembre de 1985)

Protocolo a la CADH relativo a la Abolición de la Pena de Muerte (6 de agosto de 1990)

Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (9 de junio de 1994)

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (6 de septiembre de 1994)

Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las personas con Discapacidad (6 de julio de 1999)

CONSTITUCIONES Y LEGISLACIÓN COMPARADA

República Argentina

Constitución Política de la República Argentina (1853)

Estado Plurinacional de Bolivia

Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia (2008)

Código Procesal Constitucional de Bolivia (2012)

República de Colombia

Constitución Política de Colombia (1991)

República de Costa Rica

Constitución Política de la República de Costa Rica (1949)

Ley de Jurisdicción Nacional – Ley N° 7135

Reglamento del Seguro de Salud – Costa Rica

República Dominicana

Constitución Política de República Dominicana (2010)

Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de los procedimientos constitucionales – Ley
N° 137-11 (2011) – República Dominicana

República de Guatemala

Constitución Política de Guatemala (1985)

República de Honduras

Constitución Política de Honduras (1982)

República de los Estados Unidos Mexicanos

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (1917)

República de Panamá

Constitución Política de Panamá (1972)

República del Perú

Constitución Política del Perú (1993)

Reglamento de concursos para el acceso abierto a la selección y nombramiento de jueces y fiscales. Resolución del Consejo Nacional de la Magistratura N° 228-2016-CNM.

Ley que regula el procedimiento de ejecución de sentencias emitidas por tribunales supranacionales – Ley 27775 (2002) – Perú

Código Procesal Constitucional del Perú (2004)

República Oriental del Uruguay

Constitución de la República de Uruguay (1967)

PRONUNCIAMIENTOS INTERNACIONALES

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA

CIJ, *Recueil*, 1950.

CIJ, *Recueil*, 1969.

CIJ, *Recueil*, 1974.

CIJ, *Recueil*, 1985.

CIJ, *Recueil*, 1986.

CIJ, *Recueil*, 1988.

CIJ, *Recueil*, 1998.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Sentencias

TEDH. *Hokkanen v. Finlandia* (merits and just satisfaction). Sentencia de 23 de setiembre de 1994. N° 19823/92

TEDH. *Demir y otros v. Turquía* (merits and just satisfaction). Sentencia de 23 de setiembre de 1998. N° 21380/93, 21381/93 y 21383/93

TEDH. *Jahn y otros v. Alemania* (merits). Sentencia de 6 de junio de 2005. N° 46720/99. 72203/01, 72552/01

TEDH. *Schalk y Kopf v. Austria* (merits and just satisfaction). Sentencia de 24 de junio de 2010. N° 30141/04

TEDH. *A, B y C v. Irlanda* (merits and just satisfaction). Sentencia de 16 de diciembre de 2010. N° 25579/05

TEDH. *Lautsi y otros v. Italia* (merits and just satisfaction). Sentencia de 18 de marzo de 2011. N° 30814/06

TEDH. *Alekseyev v. Rusia* (merits and just satisfaction). Sentencia de 11 de abril de 2011. N° 4916/07, 25924/08, 14599/09

TEDH. *Gas Et Dubois v. Francia* (merits and just satisfaction). Sentencia de 15 de marzo de 2012. N° 25951/07

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Sentencias

Corte IDH. *Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador*. Fondo. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35.

Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52.

Corte IDH. *Caso Durand y Ugarte Vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C No. 68.

Corte IDH. *Caso "La Última Tentación de Cristo"(Olmedo Bustos y otros) v. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73.

Corte IDH. *Caso "Cinco pensionistas" Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 99.

Corte IDH. *Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 101. Voto concurrente razonado del juez García Ramírez.

Corte IDH. *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111.

Corte IDH. *Caso Tibi Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114. Voto concurrente razonado del juez García Ramírez.

Corte IDH. *Caso de la "Masacre de Mapiripán" Vs. Colombia*. Excepciones preliminares. Sentencia 7 de marzo 2005. Serie C No. 122.

Corte IDH. *Caso López Álvarez Vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141. Voto razonado del juez García Ramírez.

Corte IDH. *Caso Vargas Areco Vs. Paraguay*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 155. Voto concurrente razonado del juez García Ramírez.

Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154.

Corte IDH. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 158.

Corte IDH. *Caso La Cantuta Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162.

Corte IDH. *Caso Boyce y otros Vs. Barbados*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C No. 169.

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.

Corte IDH. *Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 186.

Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco Vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C No. 209.

Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213.

Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214.

Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros. Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010 Serie C No. 215.

Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010 Serie C No. 216.

Corte IDH. *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña Vs. Bolivia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2010 Serie C No. 217.

Corte IDH. *Caso Vélez Looz Vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 Serie C No. 218.

Corte IDH. *Caso Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") Vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219.

Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010 Serie C No. 220.

Corte IDH. *Caso Gelman Vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C No.221.

Corte IDH. *Caso Chocrón Chocrón Vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2011. Serie C No. 227.

Corte IDH. *Caso López Mendoza Vs. Venezuela*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2011 Serie C No. 233.

Corte IDH. *Caso Fontevecchia y D`Amico Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2011. Serie C No. 238.

Corte IDH. *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239.

Corte IDH. *Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246.

Corte IDH. *Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012 Serie C No. 250.

Corte IDH. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012 Serie C No. 252.

Corte IDH. *Caso Gudiel Álvarez y otros ("Diario Militar") Vs. Guatemala*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 noviembre de 2012 Serie C No. 253.

Corte IDH. *Caso Artavia Murillo y otros (fecundación in vitro) vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 28 noviembre de 2012. Serie C No. 257

Corte IDH. *Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 30 de noviembre de 2012. Serie C No. 259.

Corte IDH. *Caso Mendoza y otros Vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2013 Serie C No. 260.

Corte IDH. *Caso de la Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) Vs. Ecuador*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2013. Serie C No. 266. Voto concurrente del juez Ferrer Mac-Gregor.

Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2013. Serie C No. 268. Voto concurrente del juez Ferrer Mac-Gregor.

Corte IDH. *Caso Gutiérrez y Familia Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C No. 271.

Corte IDH. *Caso Osorio Rivera y Familiares Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2013. Serie C No. 274.

Corte IDH. *Caso J. Vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2013. Serie C No. 275.

Corte IDH. *Caso Liakat Ali Alibux Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de enero de 2014. Serie C No. 276.

Corte IDH. *Caso Brewer Carías Vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 26 de mayo de 2014. Serie C No. 278. Voto conjunto disidente de los jueces Ventura Robles y Ferrer Mac-Gregor.

Corte IDH. *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C No. 279.

Corte IDH. *Caso Hermanos Landaeta Mejías y otros Vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de agosto de 2014. Serie C No. 281.

Corte IDH. *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 282.

Corte IDH. *Caso Rochac Hernández y otros Vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014. Serie C No. 285.

Corte IDH. *Caso Wong Ho Wing Vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2015. Serie C No. 297. Voto disidente del juez Ferrer Mac-Gregor, apartados II.C y II.E

Corte IDH. *Caso Comunidad Campesina de Santa Bárbara Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 299. Voto disidente del juez Ferrer Mac-Gregor, apartados II.C y II.E.

Corte IDH. *Caso Omar Humberto Maldonado Vargas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2015. Serie C No. 300.

Corte IDH. *Caso López Lone y otros vs. Honduras*. Excepción Preliminar, Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de octubre de 2015. Serie C No. 302.

Corte IDH. *Caso Ruano Torres y otros Vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 05 de octubre de 2015. Serie C No. 303.

Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus Miembros Vs. Honduras*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 08 de octubre de 2015. Serie C No. 304.

Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus Miembros Vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 08 de octubre de 2015. Serie C No. 305.

Corte IDH. *Caso García Ibarra y otros Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2015. Serie C No. 306.

Corte IDH. *Caso Maldonado Ordoñez Vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de mayo de 2016. Serie C No. 311. Voto razonado del juez Ferrer Mac-Gregor, párr. 40.

Corte IDH. *Caso Chinchilla Sandoval Vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de febrero de 2016. Serie C No. 312.

Corte IDH. *Caso Tenorio Roca y otros Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de junio de 2016. Serie C No. 314.

Corte IDH. *Caso Herrera Espinoza y otros Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2016. Serie C No. 316. Voto concurrente del juez Ferrer Mac-Gregor, apartados C y D.

Corte IDH. *Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de octubre de 2016. Serie C No. 318.

Corte IDH. *Caso Pollo Rivera y otros Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de octubre de 2016. Serie C No. 319.

Corte IDH. *Caso Miembros de la Aldea Chichupac y comunidades vecinas del Municipio de Rabinal Vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C No. 328.

Corte IDH. *Caso Andrade Salmón Vs. Bolivia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de diciembre de 2016. Serie C No. 330.

Corte IDH. *Caso Vereda La Esperanza Vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C No. 341.

Corte IDH. *Caso Trabajadores Cesados de Petroperú y otros Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre 2017. Serie C No. 344.

Corte IDH. *Caso San Miguel Sosa y otras Vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de febrero de 2018. Serie C No. 348.

Corte IDH. *Caso V.R.P., V.P.C. y otros Vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C No. 350.

Corte IDH. *Caso Herzog y otros Vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de marzo de 2018. Serie C No. 353.

Corte IDH. *Caso Amrhein y otros Vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de abril de 2018. Serie C No. 354.

Corte IDH. *Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2018. Serie C No. 371.

Corte IDH. *Caso Órdenes Guerra y otros Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2018. Serie C No. 372.

Corte IDH. *Caso Colindres Schonenberg Vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de febrero de 2019. Serie C No. 373.

Corte IDH. *Caso Gorigoitia Vs. Argentina*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2019. Serie C No. 382.

Corte IDH. *Caso Rodríguez Revolorio y otros Vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2019. Serie C No. 387.

Corte IDH. *Caso Rosadio Villavicencio Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2019. Serie C No. 388.

Corte IDH. *Caso Díaz Loreto y otros Vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de noviembre de 2019. Serie C No. 392.

Corte IDH. *Caso Asociación Nacional de Cesantes y Jubilados de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2019. Serie C No. 394.

Corte IDH. *Caso López y otros Vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2019. Serie C No. 396.

Corte IDH. *Caso Azul Rojas Marín y otra Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de marzo de 2020. Serie C No. 402.

Corte IDH. *Caso Petro Urrego Vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2020. Serie C No. 406.

Corte IDH. *Caso Urrutia Laubreaux Vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de agosto de 2020. Serie C No. 409.

Corte IDH. *Caso Acosta Martínez y otros Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2020. Serie C No. 410.

Corte IDH. *Caso Fernández Prieto y Tumbeiro Vs. Argentina*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 1 de septiembre de 2020. Serie C No. 411.

Corte IDH. *Caso Olivares Muñoz y otros Vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de noviembre de 2020. Serie C No. 415.

Corte IDH. *Caso Casa Nina Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2020. Serie C No. 419.

Opiniones consultivas

Corte IDH. *Asunto Viviana Gallardo y otras*. Resolución del Presidente de 15 de julio de 1981. Serie A No. 101.

Corte IDH. *La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5.

Corte IDH. *Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994. Serie A No. 14.

Corte IDH. *Artículo 55 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-20/09 de 29 de septiembre de 2009. Serie A No. 20. Voto concurrente del juez García Ramírez.

Corte IDH. *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21.

Corte IDH. *Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el sistema interamericano de derechos humanos (Interpretación y alcance del artículo 1.2, en relación con los artículos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46, y 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del artículo 8.1 A y B del Protocolo de San Salvador)*. Opinión Consultiva OC-22/16 de 26 de febrero de 2016. Serie A No. 22.

Corte IDH. *Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017. Serie A No. 23.

Corte IDH. *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Serie A No. 24.

Corte IDH. *La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el Sistema Interamericano de Protección (interpretación y alcance de los artículos 5, 22.7*

y 22.8, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-25/18 de 30 de mayo de 2018. Serie A No. 25.

Resoluciones

Corte IDH. *Asunto Marta Colomina y Liliana Velásquez respecto Venezuela*. Medidas provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 04 de mayo de 2004.

Corte IDH. *Caso Gelman Vs. Uruguay*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 20 de marzo de 2013.

Informes anuales

Corte IDH. Informe Anual a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos – Año 1980.

Corte IDH. Informe Anual a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos – Año 1981.

Corte IDH. Informe Anual a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos – Año 1982.

Corte IDH. Informe Anual a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos – Año 1983.

Corte IDH. Informe Anual a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos – Año 1984.

Corte IDH. Informe Anual a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos – Año 1985.

Corte IDH. Informe Anual a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos – Año 1986.

Corte IDH. Informe Anual a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos – Año 1987.

Corte IDH. Informe Anual a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos – Año 1988.

Corte IDH. Informe Anual a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos – Año 1989.

Corte IDH. Informe Anual a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos – Año 1990.

Corte IDH. Informe Anual a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos – Año 1991.

Corte IDH. Informe Anual a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos – Año 1992.

Corte IDH. Informe Anual a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos – Año 1993.

Corte IDH. Informe Anual a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos – Año 1994.

Corte IDH. Informe Anual a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos – Año 1995.

Corte IDH. Informe Anual a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos – Año 1996.

Corte IDH. Informe Anual a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos – Año 1997.

Corte IDH. Informe Anual a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos – Año 1998.

Corte IDH. Informe Anual a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos – Año 1999.

Corte IDH. Informe Anual a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos – Año 2000.

Corte IDH. Informe Anual a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos – Año 2001.

Corte IDH. Informe Anual a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos – Año 2002.

Corte IDH. Informe Anual a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos – Año 2003.

Corte IDH. Informe Anual a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos – Año 2004.

Corte IDH. Informe Anual a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos – Año 2005.

Corte IDH. Informe Anual a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos – Año 2006.

Corte IDH. Informe Anual a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos – Año 2007.

Corte IDH. Informe Anual a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos – Año 2008.

Corte IDH. Informe Anual a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos – Año 2009.

Corte IDH. Informe Anual a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos – Año 2010.

Corte IDH. Informe Anual a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos – Año 2011.

Corte IDH. Informe Anual a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos – Año 2012.

Corte IDH. Informe Anual a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos – Año 2013.

Corte IDH. Informe Anual a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos – Año 2014.

Corte IDH. Informe Anual a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos – Año 2015.

Corte IDH. Informe Anual a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos – Año 2016.

Corte IDH. Informe Anual a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos – Año 2017.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Informes de inadmisibilidad

Comisión IDH. Informe N° 38/09. Caso 12.670. *Admisibilidad y fondo asociación nacional de ex servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y otras vs. Perú*. Informe de 27 de marzo de 2009. Párrs. 125, 141-147.

JURISPRUDENCIA COMPARADA

República Argentina

Corte Suprema de Justicia de la Nación:

Caso Ekmekdjian Miguel A. c. Sofovich, Gerardo y ot. Sentencia de 7 de julio de 1992.

Considerando N° 21.

Caso Girolodi, Horacio David y Otro s/ recurso de casación. Sentencia de 7 de abril de 1995. Expediente 342. XXVI. Considerando N° 11.

Procurador del Tesoro (Cantos). Resolución de 21 de agosto de 2003. Considerandos N° 3 y 4.

Espósito, Miguel Ángel s/ incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa. Sentencia de 23 de diciembre de 2004. Expediente 224. XXXIX. Considerando N° 6.

Caso Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad. Sentencia de 14 de junio de 2005. Expediente 1767. XXXVIII. Considerando N° 17.

Caso Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ Rec. De casación e inconstitucionalidad. Sentencia de 13 de julio de 2007. Expedientes 2333. XLII. y otros. Considerandos N° 20 y 21.

Caso Videla, Jorge Rafael y Massera, Emilio Eduardo. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Expediente 281. XLV. Considerandos N° 8 y 10.

Caso Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra el Ejército Argentino s/ daños y perjuicios. Sentencia de 27 de noviembre de 2012. Expediente 401. XLIII. Considerandos N° 11 y 12.

Caso L.E.H. y otros c/ O.S.E.P. s/ amparo. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Expediente 3732/2014/RH1. Considerandos 7, 10 y 11.

Cámara Federal de Salta:

Caso L.O., A. y ot. c/ Swiss Medical. Proceso de Amparo. Sentencia de 8 de julio de 2013. EXPTE. W 007/13. Apartados VII.2.A y VII.2.B. Disponible en: <http://es.scribd.com/doc/222653400/Partes-L-O-A-y-Otros-c-Swiss-Medical-s-Amparo#scribd>

Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza:

Caso L., E.H. C/ O.S.E.P. P/ Acción de Amparo P/ Apelación s/ INC. Sentencia de 31 de julio de 2014. Apartado B (Voto del juez Nanclares) y apartado N° 5 (Voto del juez Pérez Hualde). Disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/institucional/deinteres/2014-fallo-leh.pdf>

Estado Plurinacional de Bolivia

Tribunal Constitucional Plurinacional:

Acción de Amparo. Sentencia de 10 de mayo de 2010. Resolución 010/2010-R (Expediente No. 2006-13381-27-RAC), apartado III.3.

Acción de Amparo. Sentencia de 7 de noviembre de 2011. Resolución 1888/2011-R (Expediente No. 2010-21299-43-AAC), apartado III.2.

Acción de Cumplimiento. Sentencia de 5 de marzo de 2013. Resolución 0210/2013 (Expediente No. 02155-2012-05-ACU), apartado III.3.

Acción de Inconstitucionalidad concreta. Sentencia de 29 de octubre de 2013. Resolución 1905/2013 (Expte. No. 02049-2012-05-AIC), apartados III.4, III.5 y III.6.

Acción de Inconstitucionalidad concreta. Sentencia de 4 de noviembre de 2013. Resolución 1918/2013 (Expediente No. 03531-2013-18-AIC), apartado III.3.

Acción de Inconstitucionalidad concreta. Sentencia de 21 de noviembre de 2013. Resolución 2170/2013 (Expte. No. 03338-2013-07-AIC), apartados III.4, III.5 y III.6.

Acción de Amparo Constitucional. Sentencia de 25 de febrero de 2014. Resolución 0487/2014 (Expediente No. 04751-2013-10-AAC), apartados III.2.

Acción de Amparo Constitucional. Sentencia de 10 de marzo de 2014. Resolución 0572/2014 (Expediente No. 02889-2013-06-AP), apartados III.2.

República de Chile

Tribunal Constitucional Chile

Rol 740 de 18 de abril de 2008.

República de Colombia

Corte Constitucional de Colombia:

Sentencia declarativa. Sentencia de 18 de mayo de 1995. Expediente L.A.T. -40, bloque II, apartado 12.

Demanda de inconstitucionalidad. Sentencia C-010 de 19 de enero 2000. Expediente D-2431, bloque III, apartado 7.

Demanda de inconstitucionalidad. Sentencia C-355/06 de 10 de mayo de 2006. Expediente D-6122, 6123 y 6124, bloque VI, apartado 8.4.

Demanda de inconstitucionalidad. Sentencia C-370/06 de 18 de mayo de 2006. Expediente D-6032, apartado 4.4.

Demanda de inconstitucionalidad. Sentencia C-936/10 de 23 de noviembre de 2010.
Expediente D-8131, bloque VIII, apartado 33.

Demanda de inconstitucionalidad. Sentencia C-442/11 de 25 de mayo de 2011.
Expediente D-8295, apartado 7.

Acción de Tutela. Sentencia T-653/12 de 23 de agosto de 2012. Expediente T-3408860,
bloque IV, apartado 4.

Demanda de inconstitucionalidad. Sentencia C-500/14 de 16 de julio de 2014. Expediente
D-9958, apartado 8.3 y bloque III.

Demanda de inconstitucionalidad. Sentencia C-792/14 de 29 de octubre de 2014.
Expediente D-10045. Salvamento de voto de la magistrada Sáchica, apartado 1.

República de Costa Rica

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica:

Acción de Inconstitucionalidad. Sentencia del 21 de setiembre de 1990. Voto 1147-90
(Exp. N° 208-90). Disponible en: <http://sitios.poder-judicial.go.cr/salaconstitucional/Constitucion%20Politica/Sentencias/1990/90-01147.htm>

Recurso de Amparo. Sentencia de 11 de noviembre de 1992. Voto 3435-1992 (Exp. N° 91-002965-0007). Disponible en: gestor.pradpi.org/download.php?id_doc=746

Acción de Inconstitucionalidad. Sentencia de 9 de mayo de 1995. Voto 2313-1995 (Exp. N° 421-S-90). Disponible en: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2012/2844.pdf?view=1>

Recurso de Hábeas Corpus. Sentencia de 6 de diciembre de 2005. Voto 16860-2005 (Exp. N° 05-015339-0007). Disponible en: http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia&nValor1=1&nValor2=351130&strTipM=T&strDirSel=directo

Recurso de Hábeas Corpus. Sentencia de 9 de febrero de 2007. Voto 1682-2007 (Exp. N° 07-001145-0007). Disponible en: http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia&nValor1=1&nValor2=372590&strTipM=T&strDirSel=directo

Recurso de Hábeas Corpus. Sentencia de 27 de marzo de 2007. Voto 4276-2007 (Exp. N° 07-003891-0007). Disponible en: http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia&nValor1=1&nValor2=375745&strTipM=T&strDirSel=directo

Recurso de Amparo. Sentencia de 27 de abril de 2007. Voto 5813-2007 (Exp. N° 07-004360-0007), considerando III. Disponible en: http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia&nValor1=1&nValor2=5813&strTipM=T&strDirSel=directo

judicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia&nValor1=1&nValor2=404605&strTipM=T&strDirSel=directo

Acción de Inconstitucionalidad. Sentencia de 2 de mayo de 2012. Voto 5590-2012 (Exp. N° 10-004035-0007), considerando V. Disponible en: http://judicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia&nValor1=1&cmbDespacho=0007&txtAnno=2012&strNomDespacho=Sala%20Constitucional&nValor2=552419&lResultado=&lVolverIndice=¶m01=Sentencias%20por%20Despacho¶m2=50&strTipM=T&strDirSel=directo

Recurso de Amparo. Sentencia de 11 de enero de 2013. Voto 403-2013 (Exp. N° 12-017566-0007-CO), considerando I. Disponible en: http://judicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia&nValor1=1&nValor2=565475&tem1=2013000403¶m7=0&strTipM=T&strDirSel=directo

Acción de Inconstitucionalidad. Sentencia de 3 de abril de 2013. Voto 4491-2013 (Exp. N° 11-013971-0007). Disponible en: http://judicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia¶m2=1&tem1=2013-

[04491&nValor1=1&nValor2=642690¶m7=0&strTipM=T&lResultado=5&strLib=](http://judicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia&nValor1=1&nValor2=642690¶m7=0&strTipM=T&lResultado=5&strLib=)

[LIB](#)

Acción de Inconstitucionalidad. Sentencia de 6 de febrero de 2015. Voto 1780-2015 (Exp. N° 13-001265-0007). Disponible en: http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia¶m2=1&tem1=control%20de%20convencionalidad&nValor1=1&nValor2=639505¶m7=1&strTipM=T&lResultado=2&strLib=LIB

República Dominicana

Suprema Corte de Justicia de República Dominicana:

Resolución No. 1920-2003 de 13 de noviembre de 2003.

Corte Constitucional de República Dominicana:

Recurso de revisión constitucional de decisiones constitucionales. Sentencia TC/0084/13 de 4 de junio de 2013. Expediente N° TC-04-2012-0045. Apartado 10, literal “f”.

Acción directa de inconstitucionalidad. Sentencia TC/190/13 de 21 de octubre de 2013. Expedientes N° TC-01-1998-0006, TC-01-1999-003 y TC-01-1999-008. Apartado 9, párrafo 9.3.8.

Acción directa de inconstitucionalidad. Sentencia TC/0200/13 de 7 de noviembre de 2013. Expediente N° TC-01-2013-0024. Apartado 9, párrafo 9.7.1.15.

Recurso de revisión constitucional en materia de amparo. Sentencia TC/0290/13 de 30 de diciembre de 2013. Expediente N° TC-05-2012-0075. Voto disidente de la magistrada Ana Isabel Bonilla Hernández, apartado 2, literal “c”.

Recurso de revisión constitucional en materia de amparo. Sentencia TC/0044/14 de 12 de marzo de 2014. Expediente N° TC-05-2013-0032. Voto disidente de la magistrada Ana Isabel Bonilla Hernández, apartado 2, párrafo 2.3.

Recurso de revisión constitucional en materia de amparo. Sentencia TC/0057/14 de 4 de abril de 2014. Expediente N° TC-05-2012-0119. Voto disidente de la magistrada Ana Isabel Bonilla Hernández, apartado 2, párrafo 2.6.

Recurso de casación. Sentencia TC/0064/14 de 21 de abril de 2014. Expediente N° TC-08-2012-0007. Voto disidente de la magistrada Ana Isabel Bonilla Hernández, apartado 2, párrafo 2.8.

Recurso de revisión constitucional en materia de amparo. Sentencia TC/0078/14 de 1 de mayo de 2014. Expediente N° TC-05-2012-0076. Voto disidente de la magistrada Ana Isabel Bonilla Hernández, considerando 5.

Recurso de revisión constitucional en materia de amparo. Sentencia TC/0086/14 de 21 de mayo de 2014. Expediente N° TC-05-2012-0094. Voto disidente de la magistrada Ana Isabel Bonilla Hernández, considerando 3.

Recurso de revisión constitucional en materia de amparo. Sentencia TC/0108/14 de 10 de junio de 2014. Expediente N° TC-05-2013-0033. Voto disidente de la magistrada Ana Isabel Bonilla Hernández, considerando 5.

Recurso de revisión constitucional en materia de amparo. Sentencia TC/0111/14 de 12 de junio de 2014. Expediente N° TC-05-201-0037. Voto disidente de la magistrada Ana Isabel Bonilla Hernández, apartado 2, párrafo 2.3.

Recurso de casación. Sentencia TC/0117/14 de 13 de junio de 2014. Expediente N° TC-08-2012-0008, TC-08-2012-0006. Voto disidente de la magistrada Ana Isabel Bonilla Hernández, apartado 2, párrafo 2.3.

Acción directa de inconstitucionalidad. Sentencia TC/0256/14 de 4 noviembre de 2014. Expediente N° TC-01-2005-0013. Párrafos 9.10-9.21.

Recurso de revisión constitucional en materia de amparo. Sentencia TC/0309/14 de 22 de diciembre de 2014. Expediente N° TC-05-2013-126. Voto disidente de la magistrada Kathia Miguelina Jiménez Martínez, apartado 3.

República de El Salvador

Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador

Sentencia de la Sala. N° 310-2013 de 28 de mayo de 2013.

República de Guatemala

Corte Constitucional de la República de Guatemala:

Apelación de sentencia de amparo. Sentencia de 19 de octubre de 1990. Expediente N° 280-90. Considerando VIII.

Amparo en instancia única. Sentencia de 18 de enero de 2011. Expedientes acumulados N° 655-2010 y 656-2010. Considerando III.

Apelación de sentencia de amparo. Sentencia de 23 de agosto de 2011. Expediente N° 2151-2011. Considerandos I y IV.

Inconstitucionalidad de carácter general. Sentencia de 14 de febrero de 2012. Expediente N° 3334-2011. Considerando III.

Inconstitucionalidad de carácter general. Sentencia de 17 de julio de 2012. Expediente N° 1822-2011. Considerando IV.

Inconstitucionalidad de carácter general. Sentencia de 14 de febrero de 2013. Expediente N° 266-2012. Considerando III.

Apelación de sentencia de amparo. Sentencia de 10 de septiembre de 2015. Expediente N° 1149-2012. Considerandos IV-VIII y XI.

República de los Estados Unidos Mexicanos

Suprema Corte de Justicia de la Nación de México:

Contradicción de tesis 293/2011: Entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativas y de Trabajo del Décimo Primer Circuito y el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. 3 de septiembre de 2013.

Disponible en:

<https://www.scjn.gob.mx/Transparencia/Epocas/Pleno/DecimaEpoca/293-2011-PL%20CT%20Ejecutoria.pdf>

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro III, diciembre de 2011, tesis LXV/2011. Pp. 556-557.

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro III, diciembre de 2011, tesis LXVI/2011. P. 550.

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro III, diciembre de 2011, tesis LXVII/2011. P. 535.

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro III, diciembre de 2011, tesis LXVIII/2011. P. 551.

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro III, diciembre de 2011, tesis LXIX/2011. P. 552-553.

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro III, diciembre de 2011, tesis LXX/2011. P. 557-558.

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro V, abril de 2014, tesis P.J. 20/2014. P. 202-203.

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro V, abril de 2014, tesis P.J. 21/2014. P. 204-205.

Contradicción de tesis 299/2013: Entre los criterios sustentados por el Octavo Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Tercera Región con Residencia en Guadalajara, en apoyo del Tribunal Colegiado del Vigésimo Quinto Circuito y el Tribunal Colegiado del Vigésimo Quinto Circuito. 14 de octubre de 2014. Disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=153439>

República de Panamá

Corte Suprema de Justicia de Panamá:

Sala Tercera de lo Contencioso. Acción Contenciosa Administrativa. Resolución de 11 de agosto de 2009. Expediente 183-09.

Sala Tercera de lo Contencioso. Acción Contenciosa Administrativa. Sentencia de 14 de septiembre de 2009. Expediente 331-08. Apartado 5.1.

Sala Tercera de lo Contencioso. Acción Contenciosa Administrativa. Sentencia de 1 de diciembre de 2009. Expediente 265-05. Apartado 5.2.

Pleno. Amparo de Garantías Constitucionales. Sentencia de 4 de julio de 2012. Expediente 1292-10.

Pleno. Amparo de Garantías Constitucionales. Sentencia de 3 de marzo de 2015. Expediente 625-08. Apartado 5.3.

Sala Segunda de lo Penal. Tribunal de instancia. Sentencia de 6 de marzo de 2015. Expediente 240-14-AA.

República del Perú

Poder Judicial del Perú:

Corte Suprema de Justicia de la República. Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente. Sentencia de 17 de marzo de 2015. EXP. N° 3873-2014 San Martín. Fundamentos 7.4, 7.5 y 7.6.

Corte Superior de Justicia de Cusco. Tercer Juzgado de Familia. Sentencia de 15 de junio de 2015. EXP. N° 01305-2012-0-1001-JR-FC-03. Fundamento 7.

Tribunal Constitucional del Perú:

Caso Jorge Alberto Cartagena Vargas. Sentencia de 17 de abril de 2002. EXP. N° 218-2002-HC/TC. Fundamento 2.

Caso Colegio de Abogados del Cusco y del Callao y más de cinco mil ciudadanos contra el Congreso de la República. Sentencia de 3 de junio de 2005. EXP. N.° 0050-2004-PI/TC. Fundamentos 48, 66, 88 y el apartado VII.

Caso Pedro Andrés Lizana Puelles. Sentencia de 8 de noviembre de 2005. EXP. N.° 5854-2005-PA/TC. Fundamento 23.

Caso Santiago Martín Rivas. Sentencia de 29 de noviembre de 2005. EXP. N° 4587-2004-AA/TC. Fundamento 44.

Caso Arturo Castillo Chirinos. Sentencia de 21 julio del 2006. EXP. N.° 2730-2006-PA/TC. Fundamentos 12-14.

Caso Rafael Cáceres Neyra y Otros. Sentencia de 25 de enero de 2007. EXP. N.º 0489-2006-PH/TC. Fundamentos 19-20.

Caso Colegio de Abogados del Callao contra el Congreso de la República. Sentencia de 19 de julio de 2007. EXP. N.º 00007-2007-PI/TC. Fundamentos 26 y 36.

Caso ONG “Acción de Lucha Anticorrupción”. Sentencia de 16 de octubre de 2009. Expediente N.º 02005-2009-PA/TC

Caso Gonzalo Tuanama Tuanama y más de 5000 ciudadanos. Sentencia de 9 de junio de 2010. EXP. N.º 0022-2009-PI/TC. Fundamento 47.

Caso César Humberto Tineo Cabrera. Sentencia de 8 de agosto de 2011. EXP. N.º 00156-2012-PHC/TC. Fundamento 35.

Colegio de Abogados del Callao. Sentencia de 26 de octubre de 2012. Expediente N.º 0007-2012-PI/TC. Fundamento 19.

Caso Panamericana Televisión S.A. Sentencia de 12 de marzo de 2014. EXP. N.º 04617-2012-PA/TC. Fundamentos 5-14.

Caso Silvia Patricia López Falcón. Sentencia de 30 de abril de 2014. EXP. N.º 04058-2012-PA/TC. Fundamento 16.

Caso Temístocles García Córdova. Sentencia de 25 de agosto de 2015. EXP. N.º 11 01665 2014PI-1E/TC. Fundamento 22.

Caso Ley Universitaria. Sentencia de 10 de noviembre de 2015. Expedientes 0014-2014-PI/TC, 0016-2014-PI/TC, 0019-2014-PI/TC y 0007-2015-PI/TC. Fundamento 11.

República Oriental del Uruguay

Suprema Corte de Justicia del Uruguay:

Caso 365/2009. Proceso de Inconstitucionalidad. Sentencia de 19 de octubre de 2009. Considerando III.8.

Caso 20/2013. Proceso de Inconstitucionalidad. Sentencia de 22 de febrero de 2013. Considerando III.a y III.b.

Caso 87/2013. Proceso de Inconstitucionalidad. Sentencia de 8 de marzo de 2013. Considerando III.a y III.b.

Caso 152/2013. Proceso de Inconstitucionalidad. Sentencia de 11 de marzo de 2013. Considerando VII.b.

Caso 186/2013. Proceso de Inconstitucionalidad. Sentencia de 13 de marzo de 2013. Considerando III.a y III.b.

Caso 187/2013. Proceso de Inconstitucionalidad. Sentencia de 13 de marzo de 2013.
Considerando III.a y III.b.

Caso 212/2013. Proceso de Inconstitucionalidad. Sentencia de 8 de abril de 2013.
Considerando VII.b.

Caso 217/2013. Proceso de Inconstitucionalidad. Sentencia de 8 de abril de 2013.
Considerando III.a y III.b.

Caso 380/2013. Proceso de Inconstitucionalidad. Sentencia de 14 de agosto de 2013.
Considerando III.a y III.b.

Caso 392/2013. Proceso de Inconstitucionalidad. Sentencia de 19 de agosto de 2013.
Considerando III.a y III.b.

Caso 480/2013. Proceso de Inconstitucionalidad. Sentencia de 14 de octubre de 2013.
Considerando III.a y III.b.

Caso 506/2013. Proceso de Inconstitucionalidad. Sentencia de 30 de octubre de 2013.
Considerando VII.b.

Caso 567/2013. Proceso de Inconstitucionalidad. Sentencia de 25 de noviembre de 2013.
Considerando VII.b.

Caso 65/2014. Proceso de Inconstitucionalidad. Sentencia de 17 de marzo de 2014.
Considerando 4.

Caso 83/2014. Proceso de Inconstitucionalidad. Sentencia de 17 de marzo de 2014.
Considerando III.a y III.b.

Caso 84/2014. Proceso de Inconstitucionalidad. Sentencia de 17 de marzo de 2014.
Considerando VII.b.

Caso 85/2014. Proceso de Inconstitucionalidad. Sentencia de 17 de marzo de 2014.
Considerando III.a y III.b.

Caso 86/2014. Proceso de Inconstitucionalidad. Sentencia de 17 de marzo de 2014.
Considerando VII.b.

Caso 89/2014. Proceso de Inconstitucionalidad. Sentencia de 17 de marzo de 2014.
Considerando III.a y III.b.

Caso 141/2014. Proceso de Inconstitucionalidad. Sentencia de 24 de marzo de 2014.
Considerando VII.b.

Caso 382/2014. Proceso de Inconstitucionalidad. Sentencia de 7 de abril de 2014.
Considerando VII.b.

Caso 516/2014. Proceso de Inconstitucionalidad. Sentencia de 28 de mayo de 2014.

Considerando 5.

Caso 527/2014. Proceso de Inconstitucionalidad. Sentencia de 2 de junio de 2014.

Considerando 5.

Caso 699/2014. Proceso de Inconstitucionalidad. Sentencia de 16 de julio de 2014.

Considerando 5.

Caso 724/2014. Proceso de Inconstitucionalidad. Sentencia de 30 de julio de 2014.

Considerando III.a y III.b.

Caso 783/2014. Proceso de Inconstitucionalidad. Sentencia de 3 de septiembre de 2014.

Considerando 5.

Caso 133/2015. Proceso de Inconstitucionalidad. Sentencia de 20 de mayo de 2015.

Considerando IV.

ASAMBLEA PARLAMENTARIA DEL CONSEJO DE EUROPA

Resolución N° 1226 de 28 de septiembre de 2000, “Execution of judgments of the European Court of Human Rights”. Disponible en:

<http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML->

<EN.asp?fileid=16834&lang=en>

Sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador. N°

310-2013 de 28 de mayo de 2013, apartado VII.4.C