

Guía práctica de control latinoamericano de convencionalidad

**(para operadores
judiciales, legislativos
y de la Administración
pública)**

Néstor Pedro Sagüés



**tirant
lo blanch**

**KONRAD
ADENAUER
STIFTUNG**
Programa Estado de Derecho para Latinoamérica

Guía práctica de control latinoamericano de convencionalidad

(para operadores judiciales, legislativos y de la Administración pública)

Néstor Pedro Sagüés



Los textos que se publican son de la exclusiva responsabilidad de sus autores y no expresan necesariamente el pensamiento de los editores. Se autoriza la reproducción total o parcial del contenido con inclusión de la fuente.

© 2020 KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V.

KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG e. V.

Klingelhöferstr. 23
D-10785 Berlín
República Federal de Alemania
Tel.: (+49-30) 269 96 453
Fax: (+49-30) 269 96 555

FUNDACIÓN KONRAD ADENAUER

Programa de Estado de Derecho para Latinoamérica
Calle 93b No. 18-12, piso 7
Bogotá
República de Colombia
Tel.: (+57 1) 743 09 47
Fax: (+57 1) 743 09 47-7
www.kas.de/web/rspla
iusla@kas.de
Twitter: @KASiusLA
Facebook: www.facebook.com/kasiusla

ISBN 978-84-1397-101-8

Impreso en Colombia – *Printed in Colombia*

Correspondencia, contribuciones, solicitudes de canje o donación: iusla@kas.de

*A Guadalupe, Magdalena
y Marieta*

■ ÍNDICE GENERAL

INTRODUCCIÓN

Una meta: el ejercicio «adecuado» del control de convencionalidad	13
--	----

CAPÍTULO I. ¿POR QUÉ Y PARA QUÉ EXISTE EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD?

SU CONEXIÓN CON EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD	17
1.1. Fines del control de convencionalidad	17
1.2. El control latinoamericano de convencionalidad. Su obligatoriedad	18
1.3. Control de constitucionalidad	19
1.4. Control de convencionalidad y control de constitucionalidad	19
1.5. Inexistencia de oposición, o «falso dilema», entre el control de convencionalidad y el de constitucionalidad. Su confluencia: el control de convencionalidad-constitucionalidad	20
1.6. Consecuencias	20
1.7. Normas constitucionales inconvenionales. La constitución convencionalizada	20
1.8. Principio de la norma más favorable a la persona	21
1.9. Alternativas de instrumentación de los sistemas de control de convencionalidad y de constitucionalidad	21
1.10. Carácter (relativamente) complementario del control de convencionalidad	22

CAPÍTULO II. ¿CUÁNDO NACE Y CUÁLES SON LAS ETAPAS DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD?	25
2.1. Gestación del control latinoamericano de convencionalidad	25
2.2. Control de convencionalidad internacional o supranacional	25
2.3. Aproximaciones iniciales a la expresión «control de convencionalidad»	26
2.4. Lanzamiento del control de convencionalidad a cargo de jueces nacionales. Cuatro fallos clave	26
2.5. Desarrollo de la doctrina del control de convencionalidad en la Corte Interamericana de Derechos Humanos	27
2.6. Rediseño del control de convencionalidad. Caso <i>Gelman</i> ²	30
CAPÍTULO III. ¿CÓMO OPERA EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EXISTIENDO COSA JUZGADA CONTRA UN ESTADO?	33
3.1. Introducción. Dos «manifestaciones» del control de convencionalidad	33
3.2. Primera manifestación: existencia de cosa juzgada internacional	33
3.3. Sustento normativo	34
3.4. Partes del fallo con autoridad de cosa juzgada	34
3.5. Efectos del control de convencionalidad. Modalidad operativa	34
3.6. Responsabilidad especial para el Poder Judicial	35
3.7. Conclusión	36
3.8. Incumplimiento del control de convencionalidad mediando sentencia contra un Estado. Inconvencionalidad por omisión y responsabilidad internacional del Estado	36
3.9. Caso de impunidad inconvencional	38
3.10. Topes al control de convencionalidad	38

CAPÍTULO IV. ¿CÓMO FUNCIONA EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD MEDIANDO «COSA INTERPRETADA» POR LA CORTE INTERAMERICANA?

PRIMER TRAMO. EL CONTROL REPRESIVO	43
4.1. Introducción. La «segunda manifestación» del control de convencionalidad	43
4.2. Control represivo de convencionalidad. Efectos	44
4.3. Enunciado	44
4.4. Fundamento. Argumentación jurídica de la Corte IDH	45
4.4.1. Base jurídica del control de convencionalidad represivo	46
4.4.2. Adopción <i>per se</i> de la doctrina del control de convencionalidad por la Corte IDH	47
4.5. ¿Qué jueces pueden ejercer control judicial represivo de convencionalidad?	48
4.5.1. Doctrina del control judicial represivo difuso	48
4.5.2. Doctrina del control judicial represivo selectivo	49
4.5.3. Situación actual	50
4.6. ¿Cómo se realiza el control judicial represivo de convencionalidad?	50
4.6.1. Control de oficio	50
4.6.2. Comparación de contenidos normativos	51
4.6.2.1. Material jurídico «controlante»	51
4.6.2.2. Material jurídico «controlado»	53
4.6.2.3. Juicio de convencionalidad (o de inconvenencialidad). Presunción de convencionalidad Supremacía convencional	53

4.6.2.4. ¿Juicio robótico o juicio ponderado?	54
4.6.2.5. Obstáculos constitucionales de implementación	56
4.6.2.6. Conflicto de lealtades judiciales	56
4.7. Control jurisdiccional represivo sin mediar «cosa interpretada» por la Corte Interamericana	58
4.8. Posibilidad de ejercer control jurisdiccional represivo cuando la Corte IDH ha reputado convencional a una norma nacional	59
4.9. Necesidad del control judicial de convencionalidad, aunque la solución definitiva fuese la de derogar la norma local reputada inconvenencial	60
4.10. Topes al control judicial de convencionalidad represivo	60

CAPITULO V. ¿CÓMO OPERA EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD, MEDIANDO «COSA INTERPRETADA» POR LA CORTE INTERAMERICANA?

SEGUNDO TRAMO. EL CONTROL CONSTRUCTIVO	63
5.1. Introducción	63
5.2. Fundamentos	63
5.3. Prioridad metodológica del «control constructivo» de convencionalidad sobre el «represivo»	64
5.4. Formulación por la CorteIDH del control positivo o constructivo	65
5.5. Juez competente para el control positivo de convencionalidad	66
5.6. Técnicas para practicar la «interpretación conforme» en el ámbito del control de convencionalidad constructivo o positivo	67

5.6.1.	Selección de interpretaciones	67
5.6.2.	Construcción de interpretaciones	67
5.6.2.1.	Interpretaciones mutativas «por adición»	68
5.6.2.2.	Interpretaciones mutativas «por sustracción»	68
5.6.2.3.	Interpretaciones mutativas por «sustracción-adición»	69
5.7.	¿Hasta cuánto se puede conformar una norma subconstitucional con la constitución o una norma nacional con las convenciones sobre derechos humanos?	69

CAPITULO VI. ¿EN QUÉ CONSISTE EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD LEGISFERANTE Y EJECUTIVO/ADMINISTRATIVO?

6.1.	Introducción. Los operadores nacionales extrajudiciales del control de convencionalidad	73
6.2.	Control legisferante de convencionalidad. Enunciado	74
6.2.1.	Sujetos legisferantes	75
6.2.2.	El poder constituyente	76
6.2.3.	Tipos de control legisferante de convencionalidad	76
6.2.3.1.	Control legisferante preventivo	76
6.2.3.2.	Control legisferante reparador represivo	77
6.2.3.3.	Control reparador constructivo	79
6.2.4	Modalidad operativa	79
6.2.5.	Control jurisdiccional sobre la actividad legisferante del Estado	80
6.3.	Control administrativo de convencionalidad	80
6.3.1.	El Poder ejecutivo como órgano legislador	80

6.3.2. El Poder Ejecutivo como administrador y órgano político del Estado. Control constructivo de convencionalidad	80
6.3.3. Control ejecutivo represivo de convencionalidad. Problemática	82
6.4. Control de convencionalidad por el ministerio público	83
6.5. Adenda. La abogacía y el control de convencionalidad	83
CAPÍTULO VII. ¿CUÁLES SON LAS PRINCIPALES DIFICULTADES OPERATIVAS DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD, Y CÓMO ATENDERLAS?	
7.1. Introducción	87
7.2. Falta de entrenamiento de los operadores nacionales	87
7.3. Acceso sencillo y rápido a la jurisprudencia de la Corte IDH	88
7.4. Una mayor y mutua comprensión entre los máximos tribunales nacionales y la Corte IDH	89
7.5. El prestigio de la Corte IDH como recaudo para su exigencia de control de convencionalidad	90
7.6. El conflicto de lealtades y el doble comando	91
ÍNDICE TEMÁTICO	95

■ **INTRODUCCIÓN**

Una meta: el ejercicio «adecuado» del control de convencionalidad

El control latinoamericano de convencionalidad es impulsado y exigido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos a jueces, legisladores, agencias del Poder Ejecutivo y del ministerio público y demás órganos del Estado en el marco de sus competencias, aunque también resulta de obligado interés para los abogados litigantes. El control de convencionalidad constituye una de las herramientas más importantes para afianzar el proceso de integración y edificar un *jus constitutionale commune* en la región.

Una de las dificultades más frecuentes para la implementación del control de convencionalidad por las autoridades nacionales estriba en que, dada la relativa novedad de tal demanda de la Corte Interamericana (recién a partir del 2006), los sujetos implicados no han sido entrenados en la materia por las facultades de Derecho, especialmente en las carreras de grado. Por tanto, resulta obligado determinar sus objetivos, aclararles cuáles son las distintas manifestaciones del control de convencionalidad y guiarlos en la aplicación del instituto.

Otra cuestión que complica la operatividad del control de convencionalidad es que generalmente es presentado como una cuestión simple y unidimensional, cuando en verdad se despliega en varios niveles o manifestaciones: por ejemplo, y en relación con el que llevan a cabo los jueces, cabe distinguir: a) el control en el caso de que medie una sentencia contra un Estado (hipótesis de la «cosa juzgada internacional»), y b) el control en el supuesto de que se proyecte la doctrina establecida en un

caso anterior por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) interpretando la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) –también llamada Pacto de San José de Costa Rica– en el marco de la variante de la «cosa interpretada». En esa segunda hipótesis, el control puede ser *represivo* o *constructivo*. En cada uno de estos supuestos, la operatividad del control de convencionalidad asume ribetes y efectos propios que no cabe confundir.

Paralelamente, los controles legislativo y ejecutivo y administrativo de convencionalidad adoptan perfiles singulares y diferenciados.

Actualmente, por ende, el asunto no es tan sencillo y requiere cierta atención y especialización por parte del operador. No es tarea para simples aficionados. También demanda información, prudencia, perspicacia y lealtad en la instancia que lo realiza. Y así como existe un «adecuado» (*sic*) control de convencionalidad, como lo llama la Corte Interamericana (por ejemplo, en los casos *Gelman*2, del 20/03/2013, párr. 71; *Vereda La Esperanza*, del 31/8/2017, párr. 261; *Petro Urrego*, del 08/07/2020, párr. 107; o *Urrutia Laubreaux*, de 27/08/2020, párr. 93), aunque en otros fallos habla de una «correcta aplicación»: (*Colindres Schonenberg*, del 4/02/19, párr. 128), también puede producirse un uso facilista, desaprensivo, irresponsable, manipulador o incluso desnaturalizador del Derecho internacional de los derechos humanos al que debe servir.

Este manual está dividido en siete capítulos, que responden a otras tantas preguntas decisivas en la materia. El primero trata de dar respuesta a esta cuestión: *¿Por qué y para qué existe el control de convencionalidad?*, y analiza las conexiones entre el mismo y el control de constitucionalidad. El segundo plantea el siguiente interrogante: *¿Cuándo nace y cuáles son las etapas del control de convencionalidad?* El tercero aborda la pregunta: *¿Cómo opera el control de convencionalidad existiendo cosa juzgada contra un Estado?* El cuarto indaga el siguiente tema: *¿Cómo funciona el control de convencionalidad mediando «cosa interpretada» por la Corte Interamericana?*, y examina su primer tramo, es decir, el llamado control *destructivo*. El quinto capítulo atiende la misma preocupación, pero con relación al control *constructivo* de

convencionalidad. El sexto aborda las dudas que surgen en torno a la siguiente cuestión: *¿En qué consiste el control de convencionalidad legisferante y ejecutivo/administrativo?* Finalmente, el séptimo versa sobre la pregunta: *¿Cuáles son las principales dificultades operativas del control de convencionalidad, y cómo atenderlas?*, capítulo en el que se advierte que estas no son pocas ni livianas y se proponen estrategias y mecanismos para enfrentarlas.

Cada capítulo concluye con una síntesis que refleja la esencia de lo que en él se ha analizado.

El lector advertirá que para la elaboración de ese manual se ha utilizado fundamentalmente la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con citas doctrinarias mínimas. La tónica es, esencialmente descriptiva, aunque incidentalmente se introducen puntuaciones críticas.

El presente texto, pues, procura cumplir un discreto papel procedimental y pedagógico. No ahonda en la ontología del control de convencionalidad y sus matices teóricos, filosóficos o académicos, sino que apunta a su dimensión funcional, especialmente en los recintos tribunalicios, donde no abundan manuales o guías operativas sobre el tema. En cuanto el fondo del asunto, es decir, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la superficie y el contenido de esos derechos, falta también otro vademécum que compendie sintéticamente las más de quince mil páginas de texto producidas por el tribunal tanto en sentencias como en opiniones consultivas, aunque ya existen valiosas contribuciones sobre el asunto, probablemente de más alto vuelo y prestigio doctrinario, que desbordan los objetivos de un manual operativo.*

* En tal sentido, véase por ejemplo C. Steiner y M. C. Fuchs (coords.), *Commentario de la Convención Americana de Derechos Humanos*, Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2019. Seguimos, en cambio, la ruta emprendida por Ibáñez, Juana María, *Manual autoformativo para la aplicación del control de convencionalidad dirigido a operadores de justicia*, San José: Instituto Iberoamericano de Derechos Humanos, 2015, texto que adopta un enfoque más sintético y operativo.

Esta guía aspira asimismo a facilitar a los abogados postulantes y litigantes, personajes decisivos para el desarrollo del Derecho, una herramienta para su cometido.

Deseo agradecer a Mariela Morales Antoniazzi, a Armin von Bogdandy y al Max Planck Institut de Heidelberg el aliento y los aportes para redactar esta guía. También quedo reconocido a Santiago Ardisson y Franco Gatti por el muy útil apoyo que me han prestado.

Néstor Pedro Sagüés
Heidelberg, julio de 2019
Buenos Aires, julio de 2021

■ **CAPÍTULO I**

¿POR QUÉ Y PARA QUÉ EXISTE EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD?

SU CONEXIÓN CON EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

1.1. Fines del control de convencionalidad

El «control de convencionalidad» es un mecanismo que asegura el funcionamiento eficaz y operativo del sistema internacional de derechos humanos frente a los eventuales obstáculos que plantea su protección en el ámbito nacional. Toma ese nombre de las «convenciones» (que suelen denominarse también tratados, declaraciones, pactos, etc.) que, en el Derecho internacional, consagran los derechos humanos fundamentales y que obligan a los Estados que las hayan ratificado. En concreto, el control de convencionalidad es un instrumento orientado a la aplicación del Derecho internacional (Corte Interamericana de Derechos Humanos, en adelante Corte IDH, *Gelman vs. Uruguay*, supervisión de cumplimiento de sentencia, 20/3/13 –también conocido como *Gelman2*–, párr. 68; Caso *Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*, párr. 68) y, particularmente, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, CADH, o Pacto de San José de Costa Rica), sus fuentes y la interpretación que de la misma realice la Corte Interamericana (caso *Petro Urrego*, 07/08/20, párr. 103). Su objetivo es que los tratados sobre derechos humanos –todos ellos– «no se vean mermados por la aplicación de normas o interpretaciones (internas) contrarias a su objeto y

fin» (Corte IDH, 20/11/12, *Gudiel Alvarez y otros («Diario Militar») vs. Guatemala*, párr. 330¹).

1.2. El control latinoamericano de convencionalidad. Su obligatoriedad

El control latinoamericano de convencionalidad es un mecanismo especializado en el aseguramiento de la vigencia del Derecho regional latinoamericano de los derechos humanos en los Estados que han ratificado las convenciones respectivas. Existe, en efecto, un bloque jurídico o *corpus iuris* latinoamericano conformado por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, CADH, también llamada Pacto de San José de Costa Rica) y otros documentos emitidos en la región². Además, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha atribuido rango normativo a su doctrina interpretativa de la referida convención, doctrina

.....

1 En *Gelman vs. Uruguay*, Sentencia del 24/2/2011, conocido como *Gelman1*, la Corte IDH habla en su párr. 66 de «normas» internas y su aplicación, contrarias a la CADH. En *Gudiel Alvarez y otros vs. Guatemala*, de 20/11/2012, extiende el control de convencionalidad a «normas e interpretaciones» locales, párr. 330. En otros casos, refiere también a «prácticas». Véanse *Radilla Pacheco vs. México*, 23/11/2009, párrs. 338 y 339; y *Gelman2*, 20/3/2013, párr. 73. Más escuetamente, en *Azul Rojas Marín*, 12/03/20, párr. 269, la CorteIDH subraya que el control de convencionalidad procura que las disposiciones de la CADH «no se vean mermadas por la aplicación de normas contrarias a su objeto». En el mismo sentido, *Fernández Prieto vs. Argentina*, 01/09/20, párr. 100.

2 Por ejemplo, Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), Protocolo a la CADH sobre Abolición de Pena de Muerte, Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará), Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia, Convención Interamericana contra Toda Forma de Discriminación o Intolerancia, y la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores. Cfr. Corte IDH, *Gudiel Alvarez y otros («Diario Militar») vs. Guatemala*, párr. 330.

expuesta en sus «precedentes» o «lineamientos jurisprudenciales» (Corte IDH, *Gelman vs. Uruguay*, supervisión de cumplimiento de sentencia, 20/3/2013, conocido como *Gelman2*, párr. 69), reputándola obligatoria para los Estados (véase *infra*, 4.6.2.1.1.), y ha atravesado en poco tiempo distintos estadios, sumando al control «represivo» el control «constructivo» de convencionalidad (véase *infra*, 2.4.1. y 2.4.4.).

Cabe subrayar que el control de convencionalidad latinoamericano no es optativo o voluntario para los jueces y demás autoridades nacionales, sino *obligatorio* en el marco de sus respectivas competencias (Corte IDH, *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*, 20/10/16, párr. 408; *Rodríguez Revolorio vs. Guatemala*, 14/10/19, párr. 58; *Gorigoitía vs. Argentina*, 02/09/19, párr. 55; *Colombres Schonenberg vs. El Salvador*, 04/02/19, párr. 129, entre muchos otros). Es un deber de Derecho positivo afincado en la doctrina establecida por la Corte Interamericana como intérprete final de la CADH (véase *infra*, 4.4.).

1.3. Control de constitucionalidad

El control de constitucionalidad procura afirmar el funcionamiento y eficacia de la constitución nacional. Históricamente ha conocido dos etapas: la del *control represivo* (Corte Suprema de EE. UU., *Marbury vs. Madison*, 1803), de acuerdo con el cual no cabe aplicar las normas subconstitucionales contrarias a la constitución), y la del *control constructivo*, concretado en la doctrina de la «interpretación conforme» o de adaptación y compatibilización, en la medida de lo posible, entre las normas subconstitucionales y la constitución.

1.4. Control de convencionalidad y control de constitucionalidad

Los dos tipos de control guardan similitudes entre sí, aunque también existen ciertas diferencias en sus modalidades de aplicación. Actualmente, el control de convencionalidad y el de constitucionalidad tienden a ejercerse simultáneamente (doctrina de Corte IDH, caso *Gelman2*, del 20/03/2013, párr. 88).

1.5. Inexistencia de oposición, o «falso dilema», entre el control de convencionalidad y el de constitucionalidad. Su confluencia: el control de convencionalidad-constitucionalidad

Para la Corte IDH, «una vez que el Estado ha ratificado un tratado internacional y reconocido la competencia de sus órganos de control, precisamente a través de sus mecanismos constitucionales, aquellos pasan a conformar su ordenamiento jurídico. De tal manera, el control de constitucionalidad implica necesariamente un control de convencionalidad, ejercidos de forma complementaria» (Caso *Gelman vs. Uruguay*, o *Gelman2*, 20/3/2013, párr. 88).

1.6. Consecuencias

Lo expuesto implica que no es correcto, por ejemplo, interpretar una cláusula constitucional referida a un derecho humano ignorando o rechazando lo que disponga en esa materia una convención internacional ratificada por ese mismo Estado. El análisis «puramente constitucional» de una controversia relativa a los derechos humanos desconociendo su tratamiento internacional es, por ende, inválido (Corte IDH, *Boyce vs. Barbados*, 20/11/2007, párr. 77).

1.7. Normas constitucionales inconvenionales. La constitución convencionalizada

El control de convencionalidad puede determinar que ciertas normas de la constitución nacional resulten inaplicables o que deban reinterpretarse de conformidad con el Derecho internacional de los derechos humanos (véase *infra*, 2.2., 4.6.2.2. y 4.6.2.5.). Ello es así porque el Estado no puede invocar válidamente reglas de Derecho interno (incluyendo las constitucionales) para eximirse del cumplimiento de normas internacionales (art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados). En este último sentido, véase Corte IDH, Opinión Consultiva 14/94, sobre «Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención», párr. 35; y Caso *Gelman2*, párr. 64.

La constitución nacional adaptada al Derecho internacional de los derechos humanos, en particular a la Convención Americana sobre Derechos humanos (CADH) y a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH), se perfila así como una *constitución convencionalizada*³.

1.8. Principio de la norma más favorable a la persona

Ahora bien, si la cláusula de una constitución nacional, o una regla interna, es más favorable a la persona, esta será la norma prevaleciente incluso sobre los preceptos del Derecho internacional de los derechos humanos (art. 29-b de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Por lo tanto, el control de convencionalidad tampoco puede ignorar el Derecho nacional y el control de constitucionalidad.

1.9. Alternativas de instrumentación de los sistemas de control de convencionalidad y de constitucionalidad

Sin perjuicio de lo dicho, en *Liakat Ali Alibux vs. Suriname*, de 30/1/14, párr. 124, la Corte IDH ha declarado que la CADH no impone un modelo único de control de constitucionalidad ni de convencionalidad, y que, por ende, no exige, por ejemplo, la erección de un tribunal o corte constitucional en todos los países.

Lo importante, por ello, es que el control de convencionalidad/ constitucionalidad resulte eficaz y que exista, en este sentido, un relativo margen de apreciación nacional para implementarlo.

3 Cfr. Sagüés, Néstor Pedro, «De la constitución nacional a la constitución convencionalizada», en E. Ferrer Mac-Gregor (coord.), *Derecho Procesal Constitucional Transnacional*, México: Porrúa, 2016, pp. 3 y ss.; *La interpretación judicial de la constitución: de la constitución nacional a la constitución convencionalizada*, México: Porrúa, 2017, 1^a reimpr., pp. 339 y ss.

1.10. Carácter (relativamente) complementario del control de convencionalidad

La Corte IDH definió el sistema de control de convencionalidad como un dispositivo «*dinámico y complementario* de las obligaciones de los Estados de respetar y garantizar los derechos humanos» en el que los primeros sujetos obligados son los funcionarios nacionales y, subsidiaria y complementariamente, los organismos del sistema internacional. Por ello, si en el ámbito interno se han adoptado las medidas adecuadas para remediar una situación, se ha resuelto la violación alegada, se han dispuesto reparaciones razonables o se ha ejercicio de un adecuado control de convencionalidad, no es necesaria la actuación de organismos externos: Corte IDH, *Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*, 30/11/12, párr. 143; y *Petro Urrego*, 08/07/20, p. 103.

Sin embargo, al respecto cabe distinguir dos supuestos: a) cuando la Corte desarrolla su tarea y ella misma practica el control de convencionalidad, realiza una gestión complementaria o subsidiaria que es posterior a la de los órganos nacionales; pero b) cuando un juez o funcionario nacional hace efectivo el control de convencionalidad, ya sea represivo o constructivo, mediante la aplicación de reglas del Derecho internacional de los derechos humanos, en esa tarea está operando primariamente antes que la Corte Interamericana.

SÍNTESIS

- **El control de convencionalidad es un instrumento orientado a la aplicación del Derecho internacional de los derechos humanos frente a obstáculos normativos o prácticas nacionales.**
- **Actualmente, el control de convencionalidad debe realizarse conjuntamente con el control de constitucionalidad. No es válido realizar un análisis «puramente constitucional» de una controversia relativa a los derechos humanos.**
- **Ciertas cláusulas constitucionales pueden resultar inaplicables si violan normas procedentes del Derecho internacional de los derechos humanos, o la doctrina judicial de la Corte**

Interamericana de Derechos Humanos. Lo mismo ocurre con las demás reglas jurídicas nacionales, salvo que fueren más favorables para la persona.

■ **CAPITULO II**

¿CUÁNDO NACE Y CUÁLES SON LAS ETAPAS DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD?

2.1. Gestación del control latinoamericano de convencionalidad

La elaboración de la doctrina del control de convencionalidad en el ámbito latinoamericano ha atravesado distintas etapas. Su desarrollo, básicamente jurisprudencial, ha sido zigzagueante, aluvional y no siempre uniforme, pero ha incrementado progresivamente su potencialidad.

2.2. Control de convencionalidad internacional o supranacional

El control de convencionalidad fue practicado inicialmente por la propia Corte IDH mediante la declaración de invalidez de normas domésticas (incluso constitucionales) que colisionaban con la CADH. Ello configuró un control de convencionalidad que diferentes autores denominaron «inter» o «supra» nacional, o «desde arriba» (así, en *La última tentación de Cristo - Olmedo Bustos y otros vs. Chile* en relación con la libertad de expresión, sentencia del 5/2/2001, párr. 97, donde reputó inconvencional al art. 19, inciso 12, de la Constitución chilena y requirió al Estado su enmienda; o en *Boyce c. Barbados* respecto al impedimento de control de constitucionalidad de normas anteriores a su constitución de 1996: sentencia del 20/11/2007, párr. 78, y con relación al art. 26 de la Constitución local¹).

¹ Para una sinopsis histórica del control de convencionalidad latinoamericano y su comparación con el europeo, remitimos a Sagüés Néstor, Pedro, «El control

2.3. Aproximaciones iniciales a la expresión «control de convencionalidad»

En el seno de la Corte IDH, resultan pioneros los votos concurrentes razonados del juez Sergio García Ramírez en los casos *Mack Chang vs. Guatemala*, de 25/11/2003, párr. 27, *Tibi vs. Ecuador*, de 7/9/2004, párr. 3, y *López Álvarez vs. Honduras*, de 1/2/2006, párr. 30.

2.4. Lanzamiento del control de convencionalidad a cargo de jueces nacionales. Cuatro fallos clave

El control de convencionalidad como facultad (y, después, como deber) de los jueces locales (posteriormente, por todos los órganos del Estado) se concreta a partir de 2006 en una serie de sentencias, resoluciones y opiniones consultivas de la Corte IDH. Ello importa el arranque del control «nacional» de convencionalidad, o «desde abajo». Los pronunciamientos que marcaron las etapas más importantes de este proceso fueron los siguientes:

2.4.1. *Almonacid Arellano vs. Chile*, del 19/9/2006. En su párr. 124, la sentencia expresa de modo terminante que los jueces locales tienen que practicar «control de convencionalidad» en relación con las «leyes» y las «normas jurídicas internas» opuestas a un tratado internacional –por ejemplo, la CADH– teniendo en cuenta también la interpretación de la misma realizada por la Corte IDH. Establece, pues, el *control represivo* local de convencionalidad, concretado en la inaplicación de dichas reglas inconvenionales.

2.4.2. *Trabajadores cesados del Congreso vs. Perú*, del 24/11/2006, párr. 128. La Corte IDH declara que aquella tarea debe realizarse *ex officio*, esto es, sin petición de parte. Ello comporta una importante carga procesal para la judicatura.

de convencionalidad para la elaboración de un *ius commune interamericano*», en A. von Bogdandy, E. Ferrer Mac-Gregor y M. Morales Antoniazzi (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización*, t. II, México: UNAM-Max Planck Institut, 2010, pp. 449 y ss.

2.4.3. *Radilla Pacheco vs. México*, del 23/11/2009, párrs. 338 a 340. Extiende el control de convencionalidad a la aplicación e interpretación de las normas constitucionales y legislativas, y a sus prácticas. Instaura, así, lo que denominamos *control constructivo de convencionalidad*.

2.4.4. *Rosendo Cantú vs. México*, de 31/8/2010, párr. 219, y *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, de 26/11/2010, párr. 225. Amplía el deber de realizar control de convencionalidad, que no solo lo llevarán a cabo los jueces, sino también todos los «órganos vinculados a la Administración de justicia en todos los niveles» y en el marco de sus competencias.

Resulta llamativo que en toda esta construcción jurídica la Corte Interamericana no haya hecho mayores referencias al régimen europeo de control de convencionalidad, que es previo al latinoamericano. No obstante, en el caso *Gelman*², párr. 69, nota 49, realiza una excepción, y hace referencia a la eficacia vinculante de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos humanos para los Estados parte.

2.5. Desarrollo de la doctrina del control de convencionalidad en la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte IDH ha reiterado en algunos casos, y desarrollado en otros, su doctrina sobre control de convencionalidad a través de una serie de pronunciamientos y en la Opinión Consultiva 21/2014, párr. 31.

Véanse, al respecto, por ejemplo, caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, sentencia del 19 de septiembre de 2006, Serie C No. 151, párr. 124; caso *Trabajadores cesados del Congreso vs. Perú*. Sentencia del 24 de noviembre de 2006, Serie C No. 157, párr. 128; caso *La Cantuta vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162; 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; caso *Radilla Pacheco vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C No. 209, párr. 339; caso *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C

No. 214, párr. 311; 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; 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; 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; caso *Gomez Lund vs. Brasil*. Sentencia de 24 de noviembre de 2010, Serie C No. 219, párr. 176/7; 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; caso *Gelman vs. Uruguay*. Sentencia del 24 de febrero 2011. Serie C No. 221, párr. 193 (complementada por resolución de revisión de cumplimiento del 20 de marzo 2013, serie C No. 243, párr. 63); caso *Chocrón Chocrón vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de julio de 2011. Serie C No. 227, párr. 164; caso *López Mendoza vs. Venezuela. Fondo Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de septiembre de 2011. Serie C No. 233, párr. 226; caso *Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 29 de noviembre de 2011. Serie C No. 238, párr. 93; caso *Atala Riff y niñas vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 282; caso *Furlan y familiares vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246, párr. 303; 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; 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; caso *Masacres El Mozote vs. El Salvador*. Sentencia de 25 de octubre de 2012, Serie C No. 252, párr. 318; caso *Mendoza y otros vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 14 de mayo de 2013. Serie C No. 260, párrs. 221 y 233; caso *García Cruz vs. México*. Sentencia de 26 de noviembre de 2013, Serie C No. 273, párr. 59. Caso *J. vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 27 de noviembre de 2013. Serie C

No. 275, párr. 408; caso *Liakat Alibux vs. Suriname*, Sentencia de 30 de enero de 2014, Serie C No. 276, párr. 134; caso *Norin Catriman y otros vs. Chile*, Sentencia de 29 de mayo 2014, Serie C No. 279, párr. 464; 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; caso *Rochac Hernandez vs. El Salvador*. Sentencia de 14 octubre de 2014, Serie C No. 285, párr. 213; 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; caso *Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 8 de octubre de 2015. Serie C No. 304, párr. 346; caso *Chinchilla Sandoval y otros vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 29 de febrero de 2016. Serie C No. 312, párr. 242; caso *Miembros de la aldea Chichupac vs. Guatemala*. Sentencia del 30/11/2016, párr. 289; caso *Andrade Salmón vs. Bolivia*. Sentencia del 01/12/2016, párr. 93; caso *Vereda La Esperanza vs. Colombia*, Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y costas, Serie C N° 261. Sentencia del 31/08/17, párr. 161; caso *San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de febrero de 2018. Serie C No. 348, párr. 191). Cfr. también Opinión Consultiva 21/14, párr. 31; caso *Herzog vs. Brasil*. Sentencia del 15/3/2018, párr. 292; caso *Amrhein vs. Costa Rica*. Sentencia del 25/4/2018, párr. 99; caso *Ordenes Guerra vs. Chile*. Sentencia del 29/11/2018, párr. 135; caso *Colindres Schonenberg vs. El Salvador*, 04/02/19, párr. 75 y 128; caso *Gorigoitía vs. Argentina*, 02/09/19, párr. 55; caso *Rodríguez Revolorio vs. Guatemala*, 14/10/19, párr. 58; caso *Asociación Nacional de Cesantes vs. Perú*, 21/11/19, párr. 200; caso *Azul Rojas Marín vs. Perú*. Sentencia del 12 de marzo de 2020, pár. 269; caso *Petro Urrego vs. Colombia*, Sentencia del 08/07/20, párr. 103 a 105; caso *Urrutia Laubreaux vs. Chile*. Sentencia del 27/08/20, párr. 93; caso *Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina*. Sentencia del 01/09/20; caso *Casa Nina vs. Perú*, Sentencia del 24/11/20, párr. 139, entre otros. Cfr. también las Opiniones Consultivas N° 21/14, párr. 31; 24/17, párr. 26; 25/18, párr. 58.

El control de convencionalidad a practicar por los operadores nacionales es ya obligatorio, perfilándose como Derecho consuetudinario internacional regional. Véase 1.2.

2.6. Rediseño del control de convencionalidad. Caso *Gelman2*

En la resolución dictada el 20 de marzo de 2013 en el caso *Gelman2*, párr. 66, la Corte IDH estructura con nuevas pautas al control de convencionalidad que deben llevar a cabo los órganos nacionales y distingue estas dos «manifestaciones» (*sic*) del mismo:

2.6.1. *control de convencionalidad mediando sentencia condenatoria contra un Estado (res judicata)* en un proceso en el que ha sido parte (véase *infra*, cap. III); y

2.6.2. *control de convencionalidad derivado* de la interpretación de la CADH realizada en otros casos (y con efectos expansivos) por la CorteIDH (*res interpretata*), relativo a normas o prácticas de un Estado sin que medie proceso o condena respecto del mismo. Esta manifestación involucra los casos de *control represivo* y de *control constructivo* de convencionalidad mencionados en 2.4.1 y 2.4.4, y desarrollados *infra* (caps. IV y V).

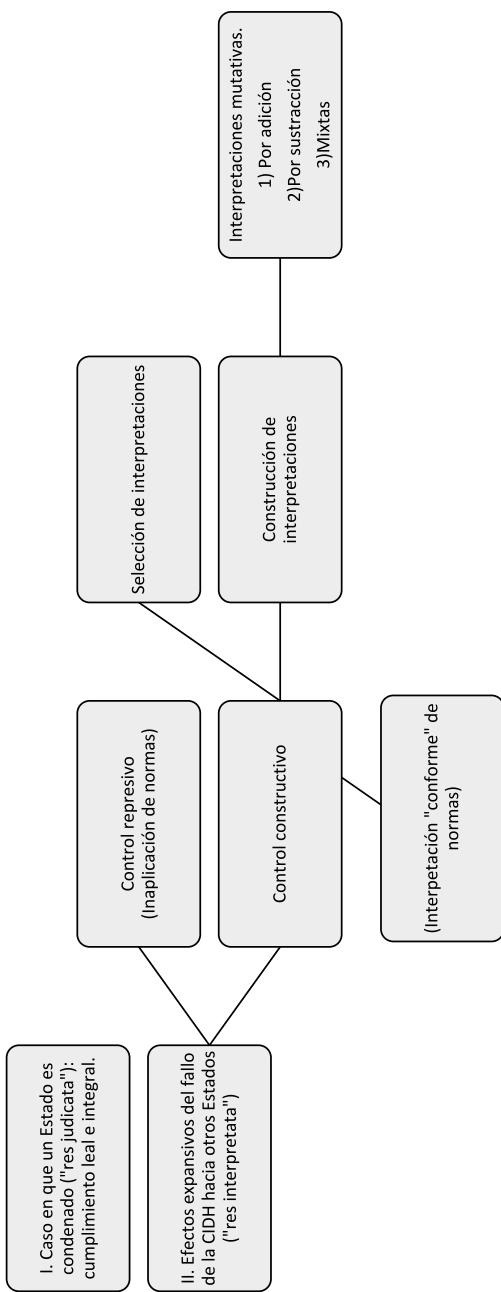
Esta sentencia también es relevante porque enfatiza que el control de convencionalidad se aplica, igualmente: a) sobre la *emisión* y b) respecto de la *aplicación* de las normas estatales (párr. 69). Esta perspectiva va a dar lugar al control *legisferante* de convencionalidad (v. *infra*, 6.2 y ss.)

SÍNTESIS

- **El control de convencionalidad latinoamericano fue inicialmente realizado por la Corte IDH, reputando inconvenenciales normas nacionales, incluso constitucionales (caso *La última tentación de Cristo*, v. gr.). Se trata del control *represivo* de inconvencialidad.**
- **Posteriormente, a partir de 2006, la Corte IDH encomienda también a los jueces nacionales ese control de inaplicación de reglas nacionales, aun sin mediar pedido de parte (*ex officio*),**

respecto a normas y prácticas internas violatorias de las convenciones de derechos humanos (entre ellas, la CADH) y de la jurisprudencia de la Corte IDH.

- En 2009, la corte regional demanda a los jueces locales el control *positivo* o *constructivo* de convencionalidad, concretado en la declaración de conformidad, interpretación o adaptación de las normas nacionales al Derecho internacional de los derechos humanos y a la jurisprudencia de la Corte IDH.
- En 2010, la Corte IDH amplía la exigencia del control de convencionalidad por parte de todos los órganos del Estado, pero en el marco de sus competencias.
- En 2013, rediseña –en el caso *Gelman*²– las «manifestaciones» y subtipos de control de convencionalidad.
- El actual diagrama del control de convencionalidad, según la Corte Interamericana, se grafica en el cuadro sinóptico que obra en la página 32.

Control de Convencionalidad (después de CIDH, "Gelman 2", marzo de 2013)

■ **CAPÍTULO III**

¿CÓMO OPERA EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EXISTIENDO COSA JUZGADA CONTRA UN ESTADO?

3.1. Introducción. Dos «manifestaciones» del control de convencionalidad

En *Gelman2*, del 20/3/2013, párr. 67, la Corte IDH explica que hay dos «manifestaciones» de la obligación de ejercer control de convencionalidad por parte de las autoridades nacionales cuya diferencia depende de si la sentencia del tribunal regional ha sido dictada en un caso en el cual el Estado ha sido parte o no.

3.2. Primera manifestación: existencia de cosa juzgada internacional

De acuerdo con las consideraciones vertidas por la Corte IDH en el caso *Gelman2*, de 20/3/2013, párrs. 67 y 68, la primera «manifestación» del control de convencionalidad se presenta cuando, después de un proceso en el que un Estado sometido a su jurisdicción, ha sido parte y ha tenido oportunidad de plantear sus defensas, resulta condenado por la Corte IDH. En tal supuesto, la sentencia produce el efecto de «cosa juzgada internacional», con efectos *inter partes*, respecto de ese Estado¹.

1 La resolución de la Corte IDH pronunciada en *Gelman2* el 20 de marzo de 2013 (véase párr. 54) fue la pronta respuesta del tribunal regional a una sentencia de la Suprema Corte de Justicia del Uruguay del 22 de febrero de ese año (caso *M. L.*) que, a juicio de la Corte Interamericana, podía implicar un serio obstáculo

A esta variable del control nos referiremos en el presente capítulo.

3.3. Sustento normativo

El art. 67 de la CADH (Convención Americana sobre Derechos Humanos, o Pacto de San José de Costa Rica) dispone: «El fallo definitivo de la Corte será definitivo e inapelable». Por su parte, el art. 68.1 establece: «Los Estados partes de la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes». Ambos preceptos se mencionan en el caso *Gelman2*, de 20/3/13, párr. 102, y la resolución agrega expresamente que el Estado no puede alegar normas de Derecho constitucional u otros aspectos del Derecho interno para justificar el incumplimiento a una sentencia de la Corte IDH). En relación con el arriba citado art. 67, la Corte Interamericana advierte que sus sentencias deben ser «prontamente cumplidas» (párr. 4).

3.4. Partes del fallo con autoridad de cosa juzgada

En el ya citado caso *Gelman2*, del 20/3/2013, párr. 102, la Corte IDH indica que el efecto vinculante de su sentencia no se limita a la parte dispositiva del fallo, sino que incluye «todos los fundamentos, motivaciones, alcances y efectos del mismo», vale decir, que lo es en su integridad y que, por tanto, su vinculatoriedad comprende también la *ratio decidendi* o parte considerativa.

3.5. Efectos del control de convencionalidad. Modalidad operativa

En la situación señalada, todos los cuerpos de ese Estado, incluidos sus jueces y órganos vinculados a la Administración de justicia, también están sometidos al tratado y a la sentencia de la Corte IDH, y tienen que velar porque esta no se vea mermada por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin o por decisiones judiciales o administrativas que hagan

para las investigaciones de graves violaciones de derechos humanos llevadas a cabo por la Corte IDH en el primer caso *Gelman*, de 24 de febrero de 2011.

ilusorio el cumplimiento total o parcial de la sentencia. El fallo del tribunal regional debe, por ende, ser cumplido por el Estado «en su integridad y de buena fe» (Corte IDH, *Gelman2*, párr. 68), y debe prevalecer sobre las normas internas, así como sobre las interpretaciones y prácticas que obstruyan su acatamiento (*Ídem*, párrs. 73 y 74). Al ejecutar un fallo de la Corte Interamericana, por ejemplo, los tribunales de un Estado deben «ajustar» (*sic*) la interpretación de las normas de dicho Estado a los principios establecidos en la sentencia de la referida Corte (CorteIDH, *Casa Nina vs. Perú*, 24/11/20, párr. 139).

Como indicó la Corte IDH en *Gelman2*, párr. 66, la actuación de cada órgano del Estado lo es «en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes», teniendo en cuenta no solamente la CADH, sino también su entendimiento por el tribunal regional, intérprete último de la misma.

En algunos países se han sancionado leyes que regulan la ejecución en el ámbito interno de las sentencias de la CorteIDH, que naturalmente deben observarse. Sin embargo, en otros Estados no se han aprobado este tipo de leyes. El cumplimiento de un fallo de tal Corte puede, pues, involucrar, según los casos y situaciones, a uno o más poderes del Estado. Hay sentencias de la Corte Interamericana que tienen como destinatario al Poder Ejecutivo, pero también otras dirigidas hacia el poder constituyente, al legislativo o a tribunales de un Estado local, o concurrentemente, a varios de ellos.

3.6. Responsabilidad especial para el Poder Judicial

También en *Gelman2*, del 20/3/2013, párr. 73, la CorteIDH ha puntualizado que, cuando el cumplimiento de una sentencia con fuerza de cosa juzgada internacional corresponde a los jueces de un Estado, «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».

En el ámbito judicial, el cumplimiento de una sentencia de la Corte IDH puede corresponder, según cada caso, a jueces de diferentes instancias, o a la corte suprema o tribunal constitucional, si lo hubiera.

3.7. Conclusión

En el caso de que recaiga sentencia condenatoria contra un Estado, todos sus órganos, en el marco de sus competencias: a) no deben obstaculizar su cumplimiento, completo y leal; y b) deben colaborar en su ejecución.

3.8. Incumplimiento del control de convencionalidad mediando sentencia contra un Estado. Inconvencionalidad por omisión y responsabilidad internacional del Estado

En la experiencia jurídica regional, y pese al deber de ejecución señalado *supra* (3.3), se han registrado algunas situaciones estatales de evasión a ese cumplimiento, con distintos resultados².

.....

2 Aparte del ya citado caso de Uruguay, en la experiencia concreta se han dado diversas situaciones. Reseñamos las siguientes:

a) Perú. El 11 de junio de 1999, durante la presidencia de Alberto Fujimori, en relación con el caso *Castillo Petrucci y otros*, el Consejo Supremo de Justicia Militar acusó a una sentencia de la Corte IDH de haber tipificado indebidamente ciertos delitos, incurrir en exceso de su competencia funcional, extralimitarse en sus atribuciones, invocar falsamente preceptos del Pacto de San José de Costa Rica, adolecer de un «clamoroso desconocimiento» de la legislación penal y militar peruana, resolver sobre puntos no sometidos a su decisión, etc. (Cfr. *El Peruano*, Lima, 12/6/1999). Pocos días después, el 14 de junio, en relación con el caso *Loayza Tamayo*, la Corte Suprema de Justicia peruana proclamó inejecutable otra sentencia de la Corte regional porque no se habían agotado las instancias nacionales previas a su conocimiento, por desconocer las consecuencias de una sentencia dictada por la justicia nacional y por ejercer facultades que no le conferían los instrumentos internacionales suscriptos por el Perú, entre otras razones. El conflicto concluyó cuando el nuevo presidente del Perú, Valentín Paniagua Corazao, ordenó cumplir los veredictos de la Corte IDH. Véase, al respecto, Sagüés, Néstor Pedro, *Derecho Procesal Constitucional. Logros y obstáculos*, Buenos Aires: Ad Hoc, 2006, pp. 254-256.

b) Venezuela. Durante el régimen chavista, Venezuela mostró cierta tendencia a declarar la inejecutabilidad de fallos de la Corte IDH. En tal sentido, por ejemplo, puede citarse la decisión de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia del 5 de agosto de 2008, que, entre otras razones, declaró que los fallos del tribunal regional no coincidían con lo dispuesto por la constitución nacional, interpretada según los criterios de la referida Sala. Esta última entendió en *Apitz Barbera* que la Corte Interamericana invadió competencias del Poder Judicial y

El incumplimiento o inejecutoriedad, total o parcial, de una sentencia de la Corte IDH implica un caso de *inconvencionalidad*

.....

del Poder Legislativo venezolanos, e instó al Poder Ejecutivo a denunciar el Pacto de San José de Costa Rica, exhortación que finalmente fue atendida. La aludida Sala Constitucional ejercitó una suerte de «pasavante» o *exequatur* en virtud del cual autorizaba (o no) la ejecutabilidad de las resoluciones de la Corte IDH. Al decir de Carlos Ayala Corao, la Sala se adhería a una especie de «nacionalismo constitucional absoluto», convirtiéndose, de este modo, en juez de la Corte Interamericana. Sobre el tema, véanse Ayala Corao, Carlos, «La doctrina de la inejecución de las sentencias internacionales en la jurisprudencia constitucional de Venezuela (1999-2009)», en A. von Bogdand, E. Ferrer Mac-Gregor y M. Morales Antoniazzi Mariela (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización*, t.II, México: UNAM-Max Planck Institut, 2010, pp. 106 y ss.; y Zuñiga Urbina, Francisco, «Control de convencionalidad y tribunales nacionales. Una aproximación crítica», en H. Nogueira Alcalá (coord.), *El diálogo transjudicial de los tribunales constitucionales entre sí y con las Cortes Internacionales de Derechos Humanos*, Santiago de Chile: Librotecnia, 2012, pp. 417 y ss.

c) Argentina. El 14 de febrero de 2017, la Corte Suprema de Justicia de este país resolvió no cumplir con un tramo de la sentencia de la Corte IDH pronunciada en *Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina* en el que el tribunal regional ordenaba a la Corte argentina «dejar sin efecto» una sentencia suya pronunciada en 2001 y relativa al caso *Menem, Carlos Saúl*. La Corte Suprema argentina acusó a la Corte Interamericana de carecer de competencias para disponer la orden de revocación de una sentencia propia por parte el máximo tribunal nacional, que, según argumentó la Corte argentina, es supremo; asimismo, sostuvo que la CADH estaba sometida a los principios de Derecho público de la Constitución nacional (art. 27), que atribuyen la condición de tribunal supremo de la Corte nacional. Por su parte, el 18 de octubre la Corte IDH declaró que Argentina no podría alegar reglas de Derecho interno para eximirse del cumplimiento de sus obligaciones internacionales; que la determinación de la competencia de la Corte IDH era facultad de ella misma y no de los tribunales argentinos; que el hecho de «dejar sin efecto» una decisión de la Corte suprema argentina constituía una facultad de la Corte IDH para reparar un acto lesivo de un derecho enunciado en la CADH, pero que ello no requería que el tribunal cimero local «revocara» su veredicto, sino que bastaba una anotación marginal en el protocolo del mismo en el que constara la decisión de la Corte IDH. El 5 de diciembre de 2017 la Corte argentina aceptó este último extremo, con lo que concluyó, en parte, el litigio. Cfr. Sagüés, Néstor Pedro, «¿Puede válidamente la Corte Interamericana obligar a que una Corte Suprema nacional deje sin efecto una sentencia suya?», *El Derecho*, Buenos Aires t. 272, 2017, p. 437; y «Un conflicto trascendente: la Corte Interamericana y la Corte Suprema argentina. Entre el diálogo y el choque de trenes», *Revista Jurídica La Ley*, t. 2017-F-245.

por omisión³ que genera responsabilidad internacional para el Estado infractor.

3.9. Caso de impunidad inconvenencial

No obstante, la propia CADH contiene un precepto que puede conducir a una situación de impunidad inconvenencial. En efecto, su art. 65 dispone: «La Corte someterá a la consideración de la Asamblea General de la Organización (de Estados Americanos), en cada período ordinario de sesiones un informe sobre la 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*» (la cursiva es nuestra)⁴.

El problema se transfiere, por lo tanto, del ámbito jurisdiccional de la Corte IDH al campo diplomático de la OEA.

En buen romance, si un Estado desobedece a la Corte IDH y la Asamblea General de la OEA no adopta las recomendaciones pertinentes que auspicie el tribunal regional para afrontar y remediar tal inejecución, o si estas no son efectivas para lograr la ejecución de la sentencia, el fallo –ya sea en una parte o en su integridad– puede devenir, en definitiva, inejecutable. Es un tema muy grave que merece ser seriamente reexaminado en una futura reforma de la CADH.

3.10. Topes al control de convencionalidad

Cabe preguntarse si, en términos jurídicos, un Estado puede negarse a cumplir una sentencia de la Corte IDH.

.....
 3 Cfr. Sagüés Néstor Pedro, *La interpretación judicial de la Constitución. De la constitución nacional a la constitución convencionalizada*, México: Porrúa, 2da. ed., 2017, 1^a reimpr., pp. 367 y ss.

4 En consonancia con tales normas, el art. 30 del Estatuto de la Corte IDH determina que el Tribunal indicará a la Asamblea General de la OEA los casos en que un Estado no haya dado cumplimiento a sus fallos y someterá a la misma las proposiciones o recomendaciones para el mejoramiento del sistema interamericano de derechos humanos. A su turno, el art. 69 del Reglamento de la Corte IDH regula la supervisión por el Tribunal del cumplimiento de sus sentencias y el dictado de las resoluciones que estime pertinentes. Son numerosas las resoluciones de la Corte en materia del ejercicio de tal supervisión.

3.10.1. El Derecho positivo –es decir, los referidos arts. 67 y 68 de la CADH– impide esta posibilidad, dado que ambos preceptos blindan la sentencia regional con las notas de definitividad, inapelabilidad y de compromiso de cumplimiento. Por su parte, el art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados también veta a los Estados la alegación de normas de Derecho interno para incumplir sus compromisos internacionales. Sin embargo, hemos visto (*supra*, 3.9.) que el citado art. 65 de la CAHD podría conducir a una situación de impunidad evasiva.

3.10.2. Siempre desde el punto de vista del Derecho positivo, el Estado disconforme con los pronunciamientos de la Corte IDH tiene la alternativa denunciar el Pacto de San José de Costa Rica en los términos y condiciones previstos por su art. 78, aunque ello, obviamente, no lo exime de cumplir los fallos previos a los plazos de tal retiro⁵.

3.10.3. Igualmente en términos de Derecho positivo, un tratado como la CADH o una sentencia de la Corte IDH podrían ser invalidados en alguna de sus partes si allí colisionaran con el *jus cogens* o Derecho internacional «perentorio» o «imperativo», que se superpone a la voluntad de los Estados u organismos internacionales (arts. 53 y 64 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados). Este tema es, por cierto, complejo, dado que no existe un catálogo formalmente aceptado sobre el contenido puntual y específico del *jus cogens*, aunque sí hay algunas coincidencias muy significativas⁶.

5 El art. 78. de la CADH dispone: «1. Los Estados podrán denunciar esta Convención después de la expiración de un plazo de cinco años, a partir de la entrada en vigor de la misma y mediante el preaviso de un año, notificando al Secretario General de la Organización, quien debe informar a las otras partes. 2. Dicha denuncia no tendrá por efecto desligar al Estado parte interesado de las obligaciones contenidas en esta Convención en lo que concierne a todo hecho que pudiendo constituir una violación de esas obligaciones, haya sido cumplido por él anteriormente la fecha a la cual la denuncia pudiere tener efecto».

6 Cfr., por ejemplo, Weatherall, Thomas, *Jus Cogens. International Law and Social Contract*, Cambridge: Cambridge University Press, 2015, pp. 200 y ss. El autor enumera en estos términos los que, a su juicio, constituyen los principales contenidos del *jus cogens*: las normas perentorias sobre piratería, esclavitud, crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad, genocidio, tortura, *apartheid*,

3.10.4. Desde el prisma axiológico y de Derecho natural o supralegal, la cuestión puede tener distintos matices. Como regla general, y en virtud del valor orden y seguridad, así como de satisfacción del bien común internacional global y el regional, los fallos de un tribunal supranacional también deben ser obedecidos desde la dimensión valorativa del Derecho.

3.10.5. No obstante, es posible que una sentencia de esa categoría pueda hipotéticamente padecer de un grave vicio de injusticia, bien porque se funde en una norma de Derecho internacional irremediablemente injusta⁷, bien porque aunque aplique una regla de Derecho de gentes justa, resulte, por una construcción jurídica profundamente defectuosa (por ejemplo, si la desvirtúa o adultera en su fundamentación y evaluación normativa o en la interpretación del Derecho aplicable, o si genera resultados que provocan una crisis sistémica) un fallo irremediablemente *derrotable*

.....

las prescripciones protectoras del patrimonio de la humanidad como alta mar, espacio exterior, la luna y otros cuerpos celestiales, la Antártida, el ambiente, etc. Para otra visión sobre el contenido material del *ius cogens*, cfr. Ollarves Irazábal, Jesús, *Jus cogens en el Derecho internacional contemporáneo*, Caracas: Instituto de Derecho Público, Universidad Central de Venezuela, 2005, pp. 285 y ss.; Ardisson, Santiago, *Jus Cogens. Fundamentos, doctrina, jurisprudencia. Sistema interamericano y aplicación interna*. Tesis doctoral, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, Rosario, Argentina, 2020. Versión provisoria.

Por su parte, los arts. 53 y 64 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (en Argentina, Ley 19.865) prescriben lo siguiente: «Art. 53: Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de Derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de Derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de Derecho internacional general que tenga el mismo carácter». «Art. 64: Si surge una nueva norma imperativa de Derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará».

7 La hipótesis (real, en su época) de la existencia reglas de Derecho internacional injustas fue planteada ya en 1576 por Jean Bodin en sus *Les six livres sur la république*. Cfr. Bodino Jean, *Los seis libros de la República*, trad. Pedro Bravo, Caracas: Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, 1966, p. 160; y Sagüés Néstor, Pedro, «El rescate histórico del concepto de soberanía y su compatibilidad con el derecho internacional», *El Derecho*, 2017, t. 275.

o, en nuestra terminología, *aberrante*⁸. En otras palabras, en este supuesto cabría aplicar la regla contemporánea de acuerdo con la cual el Derecho extremadamente injusto no es Derecho («fórmula de Radbruch»), es decir, una situación de «no Derecho»⁹.

Naturalmente, es difícil que se produzca una situación de esa índole en en el caso, por ejemplo, de una Corte regional como la Interamericana de Derechos Humanos, de cuyos fallos se espera calidad jurídica, sentido común, ecuanimidad, inteligencia, prudente evaluación de sus resultados y respeto por la dignidad humana antes que soluciones obcecadas, imprevisoras o manipuladas ideológicamente por doctrinas de moda.

SÍNTESIS

- **La primera «manifestación» del control de convencionalidad por parte de autoridades nacionales consiste en el cumplimiento leal e íntegro de la sentencia dictada por la Corte IDH contra un Estado por sobre lo que dispongan las normas o prácticas locales. El fundamento de este deber estriba en los arts. 67 y 68.1 de la CADH.**
- **Ello comporta una responsabilidad para todos los órganos del Estado, especialmente para el Poder Judicial. Algunas**

.....

8 Nos hemos referido a los casos excepcionales y más recientes de sentencias derrotables y/o aberrantes en Sagüés Néstor, Pedro, «La autorrevisión de las sentencias definitivas de los tribunales constitucionales. Análisis comparativo entre Argentina y Perú», *Cuadernos sobre jurisprudencia constitucional*, 10, 2015 pp. 26-27. La sentencia *aberrante* plantea un problema relativamente similar al de los «casos trágicos» –de acuerdo con la terminología de Manuel Atienza–, en el sentido de que son situaciones que no pueden decidirse «si no es vulnerando el ordenamiento jurídico» (en el caso que nos ocupa, agregamos, los arts. 67 y 68 de la CADH). Cfr. Atienza, Manuel, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, México: UNAM, 2009, p. 201.

9 Cfr. Vigo, Rodolfo Luis, *La injusticia extrema no es derecho. De Radbruch a Alexy*, Buenos Aires: La Ley, 1^a reimpr., 2008, pp. 84,94 y 167. Se conecta con ello la tesis trialista de la «laguna dikelógica» ante los supuestos de norma irremediablemente injusta. Sobre el tema, véase Goldschmidt, Werner, *Introducción filosófica al Derecho*, Buenos Aires: Depalma, 41973, p. 221.

veces la sentencia de la Corte IDH debe ejecutarse por jueces de primera instancia, y otras, de acuerdo a la índole del tema y lo ordenado por tal Corte, por jueces superiores.

- Todas las partes del fallo de la Corte IDH, en principio, generan el efecto de cosa juzgada internacional.
- Si el Estado incumple un fallo de la Corte IDH, esta informará a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (OEA) con las recomendaciones pertinentes. El problema se transfiere, entonces, al ámbito diplomático, donde ocasionalmente pueden presentarse situaciones de impunidad inconvenencial.
- No hay reglas de Derecho positivo que permitan eximirse de la ejecución de un fallo de la Corte IDH. Su evasión importaría inconvenencialidad por omisión y genera responsabilidad internacional para el Estado. En la experiencia concreta, algunas pocas sentencias han resultado inejecutoriadas. En el ámbito doctrinal, se discute la posibilidad de incumplimiento –excepcional– por razones de grave injusticia o infracción al Derecho natural (sentencias aberrantes o de ejecución caótica).

■ **CAPÍTULO IV**

¿CÓMO FUNCIONA EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD MEDIANDO «COSA INTERPRETADA» POR LA CORTE INTERAMERICANA?

PRIMER TRAMO. EL CONTROL REPRESIVO

4.1. Introducción. La «segunda manifestación» del control de convencionalidad

Aludimos aquí a los casos en los que la Corte IDH ha interpretado previamente –es decir, en un proceso distinto al que un operador jurídico tiene ahora bajo examen– alguna cláusula de la CADH. Desde luego, en el nuevo expediente o caso esa interpretación anterior no configura «cosa juzgada», que es la primera «manifestación» del control (véase *supra*, 3.2.). No obstante, la Corte IDH sostiene que el operador estatal nacional (juez, fiscal, defensor y, en otros ámbitos, por ejemplo, autoridad administrativa o legislativa) debe seguir aquella interpretación anterior, que opera como una suerte de precedente, o de «cosa interpretada» (*res interpretata*: cfr. *supra*, 2.6.2), aplicándola también ahora, a saber, en el caso posterior, y practicando así el «control de convencionalidad» sobre el Derecho nacional.

De hecho, esta segunda «manifestación» del control de convencionalidad produce dos subespecies o tramos del mismo: a) control *represivo*; b) control *constructivo*. Derivamos al lector al cuadro sinóptico de pág. 32.

En este capítulo nos referiremos al control de convencionalidad practicado por órganos jurisdiccionales –del Poder Judicial ordinario o de la jurisdicción constitucional especializada– de tipo «represivo» o, si se prefiere, «destructivo» o «invalidatorio» de reglas o prácticas nacionales.

4.2. Control represivo de convencionalidad.

Efectos

El control represivo de constitucionalidad tiene por objeto inaplicar reglas de Derecho nacional opuestas tanto a los instrumentos internacionales («convenciones») ratificadas por un Estado como a la doctrina de la Corte IDH interpretativa de la CADH.

Dado que el control de convencionalidad puede ser implementado de distinto modo por los Estados (véase *supra*, 1.8), no interesa a la Corte Interamericana que el mismo se traduzca en la inaplicación de la norma interna solamente en el caso bajo examen (efectos *inter partes*) o que implique la derogación de la misma (efectos *erga omnes*).

La declaración de inconvenencialidad produce efectos jurídicos muy rigurosos sobre las normas nacionales descalificadas: «desde un inicio, carecen de efectos jurídicos» (Corte IDH, *Almonacid Arellano vs. Chile*, párr. 124). Equivale, aparentemente, a una proclamación de inexistencia.

4.3 Enunciado

En la primera versión, concebida para que fuera ejercido por los jueces nacionales –caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, de 26/09/06, párrs. 124 y 125–, el control represivo de convencionalidad fue expuesto –y justificado– en estos términos por la Corte IDH:

«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»¹.

«125. En esta misma línea de ideas, esta Corte ha establecido que “[s]egún el Derecho internacional las obligaciones que este impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el Derecho interno”. Esta regla ha sido codificada en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969».

Sobre la nutrida nómina de fallos que prorrogan esta tesis, véase *supra*, 2.5.

4.4. Fundamento. Argumentación jurídica de la Corte IDH

Para justificar el control de convencionalidad que tratamos, en el párr. 124 de *Almonacid Arellano vs. Chile*, la Corte IDH invoca el principio *pacta sunt servanda*: los tratados deben ser cumplidos, así como el principio del *effet utile* (efecto útil) de tales convenios: los Estados deben velar para que las disposiciones de un tratado no se vean mermadas por preceptos de Derecho interno. En el párr. 125 añade el principio sentado por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados: como regla general, los Estados no pueden alegar normas de Derecho interno para eximirse del cumplimiento de sus obligaciones internacionales (art. 27).

Sin embargo, y a fuer de ser sinceros, la CADH no alude claramente a esta «manifestación» del control represivo de convencionalidad. Como

¹ Cfr. *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. 35.

hemos visto (arts. 67 y 68 CADH, *v. supra*, 3.3.), la Convención obliga claramente a los Estados a cumplir las sentencias de la Corte IDH dictadas en su contra, pero no obliga a ese Estado a seguir el criterio de la Corte IDH fijado en otros procesos donde ese Estado no ha sido parte ni, por ende, ha tenido oportunidad de ser oído. Al respecto, puede sostenerse con cierta razón que, en *Almonacid Arellano vs. Chile* y los fallos consecuentes, la Corte IDH ha incorporado una obligación para los Estados no incluida en el texto de la CADH².

4.4.1. Base jurídica del control de convencionalidad represivo

En rigor, la doctrina de la Corte IDH implica una *interpretación mutativa por adición*, esto es, una exégesis que, dejando incólume su texto, ha añadido al contenido normativo de la CADH un elemento que originalmente no tenía. La interpretación mutativa es, desde luego, una opción hermenéutica opinable que, para quienes la consienten, está justificada si el dato agregado es de por sí legítimo y si logra seguimiento hasta transformarse en Derecho consuetudinario³.

En el Derecho comparado existen significativos aportes de esta técnica interpretativa. El más notorio, probablemente, sea la *judicial review*, que no aparece explícitamente en la Constitución de EE. UU., pero también, o muy especialmente, la doctrina de los efectos expansivos de los fallos de la Corte Suprema de los Estados Unidos (recuérdese, al respecto, *Cooper vs. Aaron*, fallo que determinó que las interpretaciones de la Corte Suprema deben ser seguidos por los tribunales inferiores e incluso por las agencias del Congreso y del presidente), un criterio muy similar

² Cfr. Fuentes Torrijo, Ximena, *El derecho internacional y el derecho interno: definitivamente una pareja dispares*. Disponible en: <http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/ximenafuentes_spanish_pdf>. 23/09/10.

³ Sobre interpretación mutativa, nos remitimos a Sagüés, Néstor Pedro, *La interpretación judicial de la Constitución. De la constitución nacional a la constitución convencionalizada*, *op. cit.*, pp. 56 y ss.

a la tesis del control de convencionalidad mediando *res interpretata* en la Corte IDH⁴.

En el caso del control de convencionalidad mediando «cosa interpretada», la Corte Interamericana ha procurado robustecer el sistema interamericano de derechos humanos atribuyendo efectos expansivos a sus fallos y afirmando, al mismo tiempo, su autoridad. En ambos aspectos se satisface el test de legitimidad. Por lo demás, el grueso de los tribunales nacionales acepta su implementación, aunque no siempre de manera expresa y enfática, ya que hay silencios significativos. Por su parte, algunos tribunales ejercen el control de convencionalidad, pero sin reconocerlo explícitamente⁵.

4.4.2. Adopción per se de la doctrina del control de convencionalidad por la Corte IDH

Interesa subrayar que el control represivo de convencionalidad fue adoptado y exigido a los jueces nacionales por la propia Corte IDH sin requerir autorización alguna de los Estados adheridos a la CADH o a

4 Sobre el caso *Cooper vs. Aaron*, cfr. Sagüés, María Sofía, «Las acciones afirmativas en los recientes pronunciamientos de la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos. Implicancias del dato sociológico en el análisis jurisprudencial», *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, 2, 2004, 211.229, esp. 225 y ss.

5 En el caso *Gelmanz*, de 20/03/13, párr. 69, nota 49, para justificar su doctrina del control de convencionalidad mediando «cosa interpretada», la CorteIDH ha invocado también la Resolución 1226 del 28 de septiembre de 2000 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa («Execution of Judgments of the European Court of Human Rights»). Al respecto, señala: «El principio de solidaridad implica que la jurisprudencia de la Corte (Tribunal Europeo 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 solo deben ejecutar las sentencias de la Corte pronunciada asen los caso en que son parte, sino que 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». Este fundamento es de valor muy relativo, ya que se basa en una Resolución, la 1226, inexistente en el sistema interamericano. Respecto a la aprobación y seguimiento por tribunales nacionales del control de convencionalidad sentado por la CorteIDH, véase, por ejemplo, *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, 26/11/2010, párrs. 227 y ss; *Gelmanz*, 20/03/2013, párrs. 75 y ss.

la jurisprudencia contenciosa de la Corte. A partir de ese momento, la Corte se perfila como órgano *supranacional*⁶ con facultad para dirigirse directamente a funcionarios y magistrados nacionales. En este sentido, algunos autores han señalado que los «jueces nacionales» asumen ahora la condición de «jueces del sistema interamericano» de derechos humanos⁷.

4.5. ¿Qué jueces pueden ejercer control judicial represivo de convencionalidad?

Sobre el punto existen dos posturas contrapuestas.

4.5.1. Doctrina del control judicial represivo difuso

De acuerdo con esta tesis, todos los jueces, estén habilitados o no para ello (véase *supra*, 1.3), pueden ejercer control represivo de convencionalidad. En efecto, en algunos de sus fallos, y con referencia al control represivo de convencionalidad, la Corte IDH alude al Estado y genéricamente a «sus jueces» (*Almonacid Arellano vs. Chile*, de 26/09/06, párr. 124)⁸, o «a todas las instancias judiciales, en todos los niveles, y no solo a la Corte Suprema» (*Ordenes Guevara vs. Chile*, 29/11/18, párr. 135). Lo paradójico de este sistema es que un juez inhabilitado para inaplicar una ley por la vía de control de constitucionalidad podría desempeñar el mismo rol por la vía de control de convencionalidad.

Por supuesto, en aquellos países donde el control de constitucionalidad es difuso (Argentina, v. gr.), el control de convencionalidad represivo también lo es.

.....

6 En tal sentido, véase Von Bogdandy, Armin, «Pluralismo, efecto directo y última palabra: la relación entre el Derecho Constitucional Internacional e interno», en C. Escobar García (ed.), *Teoría y práctica de la justicia constitucional*, Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2010, p. 415.

7 Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, «El control difuso de convencionalidad en el Estado constitucional», en H. Fix Zamudio y D. Valadés Diego (coords.), *Formación y perspectivas del Estado Mexicano* México: El Colegio Nacional-UNAM, 2010, p. 186, nota 7, y pp. 177 y 186.

8 Al respecto, cfr. Rey Cantor, Ernesto, *Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos*, México: Porrúa, 2008, p. 201, nota 1; García Morelos, Gumesindo, *El control judicial difuso de convencionalidad de los derechos humanos por los tribunales ordinarios en México*, México: Ubijus, 2010, p. 41.

4.5.2. Doctrina del control judicial represivo selectivo

Según esta perspectiva, solamente los jueces habilitados para realizar control represivo de constitucionalidad son, conforme al principio de «paralelismo de las formas», idóneos para verificar el de convencionalidad. Las bases de esta postura restrictiva se hallan en el caso *Trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, de 24/11/06. Allí, la Corte IDH señaló (párr. 128) que los órganos judiciales que deben ejercer control de convencionalidad de las normas internas en relación con la CADH lo son «evidentemente en el marco de sus respectivas competencias, y de las regulaciones procesales correspondientes», y que no debe ejercerse “siempre”, sino que cabe considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de este tipo de acciones». Con mayor o menor énfasis, esta tesis se repite, por ejemplo, en *Rosendo Cantú vs. México*, de 31/8/2010, párr. 219; *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, 26/11/2010, párr. 225; *Gelman1*, 24/2/2011, párr. 194; *Gelman2*, 20/3/2013, párr. 69; *Atala Riff y niñas vs. Chile*, 24/2/2012, párr. 282; *Rochac Hernández y otros vs. El Salvador*, 14/10/2014, párr. 213; y *Ibarra García y otros vs. Ecuador*, 17/11/2015, párr. 103, nota 37; *Chinchilla Sandoval vs. Guatemala*, 29/02/16, párr. 242; *Azul Rojas vs. Perú*, 12/03/20, párr. 269; *Petro Urrego vs. Colombia*, 08/07/20, párr. 107; *Urrutia Laubreux vs. Chile*, 27/08/20, párr. 93; *Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina*, 01/09/20, párr. 100; *Casa Nina vs. Perú*, 24/11/20, párr., 139, entre tantos otros.

Naturalmente, según esta postura –a la que hemos adherido–, si se presenta un conflicto de convencionalidad ante un juez que no puede decidirlo porque carece de potestad para ejercer el control de constitucionalidad, ello no implica que el asunto quede sin resolver: este juez debe elevarlo ante el órgano pertinente para que emita la decisión de constitucionalidad-convencionalidad (por ejemplo, según corresponda, corte suprema, tribunal o corte constitucional, o sala constitucional de ese país). O el control de convencionalidad tendría que plantearse en la instancia procesal pertinente cuando en el proceso pudiera realizarse control de constitucionalidad (esto ocurre en estados donde, por ejemplo, un juez

administrativo no está capacitado para realizar control destructivo de constitucionalidad, pero dicha postulación puede procesalmente articularse posteriormente en un proceso contencioso administrativo).

4.5.3. *Situación actual*

La opción entre un sistema de control de convencionalidad represivo de carácter difuso o de naturaleza selectiva no ha tenido una respuesta uniforme. De hecho, apuró reformas constitucionales, como la de México de 2011, a fin de extender el control de constitucionalidad difuso y, consecuentemente, facilitar el control también difuso de convencionalidad. En los países del área, la multiplicidad de respuestas distintas demanda un claro pronunciamiento definitorio por parte de la Corte Interamericana.

4.6. ¿Cómo se realiza el control judicial represivo de convencionalidad?

4.6.1. *Control de oficio*

Desde el caso *Trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros vs. Perú)*, de 24/11/2016, párr. 128 (véanse, también, otros casos mencionados *supra*, 4.5.2, y *Rochac Hernandez y otros vs. El Salvador*, 14/10/2014, párr. 213), la Corte IDH determinó que el referido control debe practicarse *ex officio*, haya o no postulación de parte. Se trata de una carga procesal para los jueces, no de una mera opción. Al respecto, puede ocurrir que en un país haya control de constitucionalidad de oficio represivo, posible pero potestativo –por tanto, no obligatorio– para sus jueces, mientras que el control de convencionalidad resulte obligatorio para los mismos (v. gr., Argentina, en el orden federal)⁹.

.....

⁹ En el caso *Rodríguez Pereyra*, la Corte Suprema de Justicia de Argentina entendió que, si el control de convencionalidad exigido por la CorteIDH debe realizarse de oficio, ello justificaba el control de constitucionalidad practicado del mismo modo, aunque semejante previsión no estuviera contemplada en una norma nacional. Cfr. «Jurisprudencia Argentina», 2013-II-133 y 148.

4.6.2. Comparación de contenidos normativos

En el control de convencionalidad de tipo represivo hay dos niveles de material jurídico: uno, controlante, que condiciona al otro, controlado.

4.6.2.1. Material jurídico «controlante»

Este techo jurídico está compuesto por:

4.6.2.1.1. Todos los tratados, convenciones, declaraciones, protocolos, pactos, etc. provenientes del Derecho internacional de los derechos humanos ratificados por un Estado, y vigentes. Su número varía significativamente, por ende, de país a país. La CADH es solamente uno de ellos. La Corte IDH entiende que respecto a los mismos debe haber control de convencionalidad para asegurar su efecto útil (*Almonacid Arellano vs. Chile*, 2679/2006, párr. 124 y demás sentencias mencionadas *supra*, 4.5.2.).

4.6.2.1.2. En el área latinoamericana: «Precedentes» y «lineamientos» de la Corte IDH al interpretar la CADH en su condición de «intérprete última» del Pacto de San José de Costa Rica (véanse los fallos mencionados en 4.6.2.1. También, v. gr., *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, 26/11/2019, párr. 225; *Gelman1*, 24/2/2011, párr. 193, y *Gudiel Alvarez vs. Guatemala*, 20/11/2012, párr. 330). Sobre los sectores de una sentencia de la Corte IDH que sientan doctrina, cabe remitirse a *supra* 3.4., en el sentido que todos ellos cumplen tal fin con independencia de que se encuentren en la parte resolutiva o en la considerativa.

4.6.2.1.3. Constituye igualmente doctrina obligatoria lo que señale la Corte regional «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» (Opinión Consultiva 21/14, del 19/8/2014, párr. 31. También, Opinión Consultiva 23/17, de 15/11/2017, párr. 28). En ciertos casos, una Opinión Consultiva de la Corte IDH puede devenir en una sentencia exhortativa (y, más todavía, legislativa) que ordene a los Estados la realización de determinado comportamiento, como en el caso de la citada Opinión Consultiva 24/2017, que, excediéndose de los límites de una opinión meramente consultiva,

requirió a algunos Estados que establecieran legalmente el instituto del matrimonio entre personas del mismo género (párr. 228)¹⁰. Ya hemos visto (*supra*, 2.5.), que el valor expansivo y la obligatoriedad de una Opinión Consultiva de la Corte Interamericana para los tribunales nacionales fueron subrayados por el tribunal regional en las OC 22/16 y 25/18. En la primera, la Corte alerta que su doctrina expuesta en una OC no implica el ejercicio de una competencia contenciosa, ya que se emite sin haber proceso contra un Estado, ni litigio que resolver, por lo que importa un *control de convencionalidad preventivo* (párr. 26).

Cabe destacar que la Corte Interamericana equipara como material controlante el texto de la CADH con su doctrina jurisdiccional sobre la misma, aunque, de hecho, la opinión de la Corte es más significativa que el propio texto. En efecto, este último vale en la medida y de la manera en que lo entienda el tribunal regional en su condición de intérprete último del mismo.

4.6.2.1.4. Cabe advertir, también, que en el control de convencionalidad la Corte IDH no considera como material controlante los informes y recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (art. 49 a 51, CADH). Esto es así porque, ante la Corte IDH, la Comisión no es un tribunal, sino una parte litigante. Sus informes y recomendaciones, además, no son sentencias, y la Corte IDH puede resolver un caso en contra de ellos¹¹.

.....

10 En cumplimiento de esa Opinión Consultiva 24/17 de la Corte IDH, la Corte Constitucional del Ecuador, por ejemplo, resolvió el 12/06/19 declarar inconstitucionales dos normas que obstaculizaban en ese país el denominado matrimonio entre personas del mismo género y requirió a la Asamblea Nacional la reconfiguración legislativa de tales nupcias.

11 La Corte IDH no siempre ha sido uniforme en la cotización jurídica de las recomendaciones o informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. En *Caballero Delgado y Santana vs. Colombia*, 8/12/95, párr. 67, indicó que aquellas no importan una declaración judicial obligatoria cuyo incumplimiento generaría responsabilidad internacional para el Estado. Posteriormente, expuso que los Estados deben realizar sus mejores esfuerzos para cumplir con las recomendaciones de los órganos de control de la Carta (*Loayza Tamayo vs. Perú*, 17/9/97, párrs. 79 a 81). El tema ha dado lugar a profundos debates en el seno de

4.6.2.2. *Material jurídico «controlado»*

En este sector cabe incluir:

4.6.2.2.1. «Leyes» nacionales, contrarias al material controlante señalado *supra*, 4.6.2.1: Corte IDH, *Almonacid Arellano vs. Chile*, 26/9/2006, párr. 124. Sí se incluyen las leyes que hayan sido aprobadas o ratificadas en «instancias democráticas» por el mismo pueblo: Corte IDH, *Gelman1*, 24/2/2011, párr. 239; y *Gelman2*, 20/3/2013, párr. 69).

4.6.2.2.2. «Normas jurídicas internas» en general (se incluyen también, por tanto, las cláusulas constitucionales que pueden concluir inaplicables): caso citado en 4.6.2.2.1; Corte IDH, *Boyce vs. Barbados*, 20/11/2007, párr. 78 y sus citas; y *Liakat Ali Alibux vs. Suriname*, 30/1/2014, párr. 124.

4.6.2.2.3. «Prácticas judiciales»: Corte IDH, *Radilla Pacheco vs. México*, 23/11/2009, párrs. 338 a 339.

4.6.2.2.4. «Interpretaciones» constitucionales y legislativas: Corte IDH, *Radilla Pacheco vs. México*, 23/11/2009, párr. 340.

4.6.2.2.5. «Interpretaciones judiciales y administrativas»: Corte IDH, *Atala Riff y niñas vs. Chile*, 24/2/2012, párr. 284.

4.6.2.2.6. Y, en general, todos los «actos u omisiones y normas internas»: *Colindres Schonenberg vs. El Salvador*, 04/02/19, párr. 129. Ello implica que un silencio o abstención del Estado puede pecar de inconvencionalidad.

4.6.2.3. *Juicio de convencionalidad (o de inconvencialidad). Presunción de convencionalidad Supremacía convencional*

En el control represivo de convencionalidad, la comparación entre los materiales controlante y controlado concluye con un pronunciamiento de compatibilidad (convencionalidad) o de incompatibilidad (inconvencionalidad) entre el primero y el segundo. Como se advirtió *supra*, 4.2., en el

.....
algunos máximos tribunales nacionales, entre ellos la Corte Suprema argentina en el caso *Carranza Latrubesse* (*Fallos*, 331:1024; véase, al respecto, Sagüés, Néstor Pedro, «Las sentencias colectoras», *El Derecho*, 2013, t. 255, p. 829).

segundo caso el material controlado carece de efectos jurídicos desde su inicio. Por lo menos, debe inaplicarse.

Esa tarea comparativa parte del supuesto de la presunción de «comportamiento conforme a Derecho» de las autoridades nacionales cuando se les impute arbitrariedad o desviación de poder (Corte IDH, *San Miguel Sosa vs. Venezuela*, 08/02/18, párr. 191). Pero tal presunción, agrega el tribunal regional, en nada obsta a que quien realice el control de convencionalidad verifique de oficio si, en definitiva, es cierta o no. Se trata, por ende –así lo inferimos– de una presunción relevante, pero solamente *juris tantum*.

El control de convencionalidad supone que el material controlante es jurídicamente superior al controlado. Solamente así se explica que el primero pueda provocar la inaplicación del segundo si este resulta inconveniente. Acertadamente, Eduardo Ferrer Mac-Gregor habla, al respecto, de un principio de *supremacía convencional*¹².

Como se advirtió *supra*, 1.7., una excepción a este criterio se daría si la regla nacional del material controlado fuera más favorable a la persona que la norma del material controlante (art. 29-b de la CADH), en cuyo caso prevalecería la primera.

4.6.2.4. *¿Juicio robótico o juicio ponderado?*

Para practicar el juicio de convencionalidad o de inconvenencialidad entre los materiales controlante y controlado, en alguna ocasión se ha sugerido que se regule el peso jurídico del primero distinguiendo –en el supuesto de la doctrina fijada por la Corte IDH en un proceso, que se proyecta hacia otras situaciones posteriores, por ejemplo– entre los hechos ocurridos entre uno y otro caso (y admitiendo el valor del precedente de la Corte IDH solamente si hubiere similitud fáctica en ambos). También se ha propuesto diferenciar el valor de un precedente de la Corte IDH en función de que el mismo esté expuesto en

¹² Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, «El control difuso de convencionalidad en el Estado constitucional», *op. cit.*, p. 185.

un *holding* o parte decisiva del fallo, o en un *obiter dictum* o razonamiento complementario, otorgándosele seguimiento solamente en el primer supuesto¹³.

Sin embargo, la Corte IDH parece seguir una doctrina quasi automática del precedente: cualquiera que sea la parte del fallo en la que este se ubique, lo dicho por el tribunal regional, a título de fundamento, disposición o considerando, valdría igual y debería ser seguido por los tribunales locales (véase *supra*, 3.4.). Mediante esta rígida posición, la Corte IDH tal vez intenta evitar evasiones nacionales a sus directrices y lineamientos so pretexto de distinciones que restarían vigor a su gestión. Así planteadas las cosas, el tribunal interamericano asume, en verdad, materialmente, roles nomogenéticos cuando formula sus interpretaciones sobre la CADH.

De todos modos, si se acepta que el principio de equidad o de justicia del caso concreto debe inspirar toda resolución judicial, una interpretación de la CADH realizada por la Corte IDH en una sentencia anterior básicamente ajena (esto es, con un supuesto de hecho diferente) a un nuevo caso que acarreare efectos nocivos en este último carece de un sustento axiológico robusto que justifique su aplicación.

Un problema complementario se presenta cuando la Corte IDH se limita a reproducir en un fallo la tesis sentada por otro tribunal, organismo, comité o comisión, etc. sin que pueda inferirse claramente que adhiere a ella. Tales citas –aclaramos, sin mayor precisión sobre su eficacia para resolver– pueden provocar confusiones. A nuestro entender, en este supuesto la Corte regional está actuando solamente *animus narrandi*, es decir, descriptivamente, y ello no comporta la aceptación de dicha posición como propia ni como obligatoria para el resto de los jueces nacionales, salvo que del texto del fallo se desprenda que realmente importa un fundamento de su sentencia.

.....

13 Véase el Dictamen del Procurador General de la Nación argentina en autos Acosta J. E. s/ recurso de Casación, en Gelli, María Angélica, *El valor de la jurisprudencia internacional*, *Revista La Ley*, 2010-C-1192.

4.6.2.5. Obstáculos constitucionales de implementación

El principio de «supremacía convencional» (al que hemos aludido *supra*, 4.6.2.3.) puede colisionar con reglas constitucionales locales que, con base en el principio de supremacía constitucional (frecuente en los textos constitucionales vigentes), impedirían aceptar el primero.

El asunto fue replanteado en 2017, cuando la Corte Suprema de Justicia argentina se negó a cumplir un tramo de una sentencia de la Corte IDH, alegando, entre otros argumentos, la tesis de la supremacía constitucional. La Corte IDH respondió que Argentina no podía esgrimir reglas de Derecho interno para incumplir sus obligaciones internacionales (ver *supra*, 3.8., texto y nota 2). El tema, complejo y grave, actualmente se resuelve entendiendo que el principio de supremacía constitucional rige en el ámbito del Derecho interno de un Estado, pero no en la esfera del Derecho internacional de los derechos humanos que un Estado libremente ha aceptado al ratificar los tratados y convenciones del caso. A la inversa, si se considerara que el principio de supremacía constitucional puede eximir a un Estado de respetar convenciones, tratados o sentencias de tribunales internacionales, el Derecho internacional de los derechos humanos sería a menudo impracticable (destacamos las excepciones consignadas *supra*, 3.10.3. y 3.10.4.).

4.6.2.6. Conflicto de lealtades judiciales

Otra situación difícil puede plantearse si el máximo tribunal de un país establece (de acuerdo con el Derecho interno de un Estado) un precedente suyo obligatorio para los jueces locales –caso que, en definitiva, genera una verdadera norma– y aquel resultara inconvencional por violar inquestionablemente alguna regla del Derecho internacional de los derechos humanos o la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

En este punto cabe formular algunas distinciones.

- a) Si el precedente en cuestión no versa sobre temas convencionales (por ejemplo, si establece como obligatoria determinada interpretación del Derecho local o si declara que una ley es constitucional), un juez inferior con aptitud para realizar control desctructivo o represivo de convencionalidad podría, en principio,

reputarlo inconvenencial. El precedente sentado por una corte suprema o tribunal constitucional, por ejemplo, en cuestiones legales o constitucionales es, en efecto, una norma de factura pretoriana, pero sometida como cualquier otra al control de convencionalidad, aunque tal revisión pueda generar en el juez del caso algún escrúpulo en materia de lealtades jerárquicas.

- b) En cambio, si el precedente obligatorio fijado por aquel máximo tribunal declara una disposición como convencional o inconvenencial, el juez inferior no está habilitado para decidir lo contrario, salvo que el Derecho local lo autorice expresamente y en la medida en que lo permita¹⁴. Ello es así porque cuando el régimen jurídico de un país, ya sea de Derecho formal o consuetudinario, confiere a su máximo tribunal la facultad de sentar precedentes obligatorios en materia constitucional, el juez inferior pierde las facultades revisoras de constitucionalidad (incluso en un sistema de control difuso o desconcentrado) en el asunto definido en el precedente¹⁵; por analogía, la misma regla regirá en el ámbito de materia de control de convencionalidad.
- c) Todo lo dicho no impide que la persona agraviada por la aplicación del precedente obligatorio lo cuestione ante la Corte IDH mediante el recorrido de la ruta procesal pertinente que, agotados los recursos internos, regula la CADH.

14 En el Derecho argentino, por ejemplo, y según jurisprudencia de su Corte Suprema, los jueces inferiores deben atenerse a la doctrina fijada por tal Corte, particularmente en temas constitucionales, pero pueden apartarse de la misma mediante la alegación de razones valederas y nuevas en relación con las consideradas por aquella cuando sentó el precedente. Es la tesis del efecto vinculante, pero condicionado (o atenuado, según la expresión de Santiago Legarre), de la jurisprudencia de dicha Corte Suprema (cfr. Sagüés, Néstor Pedro, *Derecho Procesal Constitucional. Recurso Extraordinario*, t. 1, Buenos Aires: Astrea, 42016, 3^a reimpr., pp. 184 y ss.). Similar régimen, por analogía, debería aplicarse en Argentina para el control de convencionalidad.

15 Véase, sobre el tema, Sagüés, María Sofía, «Las acciones afirmativas en los recientes pronunciamientos de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos. Implicancias del dato sociológico en el análisis jurisprudencial», *op. cit.*, p. 225.

4.7. Control jurisdiccional represivo sin mediar «cosa interpretada» por la Corte Interamericana

Es conveniente aclarar que, aun cuando no exista «cosa interpretada» por la Corte IDH, el control represivo puede ser ejercido por un órgano jurisdiccional, a petición de parte o por su propia iniciativa, con base, por ejemplo, en un artículo de la CADH. Confrontando una regla interna con un artículo de la Convención, el juez del caso puede arribar a la conclusión que esa norma colisiona irremediablemente con tal precepto del Pacto de San José de Costa Rica y, por tanto, resolver que es inaplicable.

No es indispensable, por tanto, que para decidir un tema de convencionalidad o inconvenencialidad, el asunto haya sido previamente estudiado por el tribunal regional (aunque, desde luego, si ello ha ocurrido, el juez nacional tendrá el camino allanado, pero también más limitado). El problema puede ser más frecuente respecto de reglas locales nacionales que colisionan con tratados internacionales de derechos humanos diferentes a la CADH.

Cuando no hay una doctrina previa sentada por la Corte IDH respecto a un punto de la CADH o, simplemente, si se trata de la evaluación de la convencionalidad de una regla doméstica respecto de una convención de derechos humanos diferente a la CADH, el juez local, en su fiscalización de la convencionalidad de una norma nacional, fuera del corsé de la Corte Interamericana, cuenta en verdad con un margen más amplio de libertad de actuación, aunque eso no significa que pueda decidir como libérrimamente le plazca. Las pautas vigentes en materia de control judicial de constitucionalidad (presunción de constitucionalidad de las normas subconstitucionales, deferencia hacia el legislador, principio de *in dubio pro legislatore*, declaración de inconstitucionalidad como *ultima ratio*, etc.) conservan aquí vigor, por analogía, aunque manejadas sensata y cautamente.

En este punto, es pertinente evocar una vieja doctrina, expuesta en los albores del siglo XIX por la Corte Suprema de los Estados Unidos, de acuerdo con la cual cabe presumir a las normas nacionales como

conformes, y no como opuestas, a los tratados y convenciones suscriptas por un Estado (caso de la *Charming Betsy*)¹⁶. Se trata, claro está, de una presunción *juris tantum* que admite prueba en contrario y que parte del principio de comportamiento de buena fe del Estado. No obstante, esta presunción puede ser más débil en los casos de normas estatales anteriores a la ratificación de un tratado que, por tanto, se sancionaron antes de que el mismo estuviere vigente y obligase al Estado, es decir, en momentos en que los poderes locales no estaban condicionados por un tratado todavía jurídicamente no existente.

Sobre la presunción *juris tantum* de convencionalidad de las normas y actos de las autoridades nacionales, nos remitimos a *supra*, 4.6.2.3.

4.8. Posibilidad de ejercer control jurisdiccional represivo cuando la Corte IDH ha reputado convencional a una norma nacional

La jurisprudencia de la Corte IDH tiende a ser terminante, en el sentido de que si el tribunal regional ha analizado una regla local, su veredicto de convencionalidad o inconvenencialidad resulta concluyente en su condición, reiteradamente expuesta, de «intérprete última de la Convención Americana» (Corte IDH, véase *supra*, 4.6.2.1.2.).

Consecuentemente, tanto si ha declarado inconvenencial o convencional una regla nacional, el juez local carecería de facultades para resolver en sentido contrario. Hay, no obstante, una excepción: si la Corte IDH resuelve que una norma nacional no viola a la CADH respecto, v. gr., del derecho humano de igualdad, el juez local tendría la opción, si correspondiere, de reputarla inconvenencial por otro motivo (v. gr., por violación al

¹⁶ El autor que citamos recuerda que, en la sentencia *Charming Betsy* (1804), la Corte Suprema norteamericana sostuvo que las decisiones del Congreso de EE. UU. debían entenderse, en la medida de lo posible, de manera que no colisionaran con las pautas del derecho internacional. Véase von Bogdandy, Armin, «Configurar la relación entre el derecho constitucional y el derecho internacional público», en A. von Bogdandy, E. Ferrer Mac-Gregor y M. Morales Antoniazzi (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización*, t. II, *op. cit.*, t. II p. 561.

derecho humano a la libertad, a la dignidad humana, al honor, etc.), todo ello dentro del marco de prudencia que debe primar en la materia y de presunción de convencionalidad de las reglas locales (véase *supra*, 4.7.).

4.9. Necesidad del control judicial de convencionalidad, aunque la solución definitiva fuese la de derogar la norma local reputada inconveniente

En *Ordenes Guerra y otros vs. Chile*, 29/11/18, párr. 135, la Corte Interamericana advierte con acierto que, ante la presencia de una norma nacional inconveniente, la solución definitiva puede ser su derogación y sustitución a través de la vía legislativa, pero que, hasta que ello ocurra, tal situación no exime a los jueces a inaplicarla por inconveniente.

4.10. Topes al control judicial de convencionalidad represivo

Nos remitimos aquí a lo expuesto *supra*, 3.10, y 4.6.2.4.

SÍNTESIS

- La segunda «manifestación» del control de convencionalidad tiene lugar cuando un Estado debe seguir la doctrina elaborada anteriormente por la Corte IDH en un caso distinto al que se encuentra bajo examen. No hay, por ende, en el caso nuevo, «cosa juzgada», sino «cosa interpretada» por la Corte IDH.
- La primera alternativa de esa segunda manifestación es recurrir a la misma para inaplicar normas de Derecho interno, incluso constitucionales, incompatibles con aquella doctrina jurisdiccional. Esto implica el control «represivo» de convencionalidad.
- La Corte IDH ha fundado tal doctrina invocando los principios de *pacta sunt servanda* y del «efecto útil de los tratados» (en el caso, CADH). Sin embargo, esta última convención no

obliga a los Estados a seguir la jurisprudencia de la Corte IDH establecida en otro proceso. En verdad, por una interpretación mutativa por adición de la CADH, el tribunal regional ha creado una doctrina que habitualmente es hoy aceptada por los Estados.

- **El control represivo obliga, de oficio, a comparar un «material controlante» (todas las convenciones internacionales sobre derechos humanos ratificadas por un Estado, entre ellas la CADH, y la jurisprudencia de la Corte IDH) con las normas (aun las constitucionales), interpretaciones y prácticas judiciales y administrativas nacionales (material «controlado»).** Si existe una colisión insalvable entre ambos materiales, el material controlado nacional tiene que ceder y no debe ser aplicado por los jueces locales.
- **Esta doctrina reduce el principio de «supremacía constitucional» al ámbito interno, y no lo aplica en el ámbito del Derecho internacional de los derechos humanos.**
- **Se discute si todos los jueces de un Estado están obligados a practicar el control represivo de convencionalidad (control difuso), o si solamente pueden ejercerlo aquellos jueces expresamente habilitados en dicho país para realizar control represivo de constitucionalidad (control selectivo).** A menudo, prevalece –por analogía, criterio que compartimos– esta segunda opción. En cambio, todos los jueces, sea cual fuere su grado, deben ejercer el control constructivo o positivo de convencionalidad.

■ **CAPITULO V**

¿CÓMO OPERA EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD, MEDIANDO «COSA INTERPRETADA» POR LA CORTE INTERAMERICANA?

SEGUNDO TRAMO. EL CONTROL CONSTRUCTIVO

5.1. Introducción

En este capítulo analizaremos la segunda variante de la segunda manifestación del control de convencionalidad (véase *supra*, 4.1. y cuadro sinóptico). En este supuesto, el operador nacional (juez, legislador, defensor, fiscal, etc.) no intenta destruir o inaplicar a la norma o práctica nacional que pueda eventualmente contradecir a la Convención o a la doctrina de la Corte IDH, sino que procura rescatarla mediante una «interpretación conforme», también llamada «armonizante», entre la regla local y el Derecho internacional de los derechos humanos.

En esta modalidad, el control de convencionalidad no es destructivo o represivo, sino *constructivo* o *positivo*. El operador local va a interpretar, adaptar, amalgamar y hasta reciclar a la norma o práctica interna con el fin de hacerla compatible con aquellas normas y pautas internacionales sobre derechos humanos. Derivamos al lector al cuadro sinóptico de pág. 32.

5.2. Fundamentos

La doctrina de la interpretación *convencional* conforme guarda íntima conexión con la tesis de la «interpretación *constitucional* conforme»,

es decir, aquella que procura entender y hacer funcionar a las normas subconstitucionales (leyes, decretos, ordenanzas, etc.) de acuerdo o en consonancia, y no en oposición, con la constitución.

Las razones que abonan esta propuesta son diversas. Entre ellas destacamos las siguientes: a) *unidad del mundo jurídico*: es necesario aplicar la norma inferior conjuntamente y sin desconocer la superior. Para ello, resulta provechoso adaptar la interpretación de la segunda a la primera; b) *economía normativa*: si una norma puede ser remodelada para hacerla coincidir con la predominante, debe procederse de este modo en lugar de anularla y obligar al legislador del caso a sancionar otra nueva; c) *deferencia o respeto hacia el legislador*: en el marco de lo razonable, es preferible mantener la disposición sancionada por el legislador subconstitucional o nacional (aun con ajustes) en vez de humillarlo con anulaciones por inconstitucionalidad o inconvenencialidad (principio de «máxima conservación»); d) *evitación de vacíos normativos (horror vacui)*: toda declaración de inconvenencialidad o de inconstitucionalidad provoca una laguna normativa generada por la inaplicación o eliminación de la norma así descalificada. Esa suerte de «agujero negro» jurídico reclama operaciones algunas veces complejas para intentar cubrirlo¹.

5.3. Prioridad metodológica del «control constructivo» de convencionalidad sobre el «represivo»

Aun cuando históricamente la Corte IDH sentó el «control constructivo» en el caso *Radilla Pacheco* (2009), es decir, tres años después de haber enunciado el control «represivo» en *Almonacid Arellano* (2006), lo cierto es que, desde el punto de vista práctico y lógico, en los hechos debe

.....

1 Véase Cabrales Lucio, José Miguel, *El principio de interpretación conforme en la justicia constitucional. Teoría, praxis y propuesta en perspectiva comparada*. México: Porrúa 2015, pp. 87 y ss. Recomendamos también en este temática la obra de Caballero Ochoa, José Luis, *Interpretación conforme. El modelo constitucional ante los tratados internacionales sobre derechos humanos y el control de convencionalidad*, México: Porrúa, 2014, pp. 34 y ss.

ejercerse, en primer lugar, el control positivo. En efecto, si una norma nacional puede rescatarse mediante esa revisión positiva o constructiva, cabe intentar tal recurso liminarmente y, solo después, si tal operativo fracasa, recurrir subsidiariamente al control represivo o destructivo de tal precepto. Esto último solamente ocurre, explica el juez Sierra Porto en el voto particular que formuló en *Casa Nina vs. Perú* (24/11/20, párr. 22), si la norma doméstica fuera manifiesta e irresolublemente contradictoria con la CADH (o, agregamos, con la doctrina judicial de la Corte IDH).

En este sentido, por ejemplo, en *Colindres Schonenberg vs. El Salvador* (04/02/19, párr. 130), la Corte IDH explica que, si una norma nacional aparentemente opuesta a la jurisprudencia del tribunal regional puede ser, sin embargo, interpretada conforme y coherentemente con esta última pauta, así debe hacerse, sin necesidad de modificar aquella norma local. En *Casa Nina vs. Perú* (24/11/20, párr. 138), la Corte IDH alertó asimismo que, aparte de la eventual reforma que pueda realizarse sobre una norma local, para hacerla coincidir con la CADH, su interpretación debe tratar de adaptarse a las pautas que determine la Corte IDH.

5.4. Formulación por la CorteIDH del control positivo o constructivo

Como se señaló arriba, en *Radilla Pacheco vs. México*, sentencia del 23/11/2009, la Corte regional amplió el control de convencionalidad: no solamente se aplicaría a las normas, sino también a su «aplicación» e «interpretación» (párr. 338), reiterando tal directriz para las «interpretaciones constitucionales y legislativas» (párr. 340) relativas, v. gr., al funcionamiento de la Constitución y el Código de Justicia militar de México, que cabe realizar entendiendo y modulando sus normas según el Derecho internacional y la doctrina de la Corte IDH.

Con posterioridad, en *Atala Riff y niñas vs. Chile*, 24/02/2012, la Corte IDH alertó de que las interpretaciones judiciales y administrativa y las garantías judiciales deben aplicarse adecuándolas a los principios establecidos por la propia CIDH (párr. 284; también, *Furlán vs. Argentina*, 31/08/2012, párr. 305). El fallo *Norin Catrimán y otros vs. Chile*, 29/5/2014

subraya igualmente, en sus párrafos 461 y 464, que las autoridades judiciales tienen que hacer efectivos los criterios o estándares establecidos en la jurisprudencia de la Corte IDH con relación al Derecho que deben aplicar (en la especie, normas sobre prisión preventiva y derecho a recurrir). Cfr. también, Corte IDH, *López Mendoza vs. Venezuela*, 01/9/2011, párr. 228, y *Gelman*, 20/3/2013, párr. 69, sobre el control de convencionalidad en la emisión y aplicación de las normas locales.

La idea de que los criterios de decisión de las autoridades internas (primariamente obligadas) y las instancias internacionales (en forma complementaria) puedan ser conformados y adecuados entre sí se reitera en CorteIDH, *Andrade Salmón vs. Bolivia*, 01/12/16, párr. 94). En *Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina*, (01/09/20, párr. 99), y en *Petro Urrego vs. Colombia*, 07/08/20, párr. 103) la Corte regional afirmará que «la interpretación y aplicación del derecho nacional sea *consistente* con las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos» (la cursiva es nuestra). En sentido similar, *Colindres Schonenberg vs. El Salvador*, 04/02/19, párr.129; *Gorigoitiá vs. Argentina*, 02/09/19, párr. 55; y *Asociación nacional de cesantes vs. Perú*, 21/11/19, párr. 200.

5.5. Juez competente para el control positivo de convencionalidad

A diferencia de lo que ocurre en la discusión sobre el juez competente para realizar el control represivo de convencionalidad (véase *supra*, 4.5.1), no existe duda de que cualquier juez debe ser idóneo para practicar control positivo o constructivo. En efecto, en este tipo de control el juez no inaplica ni destruye norma nacional alguna, sino que la modela y la hace funcionar en consonancia con el Derecho internacional de los derechos humanos. Se trata, a todas luces, de un deber suyo, ejercitable *ex officio*, es decir, una carga procesal o tarea propia en la correcta aplicación del Derecho.

El control positivo de convencionalidad es, en síntesis, es intrínsecamente *difuso*. Del mismo modo que el juez no puede desconocer o ignorar a la constitución cuando aplica cualquier norma subconstitucional –relativa, por ejemplo, al código civil o penal–, en el asunto que decide

tampoco puede prescindir de la perspectiva del Derecho internacional de los derechos humanos, si la hubiera (y frecuentemente la hay).

5.6. Técnicas para practicar la «interpretación conforme» en el ámbito del control de convencionalidad constructivo o positivo

5.6.1. Selección de interpretaciones

Si la norma nacional bajo examen, por ejemplo, admitiese varias interpretaciones (I-1, I-2, I-3, I-4), el operador local debe manejar cualquiera de ellas si coincide con el «material controlante» en el control de convencionalidad (véase *supra*, 4.6.2.1.), v. gr., con la CADH y jurisprudencia de la CorteIDH (supóngase, alternativas I-1 e I-3), y desechar las restantes (en el ejemplo hipotético, I-2 e I-4). En el control de convencionalidad positivo o constructivo no interesa si el operador prefiere I-1 o I-3, ya que ambas resultan convencionales. Lo importante es que no elija las interpretaciones I-2 e I-4, que serían, en el ejemplo expuesto, inconvencionales².

5.6.2. Construcción de interpretaciones

En ciertos litigios, es probable que la tarea de adaptación, reciclaje o armonización entre el derecho interno y el internacional de los derechos humanos demande un mayor activismo operacional. En el procedimiento de selección de interpretaciones (5.5.1.), ese operador no crea nada, sino

2 En el caso *Servini de Cubría*, la Corte Suprema de Justicia argentina discutió un caso de censura judicial a un *tape* de televisión. La Constitución nacional dispone que todo habitante puede publicar sus ideas «por medio de la prensa sin censura previa» (art. 14). El texto, originado en 1853, admitía una interpretación estática y originalista que, petrificada en el tiempo, podría excluir de la cobertura constitucional a las simples informaciones, programas humorísticos o transmitidos por TV (variedad de prensa inexistente a la época en que se dictó la Constitución). Una exégesis evolutiva y actualizada, en cambio, acogería en la tutela constitucional las informaciones, los espacios humorísticos y la prensa televisiva. La Corte Suprema optó por una interpretación dinámica, del segundo tipo, acorde básicamente con el art. 13 de la CADH y la doctrina de la Corte IDH expuesta más tarde en *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, fallo de 17/19/2002, párrs. 108 a 110. Cfr. Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Fallos*, 315:1943 (año 1992).

que solamente escoge una de las diversas interpretaciones que anidan en la norma investigada. En estos supuestos, se le exigirá un esfuerzo interpretativo extra, para cuya práctica puede convenirle la interpretación «mutativa», que, cabe reiterarlo, no altera el texto de un precepto, pero sí su contenido normativo.

5.6.2.1. Interpretaciones mutativas «por adición»

En ciertos casos, para hacer coincidir la disposición nacional con la norma convencional de los derechos humanos, es decir, con el ya citado «material controlante» (véase *supra*, 4.6.2.1.), el operador deberá *agregar* algo al contenido normativo de la primera. En otros términos, tendrá que practicar una operación mutativa por adición o agregación que deja igual al texto normativo nacional en estudio, pero que amplía su cobertura³.

5.6.2.2. Interpretaciones mutativas «por sustracción»

En este supuesto, el operador procede a «quitar» algo del contenido normativo de un texto jurídico, pero sin alterar su redacción. A partir de entonces, la norma dice «menos» que antes⁴.

.....

3 Por ejemplo, el art. 54 de la Constitución de Panamá, que restringe el *recurso* (así lo llama) de amparo a la impugnación de actos u omisiones de autoridad pública y solamente para tutelar derechos y garantías constitucionales. Para compatibilizar tal cláusula con el art. 25 de la CADH, es necesario entenderlo como admisorio, también para discutir actos de particulares, y, en todo caso, lesivos no solamente de la Constitución, sino de una ley o de un tratado.

Un caso evidente de interpretación mutativa por adición o agregado resuelto por la propia Corte IDH respecto de la CADH es la Opinión Consultiva 24/17, en la que, modernizando –según su entender– el contenido de la letra del art. 17 de dicha Convención, el tribunal regional entendió que el matrimonio puede abarcar, aparte del enlace de un hombre y una mujer, las nupcias entre personas del mismo género (párrs. 224 y ss.).

4 El caso más célebre versa sobre la facultad que la mayor parte de las constituciones de la región atribuyen al Poder Legislativo para dictar leyes sobre amnistía. Según la jurisprudencia corriente de la Corte IDH, ese beneficio no puede extenderse, sin embargo, a ciertos delitos tipificados por el Derecho internacional. Por tanto, cualquier regla constitucional relativa a las amnistías debe ser leída mediante una mutación por sustracción «salvo respecto de delitos de lesa humanidad».

5.6.2.3. *Interpretaciones mutativas por «sustracción-adición»*

Se llaman también «mixtas» o «sustitutivas» y, de hecho, reclaman mayor audacia y creatividad (naturalmente, también generan también mayor debate). El operador vacía a la norma de parte de su contenido normativo e introduce otro en su lugar, siempre (en materia de control de convencionalidad) con el objetivo de hacerla coincidir con una regla convencional controlante⁵.

5.7. **¿Hasta cuánto se puede conformar una norma subconstitucional con la constitución o una norma nacional con las convenciones sobre derechos humanos?**

Las técnicas descritas plantean el interrogante sobre los límites del operador jurídico para, por ejemplo, adaptar una regla de Derecho interno a la CADH o a la jurisprudencia de la CorteIDH. Con el propósito de evitar excesos, y de distinguir entre «conformar», por un lado, y «retorcer» o «desfigurar», por otro, parte de la doctrina fija estos topes al «conformador»: no desvirtuar la finalidad de la norma que se recicla, y no crear «Derecho nuevo» so pretexto de la adaptación⁶.

Sin embargo, en los hechos, esos límites son a menudo transgredidos, y ya sea por razones de practicidad o de economía jurídica, las

.....

5 Un caso paradigmático en este punto es *Brusa*, resuelto por la Corte Suprema de Justicia argentina. Dicha persona, removida como juez por el Jurado de Enjuiciamiento Federal, intentó presentar un recurso extraordinario contra el fallo destitutorio invocando el art. 25 de la CADH, que permite tal posibilidad. Sin embargo, el art. 115 de la Constitución argentina (sancionado en 1994) declara explícita y rotundamente que el veredicto del Jurado de Enjuiciamiento es «irrecurrible». La Corte Suprema de Justicia nacional (*Fallos*, 326:4816), realizó una interpretación mutativa mixta: por un lado, redujo la prohibición constitucional de irrecurribilidad al ámbito político y administrativo; por otro, admitió la recurribilidad en el orden judicial, ampliando así el contenido de la norma precisamente para cumplir con el citado art. 25 de la CADH.

6 Cfr. Cabrales Lucio, José Miguel, *El principio de interpretación conforme en la justicia constitucional*, op. cit., pp. 87 ss.

normas adaptadas o *conformadas* resultan a menudo *transformadas* por el intérprete-operador del caso, que de tal modo se convierte en un verdadero intérprete-alquimista modificador de la norma «conformada». En la experiencia jurídica, ello ocurre y seguirá ocurriendo. La operación transformista alcanza a menudo éxito si el producto conformado (a veces, recreado) es en sí legítimo y, además, útil. Y si se mantiene en el tiempo.

Por supuesto, rigen aquí también los topes axiológicos reseñados (*supra* 3.10.) respecto al control de convencionalidad. No es legítimo conformar una regla local con una norma o sentencia gravemente injusta proveniente del Derecho internacional.

SÍNTESIS

- **La doctrina del control de convencionalidad «constructivo» o «positivo» propone que, antes de inaplicar a una norma o práctica nacional por ser incompatible con un tratado sobre derechos humanos o con la jurisprudencia de la Corte IDH, se procure compatibilizarla mediante alguno de estos recursos.**
- **El primero es la «selección de interpretaciones»: se averiguan cuáles son las posibles interpretaciones de la norma local y se utilizan solamente la o las que son compatibles con el Derecho internacional de los derechos humanos.**
- **El segundo es de «construcción de interpretaciones»: por medio de una interpretación de tipo mutativo, que deja incolume el texto, pero altera su contenido normativo: a) se le agrega algo al contenido de la norma nacional para conciliarla con la regla o interpretación internacional (interpretación mutativa por adición); b) se le sustrae algo, con el mismo propósito de compatibilización (interpretación mutativa por sustracción); c) o se le quita algo y se le agrega algo (interpretación mutativa mixta) con el mismo objetivo de obtener tal armonización.**

- **El control de convencionalidad constructivo demanda al operador nacional una buena dosis de perspicacia jurídica para elaborar recetas armonizativas que, a menudo, no están ya dadas, sino que deberá construir, tarea para la cual, generalmente, no ha sido entrenado en su currículo universitario.**
- **Cronológicamente, el control de convencionalidad constructivo debe ser previo al destructivo, ya que, antes de inaplicar o de destruir una norma nacional, cabe intentar rescatarla.**
- **El control constructivo de convencionalidad es necesariamente difuso: todo juez u órgano estatal debe interpretar y aplicar cualquier norma nacional de acuerdo con las directrices del Derecho internacional de los derechos humanos.**

■ **CAPITULO VI**

¿EN QUÉ CONSISTE EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD LEGISFERANTE Y EJECUTIVO/ ADMINISTRATIVO?

6.1. Introducción. Los operadores nacionales extrajudiciales del control de convencionalidad

Hemos anticipado que el control de convencionalidad, que faculta a los jueces nacionales para inaplicar «de oficio» normas de Derecho interno contrarias al Derecho internacional de los derechos humanos –o a la doctrina judicial de la Corte IDH interpretando la CADH–, fue posteriormente ampliado por el tribunal regional en dos sentidos: a) creando, v. gr., el control «positivo» de convencionalidad (o de reciclaje del Derecho interno para adaptarlo al Derecho internacional de los derechos humanos y a la jurisprudencia de la Corte IDH); y b) asignando a todos los poderes y órganos (*sic*) del Estado, incluyendo sus jueces y organismos vinculados a la Administración de justicia, la obligada función de ejercer el control de convencionalidad en cualquiera de sus sentidos dentro del marco de sus competencias.

Esta ampliación del catálogo de sujetos nacionales conminados a realizar el control de convencionalidad es nítida en *Gelmanz*, de 20/03/2013, párrs. 69 y 102, fallo que dio continuidad a los antecedentes de *Rosendo Cantú*, del 31/8/2010, párr. 219, y *Cabrera García y Montiel Flores*, 26/11/2010, párr. 225. El proceso de ampliación se reitera, por ejemplo,

en la Opinión Consultiva 21/14, de 19/08/2014, que alude a «los diversos órganos del Estado» (párr. 31), o en el fallo *Liakar Ali Alibux vs. Suriname*, de 30/01/2014, párr. 124, en el que la CorteIDH se dirige «a todos los órganos del Estado, incluidos sus jueces y demás órganos vinculados a la Administración de justicia en todos los niveles», redacción similar a la empleada en *Gudiel Álvarez y otros vs. Guatemala*, 20/11/2012, párr. 330. En *Rochac Hernández y otros vs. El Salvador*, de 14/10/2014, el tribunal regional prefiere hablar de «todos los poderes y órganos estatales en su conjunto» (párr. 213). En *Asociación Nacional de Cesantes vs. Perú* (21/11/19, párr. 200, incluye a «todas las autoridades de un Estado parte en la Convención», al igual que, por ejemplo, en *Colindres Schonenberg vs. El Salvador* (04/02/19, párr. 75) y en *Gorigoitía vs. Argentina* (02/09/19, párr. 55).

La conclusión sintética es clara: el control de convencionalidad «es función y tarea de cualquier autoridad pública y no solo del Poder Judicial» (Corte IDH, *Gelman1*, 24/02/2011, párr. 239).

6.2. Control legisferante de convencionalidad. Enunciado

El control de convencionalidad sobre la tarea legisferante o nomogenética es expresamente enunciado por la Corte IDH, que explica que aquel versa tanto sobre la *elaboración* de normas como sobre su aplicación (*Gelman2*, 20/03/2013, párr. 69) El control opera incluso respecto a aquellas normas aprobadas en «instancias democráticas» (*Gelman1*, 24/02/2011, párr. 239), ya que el respeto del Derecho internacional de los derechos humanos constituye un «límite infranqueable a la regla de las mayorías».

La tesis contraria, que se opone al ejercicio del control de convencionalidad de aquellas leyes refrendadas por el cuerpo electoral –por ejemplo, mediante referéndums y plebiscitos–, es una simple estrategia populista y demagógica, propia del «constitucionalismo popular» que, algunas veces, se mimetiza como «constitucionalismo progresista»¹(?) en

.....
1 En los Estados unitarios y fuertemente centralizados puede hablarse de un solo poder constituyente. En los Estados federales, regionales o con

su pretensión de eximir a dicho cuerpo, sacrificado como «pueblo» (*Vox populi, vox Dei*), de la observancia del Derecho internacional de los derechos humanos. Esta tendencia contradice la génesis del curso moderno de estos derechos, generado por la necesidad de establecer límites a decisiones estatales como las del nazismo, el fascismo y el comunismo, por más que en su momento hubieran sido apoyadas por mayorías muy significativas.

6.2.1. Sujetos legisferantes

Naturalmente, el legislador por excelencia es el Poder Legislativo, denominado congreso, asamblea nacional, parlamento, etc. No obstante, en Latinoamérica el Poder Ejecutivo es también una instancia normalmente muy activa en la creación del Derecho, producción concretada en normas tales como los decretos de reglamentación, autónomos, legislativos (en algunos lugares se los denomina de necesidad y urgencia), sin olvidar los decretos delegados –que regulan materias de contenido asignado habitualmente al Congreso, pero que, por excepción, los asume el presidente o jefe de gobierno– ni las resoluciones, instrucciones, ordenanzas, comunicados (en algunos países, incluso telefónicos), etc. También los tribunales ejercen funciones nomogenéticas y elaboran normas (por disposición constitucional o por su propia iniciativa, fenómeno que en ocasiones se traduce en la adopción de decisiones que van más allá de las prescripciones constitucionales), v. gr., cuando dictan sentencias exhortativas y directamente legislativas o cuando determinan interpretaciones obligatorias para jueces y demás autoridades estatales². Algunas veces, una corte suprema puede invocar que es titular de una «delegación legislativa» preexistente, aprobada por el congreso, para emitir normas³.

descentralización municipal intensa, pueden coexistir con el primero, aunque subordinados a él, poderes constituyentes de segundo grado, provinciales o estaduales, y aun municipales, que también están sometidos al control de convencionalidad.

2 Al estilo, v. gr., de la Corte Suprema de los Estados Unidos, en *Cooper vs. Aaron*; véase *supra*, 4.4.1.

3 Tal ha sido el caso de la Corte Suprema de Justicia argentina, al dictar las «acordadas» 4/2007, 32/2014 y 12/2016 (a título de ejemplo) argumentando –entre

Entre los sujetos legisferantes, tampoco cabe olvidar al consejo de la magistratura en el caso de que esté autorizado para expedir reglamentos (así, art. 114 de la Constitución argentina, por ejemplo) ni a las autoridades estadales locales, provinciales y municipales en sus respectivas esferas.

6.2.2. *El poder constituyente*

El poder constituyente es también un poder legisferante, aunque no ordinario, sino supremo en su ámbito de actuación (todo lo que haga al interior del Estado). Ahora bien, en materia de Derecho internacional de derechos humanos, se encuentra sometido al control de convencionalidad. Nos referiremos de inmediato a esta cuestión.

6.2.3. *Tipos de control legisferante de convencionalidad*

Cabe distinguir dos tipos: el preventivo, y el reparador –este último en sus dos variantes: represivo y constructivo–.

6.2.3.1. *Control legisferante preventivo*

El control legisferante preventivo obliga a las autoridades legisferantes del Estado, incluyendo a sus poderes constituyentes (1), a *no sancionar* normas contrarias al Derecho internacional de los derechos humanos y a la doctrina de la Corte IDH (respecto de leyes: *CorteIDH, Mendoza vs. Argentina*, 14/5/13, párr. 323). En una palabra, impone la prohibición de no emitir normas opuestas al material jurídico controlante en materia de control de convencionalidad consignado *supra*, 4.6.2.1.).

Otro dispositivo de control legisferante preventivo es el veto u objeción presidencial a un proyecto de ley, que bien puede fundarse, llegado el caso, en el hecho de que esa iniciativa legislativa vulnere alguna disposición del Derecho internacional de los derechos humanos.

.....
otras razones– que contaba con una anterior delegación al respecto dispuesta por el Congreso mediante leyes específicas (45, 4.055, 25.488). El tema es controvertido: cfr. Castro Videla, Santiago y Santiago Maqueda Fourcade, «La delegación legislativa en la Corte Suprema de Justicia de la Nación», *Revista de Jurisprudencia Argentina*, 2018-III-1275.

Un autocontrol preventivo *sui generis* se produce cuando el mismo texto de la ley nacional incluye un dispositivo que explicita que el contenido del cuerpo legislativo se practica según el Derecho internacional de los derechos humanos. Al respecto, v. gr., la Ley argentina 26.854 estableció un régimen riguroso respecto a la admisión de medidas judiciales cautelares contra el Estado, pero moderó tales exigencias cuando el objeto de un proceso fuera el concepto de «vida digna» de la CADH⁴.

6.2.3.2. *Control legisferante reparador represivo*

En tal supuesto, son las propias autoridades nacionales las que eliminan o cambian reglas internas por su colisión con el Derecho internacional de los derechos humanos. Un caso político muy comentado fue el de las Leyes argentinas 23.521 y 23.492, de «obediencia debida» y de «punto final», sancionadas por el Congreso y promulgadas después de que Argentina ratificara la CADH. Posteriormente, fueron derogadas (Ley 24.952) y anuladas (Ley 25.779) por el propio Congreso con base en el argumento de que sendas leyes importaban amnistías encubiertas de las que se beneficiaban autores responsables de delitos de lesa humanidad cometidos durante la última dictadura militar (1976-1983), y que, por tanto, resultaban prohibidas por el Derecho internacional.

Tal control legisferante puede ser ejercido: a) cuando una ley anterior colisiona con un tratado posterior; y b) cuando una ley posterior se sanciona en contravención a un tratado preexistente.

La obligación de los Estados de *suprimir* –y, en otros supuestos, *modificar* o *adecuar*– su legislación interna para cumplir los tratados es una parte importante de la doctrina del «efecto útil» de estos últimos, y está explicitada, v. gr., en el art. 2.2 de la CADH, que dispone que los Estados parte se comprometen a adoptar, de acuerdo con sus procedimientos constitucionales y las disposiciones de esta Convención, las medidas

.....
4 Cfr. Sagüés, Néstor Pedro, «Nuevas fronteras del control de convencionalidad. El reciclaje del derecho interno y el control legisferante de convencionalidad», *Jurisprudencia Argentina*, 2014-IV-966.

legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades (los que enuncia la Convención). Por ello, el Estado tiene la obligación legislativa de eliminar toda norma violatoria de la CADH (*Almonacid Arellano vs. Chile*, 26/09/2006, párr. 121) o de adecuarla a la Convención⁵. Este control legisferante de convencionalidad, de tipo represivo, es todavía conveniente y necesario en numerosas situaciones, por más que los jueces nacionales, mediante el control de convencionalidad, hayan realizado también el control judicial de convencionalidad e inaplicado, en el caso concreto, las reglas locales incompatibles con el sistema internacional de derechos humanos: Corte IDH, *Mendoza vs. Argentina*, 14/05/2013, párr. 332.

El deber del Estado de modificar ciertas normas y prácticas locales conducentes a fin de conseguir la «plena efectividad» de la CADH (en el caso, respecto del exceso de facultades policiales para detener personas sin orden judicial) fue subrayado, por ejemplo, en *Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina* (CorteIDH, sentencia del 01/09/20, párr. 122. Véase, también, Opinión Consultiva 24/17, párr. 26; y *Ordenes Guerra vs. Chile*, 29/11/18, párr. 136).

En el sistema latinoamericano de control de convencionalidad se plantea otra alternativa de control reparador cuando, por ejemplo, una ley coincide con los tratados internacionales ratificados por el país del caso, e incluso con la doctrina judicial de la Corte IDH (resultando, por ende, plenamente convencional), pero posteriormente colisiona con una nueva jurisprudencia de la CorteIDH en la que el tribunal regional cambia de criterio y este se opone a la ley. En resumen, el control de convencionalidad

5 Véanse, entre otros casos, *Chaparro Alvarez y Lapo Iñíguez vs. Ecuador*, 21/11/07, párrs. 269 y 270; *Kimel vs. Argentina*, 02/05/08, párr. 128; *Radilla Pacheco y otros vs. México*, 17/04/2015, párr. 1. En resumen, el control de constitucionalidad legisferante represivo puede demandar la derogación, anulación, modificación o reforma de la ley inconvenencial: Corte IDH, *Vélez Loor vs. Panamá*, 23/11/10, párr. 194. Con mayor extensión, y allí nos remitimos, cfr. Ferrer Mac-Gregor Eduardo y Carlos M. Pelayo Möller, «Artículo 2», en C. Steiner y M. C. Fuchs (dirs.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos, Comentario*, Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2020, p. 92.

legisferante puede fluctuar al compás de las resoluciones de la CorteIDH. En honor a la verdad, debe añadirse que las mutaciones jurisprudenciales de esta última no son frecuentes.

6.2.3.3. *Control reparador constructivo*

En otras ocasiones, el control legisferante de convencionalidad demanda que el Estado sancione normas internas, hasta el momento inexistentes o insuficientes, a fin de cumplir con la CADH, con los parámetros de la Corte IDH o con las convenciones internacionales de las que el Estado es signatario. El tribunal regional lo ha dispuesto, v. gr., en la Opinión Consultiva 24/17 a fin de instrumentar legalmente el llamado matrimonio igualitario, o en *Mohamed vs. Argentina*, 2012, párr. 114, respecto de la necesidad de implementar un instrumento procesal destinado a tutelar el derecho a recurrir, con amplitud, un fallo condenatorio penal. A su turno, por ejemplo, la CADH exige que los Estados dicten una ley reglamentaria del derecho de réplica, rectificación o respuesta (art. 14). Del mismo modo, por ejemplo, los Estados deben dictar normas que tipifiquen adecuada y específicamente delitos como la tortura o la desaparición forzada de personas (Corte IDH, *Heliodoro Portugal vs. Panamá*, 12/08/2008, párrs. 209, 216 y 259).

En ciertos casos, la Corte IDH determina, incluso, parte del contenido de la norma que debe dictar el Estado; por ejemplo, establece previsiones orientadas a que las leyes regulen con claridad y seguridad las medidas de protección de testigos con identidad reservada, y que establezcan que este medio de prueba no sea utilizado en grado decisivo para fundar una condena (Corte IDH, *Norin Catriman vs. Chile*, 29/5/14, párr. 436).

6.2.4 *Modalidad operativa*

El autocontrol legisferante de convencionalidad, preventivo o reparador, debe ejercerse de oficio, como en general todas las variables de control de convencionalidad en el escenario latinoamericano tras el dictado de la sentencia de la Corte IDH en el caso *Trabajadores cesados del Congreso vs. Perú*, de 24/11/2006, párr. 128.

6.2.5. Control jurisdiccional sobre la actividad legisferante del Estado

En este capítulo nos hemos detenido exclusivamente en el autocontrol de convencionalidad, preventivo o reparador, de las normas nacionales practicado por el mismo órgano que las aprobó.

Naturalmente, esta modalidad existe sin perjuicio del control de convencionalidad represivo y constructivo que sobre las normas nacionales ejerzan los jueces, como ha sido señalado en los capítulos IV y V. Se trata aquí únicamente de subrayar que no solamente dichos jueces realizan el control de convencionalidad según las pautas establecidas por la Corte IDH.

6.3. Control administrativo de convencionalidad

Los organismos dependientes del Poder Ejecutivo y del Poder administrativo, encuanto órganos del Estado, son igualmente agentes protagonistas del control de convencionalidad, que practicarán de oficio (jurisprudencia citada *supra*, 6).

Respecto del Poder Ejecutivo, este tipo de control presenta varias alternativas.

6.3.1. El Poder ejecutivo como órgano legislador

Para el análisis de este supuesto, nos remitimos a lo dicho *supra*, 6.1.2. y 6.1.4.

6.3.2. El Poder Ejecutivo como administrador y órgano político del Estado. Control constructivo de convencionalidad

En el caso *Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, 02/02/2001, párr. 129, la Corte IDH determinó que en los procedimientos y procesos administrativos rigen las reglas esenciales del art. 8 de la CADH sobre el debido proceso a fin de evitar un comportamiento arbitrario. Doctrina similar fue establecida, por ejemplo, en *Claude Reyes y otros vs. Chile*, 19/9/2006, párr. 119; y *Barbani Duarte vs. Uruguay*, 13/10/2011, párr. 119.

Tal directriz obliga a que, de oficio, los todos órganos administrativos practiquen en dichas actuaciones un control *difuso* de convencionalidad de tipo *constructivo*, conformando las reglas del Derecho interno y sus interpretaciones y prácticas (véase *supra*, 4.6.2.2.4. y 4.6.2.2.5.), con el Derecho internacional de los derechos humanos y la jurisprudencia de la Corte IDH (véase *supra*, 5.3. y ss.), realizando las adaptaciones y el reciclaje jurídico pertinentes de modo análogo al que deben llevar a cabo los tribunales judiciales. Puede y debe efectivizarse, por ejemplo –como ha ocurrido–, en la Administración descentralizada argentina por decanos o consejos directivos de una universidad oficial respecto a la acreditación de una asignatura para una alumna, o la falta de evaluación de un docente mientras se encontraba pendiente la sustanciación de un juicio académico⁶.

En *Atala Riff y niñas vs. Chile*, de 24/02/2012, párr. 284, la Corte IDH ha señalado igualmente que las interpretaciones administrativas (aparte de las judiciales) deben adecuarse a los principios establecidos en la jurisprudencia del tribunal regional. La doctrina se repite, por ejemplo, en *Furlán y familiares vs. Argentina*, de 31/8/2012, párr. 305, y *López Mendoza vs. Venezuela*, de 01/09/2011, párr. 228.

A su vez, en su gestión como poder político –v. gr., en el manejo de relaciones exteriores, defensa, designación de funcionarios y magistrados del Estado–, el Poder Ejecutivo debe igualmente realizar el control constructivo de convencionalidad, es decir, aplicar y ejecutar las reglas constitucionales y legales del caso de conformidad con las convenciones internacionales ratificadas por el Estado y la jurisprudencia de la CorteIDH.

⁶ Véanse Moroni Romero, Lucas L., «El control administrativo de convencionalidad», *Jurisprudencia Argentina*, 2013-IV-1336, en actuaciones seguidas ante la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina; Carnota, Walter, «Universidad y control de convencionalidad», *Revista Jurídica La Ley*, 2012-C-1367; y Sagüés, Néstor Pedro, «Notas sobre el control ejecutivo de convencionalidad», en V. Bázán Víctor, E. Castro Rivera y S. Cuarezma Terán (coords.), *Estado convencional y constitucional*, Managua: INEJ, 2017 pp. 51 y ss.

6.3.3. Control ejecutivo represivo de convencionalidad. Problemática

Este es un punto muy controvertido. Lo que se discute es si el Poder Ejecutivo está autorizado a ejercer el control represivo o destructivo de convencionalidad de las normas que normalmente debiera aplicar, o de sus «prácticas», que colisionan con el Derecho internacional de los derechos humanos.

Si se tratase de normas emitidas por el propio Poder Ejecutivo (decretos reglamentarios, de necesidad y urgencia, autónomos, delegados, resoluciones ministeriales, etc.), está sin duda habilitado para derogarlas o modificarlas con efectos hacia el futuro, ya que puede emitirlas. También podría abolirlas con efectos hacia el pasado si con ello beneficiara a particulares. Lo mismo ocurre con las «prácticas» e interpretaciones inconvencionales administrativas que rodean la aplicación de esas normas (véase *supra*, 4.6.2.2.4 y 4.6.2.2.5).

La cuestión se plantea en relación con las leyes sancionadas por el Congreso y la controversia estriba en determinar si el Poder Ejecutivo está habilitado para no cumplirlas so pretexto de que alguna de ellas vulnera reglas del Derecho internacional de los derechos humanos o la doctrina de la CorteIDH sobre el punto bajo examen (es decir, si puede negarse a obedecerlas porque, a su juicio, son inconvencionales); o si está autorizado para incumplir sus propias normas con el mismo argumento, aunque esas reglas beneficien a particulares y su inobservancia les cause perjuicio.

El problema puede resolverse recurriendo, por analogía, a las competencias del Poder Ejecutivo en materia de control de constitucionalidad. En diversos países (quizá la mayoría), el Poder Ejecutivo no puede negarse a cumplir una ley so pretexto de reputarla inconstitucional. En algunos Estados la jurisprudencia de su tribunal máximo le impide incluso alegar ante los tribunales la inconstitucionalidad de las leyes⁷.

.....

7 Hemos tratado el tema con mayor extensión en Sagüés, Néstor Pedro, *De-recho Procesal Constitucional. Recurso Extraordinario*, t. 1, Buenos Aires, Astrea, 4^a. ed., 2016, 3^a reimpr., pp. 127 y 233. La jurisprudencia que impide que el Poder Ejecutivo alegue ante los tribunales la inconstitucionalidad de leyes, invoca en Argentina los conceptos de unidad del Estado, el bien del propio Estado, la lealtad

Dado que el control de convencionalidad lo ejercen todos los órganos del Estado, pero en el marco de sus competencias y según las normas de admisibilidad y procedencia pertinentes (ver *supra*, 4.5.2.), en los países a los que aquí nos referimos el Poder Ejecutivo y la Administración en general no están autorizados, siempre por el argumento analógico, para ejercer control represivo de convencionalidad respecto de las leyes mediante su inaplicación. No obstante, sí están habilitados para hacerlo mirando hacia el futuro en relación con las normas que el propio Ejecutivo y la Administración pueden emitir, incluso con efecto retroactivo, si ello no causa perjuicio a particulares.

En algunos Estados, cabe aclararlo, si la constitución o el desarrollo constitucional alcanzado autoriza al presidente a inaplicar leyes por reputarlas inconstitucionales, podría replicar esa facultad si fueren inconvencionales.

6.4. Control de convencionalidad por el ministerio público

En *Mendoza y otros vs. Argentina*, de 14/05/2013, párr. 221, la Corte IDH menciona al ministerio público como sujeto concreto que también debe realizar control de convencionalidad. Se trata de un dato sugestivo sobre el necesario protagonismo de todos los órganos del Estado en la aplicación del control que tratamos.

6.5. Adenda. La abogacía y el control de convencionalidad⁸

Generalmente, cuando se alude al control de convencionalidad, la Corte IDH no alude como sujetos obligados a realizarlo a los abogados

y buena fe del Estado frente a la comunidad, y el bien común. Tal argumentación, aunque sólida, no es en definitiva convincente. Si el Estado ha sancionado una ley inconstitucional, no es incorrecto que el Poder Ejecutivo requiera su inaplicación ante los tribunales, más allá de las reparaciones a las que esa declaración de inconstitucionalidad daría lugar frente a los particulares.

⁸ Nos remitimos a Sagüés, Néstor Pedro, *Los abogados frente al control de convencionalidad, La Ley*, 4 de febrero de 2021, p. 1. Tomo 2021-A.

postulantes de los derechos humanos de las partes. Tampoco refieren a esa responsabilidad, por lo común, academias o colegios profesionales.

Tal omisión es explicable porque habitualmente se conjectura que el control de convencionalidad es únicamente una tarea de jueces, funcionarios y órganos estatales destinada a avenir los obstáculos que esos mismos Estados pueden generar para evadirse de sus compromisos internacionales en materia de derechos humanos. En la experiencia forense, además, muchos visualizan el control de convencionalidad como una tarea solemne a cargo de altos funcionarios y quizá más orientada hacia el futuro que hacia el presente.

Sin embargo, el control de convencionalidad –el «represivo» y, con mayor razón, el «constructivo» (véase *supra*, 4.6. y 5.1.)– es una gestión que debe ser entendida como cotidiana en el mundo forense, y que, por el despliegue jurisprudencial actual de la Corte IDH, abarca una temática amplísima. Toda norma nacional, en verdad, admite una visualización convencional, positiva, negativa o correctiva, esta última dirigida a amalgamar el Derecho nacional con el Derecho internacional de los derechos humanos.

En síntesis, el abogado litigante es también un protagonista importante para instar, promover y exigir el control de convencionalidad ante los órganos encargados de instrumentarlo y decidirlo oficialmente. Para el caso de que incumpla con ese cometido (por ejemplo, ante situaciones de colisión, si no cuestiona las normas domésticas irremediablemente inconvenionales que vulneran los derechos de su cliente, o si no reclama el reciclaje y la adaptación de las mismas al Derecho internacional de los derechos humanos cuando resultan rescatables), incurrirá en un desempeño profesional defectuoso: en definitiva, en mala *praxis*.

Por lo demás, cuando se realiza el control de convencionalidad, es posible que el comportamiento del abogado de una parte sea considerado correcto o no, v. gr. para meritar si un tribunal incurrió en infracción a la regla del art. 8 de la CADH sobre el debido proceso y justicia pronta. El caso *Furlán vs. Argentina*, de 31/8/2012, es una muestra de ello (la Corte IDH, por ejemplo, se detiene en la demora de la parte actora en iniciar un juicio de daños y perjuicios).

SÍNTESIS

- La tendencia predominante de la Corte IDH es asignar el control de convencionalidad practicado en el ámbito nacional no solamente a los jueces, sino a todos los órganos del Estado, en el marco de sus competencias.
- Existe un control legislativo y constituyente «preventivo» de convencionalidad, que se practica de oficio (no sancionar normas nacionales opuestas al Derecho internacional de los derechos humanos o a la jurisprudencia de la Corte IDH); y otro «reparador» (modificar o derogar las normas opuestas a tales parámetros de convencionalidad).
- El Poder Ejecutivo puede y debe practicar el control de convencionalidad, constructivo y represivo, incluyendo el ejercicio del veto, cuando actúa como órgano legisferante, es decir, con facultad para emitir u objetar normas. En sus funciones institucionales y administrativas y, en particular, en los procesos y procedimientos administrativos, le corresponde aplicar el control constructivo o positivo de convencionalidad: interpretar, aplicar y hacer funcionar las reglas estatales en consonancia con el Derecho internacional de los derechos humanos y la jurisprudencia de la Corte IDH. Esta función se extiende a la Administración descentralizada del Estado.
- Si el Derecho constitucional de un Estado niega al Poder Ejecutivo la facultad de declarar inconstitucionales a las leyes, carecería, por analogía, de control de convencionalidad represivo para objetar su funcionamiento.
- La jurisprudencia de la Corte IDH ha indicado que el ministerio público es, en el marco de sus atribuciones, agente de control de convencionalidad.
- Los abogados postulantes pueden y deben instar el control de convencionalidad, represivo o constructivo, en defensa de sus representados, ante todos los tribunales y organismos que corresponda, so pena de incurrir en mala *praxis* si rehuyeran tal cometido.

■ **CAPÍTULO VII**

¿CUÁLES SON LAS PRINCIPALES DIFICULTADES OPERATIVAS DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD, Y CÓMO ATENDERLAS?

7.1. Introducción

No todo son rosas en el jardín del control de convencionalidad. Pese a que, en principio, es una herramienta útil para el fortalecimiento del sistema regional latinoamericano de derechos humanos, tiene falencias y debilidades que deben asumirse y superarse. Apuntaremos cinco de ellas, algunas son puramente técnicas, y otras de tipo sociológico, axiológico y también (en mucho) político.

7.2. Falta de entrenamiento de los operadores nacionales

Ya se indicó en la introducción de esta guía que los jueces, los fiscales, los defensores, los abogados litigantes, los legisladores y los funcionarios públicos, así como los constituyentes, no fueron (en general) capacitados en la materia al cursar su licenciatura en Derecho debido a que el control local de convencionalidad recién fue exigido por la Corte IDH a partir de 2006.

El problema se resuelve incluyendo el tema del control en el currículo de la licenciatura y programando cursos de especialización de posgrado en las facultades de Derecho, los colegios de jueces, funcionarios judiciales y de abogados, y en los institutos de capacitación (es decir, las escuelas

judiciales y similares en el ministerio público, la justicia especializada, o el consejo de la magistratura, por ejemplo), cursos, huelga decirlo, dictados por profesionales expertos en la materia.

Tales cursos deben orientarse no solamente a informar a los interesados de las novedades en materia de control de convencionalidad, sino también a insuflarles una mentalidad apta para comprender y asumir las realidades y los desafíos actuales en materia de derechos humanos, el Estado constitucional y convencional de Derecho, y la constitución nacional convencionalizada. Semejante misión es harto compleja, ya que impone poder al día, compatibilizar y ajustar provechosamente, en su justo orden y sin incurrir en talibanismos nacionalistas o internacionalistas conceptos fundamentales como los de soberanía, supremacía constitucional, jurisdicción supranacional, margen de apreciación nacional, bien común nacional y bien común regional e internacional, por no citar sino los más gravitantes.

Cabe aclarar que, en las puertas de la tercera década del siglo XXI, mucho se ha hecho al respecto.

7.3. Acceso sencillo y rápido a la jurisprudencia de la Corte IDH

Parte de la aplicación del control de convencionalidad versa sobre la ejecución de sentencias de la Corte IDH (habiendo cosa juzgada internacional), pero la otra dimensión trata de la proyección de la doctrina judicial de la Corte regional en el Derecho interno de un Estado a fin de inaplicar sus reglas y prácticas opuestas a aquella doctrina (control *represivo* de convencionalidad), o de adaptarlas, reinterpretarlas y reciclarlas de acuerdo con las pautas elaboradas por la Corte IDH (control *positivo o constructivo*), mediando «cosa interpretada» por el tribunal .

Naturalmente, estas dos últimas tareas demandan un conocimiento puntual, adecuado y pormenorizado de las sentencias, resoluciones y opiniones consultivas de la Corte regional. Ello no es sencillo. Primero, porque la Corte IDH ha escrito ya, y sigue escribiendo cada año, miles de páginas sobre el asunto; y segundo, porque las sentencias son a menudo

dilatadas, circunstancia a la que se suma el hecho de que el tribunal no siempre sintetiza su doctrina –que es de obligatorio seguimiento– en fórmulas breves, concisas y claras que adviertan al lector qué es exigible y qué no. En muchos casos, en resumen, los árboles no dejan ver el bosque.

Este serio problema demanda que la Corte IDH se autodiscipline, en el sentido de que elabore una síntesis nítida, precisa y clara de su doctrina judicial que repute de seguimiento obligado por todos los jueces del sistema interamericano. Este trabajo podría comenzar a partir de la próxima sentencia u opinión consultiva, aunque también resultaría muy provechoso que, mirando hacia atrás, recopilara su doctrina anterior en la medida en que la misma conserve vigencia compulsiva.

7.4. Una mayor y mutua comprensión entre los máximos tribunales nacionales y la Corte IDH

Años ha, ciertas cortes constitucionales y cortes supremas nacionales no entendían debidamente (o, por inercia jurídica, se resistían a entender) cuán importante era, y qué efectos impactantes producía para un Estado, ingresar en un sistema internacional o supranacional robusto de derechos humanos que incluía organismos y tribunales superpuestos a los países involucrados. Actualmente, ese panorama ha variado mucho, y las actitudes de admisión de tal estado de cosas son frecuentes, incluida –por lo común– la aceptación manifiesta o tácita del control de convencionalidad, pese a que este, en la variante de «cosa juzgada interpretada», no figura expresamente en el texto de la CADH o Pacto de San José de Costa Rica.

Ese desafío de comprensión es mutuo, y requiere una especie de esfuerzo compartido. Por un lado, los tribunales nacionales deben asumir el nuevo orden de cosas y adoptar una amigable política de seguimiento de lo que indique la Corte Interamericana. Por otro, esta última tiene que comprender las diversas realidades en las rigen los Derechos regionales y valorar el entendimiento que los tribunales constitucionales y cortes supremas domésticas hagan de esa problemática, circunstancia que puede de justificar modulaciones en la interpretación, extensión y actuación de esos mismos Derechos. En el marco europeo, la doctrina del margen de

apreciación nacional, cauta y rectamente aplicada, ha sido útil para absorber y procesar esas disimilitudes.

7.5. El prestigio de la Corte IDH como recaudo para su exigencia de control de convencionalidad

Otro factor condicionante del control de convencionalidad es la valoración que merezca tal tribunal, que básicamente depende de tres factores: la rectitud del método de designación de sus jueces, los antecedentes y conducta de los mismos, y el mérito de sus resoluciones. Cuanto más prestigio, tanto mayor será seguimiento del control de convencionalidad; y a la inversa, si el prestigio mengua, el seguimiento se resentirá.

El régimen de nombramiento de los magistrados de la CorteIDH, de tipo básicamente discrecional, político y fundamentalmente diplomático –desde luego, sin concursos públicos–, ya no es el mejor para el siglo XXI (dicho sea esto sin que se afecte, como regla, la calidad de tales jueces). Llamativamente, los requisitos que la propia Corte regional demanda para elegir y promover a jueces en el ámbito nacional –por ejemplo en el caso *Apitz Barbera*–, basados en procedimientos objetivos de selección y de evaluación de sus cualidades, sin favoritismos ni exclusiones, no son observados en su propia integración. A su vez, ciertos antecedentes y comportamientos de algunos –pocos– vocales de la Corte, antes y después de su nombramiento, han recibido fuertes y sonadas críticas.

En cuanto al contenido de sus fallos u opiniones consultivas, en general han logrado respeto, cuando no aplauso, pero hay excepciones en casos muy controvertidos en los que se les han objetado desacuerdos con principios del garantismo penal y civil, del Derecho natural o de las creencias y valoraciones predominantes en el grueso de la región. Todo ello invita a meditar sobre la conveniencia de un reexamen de los presupuestos de la legitimidad de la institución en aras de afianzar su tan significativa misión en la tutela de los derechos fundamentales de las personas.

No puede desconocerse, en efecto, que el control de convencionalidad, que opera como una herramienta o instrumento de aplicación y

fortalecimiento de la CADH y de la jurisprudencia Corte IDH, no es ajeno al contenido de sus sentencias y opiniones consultivas. Su éxito depende, en gran medida, de que los pronunciamientos del tribunal regional sean sensatos, prudentes, legítimos y no colonizados por volubles y militantes ideologías en ciertos ámbitos de moda; y de que cuenten, al mismo tiempo, con una cuota apreciable de consenso en el área. Si las decisiones de la Corte regional carecieran de esas virtudes y, por el contrario, la cuota de crítica o desaprobación fuese *in crescendo*, sería muy probable que el control de convencionalidad perdiera vigor y fuera seriamente discutido o, al menos, conductas evasivas mediante, poco atendido. Bueno es, en este punto, que la Corte IDH realice siempre una interpretación previsora o consecuencialista de sus decisiones, auscultando sus efectos y midiendo su posible resultado.

7.6. El conflicto de lealtades y el doble comando

Cuando realiza el control de convencionalidad cumpliendo las directivas de la Corte IDH, el juez local tiene una doble identidad. Por supuesto, es juez doméstico, pero también es juez del sistema interamericano. Esta naturaleza mixta puede situarle en un estado lindante con una suerte de esquizofrenia jurídica cuando, por ejemplo, la Corte Interamericana, en ejercicio del control de convencionalidad, demanda una cosa (v. gr., determinada interpretación de un derecho), y su corte suprema o tribunal constitucional nacional le impone otra distinta, tal vez con la advertencia de sancionarlo si no obedece. Está, por tanto, eventualmente sometido a un «doble comando» (uno, más próximo e inmediato; el otro, subsidiario y mediato).

Hemos descrito este dilema en *supra*, 4.6.2.6, donde se esbozan las alternativas de direccionamiento de esta compleja problemática. Una manera de bajar los decibeles del conflicto es advertir que el mismo es natural y previsible si se parte del hecho, poco imaginable un siglo atrás, de la coexistencia de tribunales de distinto nivel, nacional e internacional, que se ocupan de la custodia de los mismos derechos.

SÍNTESIS

- El control latinoamericano de convencionalidad tiene varios talones de Aquiles. Por ejemplo, no es fácil acceder a la médula de la jurisprudencia de la Corte IDH, desperdigada en miles de páginas y sin que medie una reseña clara y bien catalogada de la doctrina esencial de esos fallos. Es necesario, al respecto, un trabajo de adecuada compilación, resumen y ordenamiento sistemático del *holding* o segmento decisivo de tales pronunciamientos.
- Es cierto que, dada la novedad del instituto, muchos operadores nacionales no fueron entrenados en su momento, en el ámbito universitario, para ejercitar el control de convencionalidad. Esta carencia impone, a menudo, la programación de cursos de capacitación en ámbitos diversos.
- Del mismo modo, el control de convencionalidad presenta el desafío de compatibilizar la idiosincrasia de los tribunales nacionales –y la multiplicidad de órdenes jurídicos locales– con las ideas de la Corte IDH y el *jus commune* interamericano. Se impone, al respecto, una gimnasia de mutua convivencia y de necesaria búsqueda razonada de soluciones que, en lo posible, sean armonizantes.
- Para reforzar su autoridad y exigir la intensa observancia del control de convencionalidad, la Corte IDH debe cuidar su prestigio mediante la revisión del procedimiento de selección de sus jueces, actualizándolo de conformidad con pautas contemporáneas de selección y evaluación de idoneidad, así como preservar la cuidadosa emisión de sus productos (sentencias y opiniones consultivas) en un marco de prudencia, sentido común, consenso comunitario e intrínseca legitimidad.
- Finalmente, el control de convencionalidad enfrenta otro reto cuando el juez local es, al mismo tiempo, juez del sistema interamericano, lo que puede generar, en casos conflictivos –que por fortuna no son frecuentes–, un dilema de lealtades

ante ese «doble comando». Las vías de solución no son fáciles. Para evitar anarquías tribunalicias, una ruta idónea puede consistir en respetar el orden judicial jerárquico vigente, pero reconociendo a la Corte IDH la condición de intérprete último de la CADH, con las competencias operativas que ello implica: la facultad de pronunciar la última palabra al definir un derecho y de adoptar todas las medidas necesarias para protegerlo.

■ **ÍNDICE TEMÁTICO**

- Abogados como agentes del control de convencionalidad, 6.4.
- Acceso sencillo a la jurisprudencia de la Corte IDH, 7.3.
- Agentes nacionales del control de convencionalidad, 6.
- Análisis «puramente constitucional», 1.6.
- Carácter complementario del control de convencionalidad, 1.10.
- Cita por la Corte IDH de fallos y doctrina *animus narrandi*, 4.6.2.4.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 4.6.2.1.4.
- Conflicto de lealtades judiciales, 4.6.2.6; 7.6.
- Constitución convencionalizada, 1.7.
- Construcción de interpretaciones, 5.5.2, 5.6.
- Control administrativo de convencionalidad, 6.2 y ss.
- Control constructivo de convencionalidad, 5 y ss.
- Enunciado por la Corte IDH, 5.3.
 - Fundamentos, 5. 1.
 - Juez competente difuso, 5.4.
 - Prioridad de aplicación, 5.3.
 - Técnicas, 5.5.
- Control de constitucionalidad, 1.3.
- Control de convencionalidad a cargo de jueces nacionales, 2.4.
- Control de convencionalidad internacional o supranacional, 2.2.
- Control de convencionalidad y control de constitucionalidad, 1.4.
- Falsas oposiciones, 1.5.

Control latinoamericano de convencionalidad, 1.2.

Control legisferante de convencionalidad, 6

- Enunciado, 6.1.
- Jurisdiccional, 6.1.6.
- Modalidad operativa, 6.1.5.
- preventivo, 6.1.4.1.
- reparador represivo, 6.1.4.2.
- reparador constructivo. 6.1.4.3.
- Sujetos legisferantes, 6.1.2.

Control judicial represivo de convencionalidad, 4.2.

- de oficio, 4.6.1.
- efectos, 4.2.
- dificultades operativas, 7.1 y ss.
- enunciado, 4.3.
- fundamentos, 4.4., 4.4.1., 4.4.2.
- habiendo convalidación por la CorteIDH de una norma nacional, 4.8.
- procedimiento, 4.6.2.
- sin mediar «cosa interpretada» por la CorteIDH, 4.7.

Corte interamericana de derechos humanos (Corte IDH):

- acceso a su jurisprudencia, 7.2.
- citas de la Corte, 4.6.2.4.
- cosa interpretada, 4.1, 2.6.1.
- desarrollo de la doctrina del control de convencionalidad, 2.5.
- doctrina: 4.6.2.1.
- empatía con los tribunales nacionales. 7.4.
- opiniones consultivas, 4.6.2.1.3.
- prestigio, 7.5.
- rediseño del control de convencionalidad, 2.6.

«Cosa interpretada» por la Corte IDH, 4.1, 2.6.1.

Cosa juzgada internacional, 3.2.

Desarrollo del control de convencionalidad en la Corte IDH, 2.5.

Doble comando, 7.6.

Doctrina de la Corte IDH, 4.6.2.1.

- Empatía entre la Corte IDH y los máximos tribunales nacionales, 7.5.
- Falta de entrenamiento de los operadores nacionales, 7.2.
- Fines del control de convencionalidad, 1.1.
- Gestación del control latinoamericano de convencionalidad, 2.1., 2.3.
- Impunidad inconvencional, 3.9.
- Inconvencionalidad por omisión, 3.8.
- Incumplimiento por el Estado del control de convencionalidad, mediando sentencia en su contra, 3.8.
- Interpretación «conforme», 5.5, 5.6.
- Interpretaciones judiciales y administrativas, 4.6.2.2.5.
- Interpretaciones mutativas por adición, 5.5.2.1.
- Interpretaciones mutativas por sustracción, 5.5.2.2.
- Interpretaciones mutativas por sustracción-adición, 5.5.2.3.
- Jueces que pueden ejercer control represivo de convencionalidad, 4.5.
- Doctrina del control judicial represivo difuso, 4.5.1.
 - Doctrina del control judicial represivo selectivo, 4.5.2.
- Juicio de convencionalidad, 4.6.2.3.
- robótico o ponderado, 4.6.2.4.
- «Manifestaciones» del control de convencionalidad, 2.6., 3.1., 3.2.
- Material jurídico controlado en el control de convencionalidad, 4.6.2.2.
- Material jurídico controlante en el control de convencionalidad, 4.6.2.1.
- Ministerio público, 6.3.
- Normas constitucionales inconvenionales, 1.7.
- Obligatoriedad del control de convencionalidad, 1.2.
- Obstáculos constitucionales de implementación del control de convencionalidad, 4.6.2.5.
- Opiniones consultivas de la Corte IDH, 4.6.2.1.3.
- Prácticas judiciales, 4.6.2.2.4.
- Poder constituyente, 6.1.3.
- Prestigio de la Corte IDH, 7.5.
- Presunción de convencionalidad, 4.6.2.3.
- Primera manifestación del control de convencionalidad, 3.2.
- Principio pro persona, 1.8.

- Rediseño del control de convencionalidad por la Corte IDH, 2.6.
- Segunda manifestación del control de convencionalidad, 4.1.
- Selección de interpretaciones, 5.5.1.
- Supremacía convencional, 4.6.2.3.
- Sustento normativo del control de convencionalidad, 3.3.
- Topes de derecho positivo y axiológicos al control de convencionalidad, 3.10., 4.10.

