

LA DOCTRINA DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD A LA LUZ DEL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD*

THE DOCTRINE OF CONVENTIONALITY CONTROL IN LIGHT OF THE PRINCIPLE OF SUBSIDIARITY

PABLO GONZÁLEZ DOMÍNGUEZ**
Universidad Panamericana - México
pablo.gonzalez.dom@gmail.com

RESUMEN: Este artículo estudia la doctrina del control de convencionalidad desde la perspectiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En la primera sección desarrolla la línea jurisprudencial del control de convencionalidad, desde su creación en Almonacid Arellano y otros v. Chile (2006), hasta sus más recientes avances en Andrade Salmón v. Bolivia (2016). En la segunda sección analiza sus elementos conceptuales: definición y fundamento jurídico, sujetos, objeto, características especiales, y parámetros normativos sobre los que debe ser realizado. En la tercera sección responde a algunas de las críticas más sólidas que se pueden realizar al control de convencionalidad, sustentando la validez jurídica de esta doctrina sobre la base del principio de subsidiariedad. El artículo presenta una visión del control de convencionalidad que permite incrementar la efectividad de los derechos humanos a nivel nacional, al tiempo que reconoce la existencia de legítimos espacios de libertad de los Estados para definir el alcance y los mecanismos de cumplimiento de sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos.

ABSTRACT: This article studies the doctrine of conventionality control from an International Human Rights Law perspective. The first section explores the line of jurisprudence of this doctrine, from its creation in Almonacid Arellano et al. v. Chile (2006) to its latest development in Andrade Salmon v. Bolivia (2016). The second section analyzes the conceptual elements of conventionality control: its definition and legal foundations, its subjects, its object, and the normative parameters upon which it must be exercised. The third section responds to some of the strongest criticism that might be raised against the existence of this doctrine, arguing that the validity of conventionality control can be found

* Trabajo recibido el 16 de enero de 2017 y aprobado el 17 de mayo de 2017.

** Doctor en Derecho Internacional de los Derechos Humanos por la Universidad de Notre Dame (EE.UU.); Maestro en Derecho Internacional por la Universidad de Georgetown (EE.UU.); Licenciado en Derecho por la Universidad Panamericana (México). Abogado en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y Profesor de Derechos Humanos en la Universidad Panamericana (México). Agradezco los comentarios de Romina Sijniensky, Bruno Rodríguez, Georgina Vargas, Edward Pérez, Luis Raúl Gutiérrez, Margarita Rodríguez, y de los dos árbitros de este trabajo, los cuales fueron de inmensa ayuda para mejorar aspectos de forma y fondo. Las opiniones expuestas aquí son de mi propia autoría, y no necesariamente reflejan la posición oficial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, o la de mis colegas que comentaron este trabajo.

on the principle of subsidiarity. This article shows a version of conventionality control that would allow increasing the effectiveness of IHRL at the domestic level, but that also recognizes the existence of legitimate spaces of freedom for States to define the scope of human rights and the means to fulfill with their IHRL obligations.

PALABRAS CLAVE: control de convencionalidad, relación entre el derecho internacional y el derecho nacional, principio de subsidiariedad o complementariedad, Corte Interamericana de Derechos Humanos.

KEYWORDS: conventionality control, relationship between international law and domestic law, principle of subsidiarity and complementarity, Inter-American Court of Human Rights.

I. INTRODUCCIÓN

La doctrina del control de convencionalidad es uno de los más recientes e innovadores esfuerzos llevados a cabo por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte Interamericana) para incrementar la efectividad e influencia del *Corpus Juris Interamericano* en los sistemas jurídicos nacionales de la región.¹ Se trata de una doctrina cuyos contornos aún siguen definiéndose, tanto en la teoría como en la práctica². Sin embargo, el control de convencionalidad goza de una creciente popularidad, y se ha consolidado progresivamente como uno de los temas más relevantes de la jurisprudencia reciente de la Corte Interamericana³. La relevancia y popularidad del control de convencionalidad puede estar conectada con su singularidad, pues esta doctrina no encuentra paralelo en ningún otro sistema de protección internacional de derechos humanos.⁴ En efecto, no cabe duda que

¹ La expresión *Corpus Juris Interamericano* se refiere a las fuentes de derecho aplicables en el Sistema Interamericano, como son la Convención Americana, otros tratados en materia de derechos humanos, las interpretaciones de la Corte Interamericana en ejercicio de su jurisdicción contenciosa, consultiva y de supervisión, e instrumentos de *soft law* como la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión.

² Cfr. BURGORGUE-LARSEN (2015), pp. 666-677.

³ Entre los casos relevantes en el desarrollo dogmático del control de convencionalidad destacan los siguientes: Corte IDH, *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C N° 158, párr. 128; Corte IDH, *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C N° 186, párrs. 179 y 180; Corte IDH, *Caso Radilla Pacheco vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C N° 209, párrs. 339 y 340; Corte IDH, *Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C N° 221, párrs. 193 y 239; y Corte IDH, *Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 30 de noviembre de 2012. Serie C N° 259, párr. 142; Corte IDH, *Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C N° 221, párrs. 193 y 239.

⁴ Es posible encontrar doctrinas similares al control de convencionalidad en el contexto de la Unión Europea, pero no en sistemas regionales o universales de protección a los derechos humanos. Ejemplos de

el control de convencionalidad es una innovadora doctrina en el DIDH, pues establece –con un alto grado de especificidad, y como resultado de una decisión de un tribunal internacional– el tipo de medidas que las autoridades nacionales deben adoptar para garantizar que la creación, interpretación, y aplicación del derecho nacional sea consistente con los estándares del *Corpus Juris Interamericano*. Pero las mismas características que hacen al control de convencionalidad una doctrina singular, también ha sido la fuente de controversia acerca de su legalidad y legitimidad como una institución de derecho internacional⁵.

Este artículo presenta un análisis descriptivo, analítico y crítico del control de convencionalidad.⁶ Descriptivamente, explica sucintamente el desarrollo de esta doctrina en la jurisprudencia de la Corte Interamericana, desde su creación en *Almonacid Arellano y otros v. Chile* (2006), hasta su más reciente desarrollo en *Andrade Salmón v. Bolivia* (2016)⁷. Analíticamente, desarrolla las obligaciones internacionales que derivan del control de convencionalidad, tal y como han evolucionado hasta el año 2017. Críticamente, explora algunas de las más importantes objeciones que se pueden hacer al control de convencionalidad, y propone una respuesta a esas objeciones sustentada en el principio de subsidiariedad⁸. El punto de partida de este artículo es que el control de convencionalidad debe ser estudiado y desarrollado como una doctrina de derecho internacional, pero que

doctrinas similares incluyen el efecto directo y la supremacía (cfr. *caso 26/62, Van Gend & Loos v. Nederlandse*, 1963 E.C.R. 1, *caso 106/77, Italian Finance Administration v. Simmenthal*, 1978 E.C.R. 269), o los recientes esfuerzos de la Comisión Europea para lograr una implementación más sólida de las normas de competencia en los Estados Parte de la Unión Europea (cfr. *Caso C-234/89, Delimitis v. Henninger Bräu AG*, 1991 E.C.R. I-935; *caso T-24/90, Automec Srl. V. E.C. Commission*, 1992 5 C.M.L.R. 431).

⁵ Cfr. BINDER (2011), p. 1216; MALARINO (2010), pp. 438-445; MALARINO (2012), p. 695; CREMA (2013), pp. 50-51.

⁶ Algunas de las ideas presentadas en este artículo constituyen una síntesis entre mi tesis doctoral elaborada en la Universidad de Notre Dame, y un informe escrito para el Centro de Estudio de Justicia de las Américas. Cfr. GONZÁLEZ DOMÍNGUEZ, Pablo (2016), “The Doctrine of Conventionality Control. An Innovative Doctrine in the Inter-American System of Human Rights”, J.S.D. Dissertation, University of Notre Dame Law School; GONZÁLEZ DOMÍNGUEZ, Pablo (2014), *Informe sobre la implementación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: la doctrina del control de convencionalidad*, (Centro de Estudio de Justicia de las Américas, Chile).

⁷ Cfr. Corte IDH. *Caso Andrade Salmón vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de diciembre de 2016. Serie C N° 330, párr. 93.

⁸ En este artículo el término “principio de subsidiariedad” es equivalente al “principio de complementariedad”. Se advierte que la Corte Interamericana ha utilizado ambos términos de manera indistinta en la mayor parte de su jurisprudencia. Cfr. Corte IDH. *Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 30 de noviembre de 2012. Serie C N° 259, párr. 142.

tiene un impacto en el derecho nacional, y que, por lo tanto, su fundamento y sus implicaciones jurídicas deben ser entendidos a la luz de principios estructurales del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) y del derecho constitucional. Como es argumentado en la última parte, esta aproximación permite presentar al control de convencionalidad como una doctrina jurídicamente válida, fortalece la existencia de un verdadero diálogo entre las instituciones políticas y judiciales nacionales e internacionales, y contribuye a la construcción de un *Jus Constitutionale Commune* para América Latina.

II. CREACIÓN Y DESARROLLO DE LA DOCTRINA DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

A. Creación del control de convencionalidad

La doctrina del control de convencionalidad fue introducida en la jurisprudencia de la Corte Interamericana en *Almonacid Arellano*, en el año 2006⁹. Este caso trata sobre la responsabilidad internacional del Estado chileno por la adopción y aplicación del Decreto Ley N° 2.191 de 1978, el cual concedía una amnistía general a todos los responsables de hechos delictuosos cometidos desde el 11 de septiembre de 1973 al 10 de marzo de 1978. La aplicación de este decreto ley por parte del Poder Judicial tuvo como efecto inmediato el cese de investigaciones y el archivo del expediente de la ejecución extrajudicial del señor Luis Alfredo Almonacid Arellano, quien fue ejecutado a manos de la policía en el contexto de graves violaciones a derechos humanos que siguieron al golpe de Estado presidido por el General Augusto Pinochet, en 1973¹⁰. La Corte calificó como un hecho probado que el gobierno de Chile ejecutó una política de Estado que atacó masiva y sistemáticamente a sectores de la población civil considerados como opositores al régimen, por lo que calificó la ejecución del Sr. Almonacid como un crimen de *lesa* humanidad, al ser cometida dentro de un patrón sistemático y generalizado de ataque contra la población civil¹¹.

⁹ Cfr. Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C N° 154, párr. 124.

¹⁰ Cfr. Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C N° 154, párrs. 82 a 133.

¹¹ Cfr. Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C N° 154, párr. 104.

Siguiendo su jurisprudencia en materia de justicia transicional, iniciada en el emblemático caso de *Barrios Altos v. Perú* (2001), la Corte declaró la nulidad *ab initio* del Decreto Ley N° 2.191, pues básicamente se trataba de una norma cuya *ratio legis* era “amnistiar los graves hechos delictivos contra el derecho internacional cometidos por el régimen militar”¹². La Corte encontró violaciones a los artículos 1.1, 2, 8 y 25, pues la aplicación de la ley de amnistía tuvo como efecto el cese inmediato de las investigaciones y el archivo del expediente, dejando en impunidad a los responsables de la muerte del señor Almonacid, e impidiendo a sus familiares que ejercieran el derecho a ser oídos por un tribunal competente, independiente e imparcial, a través de un recurso efectivo y adecuado que reparara las violaciones cometidas en perjuicio de su ser querido, y que les permitiera conocer la verdad¹³. Adicionalmente determinó que, cuando el Poder Legislativo falle en su tarea de suprimir leyes contrarias a la Convención, el Poder Judicial permanece obligado a respetar y garantizar los derechos protegidos por la Convención¹⁴. En consecuencia estableció que:

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 Americana¹⁵.

Tal y como lo explica LAURENCE BURGORGUE-LARSEN, esta decisión es “el punto máximo tomado por la Corte en el tema de leyes de amnistía. No sólo confirmó las

¹² Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C N° 154, párr. 120.

¹³ Cfr. Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C N° 154, párrs. 118 a 128.

¹⁴ Cfr. Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C N° 154, párr. 123.

¹⁵ Cfr. Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C N° 154, párr. 124 [énfasis añadido].

decisiones previas en *Suárez Rosero y Barrios Altos*, sino que además abrió nuevos caminos para que los jueces tengan un papel más preponderante¹⁶. El control de convencionalidad fue originalmente diseñado como una doctrina que permite a los jueces nacionales garantizar el derecho a la justicia, la verdad y la reparación de los familiares de las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos. Se trata de una manifestación de la obligación de garantizar los derechos (artículo 1.1 de la Convención) en la clave de lo decidido por la Corte desde el emblemático caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras* (1989), donde se estableció el criterio que sostiene “el deber de los Estados partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”¹⁷.

El razonamiento de la Corte en *Almonacid Arellano* se sustenta en la idea de que la Convención Americana y las interpretaciones que de ella haga la Corte tienen una naturaleza autoejecutable, es decir, que tienen efecto directo sobre las autoridades nacionales. La génesis de esta concepción está reflejada en el voto concurrente de SERGIO GARCÍA RAMÍREZ en el *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala* (2003), en el cual señaló que “no es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte sólo a uno o alguno de sus órganos, entregar a éstos la representación del Estado en el juicio –sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto– y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del ‘control de convencionalidad’ que trae consigo la jurisdicción de la Corte Interamericana”¹⁸. El Estado está obligado como una unidad, lo que implica que cada una de sus autoridades debe cumplir con los deberes generales del Estado (artículos 1.1 y 2), y para ello debe trasladar los criterios jurisprudenciales de la Corte a sus leyes, decisiones judiciales, y a todas las acciones en materia de derechos humanos¹⁹.

¹⁶ BURGORGUE LARSEN y ÚBEDA DE TORRES (2011), p. 260.

¹⁷ Cfr. Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Fondo*. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C Nº 4, párr. 166.

¹⁸ Corte IDH, *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C Nº 101, Opinión Concurrente del Juez Sergio García Ramírez, párrafo 27; cfr. GARCÍA (2003), pp. 1595-1598.

¹⁹ Corte IDH, *Caso Tibi vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C Nº 114, Voto Concurrente del Juez Sergio García Ramírez, párrafos 5 y 6.

El entendimiento de la naturaleza autoejecutable de la Convención Americana y de las interpretaciones de la Corte –y, por lo tanto, la creación misma del control de convencionalidad– también se vio fortalecida por los cambios en la postura constitucional de varios países de la región frente a la cuestión clásica de la implementación de las normas internacionales de derechos humanos en los sistemas jurídicos nacionales²⁰. Gracias a la existencia de instituciones como el “bloque de constitucionalidad” se había reconocido progresivamente el rango constitucional de algunas de estas normas, y se había permitido su invocación directa en tribunales nacionales²¹. Este fenómeno de apertura constitucional de varios Estados de la región abrió la puerta para que la Corte Interamericana creara la doctrina del control de convencionalidad “como una vertiente de la recepción nacional, sistemática y organizada del orden jurídico convencional internacional”²². En ese sentido, EDUARDO FERRER MAC-GREGOR explicó en su voto concurrente en el caso *Cabrera García y Montiel Flores v. México* (2010) que la creación del control de convencionalidad refleja una asimilación de los conceptos desarrollados en el derecho constitucional, una práctica que ha estado presente en el desarrollo del DIDH desde sus orígenes²³.

B. Desarrollo jurisprudencial del control de convencionalidad

La doctrina del control de convencionalidad evolucionó en casos posteriores, por lo que su entendimiento no puede reducirse al párrafo 124 de *Almonacid Arellano*.²⁴ El precedente creado en ese caso ha sido reiterado en, al menos, treinta sentencias y en dos opiniones consultivas, en algunas ocasiones con importantes matices que precisaron algunos de sus aspectos conceptuales. Es en este sentido que la línea jurisprudencial del control de convencionalidad puede ser resumida de la siguiente forma, atendiendo a aquellos casos que

²⁰ Cfr. CANÇADO (2001), pp. 270-273.

²¹ Cfr. UPRIMNY (2010-2011) p. 1592; GARCÍA-SAYÁN (2005), p. 326; FIX-ZAMUDIO (2004), p. 141; BREWER CARIAS (2009), pp. 87-162.

²² Cfr. GARCÍA (2011), p. 127; cfr. Corte IDH, *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C N° 220, párr. 226.

²³ Cfr. Corte IDH, *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C N° 220. Voto Concurrente del Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor, párr. 21; GLENDON (2001), p. 56.

²⁴ Cfr. BURGORGUE-LARSEN (2015), p. 652.

desarrollaron de forma relevante el contenido conceptual de esta doctrina: en *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) v. Perú* (2006) se determinó que el control de convencionalidad procede de oficio, pero que debe ejercerse por las autoridades en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes (lo que podríamos denominar la “cláusula *Aguado Alfaro*”, en referencia al caso de *los Trabajadores Cesados del Congreso*)²⁵. En *Boyce y otros v. Barbados* (2007) se estableció –aunque de manera implícita– que el control de convencionalidad debe ser realizado sobre todas las normas del ordenamiento jurídico nacional, inclusive sobre aquéllas de rango constitucional²⁶. En *Heliodoro Portugal v. Panamá* (2008) la Corte trazó el vínculo entre la existencia del control de convencionalidad y las obligaciones del artículo 2, al establecer que:

179. En relación con la obligación general de adecuar la normativa interna a la Convención, la Corte ha afirmado en varias oportunidades que “[e]n el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha celebrado un convenio internacional, debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de las obligaciones asumidas”. En la Convención Americana este principio es recogido en su artículo 2, que establece la obligación general de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de la misma, para garantizar los derechos en ella reconocidos, lo cual implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio de *effet utile*).

180. La Corte ha interpretado que tal adecuación implica la adopción de medidas en dos vertientes, a saber: i) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio, y ii) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías. Precisamente, respecto a la adopción de dichas medidas, es importante destacar que la defensa u observancia de los derechos humanos a la luz de los compromisos internacionales en cuanto a la labor de los operadores de justicia, debe realizarse a través de lo que se denomina “control de convencionalidad”, según el cual cada juzgador debe velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales, de manera que no quede mermado o anulado por la aplicación de

²⁵ Cfr. Corte IDH, *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de noviembre de 2006, párr. 128.

²⁶ Corte IDH, *Caso Boyce y otros vs. Barbados. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C N° 169, párrafos 77 y 78.

normas o prácticas internas contrarias al objeto y fin del instrumento internacional o del estándar internacional de protección de los derechos humanos²⁷.

En *Radilla Pacheco vs. México* (2009) se definió que el control de convencionalidad incluye el deber de los jueces de realizar una interpretación conforme entre el derecho nacional y el *Corpus Juris Interamericano*, aun cuando una norma nacional no sea *per se* incompatible con la Convención Americana²⁸. En *Cabrera García y Montiel Flores v. México* (2010) se entendió que el control de convencionalidad obliga a todos los órganos vinculados a la administración de justicia, en todos sus niveles.²⁹ En esta misma lógica, en *Gelman vs. Uruguay* (2011) se decidió que todas las autoridades del Estado están obligadas a realizar un control de convencionalidad, lo que implica que el Poder Legislativo debe crear normas que sean consistentes con el *Corpus Juris Interamericano*;³⁰ en la *Resolución de Supervisión de Cumplimiento en el Caso Gelman* (2013) se definió que el control de convencionalidad es un medio para el cumplimiento de los fallos de la Corte Interamericana en los que el Estado haya sido parte, y se analizó la eficacia de las sentencias de la Corte en sus dos dimensiones: como *res judicata* y como *res interpretata* (ver *infra*, Sección III.E)³¹. En la *OC-21/14*³², y en la *OC-22/16*³³, se determinó que los criterios establecidos en Opiniones Consultivas también son un parámetro para el control de convencionalidad, y que deben ser aplicados de manera preventiva.

²⁷ Cfr. Corte IDH, *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C N° 186, párrs. 179 y 180 [énfasis añadido].

²⁸ Cfr. Corte IDH, *Caso Radilla Pacheco vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C N° 209, párrs. 339-340.

²⁹ Cfr. Corte IDH, *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C N° 220, párr. 225.

³⁰ Cfr. Corte IDH, *Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C N° 221, párr. 239.

³¹ Cfr. Corte IDH, *Caso Gelman vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 20 de marzo de 2013, párrs. 66 y 67.

³² Cfr. Corte IDH, *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A N° 21, párr. 31.

³³ Cfr. Corte IDH, *Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el sistema interamericano de derechos humanos (Interpretación y alcance del artículo 1.2, en relación con los artículos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46, y 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del artículo 8.1 A y B del Protocolo de San Salvador)*. Opinión Consultiva OC-22/16 de 26 de febrero de 2016. Serie A N° 22, párr. 26.

Finalmente, en *Masacre de Santo Domingo v. Colombia* (2012) se conceptualizó que el control de convencionalidad se asienta en el principio de complementariedad o subsidiariedad, el cual informa transversalmente el Sistema Interamericano³⁴. Este precedente fue reiterado en *Andrade Salmón v. Bolivia* (2016), donde se estableció que el carácter complementario de la jurisdicción internacional significa que el Estado es el principal garante de los derechos de las personas, y se abundó en que el control de convencionalidad es una obligación que surge precisamente para coadyuvar en que las autoridades estatales sean las primeras en garantizar que la interpretación y aplicación del derecho nacional sea consistente con las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos³⁵. En este último caso también se hizo referencia sobre cómo la complementariedad del Sistema Interamericano ha impactado la jurisprudencia de la Corte, sobre todo en aquellos casos donde los Estados han resuelto la violación alegada en el caso, y han dispuesto reparaciones razonables³⁶. La Corte afirmó que conserva su competencia para referirse a los efectos jurídicos que tienen los actos del Estado que hacen cesar una violación y la reparación otorgada a las víctimas, pero que estas acciones también pueden derivar en que la Corte no declare la responsabilidad internacional del Estado en los casos sujetos a su conocimiento³⁷. En palabras de la Corte:

95. En concordancia con lo indicado, la Corte también ha señalado que el hecho de que el Estado haga un reconocimiento de responsabilidad internacional, y afirme que reparó el hecho ilícito internacional, no la inhibe de efectuar determinaciones sobre las consecuencias jurídicas que surgen de un acto violatorio de la Convención, aun cuando el Estado alegue que dicho acto cesó y fue reparado. En efecto, en esos casos, el Tribunal conserva su competencia para referirse a los efectos jurídicos que tiene el mencionado reconocimiento y la reparación otorgada por el Estado, lo que puede conducirlo a no pronunciarse sobre determinados hechos o sus consecuencias; a considerar innecesario entrar en el análisis de fondo de determinadas violaciones alegadas en un caso concreto, cuando encuentra que han sido adecuadamente reparadas

³⁴ Cfr. Corte IDH. *Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 30 de noviembre de 2012. Serie C N° 259, párr. 142.

³⁵ Cfr. Corte IDH. *Caso Andrade Salmón vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de diciembre de 2016. Serie C N° 330, párr. 93.

³⁶ Cfr. Corte IDH. *Caso Andrade Salmón vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de diciembre de 2016. Serie C N° 330, párrs. 94 y 102.

³⁷ Cfr. Corte IDH. *Caso Andrade Salmón vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de diciembre de 2016. Serie C N° 330, párrs. 95, 96 y 102.

a nivel interno; o a tomar en cuenta lo actuado por órganos, instancias o tribunales internos cuando han dispuesto o pueden disponer reparaciones razonables³⁸.

III. SISTEMATIZACIÓN CONCEPTUAL DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

El desarrollo jurisprudencial del control de convencionalidad permite –y requiere, para su adecuada comprensión– realizar una sistematización conceptual, es decir, explorar cada uno de los elementos que la componen³⁹. El objeto principal de este apartado es precisamente realizar esta sistematización conceptual del control de convencionalidad, y para ello está dividido en cinco partes. La primera parte explora la definición del control de convencionalidad y su fundamento jurídico. La segunda parte explica cuáles son las autoridades nacionales que se encuentran obligadas a realizar el control de convencionalidad (los sujetos de la obligación). La tercera parte desarrolla cuáles son los actos que deben realizar dichas autoridades en ejercicio del control de convencionalidad (el objeto de la obligación). La cuarta parte expone cómo el ejercicio del control de convencionalidad debe ser realizado de oficio, pero de conformidad con las regulaciones dispuestas por el derecho nacional (lo que puede ser denominado la “cláusula *Aguado Alfaro*”, por el caso que le dio origen). Finalmente, la quinta parte explica cuáles son las normas y principios de derecho internacional que sirven como parámetro para el ejercicio del control de convencionalidad.

A. Definición y fundamento jurídico del control de convencionalidad

El control de convencionalidad es una institución jurídica propia del Sistema Interamericano. La Corte se ha referido a esta doctrina como “una institución que se utiliza para aplicar el Derecho Internacional, en este caso el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y específicamente la Convención Americana y sus fuentes, incluyendo la jurisprudencia de este Tribunal”⁴⁰. De manera más reciente,

³⁸ Corte IDH. *Caso Andrade Salmón vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de diciembre de 2016. Serie C N° 330, párr. 95.

³⁹ Este apartado desarrolla lo ya dicho en el siguiente texto: GONZÁLEZ DOMÍNGUEZ, Pablo (2014), *Informe sobre la implementación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: la doctrina del control de convencionalidad*, (Centro de Estudio de Justicia de las Américas, Chile).

⁴⁰ Cfr. Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 20 de marzo de 2013, párr. 65.

en *Andrade Salmón* (2016) la Corte explicó que el control de convencionalidad busca que “la interpretación y aplicación del derecho nacional sea consistente con las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos”⁴¹. Se trata de una doctrina cuyo objetivo es eminentemente práctico: incrementar la aplicación y efectividad a nivel nacional de los estándares contenidos en el DIDH, para que sean las autoridades nacionales las primeras en garantizar que la aplicación del derecho nacional no derive en una violación de los derechos humanos de las personas (de ahí la metáfora respecto a que las autoridades actúen como “jueces interamericanos”).

Es importante tener en mente que –como ya ha sido mencionado en varias ocasiones en este escrito– la Corte Interamericana ha enriquecido y modificado el contenido del control de convencionalidad atendiendo a los distintos marcos fácticos sobre los que ha resuelto, y a las ideas de sus creadores⁴². Es por esta razón que no es posible encontrar una definición acabada del control de convencionalidad en el párrafo 124 de *Almonacid Arellano*, ni en algún caso aislado en la línea jurisprudencial en la materia. Ha sido el trabajo de los comentaristas de esta doctrina sistematizar sus diferentes elementos y proponer definiciones. En esta lógica, y tras un análisis de los elementos más relevantes que han sido mencionados en la línea jurisprudencial en la materia, es posible definir al control de convencionalidad de la siguiente manera:

Una obligación de origen internacional, a cargo de todas las autoridades del Estado –especialmente los jueces–, de crear (en el caso del Poder Legislativo), interpretar, y aplicar toda norma jurídica nacional (constitución, ley, decreto, reglamento, jurisprudencia, etc.), de conformidad con el *Corpus Juris Interamericano* (principalmente la Convención Americana y las interpretaciones que de ella haga la Corte Interamericana), y en caso de incompatibilidad manifiesta abstenerse de aplicar la norma nacional. Las autoridades estatales deben ejercer de oficio el control de convencionalidad, pero siempre actuando dentro de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, las cuales están definidas en el derecho nacional⁴³.

La Corte ha sustentado la obligación de las autoridades de realizar un control de convencionalidad en varias normas de derecho internacional. Los primeros dos

⁴¹ *Caso Andrade Salmón vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de diciembre de 2016. Serie C Nº 330, párr. 93.

⁴² Cfr. A. ESTRADA (2015), pp. 51-54.

⁴³ Cfr. FERRER (2014), p. 233; GONZÁLEZ (2014), p. 18.

artículos que sustentan esta obligación son el 1.1 y 2 de la Convención Americana. Tal y como se estableció desde *Almonacid Arellano*, una vez que el Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato estatal, están “obligados a velar porque los efectos de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin”⁴⁴. La Corte consideró que el deber de los Estados de “respetar” y “garantizar” los derechos establecidos en la Convención (artículo 1.1), sumado al deber de adoptar las “medidas legislativas o de otro carácter” para garantizar la obligación de respeto y garantía (artículo 2) implica un deber de todas las autoridades –especialmente de los jueces– de interpretar el derecho nacional a la luz del *Corpus Juris Interamericano*, y de inaplicar normas manifiestamente inconvencionales (es decir, de realizar un control de convencionalidad).

El desarrollo de este criterio es lo que permite afirmar que el control de convencionalidad –aun cuando no está expresamente establecido en el texto de la Convención, sino que constituye una “creación pretoriana”– puede ser entendida como una medida “de otro carácter” necesaria para hacer efectivos los derechos y libertades reconocidos por la Convención (artículo 2), a través de la remoción de aquellos obstáculos legales que impiden garantizar el efecto útil de la Convención, lo que en última instancia permite garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención (artículo 1.1), el cumplimiento de la obligación de cumplir los tratados de buena fe (artículo 26 de la CVDT), y el cumplimiento de la obligación de no invocar las disposiciones de derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado (artículo 27 de la CVDT).

De manera complementaria, el control de convencionalidad se encuentra sustentado en la obligación de los Estados de cumplir con las decisiones de la Corte en todo caso en que sean partes (artículo 68.1 de la Convención), y en virtud de la obligación de las autoridades de regir sus actuaciones en virtud del principio *pro personae* (artículo 29 de la Convención), lo cual implica permitir de la manera más amplia posible el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención⁴⁵. Finalmente, FERRER MAC-GREGOR ha argumentado que el artículo 25 de la Convención constituye un fundamento del control de

⁴⁴ Cfr. Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C N° 154, párr. 124.

⁴⁵ *Ver en general*, Corte IDH, *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C N° 220. Voto Concurrente del Juez *ad hoc* Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, párr. 59.

convencionalidad. El jurista mexicano sostuvo en su voto concurrente en *Liakat Ali Alibux vs. Suriname* (2014) que, toda vez que esta doctrina constituye un elemento integrador de los derechos reconocidos a nivel internacional y nacional, estableciendo un “derecho a la garantía de los derechos fundamentales”, el control de convencionalidad forma parte del derecho a un recurso judicial efectivo⁴⁶.

B. Sujetos de la obligación

La obligación de realizar un control de convencionalidad se extiende a todas las autoridades estatales, quienes en el ámbito de sus respectivas competencias deben velar por el efecto útil de la Convención Americana. Desde *Cabrera García*, pero de manera más clara desde *Gelman*, la Corte estableció que la obligación de ejercer un control de convencionalidad no sólo está dirigida al Poder Judicial, sino que “todas las autoridades estatales, tienen la obligación de ejercer *ex officio* un ‘control de convencionalidad’ entre las normas internas y la Convención Americana”⁴⁷. Este criterio responde a la lógica de que las obligaciones de respeto y garantía obligan al Estado como un todo y, por lo tanto, su cumplimiento no puede estar sujeto a la división de atribuciones que señale el derecho interno⁴⁸. De esta forma, es posible afirmar que el control de convencionalidad es “extenso, vertical y general” y, por lo tanto, alcanza a todas las autoridades del Estado, sin importar si éstas pertenecen al Poder Ejecutivo, al Legislativo o al Judicial.

Sin embargo, es también posible afirmar que el cumplimiento de esta obligación recae especialmente en el Poder Judicial, el cual tienen un rol central en la salvaguarda de los derechos humanos en el orden jurídico interno de conformidad con los artículos 25, 8.1 y 1.1 de la Convención. Los jueces nacionales deben ejercer el control de convencionalidad independientemente de su formal pertenencia o no al Poder Judicial (ej. Cortes Constitucionales de algunos países, o tribunales militares), y sin importar su jerarquía, grado, cuantía, o materia de especialización. También es irrelevante si el juez pertenece al Poder Judicial Federal

⁴⁶ Véase el voto concurrente en el *Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 30 de enero de 2014, Serie C Nº 276, párr. 71.

⁴⁷ *Caso Gelman vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 20 de marzo de 2013, párr. 66.

⁴⁸ Cfr. Corte IDH, *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C Nº 101, Opinión Concurrente del Juez Sergio García Ramírez, párr. 27.

o local, lo cual es una consecuencia del criterio que la Corte Interamericana ha sostenido sobre el alcance de las normas del Pacto de San José, y de los artículos 28 de la Convención (Cláusula Federal) y 29 de la Convención de Viena (aplicación territorial de los tratados).

C. Objeto de la obligación

El *objeto* de la obligación de ejercer control de convencionalidad se puede clasificar en cinco conductas, mismas que son exigibles a los jueces nacionales y en general a todas las autoridades estatales: (i) realizar una “interpretación conforme” entre las leyes nacionales y el *Corpus Juris Interamericano*, siempre que la norma nacional no sea acorde con las obligaciones internacionales del Estado; (ii) inaplicar la norma que no pueda ser interpretada de conformidad con los mencionados estándares interamericanos, siempre que la autoridad tenga la competencia para proceder a dicha inaplicación; (iii) crear normas que permitan la efectividad de la Convención Americana y la jurisprudencia de la Corte, cuando una autoridad actúe materialmente como legislador; (iv) utilizar el control de convencionalidad como una técnica que permita el debido cumplimiento de las sentencias de la Corte en aquellos casos donde el Estado al que la autoridad pertenece haya sido condenado, y (v) actuar de manera positiva y suplir las deficiencias de la legislación penal nacional, para así evitar la impunidad en casos de desaparición forzada de personas. Estas conductas han sido progresivamente desarrolladas por la Corte en su jurisprudencia.

La *primera conducta* requiere que el intérprete de la ley se acoja a los parámetros convencionales, y en consecuencia que deseche aquellas interpretaciones inconvencionales, o que sean de menor efectividad en el goce y protección del derecho o libertad respectivos⁴⁹. En palabras de NÉSTOR PEDRO SAGÜES: “si una cláusula de una constitución nacional (o una norma subconstitucional) permite por ejemplo dos o tres interpretaciones, el operador deberá preferir la que coincida, y no la que se oponga, a la Convención Americana sobre Derechos Humanos”⁵⁰. Es importante clarificar que el cumplimiento de este deber es independiente de que una norma sea manifiestamente incompatible con la Convención Americana,

⁴⁹ Cfr. Corte IDH, *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C N° 220. Voto Concurrente del Juez *ad hoc* Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, párr. 41.

⁵⁰ SAGÜES (2010), p. 130.

pues tal y como la Corte lo estableció desde *Radilla*⁵¹, pero de manera más clara desde *Atala Riffo y niñas v. Chile* (2012), los jueces nacionales, en virtud de la doctrina del control de convencionalidad, tienen la obligación de interpretar las leyes nacionales de conformidad con la Convención y la jurisprudencia de la Corte para garantizar su efecto útil, aun cuando esas leyes no sean *per se* incompatibles con los mencionados instrumentos normativos⁵².

En la interpretación del derecho nacional, las autoridades nacionales deben tener en cuenta la especificidad de los derechos humanos. Esto significa que, para definir el alcance de las obligaciones internacionales que sirven de base para realizar el control de convencionalidad, las autoridades deben interpretar la Convención “de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto y teniendo en cuenta su objeto y fin”⁵³. Atendiendo al “objeto y fin” de la Convención, ésta debe interpretarse de manera que se garantice su efecto útil⁵⁴, por lo que las autoridades también deben definir el alcance de las obligaciones convencionales de conformidad con el principio *pro personae*⁵⁵. En consecuencia, las disposiciones de la Convención deben ser interpretadas de conformidad con las reglas del artículo 29 de la Convención,⁵⁶ siempre teniendo en cuenta que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos cuya interpretación “tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales”⁵⁷.

La *segunda conducta* requerida por la doctrina del control de convencionalidad es que las autoridades nacionales inapliquen las leyes que sean inconvencionales y que no admitan alguna interpretación consistente con la Convención, siempre

⁵¹ Cfr. Corte IDH, *Caso Radilla Pacheco vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C Nº 209, párr. 341.

⁵² Cfr. Corte IDH. *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C Nº 239, párrs. 280 a 284.

⁵³ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, artículo 31.

⁵⁴ Cfr. Corte IDH. *Caso Godínez Cruz vs. Honduras. Excepciones Preliminares*. Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C Nº 3, párr. 40.

⁵⁵ Cfr. Corte IDH, *Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta* (arts. 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-7/86 de 29 de agosto de 1986. Serie A Nº 7. Opinión Separada del Juez Rodolfo E. Piza Escalante. Para un análisis detallado del principio *pro persona*: Cfr. MEDELLÍN (2013).

⁵⁶ Cfr. Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 29.

⁵⁷ Corte IDH *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A Nº 16, párr. 114.

que la autoridad nacional tenga la facultad para proceder a una inaplicación. Esta fue la primera obligación definida en *Almonacid Arellano*, y en otros casos que involucraron la aplicación de leyes que eran manifiestamente incompatibles con el artículo 2 de la Convención y que eran nulas *ab initio*.⁵⁸ Sin embargo, desde el caso de *los Trabajadores Cesados del Congreso*, debe ser entendido que los jueces –y todas las autoridades– deben ejercer el control de convencionalidad no sólo en casos que traten de leyes nacionales manifiestamente incompatibles con la Convención Americana, o que son nulas *ab initio*, pero también en aquellas normas que “sólo” son incompatibles con la Convención Americana. En consecuencia, aun cuando una norma sea válida en el derecho interno, si es incompatible con el *Corpus Juris Interamericano*, la autoridad debe garantizar que no surta sus efectos.⁵⁹

La *tercera conducta* es que el Poder Legislativo debe ejercer un control de convencionalidad para así evitar la creación de normas inconventionales. En *Gelman* la Corte estableció que la existencia de regímenes democráticos no garantiza *per se* el cumplimiento de las obligaciones conforme al artículo 2 de la Convención, incluso cuando las normas sean aprobadas por una mayoría en el Congreso o por medio de un referéndum. La Corte estableció que la legitimación democrática del Poder Legislativo está limitada por el DIDH, por lo que la protección a los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de las mayorías.⁶⁰ Ese criterio incluye la noción de que el control de convencionalidad sirve como *directriz* para las autoridades nacionales, en el sentido que requiere del legislador –en el sentido formal y material– que sus actos sean sustantivamente acordes con los estándares contenidos en el *Corpus Juris Interamericano*.⁶¹

La *cuarta conducta* se relaciona con la obligación de las autoridades de dar cumplimiento a las sentencias de la Corte en cualquier caso en donde el Estado al que pertenezca la autoridad haya sido parte de una controversia. Esta faceta del control de convencionalidad fue mencionada por primera vez en la *Resolución de cumplimiento en el Caso Gelman*, donde la Corte estableció que

⁵⁸ Cfr. Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C N° 162.

⁵⁹ Cfr. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C N° 214, párrs. 311 y 312.

⁶⁰ Cfr. Corte IDH, *Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C N° 221, párr. 239.

⁶¹ Cfr. CONTRERAS (2014), p. 254.

la doctrina “posee un rol importante en el cumplimiento o implementación de una determinada sentencia de la Corte Interamericana, especialmente cuando dicho acatamiento queda a cargo de los jueces nacionales”.⁶² De esta forma, el control de convencionalidad fortalece el deber las autoridades nacionales de “cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes”, en términos del artículo 68.1 de la Convención.⁶³ Una de las consecuencias de esta aproximación es que es posible afirmar que el deber de las autoridades de realizar control de convencionalidad es mayor en aquellos casos donde la Corte haya declarado la inconvencionalidad de una norma nacional en ejercicio de su jurisdicción contenciosa o consultiva.

La *quinta conducta* es que las autoridades actúen de manera positiva para llenar los vacíos legales que permiten la impunidad de aquellos responsables de graves violaciones a los derechos humanos. Este aspecto del control de convencionalidad –poco explorado– se relaciona directamente con la obligación de los Estados de tipificar el delito de desaparición forzada de personas como un delito autónomo, lo cual es una obligación derivada del artículo III de la Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas (CIDFP).⁶⁴ En caso de que el Estado incumpla en la tipificación de este delito en los términos de la CIDFP, las autoridades deben velar por el efecto útil de este tratado y de la Convención a través del ejercicio del control de convencionalidad, y “utilizar aquellos recursos penales a su disposición que guarden relación con la protección de los derechos fundamentales que se pueden ver afectados en tales casos”.⁶⁵ En consecuencia, no es suficiente que los responsables de este delito sean sancionados de conformidad con la normativa penal existente relativa al plagio o secuestro, tortura y homicidio, sino que es necesario que directamente sancionen a los responsables por el delito de desaparición forzada.⁶⁶

⁶² *Caso Gelman vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 20 de marzo de 2013, párr. 73.

⁶³ Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 68.

⁶⁴ Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas, en vigor desde el 28 de marzo de 1996, Artículo III.

⁶⁵ Corte IDH. *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C N° 186, párr. 182; Corte IDH. *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de septiembre de 2010. Serie C N° 217, párrs. 198 a 202.

⁶⁶ Cfr. Corte IDH. *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C N° 186, párr. 181.

D. La paradoja del control de convencionalidad

Una de las características centrales del control de convencionalidad es que éste debe ser ejercido *ex officio*, es decir, “con independencia de que las partes lo invoquen”.⁶⁷ Esta característica es un aspecto del principio *iura novit curia* (“el juez conoce el derecho”), en el sentido de que las autoridades deben estar conscientes del contenido de las normas de derechos humanos vigentes y deben aplicarlas cuando sea pertinente para poder garantizar el efecto útil de la Convención. En virtud de este principio, las autoridades deben tomar una actitud províctima, evitando así que quienes han sufrido violaciones a sus derechos humanos no cuenten con protección judicial a causa de formalismos excesivos. Específicamente, las autoridades deben garantizar que la creación, interpretación y aplicación del derecho nacional sea consistente con el contenido sustantivo del *Corpus Juris Interamericano*.

Sin embargo, la operación de este principio no da una carta blanca para ignorar el derecho nacional en la sustanciación de las causas llevadas a su conocimiento, pues la Corte ha considerado que el control de convencionalidad debe ser ejercido por las autoridades “en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes”.⁶⁸ Este elemento (la “cláusula *Aguado Alfaro*”) establece un primer límite para ejercer el control de convencionalidad *ex officio*, de forma tal que las autoridades no pueden actuar más allá de las facultades y las competencias que les otorga la legislación nacional. En consecuencia, el control de convencionalidad, en principio, no altera la facultad exclusiva de los Estados de decidir la forma en que organizan los poderes y atribuciones del Poder Judicial –o cualquier otra autoridad estatal–, ni tampoco altera las reglas procesales a nivel nacional.⁶⁹ Por esta razón no es posible afirmar que el control de convencionalidad otorga competencias o atribuciones a las autoridades estatales. En este sentido, la Corte estableció en *Liakat Ali Alibux v. Surinam* (2014) que no le corresponde a la Corte establecer un modelo específico para la realización del control de convencionalidad o constitucionalidad:

⁶⁷ Corte IDH, *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C N° 220. Voto Concurrente del Juez *ad hoc* Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, párr. 42.

⁶⁸ Cfr. Corte IDH. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C N° 158, párr. 128.

⁶⁹ Cfr. LONDOÑO (2010), p. 806.

124. Finalmente, en relación con los argumentos del representante y de la Comisión (supra párrs. 112 y 113) sobre la vulneración del derecho a la protección judicial con motivo de la ausencia de un Tribunal Constitucional, si bien la Corte reconoce la importancia de estos órganos como protectores de los mandatos constitucionales y los derechos fundamentales, la Convención Americana no impone un modelo específico para realizar un control de constitucionalidad y convencionalidad. En este sentido, la Corte recuerda que la obligación de ejercer un control de convencionalidad entre las normas internas y la Convención Americana le compete a todos los órganos del Estado, incluidos sus jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles.⁷⁰

Una de las principales consecuencias de esta cláusula es que el control de convencionalidad puede operar en diferentes sistemas jurídicos, pues reconoce el alto margen de libertad que los Estados gozan para decidir la “intensidad” con la que la doctrina opera en sus sistemas jurídicos⁷¹. Esto significa, por ejemplo, que en los sistemas jurídicos donde los jueces tienen mayores atribuciones de ejercer control de constitucionalidad, la obligación de ejercer un control de convencionalidad será más intensa que en aquellos sistemas donde los jueces nacionales tienen menos atribuciones, o donde las regulaciones procesales son más estrictas⁷². Es por esta razón que no es posible afirmar que la Corte Interamericana obliga a los Estados a establecer un sistema difuso o concentrado de control de constitucionalidad o de convencionalidad⁷³, por lo que es natural que en países con mayor apertura al derecho internacional de los derechos humanos, y donde se ha establecido un control difuso de constitucionalidad, el control de convencionalidad sea ejercido con mayor intensidad que en países con características distintas⁷⁴.

⁷⁰ Corte IDH. *Caso Liakat Ali Alibux vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 30 de enero de 2014. Serie C N° 276, párr. 124.

⁷¹ Cfr. Corte IDH, *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C N° 220. Voto Concurrente del Juez *ad hoc* Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, párrs. 36 y 37.

⁷² Cfr. SAGÜES (2010) p. 121; Corte IDH, *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C N° 220. Voto Concurrente del Juez *ad hoc* Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, párrs. 36 y 37.

⁷³ Cfr. GARCÍA (2011), p. 152; Corte IDH. *Caso Liakat Ali Alibux vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 30 de enero de 2014. Serie C N° 276, párr. 124.

⁷⁴ Cfr. HITTERS (2009), pp. 109-128.

E. Parámetro del control de convencionalidad

Un elemento central de la doctrina del control de convencionalidad son las normas internacionales que sirven como base a las autoridades nacionales para su ejercicio. Desde *Almonacid Arellano* fue establecido que las fuentes principales para “controlar” la “convencionalidad” de leyes nacionales son la Convención Americana y las interpretaciones que de la misma haya hecho la Corte.⁷⁵ Esto significa que el control de convencionalidad debe ser realizado primordialmente sobre la base del texto de la Convención Americana. Se entiende que el control también debe ser ejercido de conformidad con los derechos humanos que estén reconocidos en otros tratados estructuralmente vinculados al Pacto de San José, como son el Protocolo relativo a la Abolición de la Pena de Muerte,⁷⁶ o el Protocolo de San Salvador,⁷⁷ así como otros tratados de derechos humanos que han sido adoptados en el seno de la Organización de los Estados Americanos, como son la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer - Convención de Belém Do Pará.⁷⁸

Las interpretaciones que deben servir como base del control de convencionalidad son todas aquellas que hayan sido realizadas por la Corte Interamericana en ejercicio de su jurisdicción consultiva, contenciosa, preventiva o ejecutiva. Es decir, todo estándar derivado de la interpretación que la Corte haga sobre los tratados antes mencionados puede tener valor para establecer el parámetro del control de convencionalidad por las autoridades nacionales. En este sentido es

⁷⁵ Cfr. Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C N° 154, párr. 124.

⁷⁶ Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la abolición de la pena de muerte, en vigor desde el 8 de junio de 1990.

⁷⁷ Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales - Protocolo de San Salvador, en vigor desde el 16 de noviembre de 1999.

⁷⁸ Cfr. Corte IDH, *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C N° 158. Voto Concurrente del Juez Sergio García Ramírez, párr. 2; *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C N° 220. Voto Concurrente del Juez *ad hoc* Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, párr. 45. Una lista de los instrumentos del Sistema Interamericano que pueden servir como parámetro para el control de convencionalidad puede ser encontrada en el portal de Internet de la Corte Interamericana: <http://corteidh.or.cr/index.php/es/acerca-de/instrumentos>.

posible afirmar que –en principio, como parámetro del control de convencionalidad– no existe distinción entre la fuerza vinculante de las decisiones que la Corte emite en ejercicio de su competencia contenciosa, y aquellas que emite en ejercicio de su jurisdicción consultiva o de supervisión. En ambos casos se fija la “cosa interpretada” (*res interpretata*). Sin embargo, los criterios fijados por la Corte en ejercicio de su competencia contenciosa adquieren –además del carácter de *res interpretata*– el carácter de “cosa juzgada internacional” (*res judicata*) para el Estado que es parte de la controversia, de conformidad con el artículo 67 de la Convención.⁷⁹ Por esta razón, es posible afirmar que el deber de realizar un control de convencionalidad, sobre la base de los criterios fijados por la Corte en un caso concreto, adquiere una mayor intensidad para las autoridades del Estado que es parte de ese caso (ver *infra*, Sección IV.B)⁸⁰.

Las anteriores consideraciones permiten afirmar que el control de convencionalidad se realiza sobre las bases de un “bloque de convencionalidad”, o un “*Corpus Juris Interamericano*”, el cual se ve complementado por las normas constitucionales –o contenidas en cualquier otra norma nacional– que permiten una mayor protección de los derechos humanos. Ambas fuentes de derechos –la nacional y la internacional– deben operar de manera conjunta sobre las bases del principio *pro personae* y el principio de subsidiariedad, de forma tal que ninguna norma contenida en la Convención Americana o cualquier interpretación de la Corte Interamericana puede ser utilizada como base para restringir derechos reconocidos en el ámbito nacional. En este punto es relevante recordar lo explicado por GARCÍA RAMÍREZ en el sentido de que “el derecho internacional de los derechos humanos es el ‘piso’ de los derechos, no el ‘techo’”⁸¹, por lo que los tribunales internos, cuando realicen un control de convencionalidad, están llamados a realizar sus propias interpretaciones de la Convención de conformidad con su derecho nacional, y atendiendo a las realidades de cada caso concreto.

Ahora bien, atendiendo a la pluralidad de normas constitucionales que determinan la manera en que el derecho internacional es incorporado a nivel nacional, es posible afirmar que la operatividad del control de convencionalidad

⁷⁹ Cfr. Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 20 de marzo de 2013. Voto Concurrente del Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, párr. 80.

⁸⁰ Cfr. Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 20 de marzo de 2013, párr. 66.

⁸¹ Cfr. GARCÍA (2011), p. 139.

a nivel nacional está relativizado por el nivel de incorporación del *Corpus Juris Interamericano* en los diferentes ordenamientos jurídicos de los Estados parte de la Convención Americana. Las normas que determinan la jerarquía constitucional de la Convención Americana, de otros tratados en el Sistema Interamericano, y de las interpretaciones de la Corte, son relevantes para determinar el nivel de intensidad del control de convencionalidad en un Estado. Así, por ejemplo, la intensidad de la obligación de las autoridades de realizar un control de convencionalidad debe ser entendida de manera diferente en Guatemala, cuya Constitución reconoce el principio general relativo a que en materia de derechos humanos los tratados y convenciones aceptados y ratificados por el Estado tienen preeminencia sobre el derecho interno,⁸² que en El Salvador, cuya Constitución reconoce la supra-legalidad de los tratados de derechos humanos, pero prohíbe la ratificación de tratados contrarios a la Constitución⁸³.

En el mismo sentido, el nivel de reconocimiento que los Estados le otorgan a las interpretaciones de la Corte Interamericana como derecho nacional afecta la operatividad del control de convencionalidad. De esta forma, la obligación de las autoridades de “tomar en consideración” (utilizando el lenguaje del párrafo 124 de *Almonacid*) las interpretaciones de la Corte debe ser mayor en aquellos Estados que reconocen dichas interpretaciones como parte de su bloque de constitucionalidad, que en aquellos Estados que no lo hacen. Los Estados tienen libertad de decidir el nivel de incorporación de las fuentes del derecho internacional como derecho nacional, y por esa razón un Estado puede decidir legítimamente si las interpretaciones de la Corte tienen el mismo rango que la Constitución, como es el caso de Costa Rica⁸⁴; pero otro Estado puede decidir legítimamente que la jurisprudencia de la Corte es un criterio hermenéutico relevante –no necesariamente decisivo– para determinar la protección de derechos humanos a nivel nacional, como es el caso de Colombia⁸⁵. Estas diferencias pueden ser sutiles y, sin embargo, deben ser seriamente tomadas en consideración para tener un entendimiento adecuado de la forma en que el control de convencionalidad opera en un Estado en particular.

⁸² Cfr. Constitución Política de la República de Guatemala, artículo 46.

⁸³ Cfr. Constitución Política de la República de El Salvador, artículos 144-145 y 149.

⁸⁴ Cfr. Sentencia de 9 de mayo de 1995 emitida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Acción Inconstitucional. Voto 2313-95 (Expediente 0421-S-90).

⁸⁵ Cfr. Sentencia C-010/00 emitida por la Corte Constitucional de Colombia.

IV. ANÁLISIS CRÍTICO DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

A. Objeciones al control de convencionalidad desde la perspectiva del derecho internacional público

La doctrina del control de convencionalidad ha sido desarrollada a través de la jurisprudencia de la Corte Interamericana y ha sido ampliamente estudiada –y apoyada– por prominentes académicos y jueces latinoamericanos y europeos⁸⁶. Pero poco se ha dicho –aunque cada vez más, y cada vez con más fuerza– sobre su naturaleza controversial, una vez que es evaluada como una institución jurídica internacional⁸⁷. En efecto, esta doctrina puede ser sujeta de críticas sólidas, sobre todo si se evalúan sus fundamentos e implicaciones jurídicas a la luz de una interpretación formalista y positivista de la Convención Americana y en general del DIDH. Desde esta óptica, al menos tres objeciones podrían ser desarrolladas⁸⁸.

La primera objeción es que el artículo 2 de la Convención no puede ser considerado una base para el control de convencionalidad. Es cierto que este artículo impone la obligación a los Estados de adoptar las medidas legislativas o de otro carácter necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos por la Convención, siendo el control de convencionalidad una medida “de otro carácter” creada para lograr el efecto útil del Pacto de San José⁸⁹. No obstante, una interpretación formalista y positivista del artículo 2 lleva a concluir que este artículo tiene una naturaleza programática, en el sentido que reconoce una absoluta libertad a los Estados para determinar la forma en que darán efectividad a la Convención en sus ordenamientos jurídicos nacionales⁹⁰. Esta posición se sustenta en que el artículo 2 carece de especificidad, lo que implica que es una facultad soberana de

⁸⁶ Cfr. GARCÍA (2011); GARCÍA (2015); FERRER (2012); FERRER (2013); Cfr. SAGÜÉS (2009); SAGÜÉS (2010); BURGORGUE-LARSEN y ÚBEDA DE TORRES (2011), pp. 243-269.; BURGORGUE-LARSEN (2015), y BURBANO-HERRERA (2015), pp. 647-677.

⁸⁷ Cfr. DULITZKY (2015), p. 57; BINDER (2011), p. 1216; CREMA (2013), pp. 50-51, y ESTRADA (2013).

⁸⁸ El fondo de estas objeciones no es compartido por el autor; sin embargo, reflejan una posición jurídicamente sostenible sobre una interpretación formalista y positivista del derecho internacional. En cambio, la siguiente sección expresa las convicciones del autor, donde responde, desde la perspectiva del DIDH, a las críticas aquí mencionadas.

⁸⁹ Corte IDH, *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C N° 186, párrs. 179 y 180

⁹⁰ Cfr. *Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos*, San José, Costa Rica, 7-22 de noviembre de 1969, p. 40 [ver las posiciones de las delegaciones de Ecuador, Guatemala y Estados Unidos de América en relación con la naturaleza del artículo 2].

los Estados (tanto en lo que respecta al proceso, como a la sustancia) determinar la manera en que cumplirán con sus obligaciones convencionales. En otras palabras, desde esta visión, los Estados tienen el derecho de decidir la forma y el tipo de medidas que adoptarán para cumplir de buena fe con sus obligaciones internacionales, lo cual niega la posibilidad de que la Corte Interamericana determine medidas específicas para garantizar la efectividad de la Convención Americana a la luz del artículo 2⁹¹.

La segunda objeción al control de convencionalidad está conectada con la interpretación que la Corte Interamericana hace del artículo 27 de la Convención de Viena. En *Almonacid Arellano* la Corte sostuvo que el control de convencionalidad está sustentado en el artículo 27 de la CVDT, pues “[s]egún el derecho internacional las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno”.⁹² Este tipo de interpretación es lógica, sin embargo, un entendimiento positivista de esta norma no sustentaría la doctrina del control de convencionalidad. Es cierto que el artículo 27 de la CVDT fortalece la obligación de los Estados de cumplir con sus obligaciones internacionales de buena fe (artículo 26), pero se puede argumentar que esta norma opera bajo la presunción de que los Estados son libres para implementar el derecho internacional de la forma más adecuada para ellos, siempre que efectivamente cumplan con sus obligaciones internacionales. En otras palabras, desde esta óptica, el artículo 27 se rige bajo el “principio de indiferencia” (*principle of indifference*) del ordenamiento jurídico internacional, en lo que respecta al modo de ejecución de los Estados de sus obligaciones internacionales⁹³.

La tercera objeción al control de convencionalidad viene de su origen jurisprudencial. El control de convencionalidad fue creado de manera pretoriana por la Corte Interamericana en un caso contencioso, y ha sido reiterado en múltiples ocasiones en casos posteriores. Sin embargo, una interpretación estricta del artículo 68.1 de la Convención Americana llevaría a la conclusión de que los fallos de la Corte Interamericana son obligatorios sólo para las partes de la controversia, y sólo en lo que respecta a los párrafos operativos de la sentencia. Esta posición sigue la lógica del principio de indiferencia, pues reconocería que son los Estados

⁹¹ Cfr. BINDER (2011), p. 1216; BUERGENTHAL (1992), p. 320; YILC (2001), p. 39.

⁹² Cfr. Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C N° 154, párr. 125.

⁹³ Cfr. SCHAUS (2012), p. 689.

quienes tienen la facultad de decidir la forma en que evitarán que se produzcan casos similares a aquellos por los que ya han sido condenados⁹⁴. También sigue la lógica del principio de relatividad (utilizando el lenguaje de algunos países de tradición civilista), en el sentido que los fallos de tribunales internacionales sólo son obligatorios para los casos concretos y que, por lo tanto, carecen de efectos *erga omnes*⁹⁵.

Las críticas formalistas y positivistas al control de convencionalidad le confieren la más alta importancia a dos principios estructurales del derecho internacional: primero, que el consentimiento de los Estados es único –o al menos el más importante– factor relevante para el surgimiento de obligaciones internacionales, incluidas aquéllas en materia de derechos humanos; segundo, que existe una estricta separación –en la teoría y en la práctica– entre las obligaciones que los Estados tienen en el plano internacional, y las obligaciones que las autoridades nacionales tienen en virtud de la existencia de dichas obligaciones internacionales. Esta aproximación puede ser tediosa y anacrónica para los abogados de derechos humanos (tanto los nacionales como los internacionales), pero no debe sorprender a nadie. El papel fundamental del consentimiento de los Estados como clave para entender el surgimiento y contenido de obligaciones internacionales, y la noción de que los Estados son libres para decidir la manera en que las obligaciones internacionales son operativas en sus respectivos ordenamientos jurídicos nacionales, son dos principios estructurales que han acompañado el entendimiento del derecho internacional público desde sus inicios⁹⁶.

Estos principios estructurales representan un obstáculo para la formulación de doctrinas que justifican una mayor intervención de instituciones internacionales en los espacios tradicionales de competencia de los Estados, como lo son la competencia para determinar el surgimiento y contenido de las obligaciones internacionales, y la manera en que éstas serán obligatorias para sus autoridades en el ámbito nacional⁹⁷. Los obstáculos a la formulación de este tipo de teorías pueden ser incluso más estrictos en regiones como Latinoamérica, donde el principio de la prohibición a los Estados, y a las instituciones de la Organización de los

⁹⁴ Cfr. *Request for Interpretation of the Judgment of 31 March in the Case concerning Avena and Other Mexican Nationals* (Mexico v. United States of America), Judgment, 2009, I.C.J. (January 19), párr. 44; *Medellin v. Texas*, 552 U.S. 491 (2008).

⁹⁵ Cfr. Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, artículo 38.1 (d); SHAW (2003), p. 103.

⁹⁶ Cfr. GROTIUS (1996), p. 42; AREND (1999), p. 61.

⁹⁷ Cfr. DUNOFF, RATNER, y WIPPMAN (2010), p. 244; CASSESE (2005), pp. 214-217.

Estados Americanos, para intervenir en asuntos domésticos de otros Estados, ha sido importante previo a la adopción de la Convención Americana⁹⁸. El control de convencionalidad –al aparentemente ignorar estos elementos, o al menos al no considerarlos en su dimensión positivista– se encuentra en una tensión permanente con algunas reglas y principios arraigados en el derecho internacional público, pues determina con gran detalle la manera en que los Estados deben cumplir con su deber de garantizar los derechos humanos, afirma el efecto directo del *Corpus Juris Interamericano* a nivel nacional, y presupone la facultad de la Corte Interamericana para crear estándares vinculantes más allá de los casos concretos sujetos a su jurisdicción.

B. El control de convencionalidad sobre la base del principio de subsidiariedad

La Corte Interamericana ha rechazado adoptar una interpretación formalista y positivista del artículo 2, privilegiando una interpretación que busca incrementar el efecto útil de la Convención Americana⁹⁹. Pareciera que el objetivo de maximizar la protección a los derechos humanos a nivel nacional, de prevenir futuras violaciones a través de cambios estructurales en los Estados, y de fortalecer la implementación del *Corpus Juris Interamericano*, han sobrepasado la noción que entiende a los Estados como únicos sujetos facultados para determinar los medios de cumplimiento con sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. En esta lógica, que busca incrementar la protección a los derechos humanos a nivel nacional, en una región con importantes retos en la materia, la Corte Interamericana, a través de sus sentencias, ha asumido la facultad de evaluar la convencionalidad del derecho nacional de los Estados (*Suárez Rosero v. Ecuador*)¹⁰⁰, ha declarado la nulidad *ab initio* de normas manifiestamente contrarias a la Convención (*Barrios Altos v. Perú*)¹⁰¹, ha ordenado a los Estados

⁹⁸ Cfr. Carta de la Organización de los Estados Americanos, adoptada en Bogotá, Colombia, el 30 de abril de 1948, artículo 1; MICHAEL (2015), p. 507.

⁹⁹ Cfr. CANÇADO (2015), p. 49: [sobre la idea que la posición de un tribunal internacional sólo puede estar basada en principios de justicia, y no en la voluntad de los Estados: “*Deste prisma, a postura básica de um tribunal internacional sópode ser principista, sem fazer concessões indevidas ao voluntarismo estatal*”].

¹⁰⁰ Cfr. Corte IDH. *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador. Fondo*. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C N° 35, párr. 98.

¹⁰¹ Cfr. Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Perú. Fondo*. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C N° 75, párr. 44.

la modificación de normas inconventionales (*La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) v. Chile*),¹⁰² y ha creado doctrinas judiciales como el control de convencionalidad (*Almonacid Arellano*).¹⁰³ Por supuesto, la interrogante es si el artículo 2 de la Convención permite una interpretación como la adoptada por la Corte en los casos antes mencionados.

El artículo 2 como la base del control de convencionalidad

Desde una lectura formalista y positivista, la respuesta es negativa: el artículo 2 de la Convención difícilmente permitiría a la Corte Interamericana nulificar u ordenar la modificación de normas inconventionales, o proponer doctrinas como el control de convencionalidad. Sin embargo, también es posible interpretar el artículo 2 como una norma que reconoce una *amplia* pero no *absoluta* libertad a los Estados para decidir los medios de cumplimiento con sus obligaciones internacionales. Esta interpretación se sostiene al considerar que la libertad estatal para definir los medios de cumplimiento con sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos no es absoluta. Por el contrario, si tomamos en serio la obligación de los Estados de respetar y garantizar los derechos humanos, es razonable concluir que la libertad para determinar los medios de cumplimiento de esas obligaciones incluye la libertad para cumplir con el tratado de buena fe, de conformidad con las decisiones de sus instancias judiciales y democráticas, y atendiendo a circunstancias sociales y culturales particulares de un Estado; y no como la libertad para adoptar medidas violatorias de la Convención Americana, o de no adoptar ninguna medida.

De esta forma, cuando la Corte Interamericana identifica que un Estado adopta o mantiene normas o prácticas que producen una violación al núcleo de algún derecho protegido por la Convención Americana, el artículo 2 puede –y debe– ser interpretado como la base normativa para declarar la responsabilidad internacional del Estado, y debe ordenarse la adopción de las medidas necesarias para remediar las causas de esas violaciones. Este tipo de actuación no constituye una injerencia arbitraria en los asuntos de competencia exclusiva del Estado, sino que –realizada adecuadamente– se trata de una aproximación que responde a la

¹⁰² Cfr. Corte IDH. *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C N° 73, párrs. 63-73.

¹⁰³ Cfr. Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C N° 154, párr. 124.

naturaleza subsidiaria o complementaria del Sistema Interamericano en beneficio de la protección de la dignidad humana y la consecución de los fines de la Convención Americana. Esta interpretación es incompatible con un entendimiento del artículo 2 desde la perspectiva del principio de soberanía, pero éste no es el único principio que es relevante para la interpretación del DIDH¹⁰⁴.

El principio de subsidiariedad o complementariedad es especialmente importante en el entendimiento del contenido y los efectos de las normas del DIDH, y de los límites de las instituciones internacionales de supervisión encargadas de la interpretación y aplicación de esas normas¹⁰⁵. Este principio ha sido definido como aquel por el que cada grupo social y político debe asistir a grupos más pequeños o locales a cumplir con sus respectivos fines, sin que esto signifique apropiarse del cumplimiento de esas funciones¹⁰⁶. En materia de DIDH se le puede entender como el principio que reconoce la función complementaria del derecho y las instituciones internacionales para supervisar y asistir a los Estados en el cumplimiento de sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, pero que al mismo tiempo reconoce la existencia de amplios espacios de libertad a los ordenamientos jurídicos nacionales para definir el alcance y los mecanismos institucionales de cumplimiento de dichas obligaciones¹⁰⁷. En el Sistema Interamericano el principio de subsidiariedad se encuentra reflejado en el Preámbulo de la Convención Americana, el cual establece que la protección internacional en el Sistema Interamericano se justifica dada “la naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados Americanos”¹⁰⁸. En el mismo sentido, la Corte Interamericana estableció en *Acevedo Jaramillo y otros v. Perú* (2006) que:

[L]a Corte recuerda que el Estado es el principal garante de los derechos humanos de la personas, de manera que, si se produce un acto violatorio de dichos derechos, es el propio Estado quien tiene el deber de resolver el asunto a nivel interno y reparar antes de tener que responder ante instancias internacionales como el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, lo cual deriva del carácter subsidiario que reviste el proceso internacional frente a los sistemas nacionales de garantías de

¹⁰⁴ Cfr. SHELTON (2013), pp. 345-459.

¹⁰⁵ Cfr. CAROZZA (2003), p. 38; SHELTON (2013), p. 4; GONZÁLEZ (2017), pp. 732-744.

¹⁰⁶ Cfr. CAROZZA (2003), p. 38; Cfr. FINNIS (2011), p. 90; FINNIS (2016), p. 133.

¹⁰⁷ Cfr. BESSON (2016), pp. 77-78.

¹⁰⁸ Convención Americana sobre Derechos Humanos, Preámbulo.

los derechos humanos. Los tribunales internos y órganos estatales tienen el deber de asegurar la implementación de la Convención Americana a nivel nacional¹⁰⁹.

Este principio tiene una naturaleza estructural, lo que significa que informa transversalmente todas las normas procesales y sustantivas en el Sistema Interamericano¹¹⁰. También tiene una faceta positiva y una negativa. En su faceta positiva justifica la existencia de obligaciones e instituciones internacionales de protección en materia de derechos humanos, pues trasciende la idea de que la protección a los derechos humanos es una facultad soberana y exclusiva de los Estados. En su faceta negativa justifica la existencia de amplios espacios de libertad a los Estados para definir e implementar los derechos humanos en sus ordenamientos jurídicos, y establece un límite a la intervención internacional en lo que respecta a la supervisión en el cumplimiento de dichas obligaciones. Este principio permite explicar –en su faceta positiva– que los Estados estén obligados a respetar y garantizar los derechos humanos en su actuar cotidiano,¹¹¹ que tengan la obligación de adecuar su derecho interno de conformidad con el derecho internacional¹¹², y que en caso de incumplimiento se genere su responsabilidad internacional y el deber de reparar¹¹³. Pero este principio también permite conceptualizar –en su faceta negativa– la primacía del derecho y las instituciones estatales sobre el tipo de medidas necesarias para implementar los derechos humanos a nivel nacional, y para garantizar su eficacia a través de mecanismos procesales¹¹⁴.

El principio de subsidiariedad es distinto del principio de soberanía en el sentido que no impone una absoluta restricción al derecho y a las instituciones internacionales para mantenerse en “las fronteras del ordenamiento jurídico na-

¹⁰⁹ Corte IDH. *Caso Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C Nº 157, párr. 66.

¹¹⁰ Cfr. Corte IDH. *Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 30 de noviembre de 2012. Serie C Nº 259, párr. 142.

¹¹¹ Cfr. Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 1.1; Corte IDH *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Fondo*. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C Nº 4, párr. 166; Corte IDH, *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C Nº 101, Opinión Concurrente del Juez Sergio García Ramírez, párrafo 27.

¹¹² Cfr. Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 2.

¹¹³ Cfr. Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 63.1.

¹¹⁴ Es también por esta faceta dual que es posible entender que en el DIDH coexistan doctrinas aparentemente opuestas, como lo son el control de convencionalidad (en el Sistema Interamericano), y el margen de apreciación (en el Sistema Europeo de Derechos Humanos). Cfr. FERRER (2014), pp. 233-236; GARCÍA ROCA (2014), pp. 901-903.

cional” una vez que los Estados han incumplido con su obligación de adecuar su derecho y sus prácticas internas a las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, y de proveer a las víctimas de recursos judiciales efectivos.¹¹⁵ Este principio efectivamente presupone la primacía de las instituciones nacionales para garantizar e implementar el DIDH a nivel nacional, pero no prohíbe *a priori* la intervención de las instituciones internacionales para definir la forma en que dicho cuerpo de normas debe ser implementado, ni tampoco justifica que los Estados incumplan con sus obligaciones internacionales¹¹⁶. En este sentido, PAOLO G. CAROZZA explica que la subsidiariedad hace “posible e incluso necesario el sostener coherentemente que el sistema [internacional] debe confiar en las instituciones locales que le dan significado y efecto a los derechos humanos, al tiempo que reconoce la autoridad de instituciones más exhaustivas y de mayor alcance para asistir en la realización de los derechos humanos”¹¹⁷. La medida sobre cuándo la asistencia por parte de las autoridades internacionales es necesaria es una cuestión legal y política que se debe resolver caso por caso, dependiendo del derecho involucrado, de las atribuciones de la institución internacional, de la actuación de las autoridades nacionales después de que ya se ha violado un derecho, y de las normas y prácticas vigentes a nivel nacional que producen su violación, entre otros factores.

El punto central es que el principio de subsidiariedad permite una interpretación razonable que justifica la intervención de las instituciones internacionales cuando es necesario, con la deferencia y el respeto a la libertad de las instituciones nacionales para definir los medios de cumplimiento de sus obligaciones internacionales. En este sentido, interpretar el artículo 2 a la luz del principio de

¹¹⁵ Cfr. YICL (1977).

¹¹⁶ El principio de subsidiariedad no justifica que los tribunales nacionales califiquen la validez de una sentencia de un tribunal internacional que ha emitido un fallo en contra del Estado al que pertenecen, ni tampoco abre la puerta para justificar el incumplimiento de dicho fallo en virtud de una norma constitucional en contrario. Al respecto hay que recordar que “[l]os Estados se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes” (artículo 68.1 de la Convención), que “[e]l fallo de la Corte será definitivo e inapelable [y que, en] caso de desacuerdo sobre el sentido o alcance del fallo, la Corte lo interpretará a solicitud de cualquiera de las partes” (artículo 67 de la Convención Americana), y que “[u]na parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado” (artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados). Cfr. Corte Suprema de Justicia de la Nación de la República Argentina (CSJ 368/1998 (34-M)/CS1 Ministerio de Relaciones Exteriores y Cultos/ informe sentencia dictada en el caso *Fontevicchia y D’Amico vs. Argentina* por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de fecha 14 de febrero de 2017).

¹¹⁷ Cfr. CAROZZA (2003), p. 67.

subsidiariedad, justifica que la Corte Interamericana evalúe la convencionalidad del derecho y las prácticas nacionales cuando éstas son la causa de violaciones a los derechos humanos, y cuando esta acción es necesaria para asistir a los Estados en el cumplimiento de sus obligaciones de respeto y garantía y de adecuación del derecho interno. Esta aproximación también conduce a la conclusión de que el artículo 2 no es un “cheque en blanco” que justifica la libertad absoluta de los Estados, en lo que respecta a la determinación de las medidas de cumplimiento con sus obligaciones internacionales. La subsidiariedad reconoce que los Estados tienen la libertad para decidir la *mejor* manera de implementar la Convención Americana a nivel nacional, de conformidad con las decisiones de sus instancias democráticas y su derecho nacional; pero también que la Corte Interamericana, cuando es necesario y justificable, en atención a las circunstancias de un caso, y a las condiciones particulares de un Estado, *puede* –y debe– ordenar la adopción de medidas con un alto grado de especificidad para corregir las causas de las violaciones analizadas, para evitar futuras violaciones, y para incrementar la efectividad de la Convención Americana.

Si esta aproximación es válida, la cuestión no debe ser más si la especificación de ciertas medidas de implementación por parte de la Corte Interamericana constituye *per se* una violación a la soberanía de los Estados, sino si existen suficientes razones para afirmar que una medida en concreto es jurídicamente válida (por ejemplo, si el Estado debe modificar una norma inconventional, o si las autoridades deben realizar un control de convencionalidad para evitar la aplicación de esa norma). En otras palabras, y acercando la discusión al tema aquí planteado, la cuestión sobre la validez del control de convencionalidad no debe ser si una interpretación formalista y positivista del artículo 2 admite su existencia (algo que difícilmente es posible, como las críticas mencionadas en la sección anterior lo prueban), sino si este *subsidium* creado por la Corte Interamericana en *Almonacid Arellano* es válido en relación al principio de subsidiariedad. Esta aproximación es aún más pertinente después de que la Corte Interamericana vinculó la existencia del control de convencionalidad con la naturaleza complementaria (subsidiaria) del Sistema Interamericano. En palabras de la Corte en *Masacre de Santo Domingo v. Colombia* (2012):

142. La responsabilidad estatal bajo la Convención sólo puede ser exigida a nivel internacional después de que el Estado haya tenido la oportunidad de declarar la violación y reparar el daño ocasionado por sus propios medios. Esto se asienta en el principio de complementariedad (subsidiariedad), que informa transversalmente el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el cual es, tal como lo expresa el Preámbulo de la misma Convención Americana, “coadyuvante o complementario

de la [protección] que ofrece el derecho interno de los Estados americanos”. De tal manera, el Estado “es el principal garante de los derechos humanos de la personas, de manera que, si se produce un acto violatorio de dichos derechos, es el propio Estado quien tiene el deber de resolver el asunto a nivel interno y, [en su caso,] reparar, antes de tener que responder ante instancias internacionales como el Sistema Interamericano, lo cual deriva del carácter subsidiario que reviste el proceso internacional frente a los sistemas nacionales de garantías de los derechos humanos”. Esas ideas también han adquirido forma en la jurisprudencia reciente bajo la concepción de que todas las autoridades y órganos de un Estado Parte en la Convención tienen la obligación de ejercer un “control de convencionalidad”¹¹⁸.

La respuesta corta es que la legitimidad del control de convencionalidad se encuentra vinculada a las circunstancias específicas que rodearon su creación, y a los fines que persigue.¹¹⁹ El caso *Almonacid Arellano* representó un caso paradigmático para que la Corte estableciera un *subsidium* como el control de convencionalidad, pues las violaciones en este caso reflejaban algunas de las más graves deficiencias de las autoridades nacionales en materia de protección a los derechos humanos en Latinoamérica. Este caso involucró la creación y aplicación de una norma manifestamente inconvencional por una dictadura militar, que permitía la impunidad por la comisión de un crimen de *lesa* humanidad, y que vulneraba los derechos de los familiares de la víctima a la justicia, la verdad y la reparación. Por otro lado, esta doctrina fue creada con la finalidad de incrementar la efectividad de la Convención Americana y las interpretaciones de la Corte a nivel nacional. Surgió de la necesidad regional de garantizar que la creación (en el caso del Poder Legislativo), interpretación y aplicación del derecho nacional de los Estados sea conforme con el *Corpus Juris Interamericano*, lo cual es consistente con los fines perseguidos por los artículos 1.1, 2, 25, y 29 de la Convención Americana, con los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena, y con la práctica constitucional latinoamericana de apertura al derecho internacional.

Distintas “manifestaciones” del control de convencionalidad

Es evidente que el alcance del control de convencionalidad fue ampliado después de *Almonacid Arellano*, pues esta doctrina ha sido utilizada por la Corte

¹¹⁸ Cfr. Corte IDH. *Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 30 de noviembre de 2012. Serie C Nº 259, párr. 142 [énfasis añadido].

¹¹⁹ Cfr. CAROZZA (2016), p. 65.

Interamericana en circunstancias distintas a las que originalmente justificaron su creación. Esto no necesariamente significa que el control de convencionalidad es contrario al artículo 2 de la Convención, cuando es visto desde la perspectiva del principio de subsidiariedad. Pero sí que requiere continuar reflexionando y distinguiendo las diferentes manifestaciones de esta doctrina y, por lo tanto, requiere adoptar una posición flexible sobre las obligaciones que derivan de su existencia. En este espíritu, como fue mencionado anteriormente (ver *supra*, Sección III.E) la Corte estableció, en la *Supervisión de Cumplimiento de Sentencia en el caso Gelman*, que existen dos manifestaciones distintas del control de convencionalidad, dependiendo si un Estado ha sido parte de un procedimiento o no.¹²⁰ La Corte determinó que en ambas manifestaciones –es decir, cuando un Estado ha sido parte de un procedimiento y cuando no– las autoridades deben realizar un control de convencionalidad, pero también reconoció que “la norma convencional interpretada adquiere distinta vinculación, dependiendo de si el Estado fue parte material del proceso o no”¹²¹. En aquellos casos donde un Estado ha sido Parte, consideró la Corte, sus autoridades nacionales deben ejercer un control de convencionalidad, pues “se está en presencia de cosa juzgada internacional”, mientras que en los casos en que un Estado no ha sido Parte, sus autoridades están obligadas a realizar un control de convencionalidad “por el solo hecho de ser parte de la Convención Americana”¹²².

Un entendimiento flexible del criterio antes mencionado, sustentado en el principio de subsidiariedad, lleva a distinguir la obligatoriedad del control de convencionalidad (i) cuando se trata de un caso concreto (la primera manifestación), y (ii) cuando es considerado como una doctrina de aplicación general para todos los Estados Parte de la Convención (la segunda manifestación). Esta distinción permite sostener que –en la primera manifestación– las autoridades nacionales deben llevar a cabo un control de convencionalidad como parte de su deber de cumplimiento con una sentencia y, por lo tanto, que deben realizar dicho control de manera “estricta” (es decir, tal y como ha sido ordenado por la Corte Interamericana, sin ninguna posibilidad de desviarse del estándar que ya ha sido

¹²⁰ Cfr. *Corte IDH. Caso Gelman vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 20 de marzo de 2013, párr. 67.

¹²¹ *Corte IDH. Caso Gelman vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 20 de marzo de 2013, párr. 67.

¹²² *Corte IDH. Caso Gelman vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 20 de marzo de 2013, párr. 68.

establecido en ese caso concreto). En cambio –en la segunda manifestación– las obligaciones derivadas del control de convencionalidad deben ser entendidas en una estrecha interacción con las normas y principios constitucionales que determinan la implementación del *Corpus Juris Interamericano* como derecho nacional, y con la regulación interna que exista sobre determinado derecho. En esta última hipótesis, se debe entender al control de convencionalidad como una doctrina estrechamente vinculada a las características específicas de un ordenamiento jurídico determinado (por ejemplo, el colombiano, el mexicano, el argentino, el hondureño, etc.).

Entender la segunda manifestación del control de convencionalidad de forma flexible lleva a la conclusión de que su operación tendrá diferente intensidad en cada Estado, atendiendo a las reglas y principios relevantes de derecho constitucional. La siguiente pregunta es obvia: ¿cuáles son los factores que definen la intensidad con que el control de convencionalidad operará en un Estado determinado? Sin la intención de ser exhaustivo, y considerando el desarrollo normativo del control de convencionalidad, y la naturaleza subsidiaria del Sistema Interamericano, tres factores deben determinar la intensidad del control de convencionalidad: (i) las competencias de las autoridades para realizar control de constitucionalidad, y las regulaciones procesales correspondientes para la sustanciación de los juicios en materia de derechos humanos; (ii) la jerarquía constitucional reconocida a los estándares del *Corpus Juris Interamericano*, especialmente la Convención Americana y la jurisprudencia de la Corte, y (iii) y el nivel de protección que reconoce el Sistema Interamericano a los derechos humanos, y el nivel de protección que reconocen los Estados sobre los mismos derechos¹²³.

Conceptualizar al control de convencionalidad como una doctrina que –más allá del caso concreto– debe ser entendida en una estrecha interacción con el ordenamiento jurídico nacional de los Estados, y con el nivel de regulación de los derechos a nivel internacional, tiene importantes consecuencias normativas y

¹²³ El análisis de los tres factores no es el objeto de este trabajo, pero sí constituye el siguiente paso en el desarrollo de la propuesta aquí planteada. Por ahora cabe decir que el tercer factor es el de mayor relevancia, pues busca responder la pregunta sobre cómo tratar las diferencias que existan en los alcances que tienen los derechos humanos en el ámbito interno y en el ámbito internacional (sobre todo, el alcance que tienen en la jurisprudencia de la Corte Interamericana en casos en que un Estado no es parte). Una posibilidad es que debe prevalecer siempre el estándar internacional sobre el nacional, o viceversa; otra posibilidad es que debe prevalecer siempre el estándar que otorgue una mayor protección a la libertad y la igualdad; otra más es que existen derechos que admiten diferentes interpretaciones en el ámbito interno y otros que no. Se trata de una cuestión inconclusa que habrá que seguir pensando tanto desde la perspectiva del DIDH, como desde la perspectiva del derecho constitucional.

prácticas. Permite sostener coherentemente que los Estados gozan de importantes espacios de libertad para determinar la manera en que el control de convencionalidad será aplicado en sus ordenamientos jurídicos, pero evita asumir posiciones dualistas que sostienen una estricta separación entre el derecho nacional y el internacional. Esta aproximación permite afirmar que todas las autoridades nacionales tienen una obligación de crear e interpretar el derecho nacional a la luz del *Corpus Juris Interamericano*, y de no aplicar aquellas normas nacionales que son manifiestamente inconventionales cuando tienen la competencia para hacerlo; pero también permite afirmar que las particularidades sobre cómo el control de convencionalidad deberá operar en un Estado concreto están intrínsecamente vinculadas a los principios y reglas constitucionales relevantes –tanto procesales como sustantivas– de un ordenamiento jurídico determinado. Es decir, más allá de los casos concretos, donde existe una obligación “reforzada”, que no admite desviación del estándar y el mandato contenido en una sentencia, el entendimiento y la operatividad del control de convencionalidad se debe adaptar al derecho nacional de los Estados, y no necesariamente al revés.

Esta visión es coherente con la naturaleza subsidiaria del Sistema Interamericano, pues permite que el control de convencionalidad se convierta en una herramienta para que las autoridades de los Estados eviten la aplicación de normas contrarias a la Convención Americana cuando ésta ya ha sido declarada inconventional por la Corte Interamericana en un caso en que han sido Parte, pero evita transformar cada una de esas sentencias en una nueva obligación para Estados que no fueron Partes de un litigio. De esta forma, al hacer esta distinción conceptual, la Corte evitaría enmendar la Convención Americana con cada decisión adoptada en casos concretos, lo cual también le permitiría conservar su libertad para decidir casos respondiendo a circunstancias específicas. Al mismo tiempo, el control de convencionalidad podría seguir siendo conceptualizado y aplicado como una doctrina de carácter general, que sirva como un vehículo para lograr una mayor implementación del *Corpus Juris Interamericano* a nivel nacional, pero sin pretender que cada decisión –cada párrafo de una sentencia– sea suficiente para dejar sin efectos cualquier norma o práctica nacional en contrario, como si la Corte Interamericana fuera una especie de legislador supremo en materia de derechos humanos para la región.

Esta aproximación también permitiría incrementar el diálogo judicial entre la Corte Interamericana y las autoridades estatales, y contribuiría a la creación de un derecho común para la región. El concepto de diálogo judicial se refiere a la técnica utilizada por las cortes nacionales e internacionales de hacer uso de

los razonamientos de otras cortes para realizar una mejor interpretación de los derechos reconocidos en un tratado o una constitución¹²⁴. La doctrina del control de convencionalidad –interpretada a la luz del principio de subsidiariedad– constituye un mecanismo flexible para que las autoridades tomen en consideración los distintos elementos del *Corpus Juris Interamericano*, pero sin afectar el pluralismo jurídico intrínseco en el DIDH. Es en esta misma lógica pluralista que la práctica del control de convencionalidad, y del diálogo judicial, permitirá tener un mejor entendimiento regional de los derechos humanos, lo cual debe ser la base para la construcción de un *Jus Constitutionale Commune* para América Latina que busque preservar y proteger la dignidad humana en un mundo cambiante, interdependiente y plural¹²⁵.

V. CONCLUSIÓN

El artículo 2 de la Convención Americana, interpretado a la luz del principio de subsidiariedad, es la base para sustentar la validez del control de convencionalidad como una “medida de otro carácter” para incrementar la efectividad del *Corpus Juris Interamericano* a nivel nacional. Sin embargo, la legitimidad del control de convencionalidad se encuentra en normas externas al contenido del artículo 2, pues este artículo no establece medidas específicas que deben ser llevadas a cabo por los Estados para garantizar la efectividad de la Convención Americana a nivel nacional. Las normas externas al artículo 2, pero internas a la Convención Americana, que justifican la creación del control de convencionalidad, se encuentran en los artículos 25, 29 y 1.1 de la Convención Americana. El control de convencionalidad también se sustenta en los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena, en la legitimidad que deriva del –cada vez mayor– reconocimiento que el derecho constitucional latinoamericano le otorga al *Corpus Juris Interamericano* como derecho nacional, y el cada vez más importante rol que el Poder Judicial juega como principal garante de los derechos humanos.

Entender al control de convencionalidad a la luz del principio de subsidiariedad tiene importantes consecuencias normativas, pues permite distinguir dos manifestaciones de esta doctrina: como una obligación derivada de una sentencia, y como una obligación de aplicación general para todos los Estados parte de la Convención Americana. En la primera hipótesis, el control de convencionalidad

¹²⁴ Cfr. GÓNGORA (2013), p. 586.

¹²⁵ Cfr. CAROZZA (2002-2003), p. 1084.

constituye una obligación para las autoridades nacionales de reparar las consecuencias de la aplicación de una norma que ha sido declarada inconvencional por la Corte Interamericana en un caso concreto, y de evitar su aplicación en casos futuros. En la segunda hipótesis, el control de convencionalidad es concebido como una parte integral del artículo 2, lo que constituye un desarrollo normativo de las obligaciones generales de los Estados. Esta distinción tiene consecuencias normativas de enorme trascendencia. En la primera hipótesis el control de convencionalidad debe ejercerse por las autoridades nacionales sin importar la existencia de normas nacionales en contrario, pues los Estados no pueden invocar el derecho nacional como una justificación para el incumplimiento de sus obligaciones derivadas de una sentencia. En la segunda hipótesis, el control de convencionalidad está íntimamente conectado con las reglas y principios del derecho nacional, pues el artículo 2 de la Convención –y, en general, la Convención Americana y el DIDH– reconoce importantes espacios de libertad a los Estados para definir cómo implementar los derechos humanos a nivel nacional.

VI. BIBLIOGRAFÍA

A. Libros

- AREND, Anthony Clark (1999): *Legal Rules and International Society* (Estados Unidos de América, Oxford University Press).
- BREWER CARIAS, Allan (2009): *Constitutional Protection of Human Rights in Latin-America. A Comparative Study of Amparo Proceedings* (Nueva York, Cambridge University Press).
- BUERGENTHAL, Thomas (1992): *Self-executing and Non self-executing Treaties in National and International Law* (Boston, Martinus Nijhoff Publishers).
- BURGORGUE LARSEN, Laurence, y ÚBEDA DE TORRES, Amaya (2011), *The Inter-American Court of Human Rights. Case Law and Commentary* (Nueva York, Oxford University Press).
- CANÇADO TRINDADE, A.A. (2001): *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI* (Chile, Editorial Jurídica de Chile).
- CANÇADO TRINDADE, A.A. (2015): *Os Tribunais Internacionais e a Realizacao da Justica* (Brasil, Renovar).
- CASSESE, Antonio (2005): *International Law* (Reino Unido, Oxford University Press).
- DUNOFF, Jeffrey L., RATNER, Steven R., y WIPPMAN, David (2010): *International Law. Norms, Actors, Process* (Estados Unidos de América, 2010).

- FERRER MACGREGOR, Eduardo (2013): *Panorámica del Derecho procesal constitucional y convencional* (México, Marcial Pons).
- GLENDON, Mary Ann (2001): *A World Made New. Eleanor Roosevelt and the Universal Declaration of Human Rights* (New York, Random House).
- SHAW, Malcolm (2003): *International Law* (5ª Edición, Reino Unido, Cambridge University Press).
- SHELTON, Dinah (Ed.) (2013): *The Oxford Handbook on International Human Rights Law* (Estados Unidos de América, Oxford University Press).

B. Artículos académicos y capítulos de libros

- ARRIGHI JEAN, Michael: “The Prohibition of the Use of Force and Non-intervention: Ambition and Practice in the OAS Region”, en Weller, Marc (Ed.) (2015): *The Oxford Handbook of the Use of Force in International Law* (Reino Unido, Oxford University Press).
- BESSON, Samantha (2016): “Subsidiarity in International Human Rights Law- What is Subsidiary About Human Rights”, *The American Journal of Jurisprudence* (Vol. 61, N° 1).
- BINDER, Cristina (2011): “The Prohibition of Amnesties by the Inter-American Court of Human Rights”, *German Law Journal* (12).
- BURGORGUE-LARSEN, Laurence: “Chronicle of a Fashionable Theory in Latin America. Decoding the Doctrinal Discourse on Conventionality Control”, en Haeck, Yves, Ruiz Chiriboga, Oswaldo, y Clara Burbano-Herrera (Eds.) (2015): *The Inter-American Court of Human Rights: Theory and Practice, Present and Future* (Reino Unido, Intersentia).
- CAROZZA, Paolo (2002-2003): “‘My friend is a stranger’: The Death Penalty and the Global Ius Commune of Human Rights”, *Texas Law Review* (Vol. 81).
- CAROZZA, Paolo (2003): “Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Law”, *American Journal of International Law* (97).
- CAROZZA, Paolo (2016): “The Problematic Applicability of Subsidiarity to International Law and Institutions”, *The American Journal of Jurisprudence* (Vol. 61, N° 1).
- CONTRERAS, Pablo (2014): “Control de Convencionalidad, Deferencia Internacional y Discreción Nacional en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Revista Ius et Praxis*, (vol. 20, N° 2).
- CREMA, Luigi (2013): “Are Amnesties Still an Option? A Non-Policy Based Critique of the Inter-American Approach”, *Center for Civil and Human Rights* (Notre Dame University, Working Paper # 6).

- DULITZKY, Ariel (2015): “An Inter-American Constitutional Court? The Invention of Conventionality Control by the Inter-American Court of Human Rights”, en *Texas International Law Journal* (Vol. 50).
- ESTRADA ADÁN, Guillermo Enrique (2013): “Una visión al control de convencionalidad desde el derecho internacional”, en Castañeda Rivas, María Leoba, *Homenaje al Maestro Edmundo Elías Musi* (Porrúa, 2013).
- FERRER MACGREGOR, Eduardo (2012): “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma del juez mexicano”, en Carbonell, Miguel, y Salazar, Pedro, *La reforma constitucional de derechos humanos. Un nuevo paradigma* (México, Porrúa).
- FERRER MACGREGOR, Eduardo (2014): “Control de convencionalidad (sede interna), en Ferrer MacGregor, E., Martínez Ramírez, F., y Figueroa Mejía, G., *Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional*, Vol. I (México, Poder Judicial de la Federación, Consejo de la Judicatura Federal, Universidad Nacional Autónoma de México, e Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM).
- FINNIS, John (2016): “Subsidiarity’s Roots and History: Some Observations”, *The American Journal of Jurisprudence* (Vol. 61, N° 1).
- FINNIS, John (2011): “Limited Government”, en *Human Rights & Common Good. Collected Essays: Volume III*, Oxford University Press.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor (2004): “El derecho internacional de los derechos humanos en las Constituciones latinoamericanas y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Revista Latinoamericana de Derecho* (Año 1, N° 1).
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio (2011): “El control judicial interno de convencionalidad”, en *IUS Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla* (Año 5, N° 28).
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio (2015): “The Relationship Between Inter-American Jurisdiction and States (National Systems): Some Pertinent Questions”, *Notre Dame Journal of International and Comparative Law* (Vol. 1, Iss. 1, artículo 2).
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio (2003): *El Futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*, en Ferrer MacGregor, Eduardo, *Derecho Procesal Constitucional*, Tomo II, Cuarta Edición, Porrúa, México.
- GARCÍA ROCA, Javier (2014), “Margen de apreciación nacional”, en Ferrer MacGregor, Eduardo, Martínez Ramírez, Fabiola, y Figueroa Mejía, Giovanni A. (Coords.), *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional. Tomo II*, Poder Judicial de la Federación, Consejo de la Judicatura Federal, IIJ-UNAM.

- GARCÍA-SAYÁN, Diego (2005): “Una Viva Interacción: Corte Interamericana y Tribunales Internos”, en *Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un cuarto de siglo: 1979-2004* (San José, Corte Interamericana de Derechos Humanos).
- GÓNGORA MENA, Manuel Eduardo (2013): “Diálogo Policéntrico”, en Ferrer MacGregor, E., Martínez Ramírez, F., y Figueroa Mejía, G., *Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional*, Vol. I (México, Poder Judicial de la Federación, Consejo de la Judicatura Federal, Universidad Nacional Autónoma de México, e Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM).
- GONZÁLEZ DOMÍNGUEZ, Pablo (2017): “Reconfiguración de la relación entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho nacional sobre la base del principio de subsidiariedad”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XVII.
- GROTIUS, Hugo, “Prolegomena”, en Beck, R.J., Arend, A.C., Vander Lugt, R.D. (Eds.) (1996): *International Rules* (Estados Unidos de América, Oxford University Press).
- HITTERS, Juan Carlos (2009): “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación (criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)”, *Estudios Constitucionales* (Año 7, N° 2).
- JULIO ESTRADA, A. (2015): Comentario al artículo “Control de convencionalidad interamericano: una mera aplicación del derecho internacional”, de Karlos A. Castilla Juárez. *Revista Derecho del Estado* N° 34, Universidad Externado de Colombia, enero-junio.
- LONDOÑO LÁZARO, María Margarita (2010): “El principio de legalidad y el control de convencionalidad de las leyes: confluencias y perspectivas en el pensamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* (N° 128).
- MALARINO, Ezequiel (2010): “Acerca de la pretendida obligatoriedad de la jurisprudencia de los órganos interamericanos de protección a los derechos humanos para los tribunales judiciales nacionales”, en *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional* (México, KAS).
- MALARINO, Ezequiel (2012): “Judicial Activism, Punitivism, and Surpanationalisation: Illiberal Tendencies of the Inter-American Court of Human Rights”, *International Criminal Law Review* (12).
- SAGÜÉS, Néstor Pedro (2009): “El ‘control de convencionalidad’, en particular sobre las constituciones nacionales”, *La Ley* (Año LXXIII, N° 35).

- SAGÜÉS, Néstor Pedro (2010): “Obligaciones internacionales y control de convencionalidad”, *Estudios Constitucionales* (Año 8, N° 1).
- SCHAUS, Annemie (2012): “Article 27”, en Corten, Olivier y Klein, Pierre, *The Vienna Convention on the Law of Treaties. A Commentary* (New York, Springer).
- UPRIMNY, Rodrigo (2010-2011): “The Recent Transformation of Constitutional Law in Latin America: Trends and Challenges”, en *Texas Law Review* (89).

C. Jurisprudencia internacional

- Corte IDH. *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A N° 16.
- Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C N° 154.
- Corte IDH. *Caso Boyce y otros vs. Barbados. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C N° 169.
- Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C N° 220.
- Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C N° 221.
- Corte IDH. *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C N° 186.
- Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C N° 209.
- Corte IDH. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C N° 158.
- Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C N° 221.
- Corte IDH. *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C N° 73.
- Corte IDH. *Caso Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C N° 157.

- Corte IDH. *Caso Andrade Salmón vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de diciembre de 2016. Serie C N° 330.
- Corte IDH. *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C N° 239.
- Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C N° 214.
- Corte IDH. *Caso Godínez Cruz vs. Honduras. Excepciones Preliminares*. Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C N° 3.
- Corte IDH. *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de septiembre de 2010. Serie C N° 217.
- Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C N° 162.
- Corte IDH. *Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 30 de noviembre de 2012. Serie C N° 259.
- Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Fondo*. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C N° 4.
- Corte IDH. *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A N° 21.
- Corte IDH. *Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el sistema interamericano de derechos humanos (Interpretación y alcance del artículo 1.2, en relación con los artículos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46, y 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del artículo 8.1 A y B del Protocolo de San Salvador)*. Opinión Consultiva OC-22/16 de 26 de febrero de 2016. Serie A N° 22.
- Request for Interpretation of the Judgment of 31 March in the Case concerning Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, Judgment, 2009, I.C.J. (January 19).

D. Votos Concurrentes

- Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C N° 220. Voto Concurrente del Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor.
- Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 20 de marzo de 2013. Voto Concurrente del Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot.

- Corte IDH. *Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 30 de enero de 2014, Serie C N° 276. Voto Concurrente del Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor.
- Corte IDH. *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C N° 101, Opinión Concurrente del Juez Sergio García Ramírez.
- Corte IDH. *Caso Tibi vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C N° 114, Voto Concurrente del Juez Sergio García Ramírez.
- Corte IDH. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C N° 158. Voto Concurrente del Juez Sergio García Ramírez.
- Corte IDH. *Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta* (arts. 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-7/86 de 29 de agosto de 1986. Serie A N° 7. Opinión Separada del Juez Rodolfo E. Piza Escalante.

E. Otros documentos

- Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos*, San José, Costa Rica, 7-22 de noviembre de 1969.
- González Domínguez, Pablo (2014): *Informe sobre la implementación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: la doctrina del control de convencionalidad* (Centro de Estudio de Justicia de las Américas, Chile).
- González Domínguez, Pablo (2016): *The Doctrine of Conventionality Control. An Innovative Doctrine in the Inter-American System of Human Rights*, J.S.D. Dissertation, University of Notre Dame.
- Medellín Urquiaga, Ximena (2013): *Reforma DH. Metodología para la enseñanza de la reforma constitucional en materia de derechos humanos. Principio pro persona* (CDHDF, CIAD, SCJN, Organización de las Naciones Unidas).
- Report of the Study Group of the ILC on Fragmentation of International Law: difficulties arising from the diversification and expansion of International Law*, Doc. N° A/CN.4/L.682 (abril 13, 2006).
- Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, YILC, 2001, vol. II (parte II). *Sixth Report on State Responsibility by Mr. Roberto Argo, Special Rapporteur – the internationally wrongful act of the State, source of international responsibility*, YICL, 1977, vol. II.