

LA RELACIÓN ENTRE EL DERECHO NACIONAL Y EL DERECHO CONVENCIONAL COMO BASE DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

RELATIONSHIP BETWEEN INTERNATIONAL AND DOMESTIC LAW AS FOUNDATION OF CONVENTIONALITY CONTROL

LUIS CASTILLO CÓRDOVA*
Universidad de Piura
luis.castillo@udep.pe

RESUMEN: La Corte Interamericana de Derechos Humanos intenta conseguir un mayor cumplimiento del derecho convencional a través de la extensión a todos los órganos nacionales, de la atribución del control de convencionalidad sobre el derecho interno, y a través de la primacía del derecho convencional sobre el nacional. Este proceder de la Corte es consecuencia de una incorrecta manera de entender la relación entre el derecho nacional y el convencional sobre derechos humanos. En este estudio, se propone un modo distinto de entender tal relación para dar respuesta a las cuestiones en torno al control de convencionalidad, en particular, la referida a su titularidad y a la solución de las antinomias que puedan originarse entre el derecho convencional y el derecho interno. De este modo, se promueve un ejercicio razonable de la atribución y la generación de un diálogo útil entre la jurisdicción nacional y la convencional.

ABSTRACT: Inter-American Court of Human Rights tries to get a better fulfilment of conventional law granting national bodies the faculty to apply conventional over domestic law. Such a doctrine is the consequence of a wrongful way to understand the relationship among national and conventional human rights law. This paper proposes a different way to understand such a liaison to solve the questions related to conventionality control, particularly the problem referred to who can do this control, and the answer to possible antinomy created between national and conventional law. It promotes a reasonable exercise of the conventional control attribution and the establishment of a positive dialogue between national and conventional jurisdiction.

PALABRAS CLAVE: Derecho convencional, validez jurídica, control de convencionalidad, normas constitucionales inconstitucionales, control de constitucionalidad.

KEY WORDS: Conventional Law, legal validity, control of conventionality, unconstitutional constitutional norms, control of constitutionality.

* Profesor ordinario principal en la Facultad de derecho de la Universidad de Piura (Perú), en las asignaturas de Derecho Constitucional, Derecho Procesal Constitucional y Argumentación Jurídica. Doctor en derecho por la Universidad de La Coruña (España).

I. INTRODUCCIÓN

El llamado control de convencionalidad como instrumento de verificación del ajustamiento de las decisiones de los Estados al derecho convencional al que se han vinculado, inevitablemente se sostiene sobre la relación entre el derecho nacional, particularmente el de rango constitucional, y el derecho internacional, particularmente el derecho convencional sobre derechos humanos. Según cómo se defina una tal relación, se definirá también un tal control, y se solucionarán las distintas cuestiones que en torno a él puedan ser formuladas.

En las páginas siguientes, se justificará un modo singular de entender la relación entre el derecho constitucional y el derecho convencional, ambos sobre derechos humanos, a partir del cual se pueda generar mayores grados de corrección en las respuestas que se brinden a las cuestiones teóricas y prácticas que el control de convencionalidad pueda plantear. En particular, aquí serán atendidas dos de esas cuestiones. La primera está relacionada con la titularidad del control de convencionalidad para preguntarse si un tal control puede ser ejercido no solo por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH), sino también por los órganos nacionales. La segunda cuestión, por su parte, está referida al contenido del control de convencionalidad, para indagar si efectivamente la solución a toda controversia relacionada con los derechos humanos se debe construir sobre una prevalencia del derecho convencional sobre el nacional.

Este estudio se inicia con el análisis de los dos extremos de la relación jurídica que sostiene el control de convencionalidad: el derecho constitucional de los derechos humanos y el derecho convencional de los derechos humanos. Un tal análisis permitirá inmediatamente después, dar cuenta del principal elemento del contenido de tal relación: el derecho constitucional adscripto de origen convencional. Este elemento será la pieza decisiva para justificar la solución que se propondrá a las dos anunciadas cuestiones, y al significado del exigido diálogo entre la Corte IDH y los Tribunales nacionales.

II. EL DERECHO CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

De los sistemas universales y regionales de protección de la Persona y sus derechos humanos, en particular del sistema interamericano que es el que aquí nos interesa referir, debe ser reconocido el carácter subsidiario, tanto respecto

del derecho, como de la jurisdicción convencional¹, para afirmar que al Estado le corresponde el papel de “principal garante de los derechos humanos de las personas”². En los sistemas internos, el nivel constitucional se sostiene directa y fuertemente, aunque no exclusivamente, en la Constitución. Las Constituciones del Estado constitucional de derecho reconocen el valor supremo de las personas para, inmediatamente, reconocer los derechos humanos y regularlos básicamente. Las disposiciones y normas de la Constitución destinadas a este propósito como “conjunto de principios de justicia material”³, conforman el *contenido material* de la Constitución⁴. Junto a ellas, están las disposiciones y normas que regulan los poderes públicos y conforman el *contenido orgánico* de la Constitución.

1. Las normas constitucionales directamente estatuidas

Con base en la diferenciación entre disposición y norma⁵, aquí interesa referir a la norma, aunque sin olvidar que cuando se haga referencia a ella, deberá considerarse implícitamente referida también la disposición correspondiente. Las normas constitucionales pueden ser diferenciadas según criterios distintos⁶, uno de ellos es el órgano que las estatuye, lo que permite diferenciar la norma constitucional directamente estatuida, de la norma constitucional adscripta a la directamente estatuida.

Aquellas normas de la Constitución respecto de las cuales puede ser sostenido que son la voluntad del Constituyente, se les denominará aquí “normas constitucionales directamente estatuidas”. Este concepto y denominación se aproximan a las “normas de derecho fundamental” de Alexy, las cuales define como “aquellas que son expresadas directamente por los enunciados de la LF

¹ GARCÍA RAMÍREZ (2011), p. 147.

² 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 2009, párrafo 66.

Artículo recibido el 14 de junio de 2019 y aprobado el viernes 15 de noviembre de 2019.

³ ZAGREBELSKY (2007), p. 93.

⁴ CRUZ (2005), p. 101.

⁵ GUASTINI (2011), pp. 133-156.

⁶ CASTILLO (2017), pp. 36-59.

(disposiciones de derecho fundamental)”⁷. En su formulación debe tomarse en cuenta que, a través de disposiciones distintas, el Constituyente manifiesta una única gran voluntad, lo que reclama que la Constitución “jamás sea interpretada por pedazos (...) sino que sea interpretada siempre por ‘entero’”⁸, considerando los enunciados lingüísticos que componen las disposiciones constitucionales como realidades interrelacionadas⁹.

Esta advertencia tiene decisivas consecuencias para la interpretación de la Constitución. Ahora conviene hacer referencia a una de ellas: a la hora de interpretar las disposiciones de la Constitución y formular las normas constitucionales directamente estatuidas, sirve “una referencia al texto” de la Constitución¹⁰, sirve el “significado literal” de las disposiciones¹¹, pero no es suficiente, sino que es necesario construir la norma sin olvidar que “la determinación constitucional particular está en conexión de sentido con el resto de los preceptos de la Constitución, los cuales forman una unidad interna”¹². Las normas constitucionales directamente estatuidas provienen de una interpretación literal de las disposiciones de la Constitución, pero no de una interpretación aislada sino sistemática. O, dicho de otro modo, “la interpretación de la Constitución debe estar orientada a considerarla como un ‘todo’ armónico y sistemático”¹³.

Cuando el operador jurídico interpreta las disposiciones constitucionales para formular la norma constitucional directamente estatuida, no añade nada a la voluntad declarada del Constituyente a lo largo de todas las disposiciones constitucionales, simplemente saca a la luz una tal voluntad. Consecuentemente, la interpretación constitucional destinada a formular las normas constitucionales directamente estatuidas desde una consideración unitaria de la Constitución, no tiene carácter creativo sino declarativo, pues se limita a mostrar una voluntad preexistente¹⁴.

⁷ ALEXY (1993), p. 66.

⁸ ZAGREBELSKY y MARCENÒ (2018), p. 183.

⁹ Cfr. HESSE (1983), p. 47.

¹⁰ Cfr. ALEXY (1993), p. 73.

¹¹ Cfr. BERNAL (2007), p. 115.

¹² *BVERFGE* 1, 14(32). Sentencia de 23 de octubre de 1951.

¹³ Exp. N° 05854-2005-AA/TC, fundamento 12a.

¹⁴ En sentido contrario cfr. ZAGREBELSKY y MARCENÒ (2018), p. 190.

2. LAS NORMAS CONSTITUCIONALES ADSCRIPTAS DE ORIGEN NACIONAL

A. Definición

Junto a las normas constitucionales directamente estatuidas por el Constituyente existen las normas constitucionales adscriptas¹⁵, las cuales pueden ser de origen nacional o de origen convencional. Ahora interesan las primeras¹⁶. En todo sistema constitucional existen órganos que interpretan vinculantemente la Constitución cuando, en ejercicio de la función pública asignada, deben adoptar una decisión en el marco de la Constitución. Estas interpretaciones tienen naturaleza normativa por las siguientes dos razones. Primera, porque se trata de interpretaciones que, al ser realizadas en el ejercicio de una función pública, son vinculantes, y la vinculatoriedad es un elemento que hace a la normatividad, al punto que “el hecho de que las normas adscriptas concretadas (...) sean vinculantes para sus destinatarios, es sin embargo el factor que con mayor fuerza determina su carácter de normas”¹⁷. La segunda razón es que tales interpretaciones son concreciones de normas constitucionales directamente estatuidas, y toda concreción comparte la naturaleza jurídica del objeto concretado, así, si ésta es norma, aquella necesariamente tiene condición de norma. Esta segunda razón bien puede asemejarse a la “relación de precisión” y a la “relación de fundamentación”, a las que se refiere Alexy a la hora de justificar las normas constitucionales adscriptas de derecho fundamental¹⁸.

La concreción puede ser directa o sucesiva. Cuando es directa, la interpretación decide un elemento necesario para la operatividad de la norma constitucional directamente estatuida; si decide un elemento solo complementario, la concreción es indirecta o sucesiva. Solo de las primeras es posible reconocer un desarrollo constitucional que conforme el contenido constitucional del derecho fundamental o de la categoría jurídica reconocida o creada por el Constituyente. Cuando la concreción producida por una interpretación vinculante es directa, la norma así creada existirá adherida a la norma constitucional directamente estatuida que concreta y, como ella, tendrá alcance general e irremediamente

¹⁵ ALEXY (1993), pp. 66 y siguientes.

¹⁶ Las otras serán analizadas en el apartado IV.

¹⁷ BERNAL PULIDO (2007), p. 127.

¹⁸ Cfr. ALEXY (1993), pp. 69-70.

compartirá su rango constitucional¹⁹. Esto justifica llamarlas normas constitucionales adscriptas. A este nombre se le añadirá la expresión de *origen nacional* porque las interpretaciones vinculantes que las producen son realizadas por órganos públicos nacionales.

Las normas constitucionales adscriptas de origen nacional, por tanto, pueden ser definidas como el conjunto de interpretaciones vinculantes que formulan los órganos constitucionales en el ejercicio de la función pública asignada, a través de las cuales concretan de modo directo una norma constitucional directamente estatuida, y a las cuales se pegan para existir adscriptas a ellas. Estas normas son verdaderas creaciones normativas, y no simples reconocimientos normativos ya decididos *prima facie* por el Constituyente²⁰. No son creaciones que partan de cero, desde luego, sino creaciones normativas que concretan la preexistente y declarada voluntad del Constituyente²¹.

B. Los órganos productores

Si bien todos estamos en condiciones de interpretar la Constitución²², solo pueden hacerlo vinculantemente aquellos órganos a los que el Constituyente les ha atribuido función pública. De entre estos, hay que diferenciar los que tienen por encargo desarrollar la Constitución, de los que deben controlar la constitucionalidad de las decisiones públicas y privadas. Normalmente el Constituyente ha encargado la labor de desarrollo directo de los preceptos constitucionales al Parlamento a través de la ley, y al Ejecutivo a través de decretos legislativos o similar. Éstas serán leyes de desarrollo constitucional que reclaman el reconocimiento no solo de valor constitucional, sino también del consecuente rango constitucional, es decir, reclaman que se les reconozca como normas constitucionales adscriptas.

Por otro lado, existen órganos que han recibido del Constituyente el encargo de controlar la constitucionalidad de toda decisión, incluidas las legislativas de desarrollo constitucional. Quienes sean estos controladores dependerá de la

¹⁹ CASTILLO (2018), pp. 38-45.

²⁰ En contra BERNAL (2007), pp. 120-121.

²¹ Este modo de entender las cosas es compatible con la Constitución definida como un orden marco a la vez que un orden fundamental en sentido cualitativo. Cfr. ALEXYS (2003), pp. 54-56.

²² Cfr. HÄBERLE (2003), pp. 149-162.

decisión del Constituyente, aunque normalmente es el Tribunal Constitucional y/o los jueces del Poder judicial, más estrictamente la Corte Suprema como órgano de cierre. Los controladores de la constitucionalidad también están en condiciones de crear derecho constitucional adscripto cuando interpretan vinculantemente a la Constitución a la hora de llevar a cabo el control constitucional encargado.

3. La validez de las normas constitucionales

Tanto las normas constitucionales directamente estatuidas como las adscriptas, permiten ser clasificadas según su validez. La validez podrá ser examinada desde criterios formales y materiales. Aunque haya discusión de cuáles exigencias formales deben cumplirse para reconocer existencia a una norma²³, es razonable sostener que deben cumplir las exigencias relacionadas con la competencia del órgano productor y con el proceso productivo, que permitan reconocerle *apariencia* de disposición normativa al producto final. Aquí se asumirá, no se discutirá, la validez formal tanto de las normas constitucionales directamente estatuidas, como de las normas a ellas adscriptas.

Siendo ellas formalmente constitucionales, sin embargo, pueden ser materialmente inconstitucionales. La validez material de las normas constitucionales directamente estatuidas, tiene que ver con el cumplimiento de las exigencias de justicia que representan los derechos humanos. La afirmación según la cual “no tiene sentido predicar la validez o invalidez de la constitución”²⁴, solo podrá ser sostenida desde una concepción formal de la Constitución que la concibe como norma que regula la producción de las demás normas; no podrá ser sostenida desde una concepción también material de la Constitución como norma que reconoce, no crea, los derechos humanos, desde que éstos “no son obra del poder constituyente, sino aceptación explícita por parte de éste de los límites que el Derecho le impone”²⁵.

Las normas constitucionales directamente estatuidas podrán ser (materialmente) inconstitucionales de dos maneras: cuando sean contrarias, o a la constitucionalizada posición jurídica de la Persona (dignidad humana), o a las

²³ Para una síntesis de la misma Cfr. ACCATINO (2000), pp. 36-41.

²⁴ GUASTINI (2019), p. 88.

²⁵ RUBIO (1995), p. XVIII.

exigencias de justicia que representan los constitucionalizados derechos humanos entendidos como bienes humanos debidos a la persona por ser lo que es y valer lo que vale²⁶. Serán de la primera manera cuando el Constituyente decide negar la consideración de fin supremo de la Persona, al negar por completo un bien humano que le es debido. Este tipo de inconstitucionalidades se darían con enunciados lingüísticos tales como “Nadie tiene derecho a la intimidad”, o “Nadie tiene derecho a la igualdad”. Son supuestos posibles, pero extremadamente improbables de cuya inexistencia depende que hoy la Constitución sea reconocida como tal.

Serán inconstitucionales de la segunda manera cuando el Constituyente concreta un derecho humano reconocido en una norma constitucional directamente estatuida, pero al hacerlo niega su contenido esencial. Si, por ejemplo, el Constituyente ha reconocido el contenido esencial del derecho humano a la igualdad en estos términos, “Todos tienen derecho a la igualdad”, y a la vez ha decidido que “El hijo varón heredará la Corona del Reino y no la hija mujer”, la decisión de diferenciar por el sexo a la hora de heredar es materialmente inconstitucional porque niega el constitucionalizado contenido esencial del derecho a la igualdad al disponer un trato diferenciado injustificado.

Las normas constitucionales adscriptas también pueden ser materialmente inconstitucionales por contradecir a una norma constitucional directamente estatuida tanto de la parte dogmática, como de la parte orgánica de la Constitución. Primero, porque los órganos que las producen son órganos constituidos, es decir, están limitados por las normas constitucionales directamente estatuidas; y, segundo, porque la norma constitucional adscripta es una concreción de la norma constitucional directamente estatuida, y la concreción tiene dos modos lógicos de existir: ajustada o desajustadamente al objeto a concretar. Si la concreción –la norma constitucional adscripta– se ajusta al objeto concretado –la norma constitucional directamente estatuida–, estaremos ante una norma formal y materialmente constitucional; si, por el contrario, la concreción se desajusta, estaremos ante una norma formalmente constitucional y materialmente inconstitucional.

Podría ser dicho tanto de las normas constitucionales directamente estatuidas como de las normas constitucionales adscriptas que incurren en la descrita inconstitucionalidad, que son supuestos de norma (formalmente) constitucional

²⁶ Cfr. CASTILLO (2012), p. 815.

(pero materialmente) inconstitucional. La categoría normas constitucionales inconstitucionales no es nueva²⁷, pero aquí se ha mostrado con una operatividad redimensionada²⁸.

4. *La defensa del derecho constitucional sobre derechos humanos*

La Constitución del Estado constitucional es toda ella vinculante: todos sus contenidos obligan de modo efectivo a sus destinatarios. Para que esta obligación se cumpla, no es suficiente con que el Constituyente declare la vinculatoriedad de la Constitución, sino que es necesario asegurarse que toda ella es efectivamente cumplida por todos sus destinatarios. En este marco, aparece el control de constitucionalidad como una manera de defender a la Constitución “contra ulteriores falseamientos”²⁹ que provengan de decisiones, públicas o privadas. Quién sea el controlador y cuáles sus competencias, es una decisión que corresponde exclusivamente al Constituyente nacional. No obstante, algunos elementos pueden ser reconocidos de modo general.

Lo primero es reconocer que quien se encargue del control constitucional, deberá ser titular de una serie de atribuciones que en su conjunto representen una suerte de *energía correctora*³⁰ para neutralizar los excesos, públicos o privados, que contradigan los mandatos constitucionales. Sin una tal energía, no será posible llevar a cabo la neutralización del exceso, y no será posible reconocer a un órgano como controlador de la constitucionalidad.

Asimismo, en segundo lugar, de cara a su efectividad, el control constitucional parece más recomendable encargarlo no a órganos políticos, sino a órganos jurisdiccionales. Existen sistemas en los que el control se ha encargado a los jueces del Poder Judicial; otros en los que se ha creado un órgano especial con jurisdicción para llevar a cabo el control, normalmente con el nombre de Tribunal Constitucional; y otros sistemas en los que se hace recaer el control tanto en los jueces como en el Tribunal Constitucional³¹.

²⁷ BACHOF (2008), pp. 65 y siguientes.

²⁸ CASTILLO (2015), pp. 1233-1255.

²⁹ PEREIRA (2011), p. 388.

³⁰ CASTILLO (2016), p. 116.

³¹ Cfr. HAKANSSON (2012), pp. 375-378.

En tercer lugar, y con base en lo que hasta aquí se ha dicho, el control constitucional que lleve a cabo el controlador, debe empezar desde la Constitución misma. Si se reconoce la existencia de normas constitucionales directamente estatuidas materialmente inconstitucionales, entonces, el control debe iniciarse desde ellas. En este punto el control está destinado a identificar normas de la Constitución que sean contrarias al contenido esencial de los derechos humanos constitucionalizados. El controlador, de encontrar una norma así, no podrá dejarla sin efecto con alcance general porque hacerlo solo le compete al poder de reforma constitucional, únicamente podrá inaplicarla a la hora de resolver un determinado problema jurídico. El control de validez constitucional abarcará también al derecho constitucional adscripto y al derecho infraconstitucional.

III. EL DERECHO CONVENCIONAL SOBRE DERECHOS HUMANOS

Corresponde ahora estudiar el otro elemento de la relación: el derecho convencional sobre derechos humanos. Lo que a continuación será justificado es aplicable tanto al sistema universal como a todos los sistemas regionales de protección de la Persona y sus derechos humanos, aunque la referencia expresa se hará al sistema interamericano. Dos elementos son esenciales en su configuración: uno es la Convención americana sobre derechos humanos (en adelante CADH), y los protocolos adicionales y demás tratados regionales³²; y el otro es la Corte IDH; todos ellos conformando el llamado *corpus juris* interamericano³³.

1. Normas convencionales directamente estatuidas y las normas convencionales adscriptas

La antes mostrada diferenciación entre normas constitucionales directamente estatuidas y normas constitucionales adscriptas, puede también ser aplicada al derecho convencional. Así, serán normas convencionales directamente estatuidas aquellas que brotan desde una interpretación literal y sistemática de las disposiciones de los Tratados internacionales, por lo que de ellas puede ser dicho que contienen la voluntad del *Legislador convencional*. Aquí interesa

³² BAZÁN (2012), p. 31.

³³ Véase la evolución y dificultades de este concepto en CONTRERAS (2017), pp. 145-154.

referir a las normas convencionales directamente estatuidas desde la CADH y sus protocolos complementarios³⁴.

Serán normas convencionales adscriptas a las normas convencionales directamente estatuidas, aquellas interpretaciones vinculantes que de la CADH formula el órgano al que se le ha atribuido la competencia para concretarla vinculantemente. Estas interpretaciones convencionales han de ser tenidas como normas, por las dos razones ya mostradas anteriormente para las normas constitucionales adscriptas³⁵: primera, por tratarse de una interpretación vinculante; y segunda, por el carácter normativo del objeto a concretar. Estas interpretaciones directas y no sucesivas de las normas convencionales directamente estatuidas, dan lugar a normas que existen adheridas a éstas y que, como ellas, tienen naturaleza convencional y vinculan con efectos generales. Por esa razón han de ser tenidas como normas convencionales adscriptas, que vinculan a todos los obligados por la norma convencional directamente estatuida, y no solo al Estado parte involucrado en una sentencia o en una opinión consultiva; de modo que la vinculación a las interpretaciones de las disposiciones convencionales que formule la Corte IDH, no se debe solamente al acto soberano de los Estados de vincularse a la CADH³⁶, sino también, y acaso principalmente, a la naturaleza normativa de tales interpretaciones.

Quién sea intérprete vinculante de la CADH, dependerá de lo que haya decidido el *Legislador convencional*. Éste ha establecido, en el sistema interamericano, que la Corte IDH tiene “la competencia (...) sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención” (artículo 62 CADH). Esta competencia la tiene atribuida en los casos contenciosos y no contenciosos. Respecto de los primeros, utiliza esta competencia para “decid[ir] que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención” (artículo 63.1 CADH)”, así, su sentencia “no se limita en su efecto vinculante a la parte dispositiva del fallo, sino que incluye todos los fundamentos, motivaciones, alcances y efectos del mismo, de modo que aquella es vinculante en

³⁴ En adelante con la expresión CADH se estará haciendo referencia también a los demás Protocolos que conforman el sistema interamericano de derechos humanos.

³⁵ Cfr. Apartado II.2.A.

³⁶ GARCÍA (2011), p. 138.

su integridad, incluyendo su *ratio decidendi*³⁷; y en los casos no contenciosos, la emplea para resolver las “consulta[s] (...) acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos” (artículo 64.1 CADH), así, porque es vinculante la interpretación que de la CADH presenta la Corte IDH en sus opiniones consultivas, esta Corte IDH ha sostenido que el control de convencionalidad, también se realice “sobre la base de lo que señale [la Corte IDH] en ejercicio de su competencia no contenciosa o consultiva”³⁸. Las distintas resoluciones de la Corte IDH, incluidas las que recogen sus opiniones consultivas, conforman verdaderas fuentes de derecho convencional.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH), ¿es intérprete vinculante de la CADH? En términos generales, la CIDH promueve “la observancia y la defensa de los derechos humanos” (artículo 41 CADH), pero no como órgano de jurisdicción internacional que inicie, tramite y decida en primera instancia un asunto contencioso, decisión que luego pueda ser apelada a la Corte IDH, sino como órgano que recibe denuncias o quejas de violación de derechos humanos, para promover una solución amistosa a través de informes, conclusiones y recomendaciones con “un notorio valor moral, jurídico y político”³⁹, pero que no vinculan al Estado, por lo que no seguirlo no implica una sanción propia de un incumplimiento, ni, desde luego, a la Corte IDH.

La Corte IDH sostuvo que “la Comisión es competente, en los términos de las atribuciones que le confieren los artículos 41 y 42 de la Convención, para calificar cualquier norma del derecho interno de un Estado Parte como violatoria de las obligaciones que éste ha asumido al ratificarla o adherir a ella”⁴⁰, sin embargo, desde esta declaración no puede ser concluido que se le reconoce a la CIDH la capacidad para interpretar vinculantemente a la CADH, porque es una “competencia” en el marco de los artículos 41 y 42 de la CADH, que prevén su actuación preventiva para “promover la observancia y la defensa de los derechos humanos” (artículo 41 CADH). De forma que los Estados pueden no seguir

³⁷ CORTE IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de 20 de marzo de 2013, párrafo 102.

³⁸ CORTE IDH. OC 24/17, de 24 de noviembre de 2017, párrafo 26.

³⁹ HITTERS (2008), p. 136.

⁴⁰ CORTE IDH. OC 13/93, de 16 de julio de 1993, punto 1 de la parte decisoria.

las interpretaciones de la CIDH, que por esa sola circunstancia no incurrirán en inconvencionalidad; de igual manera, en el ejercicio regular de su función contenciosa y consultiva, la Corte IDH puede modificar una interpretación de la CADH hecha por la CIDH. Así, la CIDH no está en condiciones de crear normas convencionales adscriptas.

2. La validez de las normas convencionales

Como toda norma, también la norma convencional –tanto la directamente estatuida como la adscripta–, está sujeta a criterios de validez formal y material. Como se hizo con las normas constitucionales, aquí de igual modo se asumirá la validez formal de las normas convencionales. Las normas convencionales directamente estatuidas, aunque es altamente improbable, pueden ser materialmente inválidas cuando sean contrarias a las exigencias de justicia que representan los derechos humanos, que son reconocidos y no creados por la CADH. Más probable, aunque no será lo ordinario, es que las normas convencionales adscriptas creadas por la Corte IDH, sean materialmente inconvencionales por concretar desajustadamente una válida norma convencional directamente estatuida, tanto de la parte dogmática (Parte I: “Deberes de los Estados y derechos protegidos”), como de la orgánica de la CADH (Parte II: “Medios de protección”). El derecho convencional, directamente estatuido y adscripto, que cumple con las exigencias formales suficientes para serle reconocido existencia, nace al mundo jurídico con la presunción de validez, y vinculará a sus destinatarios hasta que el controlador de la convencionalidad declare la inconvencionalidad formal o material de la norma convencional.

3. La defensa del derecho convencional sobre derechos humanos

El funcionamiento del sistema regional interamericano de protección de derechos humanos depende de la vigencia efectiva de la CADH y de sus protocolos complementarios. No es suficiente con reconocer o declarar su vinculatoriedad a los Estados partes, sino que resulta necesario establecer un sistema de defensa que permita asegurar en la mayor medida de lo posible su pleno cumplimiento. Es en este contexto, como ocurre con la Constitución nacional, que está justificado organizar un sistema de control de la convencionalidad. Quien sea

controlador de la convencionalidad es un asunto que compete exclusivamente al *Legislador convencional*. Sin embargo, con carácter general, algunos elementos pueden ser concluidos.

El control de convencionalidad, como toda modalidad de control jurídico, es un mecanismo destinado a identificar incumplimientos de las normas convencionales, para luego declarar su invalidez jurídica y neutralizar la inconventionalidad generada. Lo decisivo en el control de convencionalidad es la *energía correctora* atribuida al controlador, necesaria para hacer cesar la inconventionalidad producida. Así entendidas las cosas, la llamada “interpretación conforme” al derecho convencional, no forma parte del control de convencionalidad⁴¹, sino que es una etapa previa y necesaria, pero diferente al control mismo, el cual aparece reclamado cuando no es posible una tal interpretación armonizadora.

La operación lógica que reclama el control de convencionalidad es sencilla: el órgano controlador determinará de modo vinculante si el objeto a controlar se ajusta o no al parámetro de control para, si se desajusta, emplear alguna de las atribuciones reconocidas por la *energía correctora* y hacer cesar el desajuste. Así, el control de convencionalidad necesita un parámetro de control, un objeto al cual controlar y un órgano que administre la *energía correctora*.

El parámetro de control está compuesto por “la Convención Americana y [por] otros tratados que le otorguen competencia”⁴², es decir, las normas convencionales directamente estatuidas; y por “la interpretación que de estos ha hecho la Corte Interamericana”⁴³, es decir, las normas convencionales adscriptas. El objeto controlado son las actuaciones estatales, normalmente productos normativos nacionales⁴⁴, en particular la ley⁴⁵ e incluso la misma Constitución nacional⁴⁶. Si se reconoce que las normas convencionales directamente estatuidas pueden ser inconventionales, el control de convencionalidad empieza

⁴¹ En contra cfr. FERRER MAC-GREGOR (2011), p. 581.

⁴² CORTE IDH. *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 1 de septiembre de 2010, párrafo 199.

⁴³ CORTE IDH. *Caso Gudiel Álvarez y otros (“Diario Militar”) vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 noviembre de 2012, párrafo 330.

⁴⁴ Cfr. HERNÁNDEZ (2014), p. 44.

⁴⁵ Cfr. CORTE IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006, párrafo 124.

⁴⁶ Cfr. CORTE IDH. OC 4/84, de 19 de enero de 1984, párrafo 14.

con la norma convencional directamente estatuida, a la que se unen las normas convencionales adscriptas.

En relación al órgano encargado de realizar el control, éste es la Corte IDH, es ella “la que ejerce el control de convencionalidad propiamente tal”⁴⁷, y no la CIDH, porque el *Legislador convencional* ha atribuido a la primera y no a la segunda, la exigida *energía correctora* de inconvencionalidad, y lo ha hecho en los siguientes términos: “[c]uando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada” (artículo 63.1 CADH). Así, el *Legislador Convencional* reconoce a la Corte IDH las siguientes dos atribuciones: primera, la atribución para decidir vinculantemente que hubo violación de un derecho humano protegido por la CADH, es decir, la atribución para declarar vinculantemente que una acción u omisión estatal es contraria a una norma convencional directamente estatuida o adscripta. La segunda atribución se destina a confirmar la convencionalidad o a neutralizar la inconvencionalidad y sus efectos⁴⁸.

Estas atribuciones tienen sentido si se reconoce que la Corte IDH es un órgano limitado por las decisiones del *Legislador convencional* y, por tanto, de naturaleza constituida, cuya actuación tiene validez y legitimidad en la medida que se ajusta al derecho convencional directamente estatuido. Consecuentemente, la posición jurídica de la Corte IDH se compone de los siguientes elementos: es un órgano vinculado a la CADH; es un órgano que tiene la atribución de interpretar vinculantemente a la CADH; y es un órgano que tiene la atribución para declarar vinculantemente la inconvencionalidad de un acto o decisión. De la Corte IDH puede ser dicho que es a la vez vinculada al derecho convencional, intérprete vinculante de las disposiciones convencionales y controladora de la convencionalidad.

Sobre los efectos de la declaración de inconvencionalidad, aquí solo habrá espacio para decir lo siguiente: hasta que el *Legislador convencional* no decida algo distinto, la competencia para realizar control de convencionalidad atribuida

⁴⁷ NASH (2013), p. 491.

⁴⁸ GARCÍA (2011), p. 126.

a la Corte IDH, no alcanza para derogar los productos normativos internos declarados inconventionales, alcanza solamente para declarar la nulidad de la decisión estatal adoptada sobre la base del producto normativo inconvenional. Es el Estado el llamado a promover la activación interna de los mecanismos correspondientes para la derogación o reforma respectiva. Esta advertencia trae consigo una consecuencia necesaria: la inconvenionalidad declarada por la Corte IDH, no tendrá efectos derogatorios sino inaplicativos, para el caso que conoce. Este mismo carácter inaplicativo debe serle reconocido cuando enfrenta el extrañísimo supuesto de una norma convencional directamente estatuida inconvenional. Por el contrario, los efectos son derogatorios si declara inconvenional una norma convencional adscripta por la Corte IDH misma creada en una resolución anterior.

IV. EL INGRESO DEL DERECHO CONVENCIONAL SOBRE DERECHOS HUMANOS AL DERECHO NACIONAL. EL DERECHO CONSTITUCIONAL DE ORIGEN CONVENCIONAL

Una vez descritos los dos extremos de la relación, corresponde indagar cómo interactúan para definir el contenido de la relación entre derecho interno y derecho internacional sobre derechos humanos. Conviene partir de la advertencia de que nada que no forme parte de un ordenamiento jurídico, vinculará a los destinatarios del mismo. Consecuentemente, para que el derecho convencional vincule a los órganos públicos y a los particulares de un Estado, tal derecho convencional debe haber ingresado al sistema jurídico nacional.

Para el ingreso de las normas convencionales directamente estatuidas, es suficiente que el Estado se vincule a la CADH, siguiendo el procedimiento que ella misma prevea y el procedimiento de incorporación que el ordenamiento nacional haya decidido. Una vez firmada, las disposiciones de la CADH, y las normas convencionales directamente estatuidas que de ellas se concluyan, ingresan al sistema jurídico nacional. Pero tales normas no entran solas, adheridas a ellas ingresan también las normas convencionales adscriptas, es decir, las concreciones vinculantes que la Corte IDH ha establecido como intérprete vinculante de la CADH.

Normalmente los sistemas jurídicos nacionales se organizan jerárquicamente en niveles distintos: el constitucional, el legal, y el reglamentario; lo que reclama averiguar a cuál de ellos ingresa el derecho convencional directamente estatuido y el adscrito. La respuesta dependerá de la decisión del Constituyente

nacional⁴⁹, más aún desde que ningún tratado internacional obliga a colocar a los tratados en un determinado nivel normativo interno⁵⁰. Sin embargo, puede ser reconocido que está llamado a ingresar al nivel constitucional. La razón es sencilla: el derecho convencional sobre derechos humanos regula lo mismo que el derecho constitucional sobre derechos humanos. En uno y otro caso se reconoce el derecho humano y se regula su contenido esencial de modo básico. Normalmente las declaraciones de voluntad contenidas en las disposiciones convencionales como en las constitucionales, se limitan a mencionar el nombre del bien humano debido, y a expresar alguna concreción básica de su contenido esencial, en ocasiones, incluso, con las mismas o muy parecidas formulaciones lingüísticas.

El nivel constitucional, como se ha justificado ya, está conformado por el derecho constitucional directamente estatuido y por el derecho constitucional adscripto. ¿A cuál de estos dos campos ingresa el derecho convencional constitucionalizado? Si la norma constitucional directamente estatuida es aquella que recoge la voluntad del Constituyente, entonces, el derecho convencional que ingresa al sistema jurídico nacional no puede ser tenido como derecho constitucional directamente estatuido, solo puede ser considerado como derecho constitucional adscripto. Esto irremediamente ensancha el alcance de la categoría “norma constitucional adscripta”, la cual estará conformada no solo por las interpretaciones vinculantes de las normas constitucionales directamente estatuidas que formulen el Legislador, el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema, sino también por el derecho convencional (directamente estatuido y el adscripto a éste) constitucionalizado. Este ensanchamiento, a su vez, reclama el empleo de denominaciones diferenciadas. Las normas constitucionales adscriptas que provienen de las interpretaciones vinculantes que realizan los órganos públicos nacionales, son “derecho constitucional adscripto de origen nacional”; mientras que las normas constitucionales adscriptas que provienen del derecho convencional, son “derecho constitucional adscripto de origen convencional”.

De esta manera, y salvo el Constituyente nacional haya decidido algo distinto, el derecho constitucional de un Estado perteneciente al sistema interamericano de protección de derechos humanos, está conformado por las normas constitucionales directamente estatuidas (N1); por las normas constitucionales

⁴⁹ HENRÍQUEZ (2018), p. 356.

⁵⁰ CASTILLA (2013), p. 80.

adscriptas de origen nacional recogidas en leyes (o decretos legislativos) de desarrollo constitucional (N2), en sentencias del Tribunal Constitucional (N3), y en sentencias de la Corte Suprema (N4); asimismo, está compuesto por las normas constitucionales adscriptas de origen convencional: las normas convencionales directamente estatuidas (N5) y las adscriptas creadas por la Corte IDH (N6). El conjunto de estas normas constitucionales conforma el bloque de constitucionalidad del sistema jurídico nacional.

Este modo de entender las cosas pone de manifiesto dos consecuencias relevantes. Una es que el derecho constitucional de un Estado no es más solamente el derecho de la Constitución; y la segunda es que los órganos públicos nacionales, así como los ciudadanos, no están vinculados al derecho convencional *a secas*, sino al derecho convencional constitucionalizado, aquí llamado “derecho constitucional adscripto de origen convencional”. Esto último es decisivo para responder a las dos cuestiones planteadas en la introducción.

V. LOS ÓRGANOS NACIONALES SON CONTROLADORES, NO DE LA CONVENCIONALIDAD SINO DE LA CONSTITUCIONALIDAD

1. Planteamiento de la cuestión y la respuesta de la Corte IDH

La primera de esas dos cuestiones puede ser formulada así: un órgano distinto a la Corte IDH, ¿puede ser controlador de la convencionalidad? La Corte IDH ha respondido esta cuestión extendiendo la titularidad del control primero, a los Jueces nacionales⁵¹; y luego a “cualquier autoridad pública y no solo del Poder Judicial”⁵², de modo que el control de convencionalidad “le compete a todos los órganos del Estado”⁵³, se trata de una obligación que “vincula a todos los poderes y órganos estatales en su conjunto”⁵⁴, aunque “en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes”⁵⁵.

⁵¹ 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, párrafo 128.

⁵² CORTE IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 24 de febrero de 2011, párrafo 239.

⁵³ CORTE IDH. *Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de enero de 2014, párrafo 124.

⁵⁴ CORTE IDH. *Caso Rochac Hernández y otros vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014, párrafo 213.

⁵⁵ CORTE IDH. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso*, citada, párrafo 128.

Cierta doctrina, incluso, ha ido más allá al sostener que “el proceso lógico de confrontación entre normas nacionales e internacionales no corre sólo a cargo de las autoridades jurisdiccionales (...), sino que puede y debe ser cumplido igualmente, por cualquier persona”⁵⁶.

Desde esta respuesta es posible reconocer que la Corte IDH ha creado una norma convencional adscripta, con la formulación deóntica siguiente:

R1: Está ordenado a todos los órganos del Estado aplicar control de convencionalidad sobre el derecho interno en el marco de sus respectivas competencias.

Las consecuencias de R1 son inmediatas. Una es que la Corte IDH deja de ser la guardiana de la CADH, para pasar a ser su “guardián final”⁵⁷, su “intérprete último”⁵⁸, su “intérprete final y supremo”⁵⁹, ya que el juez nacional, y en general los órganos públicos nacionales, se convertirían “en un primer y auténtico guardián”⁶⁰ y, por tanto, en su primer intérprete vinculante⁶¹. La otra consecuencia ha sido diferenciar el control “propio, original o externo de convencionalidad”⁶², o “control concentrado de convencionalidad”⁶³, o “control de convencionalidad en sede internacional”⁶⁴ llevado a cabo por la Corte IDH; del “control interno de convencionalidad”⁶⁵, o “control difuso de convencionalidad”⁶⁶, o “control de convencionalidad en sede nacional”⁶⁷, o “control primario de convencionalidad”⁶⁸, a cargo de los órganos nacionales.

⁵⁶ GARCÍA (2011), p. 126.

⁵⁷ FERRER MAC-GREGOR (2011), p. 559.

⁵⁸ BAZÁN (2012), p. 29.

⁵⁹ SAGÜÉS (2015), p. 281.

⁶⁰ FERRER MAC-GREGOR (2011), p. 570.

⁶¹ *Ibidem*.

⁶² GARCÍA (2011), p. 126.

⁶³ FERRER MAC-GREGOR (2011), p. 559.

⁶⁴ SAGÜÉS (2010), p. 120.

⁶⁵ GARCÍA (2011), p. 126.

⁶⁶ FERRER MAC-GREGOR (2011), p. 561.

⁶⁷ SAGÜÉS (2010), p. 121.

⁶⁸ RODAS (2016), p. 313.

La norma convencional adscripta R1, ha sido justificada por la Corte IDH desde el artículo 1.1 CADH⁶⁹, lo que haría pensar que se adscribe a la norma convencional que de ahí se desprende. Sin embargo, bien vistas las cosas, R1 se adscribe a la norma convencional directamente estatuida que se formula en torno al artículo 63.1 CADH, la cual atribuye el control de convencionalidad a la Corte IDH. La cuestión que hay que resolver es si R1 se ajusta o no a esta norma convencional directamente estatuida, lo cual significa preguntarse por su validez.

2. *No todo vinculado es un controlador*

R1, al reconocer el control de convencionalidad a todos los órganos del Estado, se construye sobre un error grave. La Corte IDH confunde la posición de vinculado con la posición de controlador, y llega a entender que las autoridades nacionales son controladoras de la convencionalidad por el solo hecho de estar vinculadas al derecho convencional. Así, “[c]uando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado”⁷⁰.

Pero la posición jurídica de vinculado al derecho convencional, no genera automáticamente la posición jurídica de controlador de la convencionalidad, ni tan siquiera la posición de intérprete vinculante genera una tal posición. Es fácil comprender que todos los órganos públicos nacionales, así como todos los ciudadanos, se encuentran vinculados al derecho constitucional del Estado al que pertenecen, sin que esto los convierta en controladores de la constitucionalidad. Si bien todo controlador de la constitucionalidad es un vinculado a la Constitución, e incluso es un intérprete vinculante de la Constitución, no todo vinculado a la Constitución, ni todo intérprete vinculante de la Constitución, es un controlador de la constitucionalidad. Lo que define la posición jurídica de controlador, como se explicó antes, es la titularidad de lo que aquí se ha llamado *energía correctora*.

⁶⁹ CORTE IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*, fondo y reparaciones, citada, párrafo 189.

⁷⁰ CORTE IDH. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso*, citada, párrafo 128.

Este mismo razonamiento debe sostenerse para el derecho convencional: estar vinculado al derecho convencional e incluso ser un intérprete vinculante de la CADH, no convierte automáticamente a un órgano en controlador de la convencionalidad. La Corte IDH, también como ya se explicó, es controladora de la convencionalidad, no solo por estar vinculada a la CADH o por ser su intérprete vinculante, sino porque ésta le reconoce una *energía correctora* de la inconventionalidad. Pero, aunque solo bastase estar vinculado al derecho convencional para ser controlador de la convencionalidad, ¿los órganos nacionales están vinculados propiamente al derecho convencional? Veamos.

3. Los órganos nacionales solo podrán aplicar control constitucional

La única manera que tiene la CADH para vincular a los órganos públicos y a los particulares en el seno de un Estado, es ingresando a formar parte del sistema jurídico nacional. El ingreso ocurre en el nivel constitucional del sistema jurídico nacional, salvo que el Constituyente haya decidido algo distinto. Así, si las normas convencionales directamente estatuidas, y las normas convencionales adscriptas a ellas, han ingresado al sistema jurídico nacional, unas y otras conforman el derecho constitucional adscripto de origen convencional. Consecuentemente, lo que la autoridad nacional (y la población) tiene ante sí ya no es derecho convencional *a secas*, sino derecho convencional constitucionalizado, es decir, derecho constitucional⁷¹. Esto trae consecuencias decisivas.

Una de ellas es que, si los órganos públicos nacionales no están vinculados al derecho convencional, sino al derecho constitucional de origen convencional, entonces, es materialmente imposible que puedan llevar a cabo un control de convencionalidad. En estricto, tales órganos no podrán velar por la eficacia del derecho convencional, sino por la eficacia del derecho constitucional, uno de cuyos componentes es el derecho constitucional de origen convencional; si algún control realizan, no será el convencional sino el constitucional, con un parámetro de control conformado no solo por las normas constitucionales directamente estatuidas, sino también por las adscriptas, tanto de origen nacional como convencional. Las normas convencionales ingresan al sistema jurídico interno,

⁷¹ CASTILLA (2014), p. 170.

se posicionan en el nivel jerárquico constitucional y llegan a conformar el parámetro de validez constitucional. Así, “el ‘bloque de convencionalidad’ queda subsumido en el ‘bloque de constitucionalidad’”⁷². Se produce un ensanchamiento del contenido del bloque de constitucionalidad, no como consecuencia del impacto del control de convencionalidad⁷³, sino como consecuencia de la constitucionalización del derecho convencional.

Adicionalmente, esta constitucionalización del derecho convencional impide reconocer que los órganos nacionales puedan en estricto interpretar la CADH: lo que interpretarán y aplicarán será derecho constitucional, y lo harán siempre con alcance interno. Asumiendo incluso que todo vinculado es un controlador, los órganos nacionales no pueden ser, en estricto, controladores de la convencionalidad porque no están vinculados al derecho convencional sino ha sido constitucionalizado, de modo que, si algún control pueden realizar, será el constitucional.

4. El Constituyente nacional no puede definir una competencia convencional

R1 incurre en otra grave deficiencia al establecer que el control de convencionalidad lo realizará el órgano nacional “en el marco de sus respectivas competencias”. La razón es también sencilla: no solo es lógicamente imposible que el órgano nacional tenga atribuida como competencia el control de convencionalidad, sino que además es jurídicamente imposible que el Constituyente nacional defina el contenido y alcance de una tal competencia, definición que le corresponde únicamente al *Legislador convencional*. Así como el *Legislador convencional* no puede definir la competencia de control de constitucionalidad de los órganos nacionales, el Legislador constituyente no puede definir quiénes tienen atribuido el control de convencionalidad, ni con cuál alcance.

5. La inconvencionalidad de la interpretación de la Corte IDH

Esta imposibilidad tanto lógica como jurídica justifica tener a R1 como una norma inconvencional, contraria a la voluntad de *Legislador convencional*

⁷² FERRER MAC-GREGOR (2011), pp. 571-572.

⁷³ En contra cfr. NASH (2012), p. 500.

manifestada en el artículo 63.1 CADH, desde que no es posible reconocer que esta voluntad haya dispuesto un mandato imposible, lógica y jurídicamente, de ser cumplido. Esta manifiesta irrazonabilidad debería ser suficiente para esperar que la Corte IDH derogue R1, mientras esto llega debería evitar incurrir en extralimitaciones. Por desgracia, esto no parece ocurrirá desde que en los hechos “los jueces internos están violando sus competencias y reglas procesales correspondientes (...) [violaciones] exigidas permanentemente por este tribunal [la Corte IDH] y por la doctrina dominante”⁷⁴.

En el sistema jurídico interno el control del ajustamiento de las decisiones públicas y privadas nacionales al derecho de origen convencional, se realizará necesariamente a través del control constitucional⁷⁵, por lo que “la obligación de verificar la adecuación de las normas jurídicas internas que aplican en casos concretos, a la CADH (...) y a los patrones interpretativos que el Tribunal Interamericano ha acuñado a su respecto”⁷⁶, solo puede ser titularizada por aquellos órganos nacionales a los que el Constituyente ha decidido atribuir control de constitucionalidad, decisión que todos debemos respetar, también la Corte IDH, desde que ella no puede “distribuir competencias a nivel interno, dotando a los jueces de atribuciones que eventualmente el ordenamiento jurídico interno no les atribuye”⁷⁷. Por eso no se puede compartir que “[l]a directriz de la Corte Interamericana obliga al juez local a practicar *directamente* el control de convencionalidad, [pues] ese oficio no necesita estar autorizado por el Constituyente”⁷⁸.

En respuesta a la primera cuestión planteada debe ser concluido que el control de convencionalidad no puede ser titularizado por ningún órgano nacional, es una atribución que el *Legislador convencional* ha reconocido solamente a la Corte IDH⁷⁹. Extenderlo, como dispone R1, es inconvencional.

⁷⁴ SILVA (2016), p. 130.

⁷⁵ A esta idea se acerca Ferrer Mac-Gregor cuando sostiene que “al realizar ‘control de constitucionalidad’ también se efectúa control de convencionalidad”. FERRER MAC-GREGOR (2011), p. 572.

⁷⁶ BAZÁN (2012), p. 24.

⁷⁷ CONTESSE (2013), p. 6.

⁷⁸ SAGÜÉS (2010), p. 123.

⁷⁹ De esta manera, “el término control de convencionalidad debe reservarse sólo a la labor que desempeña la CoIDH”. CASTILLA (2011), p. 606.

VI. EL DERECHO CONVENCIONAL NO ES PREVALENTE AL DERECHO CONSTITUCIONAL

1. *Planteamiento de la cuestión y respuesta de la Corte IDH*

La segunda cuestión a resolver es si la CADH tiene una posición jurídica superior al derecho interno que obligue a los órganos nacionales a hacerla prevalecer en caso de contradicción normativa. Esta cuestión ha recibido respuesta afirmativa no solo de la doctrina⁸⁰, sino también de la Corte IDH. En efecto, vinculada al control de convencionalidad, ésta ha dicho que “[l]a 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”⁸¹. También ha sostenido que “el órgano judicial tiene la función de hacer prevalecer la Convención Americana y los fallos de esta Corte sobre la normatividad interna, interpretaciones y prácticas que obstruyan el cumplimiento de lo dispuesto en un determinado caso”⁸².

Desde estas declaraciones de la Corte IDH, y entendiendo que la CADH y sus interpretaciones vinculantes conforman el derecho convencional sobre derechos humanos, es posible concluir una norma convencional adscripta, en los siguientes términos deónticos:

R2: Está ordenado a los Jueces nacionales hacer prevalecer el derecho convencional sobre el derecho nacional.

Bien vistas las cosas, R2 es consecuencia de R1, por lo que puede ser tenido que R2 se adscribe al artículo 63.1 CADH. Para determinar si se ajusta o no a la voluntad del *Legislador convencional*, habrá que determinar la validez material de R2: si no es razonable se debe considerar desajustada a tal voluntad y, por ello, inconvencional. Con ese propósito debe advertirse que R2 se sostiene sobre

⁸⁰ Por todos cfr. SAGÜÉS (2010), pp. 124-125.

⁸¹ CORTE IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, citado, párrafo 124.

⁸² CORTE IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay. Supervisión*, citado, párrafo 73.

la premisa siguiente: en los sistemas jurídicos internos, el derecho convencional prevalece sobre el derecho nacional sobre derechos humanos. Determinar la validez de R2, reclama evaluar la corrección de su premisa.

2. El derecho convencional no tiene una jerarquía superior al derecho nacional

La solución de esta segunda cuestión también se construye sobre el contenido de la relación entre el derecho constitucional y el derecho convencional que se ha justificado páginas atrás. Conviene recordar que los jueces nacionales, y en general todos los órganos públicos, también los particulares, están sometidos a su ordenamiento jurídico interno, de modo que una norma convencional solo les vinculará si está efectivamente incorporada en un tal ordenamiento. La incorporación de las normas convencionales directamente estatuidas acontece cuando se cumple el procedimiento de incorporación del Tratado o Convención, previsto normalmente en la Constitución; y adherida a ellas se incorporan, como normas convencionales adscriptas, las interpretaciones vinculantes establecidas por la Corte IDH. Unas y otras ingresan al nivel constitucional, salvo el Constituyente nacional haya decidido algo distinto. Esto quiere decir que el Juez nacional tiene ante sí no un derecho convencional *a secas*, sino un derecho convencional constitucionalizado, es decir, derecho constitucional adscripto de origen convencional.

También conviene dimensionar el problema al que intenta dar respuesta R2. Un tal problema tiene dos partes: la primera es cuando la norma constitucional adscripta de origen convencional tiene un contenido contrario y, por ello, no armonizable, con el contenido de una norma constitucional directamente estatuida o con una norma constitucional adscripta de origen nacional. La segunda parte es cuando la norma constitucional adscripta de origen convencional tiene un contenido contrario y, por ello, no armonizable, con el contenido de una norma infraconstitucional, ya sea legal o reglamentaria.

La solución a la segunda parte del problema es sencilla. Si una Ley o un Reglamento es contrario a una norma constitucional de origen convencional, quien tenga la competencia para hacerlo hará prevalecer ésta, pero no por ser derecho convencional, sino por ser derecho constitucional (adscripto de origen convencional), y como tal ubicarse por encima del derecho legal o reglamentario. En estos casos, las antinomias que se presenten no serán resueltas con base en la

regla R2, sino en aplicación de la norma constitucional directamente estatuida que establece la jerarquía normativa interna.

La solución a la primera parte del problema es más compleja. A ojos del controlador de la constitucionalidad, el derecho convencional desaparece como tal para convertirse en derecho constitucional de origen convencional, y compartir el nivel normativo con las normas constitucionales directamente estatuidas y las adscriptas de origen nacional. Todas estas normas comparten una misma jerarquía estructural: salvo el Constituyente haya decidido algo distinto, una vez que han ingresado al sistema interno, ni las normas convencionales directamente estatuidas (la CADH), ni las normas convencionales adscriptas (la jurisprudencia de la Corte IDH), tienen una posición jurídica prevalente respecto del derecho constitucional nacional; de modo tal que resulta lógicamente imposible que el controlador de la constitucionalidad pueda hacer prevalecer el derecho (constitucional de origen) convencional sobre el derecho (constitucional de origen) nacional.

Esta misma conclusión debe ser abrazada si el asunto se examina desde una jerarquía material y desde una jerarquía axiológica⁸³. En efecto, si el derecho convencional ingresa al sistema jurídico interno para convertirse en derecho constitucional adscripto, no podría ser posible tal ingreso si previamente no existiese el derecho constitucional directamente estatuido al cual adscribirse. Aun pensando en una Constitución en la que no se ha constitucionalizado expresamente ningún derecho humano, sino solamente el valor de la Persona (la dignidad humana), el derecho convencional quedará adscripto a la norma constitucional directamente estatuida que reconoce tal valor. De modo que, si hubiese que reconocer alguna jerarquía, material o axiológica, ésta será a favor de la norma constitucional directamente estatuida y no a favor ni de la CADH, ni de la jurisprudencia de la Corte IDH, las cuales existen en el ordenamiento jurídico nacional porque existe una norma constitucional directamente estatuida de la cual *colgarse*.

Así las cosas, la segunda parte del problema se resuelve diciendo que la antinomia no se puede solucionar haciendo prevalecer el derecho convencional sobre el derecho nacional. Esta conclusión reclama responder a la pregunta siguiente: ¿con base en cuál criterio se resuelven tales antinomias?

⁸³ PINO (2014), pp. 85-89.

3. El deber de inaplicar el derecho convencional materialmente inválido

A. Los Estados pueden invocar su derecho interno para no seguir el derecho convencional

Responder a esta pregunta exige indagar si es posible o no invocar el derecho interno para no aplicar el derecho internacional. El efecto útil de los tratados, y en general, del derecho convencional, es una exigencia de razón que se concluye de la misma naturaleza de las obligaciones internacionales. Los Estados adquieren obligaciones internacionales que deben cumplir de buena fe, dice el principio *pacta sunt servanda*, lo que les impide invocar su derecho interno para incumplirlas. Este es un principio de derecho internacional hoy bien asentado⁸⁴. Sin embargo, todo principio tiene un contenido esencialmente limitado por la razón, que obliga que su alcance sea siempre razonable. En la medida que la eficacia reclama de la validez de modo que nada inválido puede (debe) surtir efectos, y en la medida también que el derecho convencional puede ser inválido, la prohibición de invocar el derecho interno para no seguir una norma convencional, tiene una irrenunciable exigencia de razón: que la norma convencional sea formal y materialmente válida. Dicho de otro modo, solo puede reclamarse el aseguramiento del efecto útil de normas convencionales válidas.

El artículo 27 de la Convención de Viena, dispone que “[u]na parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”. No hay inconveniente para reconocer en la expresión *tratado*, la referencia al derecho convencional. Siendo así, desde esta disposición, y con base no en una interpretación aislada, sino sistemática que tome en cuenta también la sección tercera de la Convención de Viena referida a la interpretación de los tratados, en particular, el artículo 31 que proscribe los sentidos interpretativos irrazonables, es posible concluir la siguiente norma convencional directamente estatuida:

N27: Está prohibido a los Estados invocar su derecho interno para no cumplir con el derecho convencional, *salvo el derecho convencional sea inválido*.

Esta misma regla puede ser formulada de la manera siguiente:

⁸⁴ NOVAK (1997), p. 128.

N27: Está permitido a los Estados invocar su derecho interno para no cumplir el derecho convencional, *cuando éste sea inválido*.

La prohibición de invocar el derecho interno para no cumplir el derecho convencional no tiene valor absoluto, sino relativo: valdrá en relación a la validez, formal y material, del derecho convencional. Por eso, no podría sostenerse, al menos no absolutamente, que “el Estado debe cumplir con la convención a todo costo, y no puede alegar su constitución para incumplir al Pacto”⁸⁵. Por lo demás, es extremadamente improbable, aunque no imposible, que una norma convencional directamente estatuida sea materialmente inválida; es más probable que sean inválidas las interpretaciones vinculantes que de ella formulen los órganos internacionales con competencia para ello, como la Corte IDH. Consecuentemente, el control de convencionalidad no puede ser manifestación del principio *pacta sunt servanda*, como algunos han propuesto⁸⁶.

B. El criterio material de solución de antinomias

Conviene ahora insistir en que normalmente las normas constitucionales directamente estatuidas N1, coinciden con las normas convencionales directamente estatuidas que son constitucionalizadas N5, y también normalmente ambas se ajustan a las exigencias de justicia que representan los derechos humanos. Por lo que, ordinariamente, este tipo de normas serán válidas no solo formal sino también materialmente, y la antinomia no se formulará entre ellas. El problema se puede presentar con mayor probabilidad respecto de las otras normas constitucionales, en particular entre las normas constitucionales del tipo N2 (leyes de desarrollo constitucional), N3 (interpretaciones vinculantes de la Constitución establecidas por el Tribunal Constitucional) y N4 (interpretaciones vinculantes de la Constitución establecidas por la Corte Suprema), en relación a las del tipo N6 (interpretaciones vinculantes que de la CADH establece la Corte IDH).

Cuando surjan las contradicciones entre normas constitucionales, y asumiendo que todas ellas son igualmente válidas desde un punto de vista formal, el criterio idóneo para resolver las antinomias es el criterio de validez material. En particular referencia a los derechos humanos, si las normas constitucionales directamente estatuidas y las adscriptas de origen nacional y de origen convencio-

⁸⁵ SAGÜÉS (2010), p. 128.

⁸⁶ Por todos, cfr. RODAS (2016), p. 312.

nal, regulan el contenido esencial de los derechos humanos, y están vigentes dos normas contradictorias entre sí, entonces, una de ellas es materialmente válida porque se ajusta al contenido esencial, y la otra no. Al tratarse de un asunto de validez material, no es conveniente construir la solución con base en criterios formales como el tiempo (*lex posterior derogat legi priori*), o la especialidad (*lex specialis derogat legi generali*), aun cuando estos criterios fuesen aplicables; sino que lo exigido es solucionar el problema con base en un criterio material que se pregunte por la justicia de las normas en contradicción (*lex iusta derogat legi iniustia*). Se trata de construir una justificación con base en argumentos materiales que por la fuerza de su corrección permita identificar cuál norma constitucional es la válida y cuál no, desde que ambas, por ser contrarias, no pueden ser (materialmente) válidas a la vez.

Si fuese el caso que pudiesen darse razones fuertes para sostener la invalidez material de normas del tipo N6, significará que ésta es contraria a la norma del tipo N5 que pretende concretar, y contraria también a la norma del tipo N1 (compatible con la de tipo N5). De esta forma, la norma constitucional adscripta de origen convencional que es materialmente inválida por ser contraria a la norma constitucional directamente estatuida que constitucionaliza el contenido esencial de un derecho humano, está destinada a ser inaplicada por el órgano que en el concreto sistema jurídico tenga asignada la atribución de controlador de la constitucionalidad. Este órgano solo podrá inaplicar, no podrá derogar la norma constitucional adscripta de origen convencional declarada materialmente inconstitucional, tal labor solo puede ser llevada a cabo por la fuente productora que corresponda: la Corte IDH, si la inconstitucional fuese una norma del tipo N6; o el *Legislador convencional* si fuese del tipo N5.

A justificar la necesidad no solo de realizar un juicio de validez material, sino también de inaplicar la norma materialmente inválida, aunque ésta proceda del derecho convencional, sirve el principio *pro homine* recogido en el artículo 29 de la CADH. Si este principio permite sostener que “se deberá de preferir, privilegiar o favorecer la aplicación de aquella norma que otorgue una mayor protección a los derechos de las personas, independientemente si dicha norma se encuentra en un tratado internacional o en una disposición de derecho interno”⁸⁷, entonces, el controlador de la constitucionalidad está obligado a resolver las antinomias no con base en criterios formales, sino de la mano

⁸⁷ RODRÍGUEZ (2016), p. 711.

del criterio material que le permita identificar la norma que, por ajustarse al contenido esencial del derecho humano concernido, protege más y mejor a la Persona; y le obliga también a inaplicar la otra norma contraria por inválida aun cuando proceda del derecho convencional. Naturalmente, si la mejor protección proviene de la norma (constitucional de origen) convencional, la aplicará sin que por esa razón deba reconocérsele un rango supraconstitucional⁸⁸.

Esta misma obligación debe ser predicada de la Corte IDH cuando se encuentre con una antinomia entre el derecho convencional y el nacional a la hora de resolver algún caso contencioso o emitir una opinión consultiva. En particular, cuando ella tenga que decidir si una determinada actuación estatal se ajusta o no al derecho convencional, no podrá dejar de preguntarse si la Persona es protegida más y mejor por el derecho nacional o por el derecho convencional, y deberá estar dispuesta a aceptar la corrección de las razones que hayan sido dadas por los órganos nacionales para sostener la validez de la decisión estatal, incluso cuando esta decisión sea contraria a una norma convencional que protege menos y peor a la Persona que la norma nacional. Así como para incumplir el derecho convencional “no valen excusas cimentadas en el vacío argumento de la *soberanía estatal absoluta*”⁸⁹, tampoco vale la simple afirmación de una (inexistente) jerarquía normativa a favor de la norma convencional para justificar la inaplicación del derecho nacional. Por eso, se deben rechazar afirmaciones según las cuales el control de convencionalidad “puede ser una herramienta provechosa para asegurar la primacía del orden jurídico internacional”⁹⁰.

Una respuesta contraria a lo hasta aquí justificado que pretenda hacer prevalecer la norma convencional sin importar su validez material, no solo socava la posición jurídica de la Persona al poner en peligro la justicia de las decisiones en torno a ella, sino que socava también la posición jurídica de los jueces nacionales, porque al exigirles hacer prevalecer siempre el derecho convencional directamente estatuido y el adscrito sobre el derecho nacional, y hacerlo al margen de la validez material de su contenido, se les exige convertirse en la boca que se limita a repetir el derecho convencional creado por la Corte IDH

⁸⁸ En contra Ferrer Mac-Gregor, para quien la preferencia de la norma convencional es consecuencia de haber “acepta[do] su carácter de supraconstitucionalidad cuando resulten más favorables”. FERRER MAC-GREGOR (2011), p. 571.

⁸⁹ BAZÁN (2012), p. 22.

⁹⁰ SAGÜÉS, (2010), p. 132.

y, con ello, a convertirse en siervos de la Corte IDH y no necesariamente de la justicia, con el riesgo añadido de sumir al Juez “en un halo de mediocridad y falta de agudeza jurídica y motivación de sus fundamentos, al verse compelido a la aplicación automática de estándares”⁹¹.

VII. EL DIÁLOGO JURISPRUDENCIAL

En el marco del control de convencionalidad se ha planteado la necesidad de un diálogo jurisprudencial entre la Corte IDH y la jurisdicción nacional⁹², en particular, con los jueces de la última instancia nacional y que, además, normalmente son los órganos cuya decisión agota la jurisdicción interna y abre la jurisdicción internacional⁹³. Los frutos de este diálogo, una vez más, dependerán de la forma de entender la relación entre derecho nacional y convencional sobre derechos humanos que abracen los dialogantes. Si la Corte IDH insiste en aplicar las normas convencionales adscriptas R1 y R2, de modo que considere que el derecho convencional tiene una posición jerárquica superior al derecho nacional, y considere también que todos los jueces nacionales deben aplicar control convencional para hacer efectiva tal primacía; y si la Corte nacional, por ignorancia o por miedo a las responsabilidades internacionales que la Corte IDH pueda declarar, se autoconcibe como un “juez interamericano”⁹⁴ dispuesto a servir a la Corte IDH antes que a la justicia; entonces, el diálogo será estéril o falso, y se convertirá en una fachada para la imposición.

El diálogo jurisprudencial reclamado es aquel que se construye no sobre criterios formales como la jerarquía normativa, o la jerarquía jurisdiccional, sino sobre criterios materiales de justicia que representan la dignidad humana y los derechos humanos. Ese diálogo que se produce cuando los dialogantes ejercen razonablemente sus funciones, debe preguntarse por la mejor manera de, en cada caso concreto, conseguir la máxima realización de la Persona a través de la plena vigencia de sus derechos fundamentales. Puede ocurrir que esa mejor manera sea consecuencia de la aplicación armonizada de la norma convencional

⁹¹ GREGAGLIO (2014), p. 28.

⁹² FERRER MAC-GREGOR (2011), p. 576.

⁹³ BAZÁN (2012), p. 47.

⁹⁴ FERRER MAC-GREGOR (2011), p. 588.

y de la norma interna, porque ambas disponen lo mismo, o porque no disponiendo lo mismo, no disponen de modo contrario sino complementario; o puede ocurrir que cuando no sea posible armonizar, la mejor manera se consiga a través de la inaplicación de alguna de las dos normas, la convencional o la nacional. Si realmente existe diálogo, entonces, “las dos partes debieran tener igual derecho a participar, y los mejores argumentos sobre el sentido y alcance de los derechos que tenemos son los que debieran finalmente prevalecer, sin importar su precedencia”⁹⁵.

Si esto se acepta, entonces, el dialogo jurisprudencial genera obligaciones ineludibles y recíprocas. Al Tribunal Nacional le obliga a conocer todas las normas convencionales (directamente estatuidas y adscriptas) que han ingresado al sistema jurídico interno y, conociéndolas, le obliga a tomarlas en cuenta en la justificación argumentativa que sostenga la solución de las controversias que conoce, para aplicarlas o inaplicarlas, y cuando sea esto último el caso, le obliga a cumplir con una elevada carga argumentativa.

A la Corte IDH, por su parte, le obliga a no declarar inconvencional una decisión, ni mucho menos a declarar la responsabilidad internacional del Estado, por el solo hecho de ser contraria a alguna interpretación vinculante de la CADH por ella establecida. Le obliga también a tomar en cuenta las interpretaciones de los tribunales nacionales a la hora de construir sus propias interpretaciones del derecho convencional directamente estatuido⁹⁶; y le obliga a modificar éstas cuando desde la argumentación y decisión de algún Tribunal nacional, pueda advertirse su inconvencionalidad⁹⁷. Conseguir el cumplimiento de estas obligaciones reclama que la Corte IDH se conduzca con modestia, necesaria, por otro lado, para oportunas autolimitaciones en el ejercicio de sus funciones que le impida interferencias y usurpaciones de las funciones de los órganos nacionales⁹⁸. Estas obligaciones, por lo demás, dibujan el margen de autonomía que es necesario reconocer a las autoridades internas, en particular al Gobierno (al Parlamento y al Ejecutivo) y a los Jueces, lo que vendría a representar el “respet[o] de los espacios de deferencia” de los Estados.⁹⁹

⁹⁵ CONTESSE (2013), p. 15.

⁹⁶ CONTESSE (2013), p. 30.

⁹⁷ BAZÁN (2012), p. 47.

⁹⁸ BASCH (2010).

⁹⁹ CONTESSE (2013), p. 30.

Solo de esta manera, también en América será posible construir una situación en la que se sostenga lo que hoy se puede decir de Europa Occidental: “en el momento presente no existe soberano en Europa en materia de derechos fundamentales: no hay ningún sujeto (tampoco estatal) que pueda concretar como última autoridad el catálogo de estos y el contenido de cada uno de ellos; antes bien, unos y otros se construyen desde las interacciones y los condicionamientos recíprocos (...) la interpretación de los derechos fundamentales implicados es ya, en la Europa de nuestros días, el resultado de la actuación (...) conjunta, de los sujetos jurisdiccionales”¹⁰⁰.

VIII. CONCLUSIÓN

El modo cómo se entienda la relación entre el derecho nacional y el derecho convencional sobre derechos humanos resulta decisiva para afrontar todas las cuestiones que en torno al llamado control de convencionalidad puedan ser planteadas. En este trabajo se ha propuesto un modo de entender esa relación, para inmediatamente después justificar la inconvencionalidad de las reglas creadas por la Corte IDH como respuesta a dos cuestiones relevantes en torno al control de convencionalidad. Así, se ha sostenido aquí que el control de convencionalidad solo puede ser una atribución de la Corte IDH y no de las Cortes nacionales, las cuales solo podrán aplicar control de constitucionalidad en la medida que este control les haya sido atribuido por el Constituyente; y se ha sostenido también que ni el control de convencionalidad ni el control de constitucionalidad pueden construirse sobre la prevalencia normativa del derecho convencional respecto del derecho constitucional interno.

No debe resguardarse el efecto útil de la CADH, sobre la base de reglas jurídicas inconvencionales creadas por la Corte IDH. Aun si se aceptase la racionalidad formal y procedimental del control de convencionalidad¹⁰¹, por los menos estos dos elementos examinados del control de convencionalidad, no pueden ser reconocidos como razonables. Por lo demás, con acierto se ha sostenido que “el bajo cumplimiento de las sentencias de la Corte [IDH] proyecta una notable sombra de duda sobre la doctrina del control de convencionalidad”¹⁰².

¹⁰⁰ SAIZ (2017), pp. 158-159.

¹⁰¹ Cfr. MESA (2018), pp. 155-156.

¹⁰² SILVA (2018), p. 731.

En particular, si el control del convencionalidad “procura hacer prevalecer la Convención Americana sobre Derechos Humanos (...), sobre las reglas locales que se le oponen”¹⁰³, y origina “una sensible reducción de las facultades de los jueces nacionales en materia de control de constitucionalidad y de interpretación de los derechos personales”¹⁰⁴, entonces, el sistema interamericano de protección se habrá pervertido, porque la plena realización de la Persona a través de la plena vigencia de sus derechos fundamentales, *ni exige procurar* una tal prevalencia normativa, *ni justifica aceptar* una sensible reducción de las competencias de los jueces nacionales. Lo contrario supondrá que el deber de “armonizar la legislación nacional con los parámetros interamericanos”¹⁰⁵, será el rostro amable que encubre un sometimiento intolerable de los jueces nacionales a la Corte IDH, ni previsto en la CADH, ni deseado por los Estados que la firmaron¹⁰⁶.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ACCATINO, Daniela (2000): “La distinción entre vigencia (o existencia) y validez (o el aporte del garantismo a la teoría de la norma jurídica)”, en *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile* (Vol. XI), pp. 35-46.
- ALEXY, Robert (1993): *Teoría de los derechos fundamentales* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales).
- BACHOF, Otto (2008): *¿Normas constitucionales inconstitucionales?* (Lima, Palestra editores).
- BASCH, Fernando (2010): “Sobre la autoridad interpretativa de la Corte Interamericana y la necesidad de conformar una verdadera comunidad internacional de principios”, [última revisión: 1 de abril de 2019]. [Disponible en <http://alumnosmdag.blogspot.pe/2011/02/sobre-la-autoridad-interpretativa-de-la.html>].

¹⁰³ SAGÚÉS (2010), p. 125.

¹⁰⁴ Ídem, p. 126.

¹⁰⁵ FERRER MAC-GREGOR (2011), p. 620.

¹⁰⁶ En este marco, una cláusula atribuyendo el control de convencionalidad a los jueces nacionales, con todas sus consecuencias “tendría que haber sido aceptada expresamente por los Estados” a la hora de firmar la CADH. SILVA (2016), p. 107.

- BAZÁN, Víctor (2012): “El control de convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas”, en Bazán, Víctor y Nash, Claudio, *Justicia constitucional y derechos fundamentales. El control de convencionalidad*. Centro de Derechos Humanos. (Bogotá, Facultad de Derecho. Universidad de Chile-Konrad Adenauer Stiftung), pp. 17-55.
- BERNAL PULIDO, Carlos (2007): *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 3ª edición, (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales).
- CASTILLA JUÁREZ, Karlos (2016): “La independencia judicial en el llamado control de convencionalidad interamericano”, en *Estudios Constitucionales* (Año 14, N° 2), pp. 53-100.
- _____ (2014): “Control de convencionalidad interamericano: una mera aplicación del derecho internacional”, en *Revista Derecho del Estado* (N° 33), pp. 149-172.
- _____ (2013): “¿Control interno o difuso de convencionalidad? Una mejor idea: la garantía de tratados”, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional* (Vol. XIII), pp. 51-97.
- _____ (2011): “El Control de Convencionalidad: Un Nuevo Debate en México a partir de la sentencia del Caso Radilla Pacheco”, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional* (Vol. XI), pp. 593-624.
- CASTILLO CÓRDOVA, Luis (2018): *Los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional*, tercera edición (Lima, Gaceta Jurídica).
- _____ (2016): “La vinculación de la administración pública a la Constitución”, en Grández Castro, Pedro (coordinador), *Sobre la interpretación constitucional y convencional. Un enfoque transversal en el Derecho*, Cuadernos sobre jurisprudencia constitucional número 11, (Lima, Palestra editores), pp. 107-125.
- _____ (2015): “Las inconstitucionalidades del Tribunal Constitucional”, en HERMIDA, Cristina; SANTOS, José Antonio, *Una filosofía del derecho en acción. Homenaje al profesor Andrés Ollero*, (Madrid, Congreso de los diputados-Universidad Rey Juan Carlos), pp. 1233-1255.
- _____ (2012): “La interpretación iusfundamental en el marco de la persona como inicio y fin del derecho”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Coruña*; (N° 16), pp. 805-838.
- CONTESE, Jorge (2013): ¿La última palabra? Control de convencionalidad y posibilidades de diálogo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos,

- [última revisión: 8 de abril de 2019]. [Disponible en https://law.yale.edu/system/files/documents/pdf/sela/SELA13_Contesse_CV_Sp_20130401.pdf].
- CONTRERAS VÁSQUEZ, Pablo (2017): “Notas sobre el *corpus juris* interamericano”; en Nogueira Alcalá, Humberto y Aguilar Cavallo, Gonzalo. *Control de convencionalidad, corpus iuris y Ius comune interamericano* (Santiago de Chile, Editorial Triángulo), pp. 145-154.
- CRUZ ORTÍZ DE LANDÁZURI, Luis (2005): *La Constitución como orden de valores. Problemas jurídicos y políticos* (Granada, Comares).
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (2011): “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, en *Estudios Constitucionales*, Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca (Año 9, N° 2), pp. 531-622.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio (2011): “El control judicial interno de convencionalidad”, en *IUS, Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, México (Año V, número 28), pp. 123-159.
- GREGAGLIO, Renata (2014): “Problemas prácticos del control de convencionalidad en los procesos de argumentación jurídica de los tribunales nacionales”, en *Hendu, Revista Latino-Americana de Direitos Humanos* (N° 5- 2), pp. 15-32.
- GUASTINI, Riccardo (2011): “Disposición vs. Norma”, en Pozzolo, Susanna y Escudero, Rafael, *Disposición vs. Norma*, (Lima, Palestra editores), pp. 133-156.
- HENRÍQUEZ, Miriam (2018): “Cimientos, auge progresivo y desuso del control de convencionalidad interno: veinte interrogantes”, en *Revista Chilena de Derecho* (Vol. 45, N° 2), pp. 337-361.
- HÄBERLE, Peter (2003): *El Estado constitucional*. 1ª reimpresión (Ciudad de México, UNAM).
- HAKANSSON NIETO, Carlos (2012): *Curso de derecho constitucional*, 2ª edición, (Lima, Universidad de Piura-Palestra editores).
- HERNÁNDEZ CASTAÑO, Diana (2014): *Legitimidad democrática de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el control de convencionalidad* (Bogotá-Universidad Externado de Colombia).
- HESSE, Konrad (1983): *Escritos de derecho constitucional* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales).
- HITTERS, Juan Carlos (2008): “¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de constitucionalidad y convencionalidad)”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional* (N° 10), pp. 131-156.

- INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS (2015): *Manual auto-formativo para la aplicación del control de convencionalidad dirigido a operadores de justicia*, San José de Costa Rica.
- MESA LATORRE, Álvaro (2018): “El control de convencionalidad: ¿Un acto racional o irracional?”, en *Estudios Constitucionales* (Año 16, N° 1), pp. 129-166.
- NASH, Claudio (2013): “Control de convencionalidad, Precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* (Año XIX), pp. 489-509.
- NOVAK, Fabián (1997): “Los principios generales del derecho. La buena fe y el abuso del derecho”, en *Agenda Internacional* (Volumen 4, número 9), pp. 109-134.
- RODAS VALDERRAMA, Víctor Hugo (2016): “Aplicación del control de convencionalidad del *corpus iuris* interamericano de los derechos humanos”, en *Revista IIDH* (Vol. 64), pp. 311-346.
- RODRÍGUEZ, Gabriela (2016): “Artículo 29. Normas de interpretación”, en Steiner, Christian y Uribe, Patricia (editores), *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*, (Lima, Konrad Adenauer Stiftung, Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional del Perú), pp. 706-714.
- RUBIO LLORENTE, Francisco (1995): “Prólogo”, en Requejo Pagés, Juan Luis, *Sistemas normativos, Constitución y Ordenamiento* (Madrid, McGraw-Hill), pp. XI-XIX.
- SAGÜÉS, Néstor (2015): “Las opiniones consultivas de la Corte Interamericana, en el control de convencionalidad”, en *Pensamiento Constitucional*, (N° 20), pp. 275-283.
- _____ (2010): “Obligaciones internacionales y control de convencionalidad”, en *Estudios constitucionales*, (Año 8, N° 1), pp. 117-136.
- SAIZ ARNAIZ, Alejandro (2017): “Tribunal Constitucional y Tribunal Europeo de Derechos Humanos: las razones para el diálogo”, en Saiz Arnaiz, Alejandro y López Guerra, Luis, *Los sistemas interamericano y europeo de protección de los derechos humanos. Una introducción desde la perspectiva del diálogo entre tribunales* (Lima, Palestra editores), pp. 153-185.
- SILVA ABBOTT, Max (2018): “¿Es realmente viable el control de convencionalidad?”, en *Revista Chilena de Derecho*, (Vol. 45, N° 3), pp. 717-744.

_____ (2016): “Control de convencionalidad interno y jueces locales: un planteamiento defectuoso”, en *Estudios Constitucionales* (Año 14, N° 2), pp. 101-142.

ZAGREBELSKY, Gustavo (2007): *El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia*, 7ª edición (Madrid, Trotta).

RESOLUCIONES DE LA CORTE IDH

CORTE IDH. *Caso Rochac Hernández y otros vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014.

CORTE IDH. *Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de enero de 2014.

CORTE IDH. *Caso de las masacres de Ituango vs. Colombia*, supervisión de cumplimiento de sentencia, de 21 de mayo de 2013.

CORTE IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 20 de marzo de 2013.

CORTE IDH. *Caso Gudiel Álvarez y otros (“Diario Militar”) vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 noviembre de 2012.

CORTE IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 24 de febrero de 2011.

CORTE IDH. *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2010.

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 2009.

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.

CORTE IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006.

OPINIONES CONSULTIVAS DE LA CORTE IDH

CORTE IDH. OC 24/17, de 24 de noviembre de 2017.

CORTE IDH. OC 13/93, de 16 de julio de 1993.

CORTE IDH. OC 4/84, de 19 de enero de 1984.