

Control de constitucionalidad y control de convencionalidad: ¿Dos frutos provenientes del mismo árbol?

Una visión crítica a la estructura base del control de convencionalidad interno

MARÍA GABRIELA BARROS SEPÚLVEDA

LUCCIANO CARRASCO JERIA

MANUEL SEPÚLVEDA CARTES

ELIZABETH TORRES MANRÍQUEZ

CATALINA VERGARA FLORES

RESUMEN

El presente artículo se hace cargo de forma crítica de la asimilación realizada por una gran parte de la doctrina entre el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad, destacando las omisiones en las que se incurre y los criterios que los diferencian. Asimismo, expone las consecuencias perjudiciales que trae aparejada su asimilación, junto a las respectivas críticas que merece la estructura actual del control de convencionalidad en su relación con el carácter vinculante de las sentencias y la creación jurisprudencial del control de convencionalidad interno.

PALABRAS CLAVE

Control de constitucionalidad – Control de convencionalidad – Jurisprudencia vinculante.

ABSTRACT

This article criticizes the assimilation that most of the doctrine had done between the judicial review and the conventional control, highlighting the omissions incurred and criteria that differentiate them. It also exposes the harmful consequences that can have this assimilation. Finally, it will be mention the respective critics of the current structure of conventional control and its relationship with the obligatory nature of the decisions of the Court to end with the judicial creation of the internal conventional control.

KEYWORDS

Constitutional review – Conventional review – Precedent.

I. INTRODUCCIÓN

El control de constitucionalidad, como juicio de adecuación de leyes y otras fuentes subconstitucionales a la Constitución Política de un Estado, es un mecanismo inspirado en el principio de jerarquía normativa, que data desde hace más de dos siglos. Ha sido acogido en diversos ordenamientos jurídicos, ya sea bajo la modalidad de control concentrado, esto es, creación de un Tribunal Constitucional, o bien, bajo la modalidad de control difuso, entregando a los jueces que forman parte del Poder Judicial la labor de confrontar los preceptos legales con la Carta Fundamental, consagrándose consecuencias frente a la constatación de la inconstitucionalidad de las normas subconstitucionales.

En sede internacional, desde el año 1979, los estados que soberanamente han suscrito la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante la Convención o CADH) han reconocido la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Corte o CIDH) como agente facultado para conocer controversias nacionales en que entes estatales transgredan derechos humanos amparados por la Convención, o bien, para emitir dictámenes –opiniones– sobre materias afines, previo requerimiento de Estado parte. Esta facultad ejercida por la Corte se encuentra reconocida en los artículos 33, 62.3, 67 y 68.1 de la CADH y es conceptualizada como *control de convencionalidad propiamente tal*, *control de convencionalidad externo*, o *control de convencionalidad originario*. El ejercicio continuo de dicho control ha originado una extensa jurisprudencia, constituida por sentencias de efectos relativos, vinculantes para el Estado infractor, y opiniones consultivas. Es en este contexto en que la Corte, en el año 2006, en el caso “Arellano vs. Chile”, elabora la doctrina del denominado *control de convencionalidad interno*, una especie de control de convencionalidad, cuyo contenido, efectos y órganos encargados de llevarlo a cabo no han sido precisados de manera uniforme por la Corte, siendo el único elemento constante, no sujeto a mayores críticas, el material controlado, esto es, la adecuación de normas nacionales al contenido de la Convención y la jurisprudencia de la Corte, máximo intérprete de la CADH¹.

Lo anterior ha generado en doctrina múltiples opiniones sobre la naturaleza del *control de convencionalidad interno*, sus efectos y obligatoriedad para el Estado parte, lo que ha dado origen a diversas teorías respecto a la figura en cuestión. El tema es de suma importancia; la falta de delimitación y precisión de este control de naturaleza jurisprudencial ha llevado a un amplio sector de la doctrina a equívocos sobre la forma de comprender su estructura, fundamentos

¹ Caso Boyce y otros vs. Barbados. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 20 de noviembre de 2007. párr. 78.

y fines llegando a postular la identidad entre la estructura lógico-normativa, base del control de constitucionalidad, con la estructura base del *control de convencionalidad interno*, identidad fundada en argumentos de carácter formal, carentes de un análisis exhaustivo respecto al tema.

Lo cierto es que, los controles objeto de comparación, provienen de voluntades distintas. En el caso del control de constitucionalidad es la voluntad del constituyente, que en base al principio de jerarquía, establece un sistema de adecuación normativo de preceptos subconstitucionales a la Carta Fundamental, norma suprema de todo Estado. Por su parte, en el control de convencionalidad –en sentido amplio comprendiendo el externo y el interno– es la voluntad del Estado (como ente soberano) la que ha suscrito la Convención, reconociendo la competencia de la Corte y el control realizado por ella en sede internacional. Esta voluntad soberana se observa claramente en lo referente al control de convencionalidad externo, pero en el de carácter interno se difumina, contribuyendo a la confusión entre éste y el control de constitucionalidad.

Enfrentados al panorama expuesto, es que el presente trabajo pretende delimitar el contenido y naturaleza del *control de convencionalidad interno* de forma tal de comprobar el equívoco que se ha generado en la doctrina sobre su estructura base, la cual ha sido erróneamente asimilada al control de constitucionalidad, demostrando así que ambas figuras *no son frutos provenientes del mismo árbol*. Para ello es necesario realizar un análisis exhaustivo de la figura en cuestión, observando esta construcción jurisprudencial de manera crítica, principalmente en lo relativo al carácter vinculante de la jurisprudencia de la Corte, no olvidando que dicho control constituye una *especie* de control de convencionalidad.

II. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

1. *Fundamentos en un Estado de Derecho.*

Resulta indiscutible que la Carta Fundamental es el instrumento jurídico político a partir del cual se estructura el ordenamiento jurídico de todo Estado; es decir, no sólo es un “instrumento de Gobierno” o “estatuto de poder”, sino también como destaca Kelsen y su escuela, es primera fuente del derecho y además fuente de derecho objetivo y subjetivo². En este sentido se trata de una “norma que organiza, limita y justifica el poder político dentro de un Estado

² ESPINOSA–SLADAÑA BARRERA, Eloy (2003): “*Jurisdicción Constitucional, Impartición de Justicia y Debido Proceso*” (Ara editores, Lima), p. 29.

determinado o disposición en la cual se plasma la propuesta de sociedad en la que esperamos encontrarnos y las pautas consideradas básicas para el desarrollo del proyecto de vida de cada uno de nosotros”³ o en términos más precisos es un “marco ordenador, una estructura básica de competencias del poder político institucionalizado y del cauce dentro del cual podrá fluir el proceso político”⁴.

No obstante lo anterior, para que esa norma fundamental tenga pleno imperio –en cuanto modelo de organización y parámetro de validez formal y material de todas las restantes normas jurídicas nacidas en un Estado de Derecho– se hace necesario brindarle una serie de mecanismos tendientes a asegurar ese imperio (validez y vigencia), tema del cual se hace cargo la supremacía de la constitución⁵. La supremacía de la constitución es la especial calidad de la Constitución en virtud de la cual ella se encuentra por sobre todos los órganos del Estado y por sobre todas las demás fuentes del ordenamiento jurídico. Una de las primeras medidas de protección o garantía jurídica de dicha supremacía es la preeminencia normativa de la Constitución, en virtud de la cual, ninguna norma o precepto legal, decreto o tratado, puede prevalecer frente a las disposiciones expresas de la Constitución. Mismo objeto al que apunta la rigidez constitucional que, por una parte, busca proteger el texto constitucional del legislador ordinario estableciendo procedimientos agravados para su reforma y por otra, apunta a proteger su sentido normativo estableciendo mecanismos de control de la constitucionalidad de los actos estatales para que ellos se mantengan dentro del campo definido por la Constitución⁶. Bajo esta óptica surge la jurisdicción constitucional como un sistema de guarda de la supremacía de la Constitución la cual implica señalar que “el poder del gobierno está limitado por normas constitucionales y que se han creado procedimientos e instituciones para hacer cumplir esta limitación”, como también la existencia de un “nuevo tipo de normas”, institucionales y procedimentales de rango constitucional en un intento de limitar y controlar el poder político⁷.

De esta manera el “control de constitucionalidad” aparece como un conjunto de mecanismos ideados a través del tiempo para salvaguardar la

³ ZÚÑIGA URBINA, Francisco; VEGA MÉNDEZ, Francisco (2006): “*El nuevo recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. Teoría y práctica en Estudios Constitucionales*”, vol. II, p. 136.

⁴ ALDUNATE LIZANA, Eduardo (2002): “Interpretación, valores y sistema constitucional”, en *Cuadernos de Derecho Público*, vol. XII, N°12, p. 86.

⁵ Cit. (n.2). p. 136.

⁶ *Supremacía de la Constitución en Dossier de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, (material inédito en poder de los autores), p. 1

⁷ ZÚÑIGA URBINA, Francisco (2002): *Elementos de jurisdicción constitucional*, (Universidad Central de Chile, Santiago), p. 23.

supremacía constitucional frente a posibles vulneraciones emanadas de los órganos del Estado⁸, [garantizando así] la normatividad de la constitución en cuanto regla de fondo y de procedimiento, debiendo privarse de eficacia aquellas normas y actos que le son contrarios⁹. A partir de ello y en atención a los objetivos del aludido control, tres han sido los sistemas de adecuación normativa de los preceptos legales a la Carta Fundamental que se han dado en el plano fáctico, a saber, control de constitucionalidad concentrado, mediante la creación de un Tribunal Constitucional con atribuciones exclusivas para controlar la constitucionalidad de una norma, no atribuibles a otro órgano del Estado; control difuso, que entrega el control de constitucionalidad a los órganos jurisdiccionales que componen el Poder Judicial; y mixto, entregando facultades de control de constitucionalidad a ambos agentes –Tribunal Constitucional y órganos del Poder Judicial–. Dependiendo del modelo de justicia constitucional establecido en cada Estado, se determinarán sus efectos, los cuales se pueden reconducir a la invalidación de la norma, la inaplicación de la misma, o su expulsión del ordenamiento jurídico, sin embargo, en uno y otro caso, todos estos modelos se reconducen a la ratificación de la inexistencia de la soberanía del legislador dentro de un Estado constitucional pues éste se encuentra subordinado a la Carta Fundamental.

2. *Efectos y consecuencias.*

De acuerdo a lo señalado, es posible sostener que el órgano que detenta la jurisdicción constitucional le corresponde fundar en el texto de la Constitución las normas de competencia de los órganos públicos y las reglas del proceso político; pero no así pretender resolver las controversias de dicho proceso, que son precisamente las que quedan entregadas al flujo de fuerzas del sistema democrático y que habrán de expresarse principalmente en el ámbito legislativo¹⁰. De esta manera, la tarea del órgano jurisdiccional se traduce en distinguir entre dos ámbitos, uno cubierto por la regulación constitucional y otro que queda abierto a la decisión legislativa y efectuar –en el caso del control de constitucionalidad– el juicio de compatibilidad normativa respecto del sentido normativo que se le atribuye al texto de la constitución y al instrumento normativo que se somete a su control. En este sentido, los efectos que puede traer aparejado el control de constitucionalidad tras el examen de compatibilidad pueden ser –en el caso de un control preventivo abstracto– la declaración de inconstitucionalidad y en consecuencia la imposibilidad de que

⁸ VERDUGO, Mario; GARCÍA, Ana María (1998): *Manual de derecho político*, (Editorial Jurídica de Chile, Santiago), p. 257.

⁹ Cit. (n. 6). p. 3.

¹⁰ Cit. (n.4) p. 86.

el instrumento sometido a control nazca a la vida del derecho o bien –en el caso de un control represivo concreto– la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad para el caso sometido a su conocimiento y eventualmente la expulsión del mismo.

III. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

1. *Orígenes y fundamentos.*

Tras los acontecimientos acaecidos durante el siglo XX, guerras, desastres químicos, genocidios y amplias transgresiones contra la persona humana se intensifica la búsqueda de un mecanismo que sirva de protección a todo individuo de la especie humana. Surge de esta forma el derecho internacional de los derechos humanos. Bajo dicha óptica, la comunidad internacional elabora y ratifica variados instrumentos internacionales de protección a los derechos fundamentales de las personas. Estos convenios internacionales, como todo tratado de tal calidad, se fundamentan en el principio de observancia convencional y el denominado principio *pro homine* (pro persona), constituyéndose como un criterio hermenéutico que aboga por una interpretación de los preceptos internacionales –y en su caso nacionales– siempre favorable a la persona humana.

Es en este escenario en que se da vida a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, tratado internacional ratificado por numerosos Estados del continente americano. Así, este documento consagra un catálogo de derechos humanos protegidos por la comunidad internacional, derechos que los Estados parte se comprometen a respetar de acuerdo al objeto y fin de la Convención. Se establece además la creación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tribunal internacional con competencia para conocer sobre situaciones de afectación de derechos humanos por parte de entes estatales a particulares y para emitir opiniones respecto de determinadas consultas que realicen los Estados parte –opiniones consultivas–. Esta labor efectuada por la Corte desde 1979 se ha denominado en la actualidad como *control de convencionalidad externo*, ello en contraposición al *control de convencionalidad interno*, figura de carácter jurisprudencial elaborada por la Corte en miras a lograr mayor efectividad en la protección de los derechos humanos.

De esta forma, SAGÜÉS¹¹ afirma que existen dos niveles de control de convencionalidad: el primero corresponde a la labor desempeñada por la Corte

¹¹ SAGÜÉS VOCAL, Néstor (2011): *El “control de convencionalidad” en el sistema interamericano, y sus anticipos en el ámbito de los derechos económico-sociales. Concordancias y*

Interamericana de Derechos Humanos correspondiente al ejercicio de facultades entregadas por la Convención; y el segundo, es aquel de creación jurisprudencial a partir del caso “Almonacid Arellano vs. Chile” del año 2006.

2. Dificultades para la delimitación y comprensión del concepto.

Siguiendo a Juan Carlos HITTERS podemos definir al control de convencionalidad en sentido amplio como “*un mecanismo que debe ser llevado a cabo, primero por los cuerpos judiciales domésticos, haciendo una “comparación” entre el derecho local y el supranacional, a fin de velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales, sea que surja de los tratados, del ius cogens o de la jurisprudencia de la CIDH, y luego esa tarea debe ser ejercida por la Corte IDH si es que el caso llega a sus estrados*”¹²

Si bien esta definición permite acuñar un concepto de control de convencionalidad que comprenda ambas modalidades –control interno y externo– lo cierto es que induce a equívocos. Ello se observa en primer lugar, al señalar como “lo propio” del control de convencionalidad la labor realizada por órganos judiciales domésticos –control interno– siendo que cronológicamente esta modalidad de control de convencionalidad es posterior y viene a brindar un apoyo a la labor realizada por la Corte en sede internacional. En segundo lugar, nada nos dice sobre los efectos propios del control de convencionalidad y ello es reflejo de la imprecisión con la cual se ha construido este instituto jurisprudencial por la Corte, quien no ofrece en sus sentencias una delimitación clara y uniforme del control de convencionalidad interno que nos permita comprender de manera acabada la figura.

Con el objeto de realizar un estudio sistematizado de la figura, es importante delimitar de forma precisa cada una de las modalidades que conforman el control de convencionalidad –control interno y externo– antes de aventurarnos en la tarea de entregar un concepto que comprenda ambas *clases* de control de convencionalidad. Lo anterior es de suma importancia, porque como ya se ha señalado, gran sector de la doctrina a raíz de las imprecisiones conceptuales ha optado por asimilar e identificar la estructura base del control de convencionalidad interno con la del control de constitucionalidad, siendo que las figuras nada tienen en común, porque el control de convencionalidad interno es una

diferencias con el sistema europeo en VON BOGDADY et al. (coord.), *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales. Hacia un ius constitutionale commune en América Latina* (Universidad Nacional Autónoma de México, México), p.118.

¹² HITTERS, Juan Carlos (2009): “*Control de Constitucionalidad y Control de Convencionalidad. Comparación (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)*” en *Estudios constitucionales*, vol. VII, N°2, p.124.

especie de control de convencionalidad, alejado por tal de la naturaleza, origen, voluntad y efectos propios del control de constitucionalidad.

3. Clases o modalidades control de convencionalidad.

3.1 Control de convencionalidad externo.

El primero de ellos, el de más larga data (1979), encuentra sustento normativo en los artículos 33, 62.3, 67 y 68.1 de la Convención y ha sido denominado por doctrina como control de convencionalidad externo o internacional. En principio, este control podemos entenderlo como la labor realizada por la Corte a través de sus sentencias de fondo, ya sea de resolución de conflictos entre un Estado y sus habitantes, o consultivas (interpretación de las disposiciones de la CADH) cuando un asunto haya sido sometido a su decisión.

El control de convencionalidad externo no genera mayores dificultades conceptuales ya que, en el plano internacional, constituye la competencia asignada a un tribunal internacional o supranacional para que éste determine cuándo los Estados parte, a través de sus normas o actos vulneran el derecho convencional y generan con ello responsabilidad internacional. En nuestro sistema interamericano el órgano que lleva a cabo dicha tarea es la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuya jurisdicción es vinculante y sus decisiones constituyen obligaciones de resultado en el caso en que un Estado no cumpla con las obligaciones de respeto y garantía de los derechos. Los Estados otorgan esta competencia de manera expresa al ratificar la Convención Americana sobre Derechos Humanos, asimismo, la Corte ha llevado a cabo este control desde su primera sentencia¹³.

Ahora bien, cabe recalcar que este es un control de carácter subsidiario, su tarea es inspeccionar si los países han violado o no las convenciones sujetas a su competencia. Tampoco tiene por objeto revisar sentencias, por tanto, no constituye una cuarta instancia a la cual se acuda cuando no existan más posibilidades de discusión en el ámbito nacional (sin considerar los casos excepcionales en donde una decisión judicial afecte derechos protegidos de individuos).

La vinculatoriedad de este control se desprende expresamente del texto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, específicamente

¹³ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2012): “Los desafíos del control de convencionalidad del *Corpus Iuris Interamericano* para las jurisdicciones nacionales” en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. XLV, Nº135, p. 1172.

en el artículo 68.1 el cual señala que “*Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes*”.

Junto con ello, la Corte, para reforzar la vinculatoriedad del control de convencionalidad externo, ha esgrimido tres argumentos de forma constante en el desarrollo de su jurisprudencia, ellos son: (i) las obligaciones internacionales deben ser cumplidas de buena fe; (ii) no es posible alegar el derecho interno para incumplir dichas obligaciones, conforme el artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados; (iii) el principio del “efecto útil” de los tratados, que obliga a los Estados a instrumentar el derecho interno para cumplir lo pactado¹⁴.

De esta forma, el control de convencionalidad externo se encuentra claramente delimitado, estableciéndose de manera precisa su contenido, efectos, órgano y forma de llevarlo a cabo. Se identifica como una institución jurídica con rasgos propios que le otorgan fisonomía particular, la que lo diferencia de otros controles como el de constitucionalidad.

3. 2 Control de convencionalidad interno. Aproximación conceptual.

La segunda clase de control denominado *control de convencionalidad interno*, es una creación jurisprudencial de la Corte, quien entrega a los órganos del Estado la labor de controlar la adecuación de la normativa nacional a las disposiciones de la Convención y a la interpretación que la Corte realiza de ella, siendo por tal vinculante su jurisprudencia.

Esta creación jurisprudencial encuentra sus orígenes en el voto razonado del aquel entonces juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sergio GARCÍA RAMÍREZ¹⁵, en el caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, del año 2003, voto en el cual por primera vez se acuña la voz “control de convencionalidad”.

¹⁴ SAGÜES VOCAL, Néstor (2010): “*Obligaciones Internacionales y Control de Convencionalidad*” en *Estudios Constitucionales*, vol. VIII, N° 1, p. 120.

¹⁵ “*Para los efectos de la Convención Americana y del ejercicio de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, el Estado viene a cuentas en forma integral, como un todo. En este orden, la responsabilidad es global, atañe al Estado en su conjunto y no puede quedar sujeta a la división de atribuciones que señale el Derecho interno. No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte sólo a uno o algunos de sus órganos, entregar a éstos la representación del Estado en el juicio --sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto-- y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del “control de convencionalidad” que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional*”. Caso *Mack Chang vs. Guatemala*. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez, sentencia del 25 de noviembre de 2003*, párr. 27.

Ya en el caso *Almonacid Arellano vs. Chile*¹⁶ del año 2006, la Corte de forma expresa en su sentencia de fondo establece que los Estados parte de la Convención, en concreto el Poder Judicial, deben ejercer una *especie* de control de convencionalidad de las normas nacionales (internas) en relación con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pero no sólo han de tener en consideración el texto escrito de aquella sino también las interpretaciones realizadas por la Corte, con prescindencia del carácter particular que pueda revestir la sentencia en el caso concreto. Este mismo criterio es reiterado en el caso *La Cantuta vs. Perú*, del mismo año, en su considerando 173 en referencia expresa a lo señalado en *Almonacid*.

Por su parte, en el caso *Trabajadores cesados del Congreso vs. Perú*, del año 2006, la Corte vuelve a señalar el deber de los Estados parte de la Convención de realizar un control de convencionalidad, esta vez, asimilando de manera sutil este control al de constitucionalidad en cuanto a los órganos encargados de llevarlo a efecto, así la Corte establece que: “(...) *los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes*”. Llama la atención, que en este caso la Corte determina que el control de convencionalidad es de carácter “*ex officio*”, y restringe el material controlante al texto de la Convención, sin decir nada acerca de su jurisprudencia.

No obstante lo anterior, la Corte, en el caso *Boyce y otros vs. Barbados* del año 2007, vuelve a reiterar en su considerando 78 el mismo criterio utilizado en *Almonacid*, sin hacer mención alguna sobre el carácter “*ex officio*” del control¹⁷.

¹⁶ En el presente caso, la CIDH señaló, en el considerando 124 del veredicto que “*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 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 esa tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana*”. El destacado es nuestro. Caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 26 de septiembre de 2006*, párr. 124.

¹⁷ Sin perjuicio de que posteriormente en el caso *Radilla Pacheco vs. México* vuelve a reconocer el carácter “*ex officio*”.

Por su parte, en el caso Heliodoro Portugal vs. Panamá del año 2008, la Corte vuelve a mencionar el control de convencionalidad en su considerando 180, esta vez en los siguientes términos: “(...) ‘control de convencionalidad’, según el cual cada juzgador debe velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales, de manera que no quede mermado o anulado por la aplicación de normas o prácticas internas contrarias al objeto y fin del instrumento internacional o del estándar internacional de protección de los derechos humanos”. En este sentido, a partir del caso anterior, se reconoce de manera expresa que la fisonomía del control de convencionalidad interno contempla el principio del efecto útil y el criterio de la interpretación teleológica de la Convención como elementos del examen de compatibilidad normativa, elementos que vuelven a ser mencionados en el caso Radilla Pacheco vs. México (2009), volviendo a reiterar el carácter *ex officio* del control.¹⁸

Con posterioridad a dicha sentencia la Corte no vuelve a referirse al control de convencionalidad sino hasta el caso Cepeda Vargas vs. Colombia (2010), sin embargo, de manera marginal y sólo aludiendo a él en una nota al pie de página que por lo demás se remite al caso Almonacid vs. Chile y Trabajadores cesados vs. Perú. Posterior a ello, desde el caso de la Comunidad Indígena Xákmok vs. Paraguay y hasta el caso Ibsen Cárdenas vs. Bolivia, la Corte repite de manera textual lo que ya había establecido en el caso Radilla.

Es en el caso Vélez Loor vs. Panamá (2010) en el que la Corte agrega nuevos elementos a la fisonomía del control de convencionalidad que dan luces de un intento de congruencia en su construcción. En particular, señala la Corte que este control recae sobre los “órganos de cualquiera de los poderes cuyas autoridades ejerzan funciones jurisdiccionales” y que se debe “ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también de convencionalidad”¹⁹. Una

¹⁸ “En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer un “control de convencionalidad” *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”. Caso Radilla Pacheco vs. México. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 23 de noviembre de 2009, párr. 339.

¹⁹ “Asimismo, cabe resaltar que cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, quienes ejercen funciones jurisdiccionales también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos de cualquiera de los poderes cuyas autoridades ejerzan funciones jurisdiccionales deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también —de convencionalidad— *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en

vez más se observa esta asimilación que realiza la Corte en cuanto a los órganos llamados a efectuar el control de convencionalidad interno con los órganos encargados de realizar control de constitucionalidad en el Estado parte, más aún, se establece la interrogante en torno a si esta obligación de ejercer el control de constitucionalidad de los órganos jurisdiccionales implicaría una suerte de reconocimiento jurisprudencial de control constitucionalidad de carácter difuso en cada uno de los estados parte de la Convención.

Por otro lado, en el caso *Gomes Lund y otros vs. Brasil* (2010) agrega la Corte que el *Poder Judicial está internacionalmente obligado a ejercer un control de convencionalidad*, lo cual es cuestionable considerando que del texto de la Convención no se desprende aquello. Así en el caso en *Cabrera García y Montiel Flores vs. México* (2010), la Corte vuelve sobre lo establecido en los caso *Vélez Loo y Radilla* señalando en su considerando 225 que “*los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están obligados a ejercer control de convencionalidad, entre las normas internas y la Convención Americana*”, ex officio, teniendo en cuenta no sólo el tratado, sino también la interpretación de la Corte.

De lo expuesto hasta aquí, es posible observar que no existe un concepto uniforme de control de convencionalidad interno, pues la Corte, desde el caso *Almonacid Arellano* (2006) en adelante, no ha delimitado el contenido esencial del estudiado control, más aún, no ha sido capaz de precisar la forma de realizarlo, sus efectos y órganos competentes, hecho que ha dado lugar a la asimilación del control de convencionalidad interno con el control de constitucionalidad.

3.3 Control de constitucionalidad y control de convencionalidad interno, ¿dos frutos provenientes de un mismo árbol?

A partir de las delimitaciones efectuadas a modo de capturar el contenido esencial de las figuras estudiadas es posible señalar que entre el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad interno existe un elemento en común, cual es que en ambos se realiza un examen de compatibilidad normativa entre el sentido normativo que se le atribuye al instrumento sometido a su control –derecho interno o precepto infraconstitucional– y el sentido normativo que se le atribuye al texto que sirve como parámetro de control –Convención o Constitución–. Ello ha llevado a afirmar a algunos

el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes”. Caso *Vélez Loo vs. Panamá*. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 23 de noviembre de 2010*. párr. 287.

autores²⁰, que *una norma subconstitucional debe superar dos vallas: el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad interno*; incluso debido a esta similitud, otros han denominado al control de convencionalidad interno como un “control de supraconstitucionalidad”.

Así, un examen apresurado de las figuras en estudio podría arribar a la conclusión de que ambos controles –convencionalidad interno y constitucionalidad– se sustentan en la misma estructura lógico-normativa ya que en ambos existe un control de adecuación entre un material controlado –normas nacionales– y uno de mayor “rango” –Convención o Constitución–. Sin embargo, existe un antecedente que es desatendido por aquellos que afirman dicha asimilación de estructuras base, esto es, que ambos controles se inspiran en principios distintos, provienen de voluntades diversas y acarrear efectos diferentes. Una asimilación de ambos institutos jurídicos sólo en razón de la aparente identidad del método comparativo y el llamado efectuado por la Corte en orden a que los mismos órganos que realizan el control de constitucionalidad al interior de un Estado sean los que lleven a cabo el control de convencionalidad interno, implica considerar aspectos meramente formales, sin reflexionar sobre los verdaderos fundamentos y consecuencias de los controles en estudio y que en definitiva configuran la identidad de los mismos.

De esta forma, la confusión y asimilación de ambos controles ha llevado a algunos autores como Humberto NOGUEIRA²¹, Néstor SAGÜES²² y FERRER MAC-GREGOR²³ a afirmar que los efectos producidos vía control de convencionalidad interno tras detectar la *inconveniencia* de una norma, son equiparables a los producidos en sede nacional vía control de constitucionalidad, esto es, la

²⁰ SAGÜES VOCAL, Néstor (2010): “*Obligaciones Internacionales y Control de Convencionalidad*” en *Estudios Constitucionales*, vol. VIII, N° 1, p.129. También en: NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2013): “*Diálogo Interjurisdiccional y Control de Convencionalidad en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*”, vol. XIX, p. 546.

²¹ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2012): “Los desafíos del control de convencionalidad del Corpus Iuris Interamericano para las jurisdicciones nacionales” en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. XLV, N°135, p. 1187.

²² SAGÜES VOCAL, Néstor (2009): “El control de convencionalidad, en particular sobre las constituciones nacionales” en *La Ley*, vol. I, p. 4.

²³ FERRER MAC-GREGOR, al emitir su voto razonado como juez ad hoc en el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, en la sentencia de 26 de noviembre de 2010, citando a Sergio García Ramírez, establece en el Párrafo 223: “*Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos judiciales vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana*”.

inaplicabilidad de la norma y en su caso, cuando los órganos encargados de efectuar el control de convencionalidad interno tengan facultades derogatorias en materia de control de constitucionalidad, la invalidez de la norma.

Lo anterior resulta al menos cuestionable, ello porque la declaración de invalidez de una norma nacional debe ser regulada por el propio ordenamiento nacional, el que determinará el procedimiento y causales de procedencia. Por lo demás, si la propia Corte ha afirmado en reiterados fallos que el control de convencionalidad interno es una *especie* de control de convencionalidad, por tanto, ¿cómo es posible que sus efectos sean tan disímiles entre sí? Sobre este aspecto profundizaremos posteriormente.

Por lo pronto, es importante establecer los criterios esenciales que distinguen a los controles en cuestión. Así, tres serán los criterios considerados en este análisis, a saber: a) principios en que se fundamentan; b) voluntades comprometidas en su establecimiento; y c) efectos.

a) Principios en que se fundamentan.

Tal como se ha dejado de manifiesto en los análisis efectuados, la creación del control de constitucionalidad en sede nacional y del control de convencionalidad interno, obedecen a la concreción de principios diferentes. Así, en el caso del control de constitucionalidad, este ha sido establecido como mecanismo de adecuación de la normativa nacional al texto normativo-político de mayor jerarquía en un Estado, esto es, la Constitución Política. Esta necesidad de adecuación de la normativa interna a la Carta Fundamental se inspira en el principio de supremacía constitucional a partir del cual el texto constitucional ostenta mayor jerarquía que las demás normas del ordenamiento jurídico nacional. De esta manera, el control de constitucionalidad se fundamenta en el principio de supremacía constitucional, expresión este último del principio de jerarquía.

Por su parte, el control de convencionalidad interno, al ser una especie del control de convencionalidad, se sustenta en un principio distinto, esto es, el principio de observancia convencional, cuyo sentido es velar por el efectivo cumplimiento y respeto de las obligaciones internacionales a las que ha adherido de manera soberana el Estado, de forma tal de evitar incurrir en responsabilidad internacional por incumplimiento de lo pactado.

b) Voluntades comprometidas en su establecimiento.

El Estado es una entidad elaborada con fines dogmáticos y prácticos, compuesta por órganos que respondiendo a la clásica división de Montesquieu

conforman poderes del mismo. En su conjunto dicha enteleguía goza de personalidad jurídica que le permite actuar en la vida del derecho mediante la actividad que despliegan personas integrantes de los distintos poderes.

Suele señalarse que cuando actúa cada uno de los poderes del Estado existe una voluntad que ha obrado produciendo determinadas consecuencias en el mundo jurídico. Lo cierto es que, al aludir a una determinada voluntad, existe tras ella un procedimiento determinado que le ha dado tal carácter. Así, cuando señalamos que ha actuado la voluntad del constituyente, o en su caso la voluntad del Parlamento, existe un procedimiento que ha sido efectuado para que la actuación se repute legítima.

En este orden de ideas, puede sostenerse que las voluntades emitidas desde el Estado para quedar vinculado a un determinado control de adecuación de la normativa interna es distinta en uno y otro caso, ello porque los procedimientos de aprobación del material controlante –CADH, en el caso del control de convencionalidad, Constitución, en el control de constitucionalidad– son distintos. Es por esto que, cuando se aprueba el texto constitucional y los mecanismos de control del mismo, se indica que ha intervenido la voluntad del poder constituyente, y cuando se ha aprobado y ratificado el tratado internacional, en este caso la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ha actuado la voluntad soberana del Estado, obligándose como tal frente a la comunidad internacional.

c) Efectos.

En esta materia se debe hacer la prevención de que la Corte aún no precisa los efectos que trae aparejado el ejercicio del control de convencionalidad interno. No obstante ello, una primera aproximación al asunto nos debiera llevar a pensar que al ser una “*especie*” del control de convencionalidad en los términos de la Corte este debería producir el mismo efecto que el control de convencionalidad externo frente a un supuesto de “*inconventionalidad*”, esto es, la responsabilidad internacional por la verificación de un hecho internacionalmente ilícito a consecuencia del incumplimiento de obligación internacional. Sin perjuicio de lo anterior y debido a la constante asimilación con el control de constitucionalidad todo parece indicar que la Corte tiene la pretensión de que el efecto del control de convencionalidad interno no sea sólo la responsabilidad internacional del Estado parte, sino que también el de la inaplicabilidad del instrumento contrario a la Convención, o bien, la expulsión del ordenamiento jurídico del mismo.

En este sentido, debemos ser enfáticos al señalar que si efectivamente estamos en presencia de una *especie* de control de convencionalidad sería un error

pretender asimilar sus efectos al de control de constitucionalidad –en orden a que el juez encargado de realizar el control tenga la facultad para dejar de aplicar al caso concreto un instrumento normativo contrario a la Convención y eventualmente desplazarlo del ordenamiento jurídico–, por cuanto al ser una especie sus efectos no pueden ser diametralmente distintos²⁴.

En síntesis y en base a lo expuesto, es posible concluir que los controles objeto de estudio se diferencian en aspectos centrales de modo tal que la asimilación realizada por la doctrina y ratificada por la jurisprudencia de la Corte en los casos Trabajadores cesados vs. Perú (2006), y Vélez Loor vs. Panamá (2010) carece de sustento lógico-normativo. Por un lado, el control de convencionalidad se configura y desarrolla en base a principios y normas de derecho internacional que tienen por objeto proteger y asegurar los derechos reconocidos en la Convención y hacer efectiva la responsabilidad internacional de los Estados que la transgreden. Este noble objetivo que llevó a la creación por la vía jurisprudencial de una institución –cuyas características se alejan de la certeza a la cual estamos acostumbrados en los ordenamientos jurídicos inspirados en el sistema jurídico romano germánico–, no es el mismo que está detrás del control de constitucionalidad, el cual pretende encauzar el proceso político de toma de decisiones de un estado dentro del marco fijado por el poder constituyente originario o derivado.

IV. ANÁLISIS CRÍTICO CONTROL DE CONVENCIONALIDAD INTERNO. CARÁCTER VINCULANTE PARA LOS ESTADOS PARTE DE LA CADH

Como ya se ha precisado, el control de convencionalidad interno pretende que los órganos que forman parte del Estado, sean del Poder Judicial, sean órganos de la administración del Estado, realicen un control, a modo tal de establecer la concordancia entre la normativa interna de un Estado y el texto de la Convención e interpretación que de ésta realice la Corte. Así, para comprender de forma acabada este mecanismo de creación jurisprudencial, es necesario realizar una distinción entre los dos elementos que forman parte del control de convencionalidad interno, por un lado se encuentra el instrumento normativo que sirve de parámetro de control, esto es, el texto escrito de la Convención y

²⁴ En este mismo sentido CASTILLA señala: “*un tribunal internacional nunca expulsa, ni inaplica como principal resultado del ejercicio de su competencia a las normas que se opongan al tratado, sino tan solo determinará el incumplimiento de una obligación internacional y posterior a ello, indirectamente podrá pedir que se inaplique o expulse una norma, pero dejando eso a cargo del Estado internacionalmente responsable, y sin que en todos los casos eso sea la regla a seguir.* CASTILLA JUÁREZ, Karlos (2013): “¿Control interno o difuso de convencionalidad? Una mejor idea: la garantía de tratados” en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XIII, p. 74.

por otro la interpretación que de sus disposiciones realiza la Corte a través de las sentencias, la cual en sus términos tiene carácter vinculante para el órgano que ejerce el control.

1. *Carácter vinculante de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.*

Tal como se ha precisado, dos son los parámetros de adecuación utilizados en el control de convencionalidad interno, esto es, el texto de la Convención y la jurisprudencia de la Corte. En el presente trabajo, el carácter vinculante de la Convención no está en duda puesto que un Estado desde el momento en que ha ratificado un tratado —en este caso la Convención—, ha expresado su voluntad normativa en orden a asumir un compromiso internacional referido al respeto y promoción del pacto en cuanto “*poder estatal*”, *con independencia de las autoridades que deban producir los actos para dar cumplimiento a la misma: desde el poder constituyente derivado hasta el más bajo nivel que pueda apreciarse en la escala jerárquica de potestades administrativas o jurisdiccionales*²⁵. En este sentido, el tratado impone al Estado en su conjunto las obligaciones que en su virtud contrae en el ámbito de las potestades constituyentes derivadas, legislativas, administrativas y jurisdiccionales²⁶. De esta manera los jueces de cada Estado parte de la Convención se encuentran sometidos a una doble sujeción respecto de la Convención, que si bien adquiere el carácter de fuente interna, siempre conserva su carácter vinculante para el juez en cuanto órgano del Estado obligado (ex. artículo 18 de la Convención de Viena).

Ahora bien, es necesario señalar que dos artículos de esta Convención han sido utilizados como argumento para que se lleve a cabo el control de convencionalidad interno por parte de los jueces nacionales (o quienes se encuentren facultados para ejercer dicho control). En este sentido, el artículo 1.1²⁷ que establece las obligaciones de respeto y garantía se complementa con el contenido del artículo 2 de la Convención²⁸, el cual se refiere al deber estatal

²⁵ ALDUNATE LIZANA, Eduardo (2010): “La posición de los tratados internacionales en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico chileno a la luz del derecho positivo” en *Revista Ius et Praxis*, vol. XVI, p. 193.

²⁶ *Ibid.* p. 194.

²⁷ El artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos establece que: “*Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna (...)*”.

²⁸ El artículo 2 de la Convención señala: “*Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos cons-*

de adoptar disposiciones de derecho interno para hacer efectivos los derechos y libertades reconocidos por este tratado.

No obstante lo anterior, el artículo 2º no define cuáles son las medidas pertinentes para la adecuación del derecho interno a la Convención –lo cual es justificable, ya que las medidas variarán de acuerdo a la situación concreta–. A pesar de lo anterior, la Corte en una de sus sentencias²⁹, al dotar de sentido y alcance al mencionado artículo, declaró que tal adecuación implica la adopción de medidas en dos vertientes: (i) la supresión de las normas prácticas de cualquier naturaleza que impliquen una violación a las garantías previstas en la Convención, o que los desconozcan u obstaculice su ejercicio, y (ii) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías.

De este modo, estos artículos según la Corte son los argumentos para señalar que los Estados parte están obligados a armonizar su ordenamiento jurídico interno con la normativa de protección de esta Convención, siendo una herramienta esencial para cumplir con ese fin: el control de convencionalidad. Pues este, de acuerdo a las palabras del juez Antonio Cançado Trindade, “puede contribuir a asegurar que la Convención Americana genere sus efectos propios (efecto útil) en el derecho interno de los Estados Partes”³⁰.

2. *Carácter vinculante de la interpretación que la Corte realiza respecto a la CADH (jurisprudencia de la Corte).*

El carácter vinculante de las interpretaciones realizadas por la Corte fue planteado en el caso *Almonacid Arellano vs. Chile*. La incógnita al respecto es determinar cuál es el argumento de texto que nos permite sostener esta facultad que se ha irrogado la Corte, y en su defecto, el fundamento racional en el cual se sustenta. Así en un primer análisis resulta lógico acudir a la propia Convención que consagra y da vida a la Corte. No obstante ello, observamos que dentro de sus disposiciones no existe norma alguna que otorgue a la interpretación que realiza la Corte sobre la Convención carácter vinculante para todos los Estados parte, ya que las únicas facultades interpretativas se asocian

titucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

²⁹ Caso Castillo Petrucci y otros vs. Perú. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Fondo, reparaciones y costas, sentencia de 30 de mayo de 1999*, párr. 207.

³⁰ Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Voto disidente del Juez Antonio Cançado Trindade, solicitud de interpretación de la sentencia de excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2007*, párr. 45.

a la necesidad de requerimiento previo de parte para el pronunciamiento al respecto por la Corte³¹. Siendo tal el caso, es menester atender al fundamento racional que ha de sustentar el vínculo.

En doctrina, encontramos defensores del carácter vinculante de la jurisprudencia de la Corte en materia de control de convencionalidad interno, los cuales se basan en los siguientes argumentos³²:

a) La Corte es la intérprete última de la Convención, por lo que, una vez que el Estado la suscribe acepta como vinculante su jurisprudencia, siendo deber del Estado, quien con su voluntad soberana ha adherido libremente a la Convención, respetar tanto la CADH como la jurisprudencia de la Corte, ambos deberes regidos por en el principio de buena fe y el de “efecto útil” de los tratados.

Como respuesta a este argumento es posible señalar que si bien el Estado con su voluntad soberana ha suscrito la Convención, ésta última no establece el carácter vinculante de la jurisprudencia de la Corte. Asimismo, los principios de buena fe y del efecto útil de los tratados, son propios de todo instrumento internacional que reciba nombre de convenio, tratado o convención, y estos no se relacionan directamente con la vinculatoriedad de la jurisprudencia. Por lo tanto, el argumento es bastante forzado.

b) Necesidad de evitar responsabilidad internacional del Estado por incumplimiento. Este argumento parte de la base del carácter vinculante de la

³¹ De este modo, encontramos el artículo 62.3: “La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención **que le sea sometido**, siempre que los Estados partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial, como se indica en los incisos anteriores, ora por convención especial”. En el mismo sentido, el artículo 64 establece: “1. Los Estados miembros de la Organización **podrán** consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. Asimismo, podrán consultarla, en los que les compete, los órganos enumerados en el capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires. 2. La Corte, a solicitud de un Estado miembro de la Organización, podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales”. El destacado es nuestro.

³² Así por ejemplo BAZÁN, Víctor (2012): “Control de Convencionalidad, aperturas dialógicas e influencias jurisdiccionales recíprocas”, en *Seção Especial – Doutrina Estrangeira*, vol. XLV, pp. 212- 213, NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2012): “Los desafíos del control de convencionalidad del Corpus Iuris Interamericano para las jurisdicciones nacionales” en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. XLV, N°135, pp. 1179, y SAGÜÉS VOCAL, Néstor (2010): “Obligaciones Internacionales y Control de Convencionalidad” en *Estudios Constitucionales*, vol. VIII, N° 1, p. 126.

jurisprudencia de la Corte sin ahondar en los fundamentos del mismo. Así postula la necesidad de respetar los pronunciamientos de la Corte (por todos los Estados parte) para evitar responsabilidad internacional. Los que afirman lo anterior, recurren a la figura del “diálogo horizontal”, es decir, que existan canales de comunicación entre los jueces nacionales –y también aquellos órganos nacionales encargados de velar por el control de convencionalidad– con la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para así lograr cierto consenso entre la interpretación que realiza la Corte de los derechos contenidos en la CADH y la forma de ser consagrados en los distintos Estados parte.

Este argumento no nos entrega una respuesta de fondo para sustentar el carácter vinculante de la jurisprudencia de la Corte. Más aún, no resulta idóneo dejar al mero diálogo la interpretación de la CADH, diálogo que podría verse afectado por tendencias ideológicas.

c) Unificación de criterios de interpretación y pleno respeto de los derechos consagrados en la CADH. Este argumento fundamenta el carácter vinculante de la jurisprudencia de la Corte en la necesidad de establecer criterios interpretativos universales de manera que los derechos humanos sean respetados y entendidos de igual forma por todos los Estados parte. Además, se busca aliviar en parte el trabajo de la Corte, de forma tal que solo lleguen a su conocimiento casos respecto de los cuales no haya existido un pronunciamiento previo que determine la interpretación del derecho en cuestión.

Este argumento se contrapone a la realidad dado que, en cada Estado, existen circunstancias distintas –ya sean económicas, morales, culturales, etc.–, las que pueden condicionar la forma de entender y otorgarle eficacia a los derechos humanos. Siendo así las cosas, este fundamento del carácter vinculante de la jurisprudencia de la Corte, se opone con la doctrina del “margen de apreciación”, resultando una incongruencia entre ambas creaciones jurisprudenciales. Sumado a lo anterior, cabe preguntarse ¿hasta qué punto debe ser vinculante la jurisprudencia de la Corte? Los Estados gozan de autonomía constitucional, así, aceptar que la jurisprudencia de esta Corte es vinculante, limita la forma en que cada país desea regular y proteger los derechos humanos, así por ejemplo, podemos plantear la siguiente pregunta: ¿Por qué un Estado debe aceptar que la vida comienza cuando el óvulo se implante en el útero (caso “*Artavia Murillo con Costa Rica*”), por qué no puede considerar que inicia desde la concepción, acaso no es más protector el segundo criterio?

3. Países que aceptan el carácter vinculante de la jurisprudencia de la Corte.

Según nuestro parecer, la única modalidad bajo la cual puede estimarse el carácter vinculante de la jurisprudencia de la Corte es por medio de la inclusión

de una cláusula constitucional que estipule que los criterios jurisprudenciales se considerarán con dicho efecto. Ahora bien, entre los Estados parte de la Convención, existen algunos que han llevado a cabo lo antes descrito, sin embargo, estos se distinguen por la diversa fisonomía en que cada uno le ha brindado en su respectivo ordenamiento jurídico. Según Ferrer³³, entre estos Estados encontramos a: México, Perú y Colombia³⁴.

a) México.

Como consecuencia del caso Radilla Pacheco vs. México de fecha 23 de noviembre de 2009, se impuso la obligación a todos los jueces de los Estados Unidos Mexicanos de efectuar un control de convencionalidad “difuso”, lo cual significa en palabras de Angulo que “(...) *el control de constitucionalidad y de convencionalidad concentrado pasó a ser un control difuso, que permite a todos los juzgadores del país aplicar, analizar e interpretar los derechos humanos, su protección y cumplimiento dentro de las normas secundarias*”³⁵. Aquello, fue reconocido por la Suprema Corte de Justicia de dicho país, en sentencia 912/2010, tomando como argumento principal la reforma vigente desde el 11 de junio de 2011 al párrafo 2 del artículo 1º de la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos³⁶.

Este párrafo contenido en el artículo 1º de la referida Constitución ha sido interpretado de varias formas con el objeto de determinar su real sentido y alcance. Autores como Ferrer, señalan que este es la clave para el ejercicio del

³³ FERRER MC - GREGOR, Eduardo (2012): “*El control de convencionalidad y la Reforma Constitucional en materia de Derechos Humanos*” (Serie Azul Temas Internacionales, México), p. 16.

³⁴ Es necesario destacar que las cláusulas estipuladas en México y Perú se basaron en el artículo 10 inciso 2 de la Constitución española de 1978, que señala: “*Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales, sobre las mismas materias ratificados por España*”. FERRER MC-GREGOR Eduardo (2011): “*Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad*” en *Estudios Constitucionales* 9 (2011) 2, p. 550. TORRES ZUÑIGA, Natalia (2012): “*El control de convencionalidad: deber complementario del juez constitucional peruano y el juez interamericano, similitudes, diferencias y convergencias*” (Tesis para optar al grado de Licenciado en Derecho, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima), p. 127.

³⁵ ANGULO JACOBO, Luis (2013): “*El control difuso de convencionalidad en Revista del Instituto de la Judicatura Federal*”, vol. XXXV, p. 72. Como ha quedado de manifiesto en el presente trabajo no adherimos a la tesis de igualar los controles de constitucionalidad y de convencionalidad.

³⁶ Aquel párrafo señala: “*Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia*”.

control de convencionalidad³⁷. En este sentido, el autor realiza un análisis del mismo, y sostiene que sus elementos son, entre otros, los siguientes: (i) sus destinatarios son *todos*³⁸ (tanto particulares como autoridades que componen los tres poderes del Estado); (ii) es *obligatoria*³⁹; (iii) en cuanto a su *objeto*, éste se compone de todos los derechos humanos, no pudiendo existir, como limitación, el rango, sea este constitucional o infraconstitucional otorgado a los respectivos tratados en que se contengan derechos humanos⁴⁰; en cuanto a la expresión “tratado internacional”, señala que ésta debe tomarse en sentido amplio⁴¹, debiéndose contener en ella “la interpretación que establezcan los órganos que el propio tratado autoriza para su interpretación” (órganos de supervisión, cumplimiento e interpretación, como comités, comisiones, tribunales, etc.), y con mayor intensidad si existen órganos jurisdiccionales cuya misión es la aplicación e interpretación del tratado, como por ejemplo, la CIDH⁴².

De ahí que la norma interpretada por dicho Tribunal adquiera el mismo grado de eficacia que el texto convencional (...) especialmente por tratarse del único órgano jurisdiccional previsto en el Sistema Interamericano, con competencia última y definitiva en la interpretación de la CADH (y sus protocolos adicionales), *de donde deriva la obligatoriedad de sus interpretaciones*⁴³. Este criterio, sin embargo, puede ampliarse por el intérprete e incluir dentro de la tarea hermenéutica que lleva a cabo, a otros instrumentos como son: declaraciones, observaciones generales, informes, etc.; no obstante lo fundamental es que favorezcan la “protección más amplia” a la persona⁴⁴.

Por su parte, CABALLERO⁴⁵ destaca que “*a lo que se ha abierto nuestro país [México] es a un sistema de interpretación de normas preexistentes en nuestro orden jurídico al haber ratificado tales instrumentos, pero que no actúan en su individualidad normativa, sino en una aplicación a través de claves interpretativas que van decantándose ante una serie de criterios: principio pro persona, el criterio consensual, que opera en relación con la normativa interna, el margen de*

³⁷ Cit. (n. 35). p. 14.

³⁸ Cit. (n. 36), p. 550.

³⁹ *Ibíd.*

⁴⁰ *Ibíd.*, p. 556.

⁴¹ *Ibíd.*

⁴² *Ibíd.*

⁴³ *Ibíd.*

⁴⁴ *Ibíd.*

⁴⁵ CABALLERO OCHOA, José Luis (2011): La cláusula de la interpretación conforme y el principio pro persona (artículo 1º segundo párrafo de la Constitución en CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (coord.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma* (Universidad Nacional Autónoma de México, México), p. 121.

apreciación de los propios estados, etcétera, lo que posibilita un verdadero diálogo jurisprudencial". A la vez, este autor, basándose en la existencia de una cláusula similar en la Constitución española, adhiere a la tesis de la vinculatoriedad de los criterios jurisprudenciales de la Corte.

Sin perjuicio de lo anterior, según nuestra opinión, es forzado establecer que en esta cláusula sólo por mencionar la expresión "tratados internacionales" sin más, deba incluirse en aquel concepto la jurisprudencia de la Corte. En consecuencia, creemos que simplemente es un reconocimiento de la llamada interpretación conforme, con la expresión de su principio rector: pro persona o a favor de la persona.

b) Perú.

En esta materia, TORRES sostiene que la Cuarta disposición final y Transitoria de la Constitución del Perú de 1993, contiene una cláusula de apertura constitucional o también denominada interpretativa, que incluiría a la jurisprudencia de la Corte aunque aquella no lo señale expresamente⁴⁶; señala que existen diferentes causas por las cuales sería de esta forma, en las que destacan que los criterios de interpretación de la Corte, tanto en sus sentencias de fondo como en sus opiniones consultivas son los que desarrollan los alcances de los tratados que son parte del [Sistema Interamericano de Derechos Humanos], razón por la cual deberían incorporarse al parámetro normativo (...). El sentido progresivo de los fallos y opiniones consultivas de dicho tribunal y la indeterminación de los derechos que protege el [Sistema Interamericano de Derechos Humanos] justifican ello⁴⁷. Agrega que en la práctica, las jurisdicciones constitucionales consideran la jurisprudencia de la Corte, para dotar de contenido a un derecho constitucional⁴⁸. Termina concluyendo: "*Es decir, si bien la CFDT (sic) no se refiere a la jurisprudencia como parte del parámetro controlador, se debe tener en cuenta que la apertura constitucional también supone reconocer que el juez nacional no es el único intérprete autorizado para definir el contenido de un derecho, sobre todo cuando su labor se enmarca dentro de una lógica*". Agrega además, que el ordenamiento jurídico peruano adhiere a esta tesis ya que el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional peruano la recoge, estableciendo expresamente la vinculatoriedad de la jurisprudencia⁴⁹.

⁴⁶ Cit.(n. 36), p. 185.

⁴⁷ *Ibíd.* p. 187.

⁴⁸ *Ibíd.*

⁴⁹ *Ibíd.* p. 188.

Así, el Tribunal Constitucional con anterioridad a la creación por parte de la Corte, del “control de convencionalidad interno” en *Almonacid Arellano vs. Chile*, estimaba que la jurisprudencia de aquel Tribunal Internacional era vinculante, dejándolo claro en el fundamento 12 de su sentencia de 21 de julio de 2006 (expediente Nº 2730-2006-PA/TC), que sostiene: *“La vinculatoriedad de las sentencias de la Corte Interamericana no se agota en su parte resolutive (la cual, ciertamente, alcanza sólo al Estado que es parte en el proceso), sino que se extiende a su fundamentación o ratio decidendi, con el agregado de que, por imperio de la Cuarta Disposición Final y Transitoria (CDFT)⁵⁰ de la Constitución y el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional⁵¹, en dicho ámbito la sentencia resulta vinculante para todo poder público nacional, incluso en aquellos casos en los que el Estado peruano no haya sido parte en el proceso. En efecto, la capacidad interpretativa y aplicativa de la Convención que tiene la Corte Interamericana, reconocida en el artículo 62.3 de dicho tratado, aunada al mandato de la CDFT de la Constitución, hace que la interpretación de las disposiciones de la Convención que se realiza en todo proceso, sea vinculante para todos los poderes públicos internos, incluyendo, desde luego, a este Tribunal”⁵²*

c) Colombia.

En el caso colombiano, la jurisprudencia de la CIDH forma parte del bloque de constitucionalidad en sentido lato. Para llegar a esta conclusión, fue necesario que la Corte Constitucional de Colombia en una sentencia del año 2005 declarara que los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia forman con el texto de la Constitución un bloque de constitucionalidad⁵³.

⁵⁰ “Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y los acuerdos internacionales, sobre las mismas materias ratificados por el Perú”.

⁵¹ “El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte”.

⁵² TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE PERÚ. Sentencia Exp. N.º2730-2006-PA/TC, párr. 10.

⁵³ “El único sentido razonable que se puede conferir a la noción de prevalencia de los tratados de derechos humanos y de derecho internacional humanitario es que estos forman con el resto del texto constitucional un “bloque de constitucionalidad”, cuyo respeto se impone a la ley. En efecto, de esa manera se armoniza plenamente el principio de supremacía de la Constitución como norma de normas, con la prevalencia de los tratados ratificados por Colombia, que reconocen los derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción” (CP, Artículo 93).CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia rol C-225/95.Párrafo 59 y 60.

En este sentido, la Corte Constitucional explica que el control constitucional debe realizarse no sólo frente al texto formal de la Carta, sino también frente a otras disposiciones a las que se atribuye jerarquía –bloque de constitucionalidad estricto sensu– y en relación con otras normas que, aunque no tengan rango constitucional, configuran parámetros necesarios para el análisis de las disposiciones sometidas a su control –bloque de constitucionalidad lato sensu–. A partir de ello, es necesario preguntarse cuáles son las fuentes que conforman el bloque de constitucionalidad, tanto en un sentido estricto como en un sentido lato.

NOGUEIRA⁵⁴ señala que en el caso colombiano, el bloque de constitucionalidad en sentido estricto –normas que tienen tanta fuerza vinculante como la Constitución y que la integran– se conforma por: el preámbulo; el articulado constitucional; los tratados de límites ratificados por Colombia; los tratados de Derecho Humanitario; los tratados ratificados por Colombia que reconocen derechos intangibles; y “*en cierta medida*” la doctrina elaborada por los tribunales internacionales al menos como criterio relevante de interpretación. Por su parte, en un sentido amplio, el bloque de constitucionalidad se encuentra conformado por aquellas normas que sirven como parámetros de interpretación en el ejercicio del control constitucional, es decir, en este caso nos referimos a los demás convenios y tratados públicos ratificados por Colombia referidos a Derechos Humanos; la doctrina elaborada por los órganos de control internacional sobre Derechos Humanos; las leyes estatutarias; leyes orgánicas.

En este caso es posible observar la imposición de la teoría monista por sobre la dualista, pues al incorporar la figura jurídica del bloque de constitucionalidad a nivel internacional, éste se sobrepone al nivel nacional, debido a que, si bien aún se encuentra vigente el principio de supremacía constitucional, éste le ha dado paso al principio de “supremacía convencional”. Lo anterior se fundamenta en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, pues ésta ha declarado el carácter vinculante del derecho internacional para las ramas del poder público del Estado, las cuales deben someterse a la supremacía de la Convención, so pena de incurrir en futuras violaciones de Derechos Humanos y en ser objeto de un control de convencionalidad (externo).

Según MORA⁵⁵, la discusión de si la jurisprudencia es o no fuente del derecho está completamente superada, toda vez que es ella la única que actualiza el derecho de acuerdo a las diversas situaciones y problemáticas de la sociedad. El

⁵⁴ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2012): “*Los desafíos del control de convencionalidad del Corpus Iuris Interamericano para las jurisdicciones nacionales*” en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. XLV, N°135, p.1202.

⁵⁵ MORA MÉNDEZ, Jorge Andrés (2012): “El control de convencionalidad: un replan-

autor anteriormente mencionado expresa que el derecho no puede ser estático y ajeno a las diversas y nuevas manifestaciones del ser humano. Por lo tanto, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene fuerza vinculante para todos aquellos países que han aceptado su competencia.

En este orden de ideas, reiteramos, que sólo la voluntad del Estado, puede ser la fuente y fundamento del carácter vinculante de la jurisprudencia de un órgano como la Corte Interamericana, ya que su principal función es conocer de las transgresiones a los derechos humanos que los propios Estados creadores de ella cometan.

4. *Consecuencias del control de convencionalidad interno.*

En el presente apartado se explicará cómo la vinculatoriedad de las sentencias de la Corte es incompatible con las teorías del margen de apreciación y del consenso, las cuales podrían favorecer el pleno respeto y vigencia de la CADH y a su vez, respetan el rol subsidiario que posee la jurisdicción internacional respecto de la nacional. Cabe destacar que las mencionadas teorías han sido desarrolladas en el ámbito del Sistema Europeo de Protección de los Derechos Humanos, las que han tenido un incipiente desarrollo por parte de la CIDH.

a) Introducción al margen de apreciación.

De acuerdo a LETSAS, el margen de apreciación puede ser entendido en un doble aspecto: el sustantivo y el estructural. El primero responde a la relación entre los derechos fundamentales y los objetivos públicos, en cuanto a que la autoridad pública está facultada para adoptar determinadas medidas en pos de objetivos públicos que, si bien interfieren con los derechos fundamentales, no pueden significar la afectación de estos últimos⁵⁶. Para determinar si la afectación se ha producido, el tribunal recurre a la teoría de la proporcionalidad, con la cual se compara las medidas adoptadas por el Estado con el estándar de la “necesidad en una sociedad democrática” en aras de establecer si la interferencia del derecho es ajustada a la Convención o no.

Es relevante mencionar, que si bien la Corte no ha adoptado de manera expresa este concepto de margen de apreciación, sí ha aplicado el criterio de la proporcionalidad en términos similares a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (en adelante, TEDH) para determinar la

teamiento de principios y fuentes del derecho”, en *Revista Republicana*, vol. XII, Nº12, p.222, 225 y 230.

⁵⁶ LETSAS, George, A (2009): “*Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*” (Oxford University Press, Oxford), p. 84.

afectación del derecho consagrado en la Convención. De esta manera, a vía de ejemplo, en el caso *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*, la Corte aplicó el criterio de proporcionalidad para determinar si la prohibición absoluta de las técnicas de fertilización *in vitro*, en resguardo del derecho a la vida, era proporcional respecto a los derechos de formar una familia, a la vida privada y la igualdad ante la ley.

El segundo aspecto que elabora el autor, en cuanto al margen de apreciación en su aspecto estructural, se entiende como una idea de autolimitación de la revisión judicial por parte del órgano jurisdiccional internacional, en virtud del hecho que este es instaurado por un tratado internacional. La idea que subyace a este concepto, es que el poder de la Corte para revisar las decisiones de las autoridades nacionales debe ser más restringido que los de una corte constitucional nacional u otros órganos estatales que analizan y controlan el cumplimiento de una carta de derechos fundamentales⁵⁷. Lo anterior, se refuerza en el hecho de que las convenciones de derechos humanos son tratados internacionales y no cartas de derecho fundamentales⁵⁸.

De lo expuesto, se puede desprender que el margen de apreciación supone la virtud de respetar la deferencia que ha de existir hacia todos los Estados parte de la Convención en aquellas situaciones en que estos cuentan con una mejor situación para responder ante la demanda de tutela de los derechos humanos; así se concuerda con la idea de subsidiariedad que tienen los sistemas regionales de protección de los derechos humanos⁵⁹, respetándose de esta manera los procesos políticos- normativos propios de cada Estado. Este concepto, además, permite adecuar el discurso de los derechos humanos a los usos y prácticas del ámbito nacional, frente a la creciente universalización en la búsqueda de soluciones de los derechos y libertades de la persona⁶⁰. Además, reconocemos que la presente doctrina, es una herramienta que permite la co-

⁵⁷ *Ibíd.* p. 90.

⁵⁸ Sobre el aspecto estructural: LETSAS expone (...) El TEDH debería otorgar a menudo, una deferencia hacia las autoridades nacionales, bajo la idea de que el Convenio Europeo de Derecho Humanos es un tratado internacional y no una carta de derechos fundamentales. *Ibíd.* p. 89.

⁵⁹ *Ibíd.* p. 91.

⁶⁰ NÚÑEZ POBLETE, Manuel (2012): “*Sobre la Doctrina del Margen de Apreciación Nacional. La Experiencia Latinoamericana Confrontada y el Thelos Constitucional de una Técnica de Adjudicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos*” en ACOSTA ALVARADO, P. A y NÚÑEZ POBLETE, M. A (coordinadores) “*El margen de apreciación en el sistema interamericano de protección a los Derechos Humanos: proyecciones Regionales y Nacionales*” (Universidad Autónoma de México, México), p. 40.

hesión de las comunidades pertenecientes a un sistema regional de protección de los derechos humanos⁶¹.

Finalmente, debemos destacar que en la región americana se han asentado los procesos de democratización y adopción de estándares conformes a un Estado de Derecho, tornando en inválidas las críticas formuladas en el pasado a estas teorías que aludían la debilidad de las democracias en América Latina⁶². No obstante lo anterior, actualmente para Benavides Casals, las razones por las cuales no se han adoptado las presentes teorías en el ámbito americano responden a que, en un primer lugar, la jurisprudencia de la CIDH, es cuantitativamente menor que la del TEDH; y en segundo lugar, es debido a que la Corte acude a un concepto de consenso universal, no aplicando de esta manera la teoría del margen de apreciación⁶³. Sobre la idea del consenso, esta será expuesta a continuación.

b) La no discriminación en la adopción de estándares universales.

El margen de apreciación, en su aspecto estructural, opera principalmente en dos situaciones: (i) en caso de no existir un consenso en los Estados partes del sistema regional, se otorga un margen de apreciación al Estado para que él resuelva la situación de acuerdo a sus usos y normas; (ii) en otro aspecto, se establece que corresponde al Estado la resolución de aquellos temas que son políticamente sensibles para él, por lo tanto, se prefiere que se resuelvan estos conflictos en el ámbito local, mediante el ejercicio del margen de apreciación⁶⁴.

El consenso puede ser definido según la jurisprudencia del TEDH de la siguiente manera: “Aquel acuerdo general entre la mayoría de los Estados del Consejo de Europa, acerca de ciertas reglas y principios, identificados a través

⁶¹ *Ibíd.* p. 43.

⁶² En relación a esto, CANÇADO TRINDADE expresó: “Cómo pretender aplicarlo en un sistema regional en el que el Poder Judicial de tantos países sufre todo tipo de presiones e intimidaciones. Cómo pretender aplicarlo en un continente en que la función judicial en tantos países sigue siendo compartida por el fuero ordinario o común y fueros militares especiales. Cómo pretender aplicarlo en relación a ordenamientos jurídicos nacionales severamente cuestionados por su ineficacia en el combate a la impunidad”. CANÇADO TRINDADE, Antonio (2006): “*El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Siglo XXI*” (Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile). p. 390.

⁶³ BENAVIDES CASALS, MARÍA (2009): “*El consenso y el margen de apreciación en la protección a los Derechos Humanos*” en *Revista Ius Et Praxis*, vol. I, Nº 15, p. 308.

⁶⁴ *Cit.*(n. 58). p. 91. Respecto a los temas políticamente sensibles, estos en general corresponden a las situaciones de derogaciones de derechos por casos de estados de excepción, situación consagrada en el artículo 15 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Se estima que las autoridades nacionales se encuentran en una mejor posición para determinar la aplicación de este artículo.

de una investigación comparativa del derecho nacional e internacional y su práctica”⁶⁵. En otras palabras, supone la búsqueda de estándares comunes acerca del contenido del derecho consagrado en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (en lo sucesivo, CEDH), mediante la convergencia de criterios por parte de los Estados miembros, los cuales deben ser considerados al momento de interpretar la convención, puesto que existe una presunción favorable hacia la interpretación y aplicación del derecho que realiza la mayoría de los Estados partes.

Es este sentido, BENAVIDES – en cuanto al rol del consenso como criterio de interpretación – establece que: *“Es también un método de interpretación que permite a los órganos jurisdiccionales internacionales el determinar en un momento cómo la comunidad internacional en la que se aplica esa norma entiende el derecho en cuestión, permitiéndole establecer si ha existido o no una violación. La búsqueda que el tribunal internacional hace de la comprensión que tienen los Estados de la norma convencional vaga y carente de claros contornos, tiene por tanto como resultado una interpretación guiada por el consenso de los Estados en relación a la comprensión del derecho”*⁶⁶.

Lo anteriormente mencionado, no puede desarrollarse bajo la realidad actual, que se traduce en un estricto apego al control de convencionalidad, debido a la vinculatoriedad de la jurisprudencia de la Corte respecto de los Estados partes. Lo anterior se explica en que mediante el control de convencionalidad se está otorgando un “consenso impuesto”, ya que al estimar que se debe determinar el contenido del derecho de la CADH de acuerdo a la jurisprudencia del tribunal, se está privando a los Estados de poder desarrollar su propio consenso americano. Por lo tanto, al privar de la idea de un consenso genuino, en cuanto a la interpretación y aplicación de los contenidos de la CADH, se atenta contra un elemento fundamental para el desarrollo de la teoría del margen de apreciación.

Es especialmente relevante expresar, que la Corte acude a un consenso universal, es decir, en el razonamiento e interpretación que se realiza de la Convención, se aplican criterios que no son elaborados para la realidad americana, sino que en su mayoría pertenecen al ámbito europeo, tales como: jurisprudencia de órganos de otros sistemas de protección, los cuales están insertos en otras culturas y valores; instrumentos internacionales que no han sido adoptados por la totalidad de los Estados partes del sistema regional de protección; re-

⁶⁵ DZEHTSIAROU KANSTANTSIN (2011): *“European Consensus and the Evolutive Interpretation of the European Convention on Human Rights”* en *German Law Journal*, vol. XII, N°10, p.1733.

⁶⁶ Cit. (n.65). p.298.

soluciones de organizaciones internacionales, en las cuales, lo local se pierde frente a lo universal. En razón de lo anterior, no existe una discriminación en la adopción de estándares internacionales en la interpretación de la CADH. Pretender aplicar estos estándares con fuerza vinculante a la totalidad de los Estados partes, priva de todo sentido a la ideas del consenso y de la resolución de los conflictos de acuerdo a una interpretación de los derechos humanos acorde al contexto de la región.

Por lo tanto, con la actual configuración del control de convencionalidad, en el caso que no exista una decisión vinculante de la Corte, toda interpretación y aplicación que se realice de la CADH por parte de los órganos estatales tiene un carácter de incerteza e inseguridad, debido a que si el pronunciamiento de la Corte se aparta de lo establecido por el Estado, este último deberá adecuarse a la nueva jurisprudencia. Lo anterior, reviste de un carácter de gravedad, ya que la Corte no ha otorgado pautas claras en la aplicación del control de convencionalidad en supuestos que no exista una decisión previa.

En respuesta de lo anterior, RUIZ-CHIRIBOGA ha determinado que en la ausencia de este pronunciamiento, deberá el juez y, en general, la autoridad pública adoptar un control de convencionalidad amplio, incluyendo las decisiones y opiniones de otros órganos internacionales relacionados en la protección de los derechos humanos⁶⁷. Esto último en nuestra opinión no es procedente, debido a que se estaría exigiendo al juez nacional interpretar y aplicar el derecho nacional con instrumentos que carecen de fuerza normativa, tales como jurisprudencia de otros sistemas de protección de derechos humanos, resoluciones de organizaciones internacionales, opiniones de comités especializados, entre otros. Además, supondría profundizar la adopción indiscriminada de estándares universales para solucionar problemas que, en una gran mayoría de casos, pertenecen al ámbito de lo local. Lo mencionado anteriormente, se refleja principalmente en la interpretación evolutiva realizada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como se verá en lo sucesivo.

Cabe destacar que existe un problema estructural en cuanto al control de convencionalidad, ya que en la operación no se puede distinguir cuáles sentencias serán vinculantes, sino que, en la aplicación del mencionado, de plano todas estas pasan a ser obligatorias –incluyéndose tanto las sentencias interpretativas (consultivas) como las sentencias de fondo–, para los Estados Parte. Lo cual, trae aparejado el problema de la incerteza en torno a qué criterio jurisprudencial ha de seguirse, si el posterior o el anterior. En vistas de lo

⁶⁷ RUIZ-CHIRIBOGA, Oswaldo (2010): “*The Conventionality Control: Examples of (Un) Successful Experiences in Latin-America*” en *Inter-American and European Human Rights Journal*, vol. III, Nº1-2, p. 215.

anterior, la Corte no realiza un análisis cualitativo ni temporal de sus sentencias que permita zanjar el problema, lo que acrecienta el problema.

c) La universalización de los estándares mediante la interpretación evolutiva.

La base de la interpretación evolutiva es la idea de que las partes puedan celebrar un tratado con la intención de que éste, o algunas de sus disposiciones, sea capaz de evolucionar en su significado a través del tiempo, a la luz de ciertos cambios en las circunstancias fácticas o jurídicas, las que pueden ser desde el desarrollo científico o técnico, hasta la emergencia de nuevos regímenes legales⁶⁸.

En cuanto a la utilidad de la interpretación evolutiva respecto a las convenciones de derechos humanos, en general, reconocemos las siguientes funciones: en primer lugar, permite una adecuada protección de los derechos de las personas toda vez que esta interpretación permite que las disposiciones desarrollen su efecto útil, amparando aquellas nuevas situaciones producto del desarrollo de la comunidad⁶⁹; en segundo lugar, se asegura la debida flexibilidad en la interpretación y aplicación del derecho internacional de los derechos humanos, ya que de seguir una posición originalista en cuanto a la interpretación, los instrumentos deberían ser objeto constantemente de enmiendas para abarcar los nuevos desarrollos alcanzados⁷⁰; y finalmente, esta clase de interpretación contribuye al desarrollo de estándares superiores en materia de protección a los derechos humanos⁷¹.

Uno de los aspectos importantes a mencionar sobre el método de interpretación realizado por la CIDH, y de acuerdo a lo anteriormente señalado, es que la CIDH al apuntar hacia la universalidad en la interpretación y aplicación del derecho internacional, es constante en la referencia a otros instrumentos

⁶⁸ ARATO, Julian (2010): “*Subsequent Practice and Evolutive Interpretation: Techniques of Treaty Interpretation over Time and Their Diverse Consequences*” en *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. IX, N°3, p. 465.

⁶⁹ Cit. (n. 67). p. 1731.

⁷⁰ PAUWELYN, JOOST; ELSIG, MANFRED (2011): “*The Politics of Treaty Interpretation: Variations and Explanations Across International Tribunal*” en DUNOFF, JEFFREY; POLLACK, MARK (ed.), *Interdisciplinary Perspectives on International Law and International Relations* (Cambridge, Cambridge University press), p. 453.

⁷¹ *Es apropiado recordar que la Convención es un instrumento vivo, el cual debe ser interpretado a la luz de las condiciones actuales y de acuerdo al desarrollo del derecho internacional; en consecuencia, para reflejar los mayores estándares requeridos en el área de la protección de los Derechos Humanos, es necesario una mayor firmeza en la evaluación de la vulneración de los valores fundamentales de las sociedades democráticas.* Case of Demir and Baykara V. Turkey. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. párr. 146.

internacionales, aparte de la CADH, sean vinculantes o no, para fundar su decisión⁷²; en consecuencia, se aplica lo dispuesto por artículo 29 de la CADH⁷³, la cual señala como imperativo, tener en cuenta los instrumentos internacionales en su conjunto para propender al máximo grado de protección posible a la persona⁷⁴.

Lo anterior, se materializa en el uso de jurisprudencia extranjera y de instrumentos no vinculantes para determinar los estándares que se deben cumplir por parte de los Estados Partes en el respeto de las normas contenidas en la CADH, de esta manera el *soft-law* pasa a ser *hard-law*, toda vez que se declara una afectación a la convención por no cumplir con dichos estándares⁷⁵, otorgándole una fuerza vinculante a dichos instrumentos.

Ejemplos de jurisprudencia extranjera utilizada por parte de la CIDH, en cuanto al TEDH, encontramos los siguientes casos: Herrera Ulloa vs. Costa Rica⁷⁶, Ricardo Canese vs. Paraguay⁷⁷ y en el Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia⁷⁸. Respecto a la Corte Internacional de Justicia, la CIDH ha

⁷² Es importante destacar lo asentado por la CIDH respecto al *corpus juris* internacional, complementando lo expuesto anteriormente: “De esta manera, por ejemplo, pueden formar parte de su jurisprudencia los estándares establecidos por la Corte Europea de Derechos Humanos, tratados internacionales del sistema universal, las resoluciones de los Comités de Naciones Unidas, las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos o incluso los informes de los relatores especiales de la OEA o de Naciones Unidas, entre otros, siempre y cuando la Corte IDH los utilice y los haga suyos para formar su interpretación del *corpus juris interamericano* y crear la norma convencional interpretada como estándar interamericano”. Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.. México. *Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 26 de noviembre de 2010*. p. 18, nota al pie nº 64.

⁷³ LIXINSKI, Lucas (2010): “*Treaty Interpretation by the Inter-American Court of Human Rights: Expansionism at the Service of the Unity of International Law*” en *The European Journal of International Law*, vol. XXIII, N°3, p. 603.

⁷⁴ CANÇADO TRINDADE, Antonio (2006): *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Siglo XXI* (Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile). p. 390.

⁷⁵ NEUMAN, Gerald (2008): “*Import, Export and Regional Consent in The Interamerican Human Rights*” en *The European Journal of International Law*, vol. XIX, N°1, p. 113.

⁷⁶ Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 2 de julio de 2004 párr. 125-127. En este caso, de acuerdo a NEUMAN, la CIDH resumió la doctrina del TEDH respecto a la difamación. Cit. (N°77) p. 113.

⁷⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Ricardo *Fondo, reparaciones y costas, sentencia de 31 de agosto de 2004*. párr. 102. En el presente caso se cita al TEDH respecto a su afirmación de que los candidatos políticos deben estar sujetos un mayor nivel de escrutinio público y crítica en el curso de una campaña electoral. Cit. (N°77) p. 113.

⁷⁸ Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia. CORTE INTERAMERICANA DE DERE-

acudido a diferentes sentencias para apoyar su jurisprudencia, por ejemplo en la opinión consultiva 10/89⁷⁹ alude a los siguientes casos: *Namibia*⁸⁰, *Barcelona Traction*⁸¹ y *United States Diplomatic and consular Staff in Theran*⁸². En cuanto a la interpretación de las normas de la CADH con el apoyo de instrumentos de *soft-law*, la CIDH ha acudido, a modo ejemplar, a los siguientes documentos: Principios Rectores de los Desplazamientos Internos⁸³, El Protocolo de Minnesota⁸⁴ y Las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos de las Naciones Unidas⁸⁵.

En razón de lo anterior, al interpretar la Convención de acuerdo a este *corpus iuris* universal, el cual está formado por un amplio conjunto de instrumentos con fuerza normativa y otros que solo revisten la calidad de *soft-law*, al declarar el efecto vinculante de la jurisprudencia de la Corte, en definitiva se estaría obligando a los Estados a adoptar dichos estándares y aplicarlos en el fuero local. Con lo cual, en un primer lugar, se atenta contra la idea del margen de apreciación y consenso, como se ha dicho, ya que se otorgaría preeminencia a los estándares universales aplicados por la Corte, en vez de un estándar americano. Esto es relevante toda vez que mediante la interpretación evolutiva se han consagrado derechos de carácter jurisprudencial, así por ejemplo: la

CHOS HUMANOS. *Sentencia de 15 de septiembre de 2005*, párr. 106. Aquí la CIDH recoge de manera expresa en su jurisprudencia contenciosa la teoría del instrumento vivo del caso “Tyrer vs. UK” la cual se considera el origen de la interpretación evolutiva.

⁷⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del Artículo 64 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos. *Opinión Consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989*, párr. 37-38.

⁸⁰ Utiliza dicha sentencia para apoyar el argumento de que los tratados deben interpretarse de acuerdo al marco legal imperante al momento de la interpretación. INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276. *Advisory opinion 21 of June 1971*. p.16 y 32.

⁸¹ Se refiere a este caso debido a la obligación *erga omnes* de respetar los derechos humanos por parte de los Estados INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Second Phase. Judgment of 5 February 1970*. p.3.

⁸² Este caso reitera la afirmación anterior. INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran. Judgment 24 of May 1980*. p. 3 y 42.

⁸³ Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Suriname. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia 15 de junio de 2005*. párr. 111.

⁸⁴ Caso Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 7 de junio de 2003*. párr. 127

⁸⁵ Caso Boyce y otros vs. Barbado. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 20 de noviembre de 2007*. párr. 25.

propiedad comunal, la no discriminación por motivos de orientación sexual y el derecho a no sufrir desplazamientos involuntarios en el ámbito interno.

Una fuerte crítica al control de convencionalidad en relación con la interpretación evolutiva, y en general a toda interpretación realizada por la Corte, es que la metodología de la Corte para interpretar la CADH, de acuerdo al artículo 29 de la Convención debe regirse por el principio de la norma más favorable, por lo tanto, esta norma perfectamente puede ser aquella consagrada en el ámbito interno. Unido a lo anterior, la Corte interpretará evolutivamente considerando las normas internas del Estado y todas aquellas circunstancias que estime relevante en su ejercicio hermenéutico, las cuales pueden no cumplirse en otro Estado. Por lo tanto, si consideramos vinculante sus sentencias, la jurisprudencia de la Corte puede que diga relación con situaciones específicas de los Estados, las que no deberían ser homologables a otros en que no se presente ésta, puesto que se aplicaría normativamente la decisión jurisdiccional de acuerdo a hechos que no concuerdan con todos los Estados parte.

Si bien reconocemos el gran valor de la interpretación evolutiva en el campo de los derechos humanos, debemos rechazar la idea de la aplicación de las decisiones jurisprudenciales en las que se interprete evolutivamente a los demás Estados mediante el control de convencionalidad, esto debido a que en la aplicación de las reglas del artículo 29 de la CADH se puede llegar a casos en los que el marco normativo aplicable solo lo sea para el Estado parte de la decisión jurisdiccional y no para el resto, distorsionando de esta manera las obligaciones internacionalmente asumidas por cada Estado.

d) La idea de subsidiariedad del sistema de protección de los derechos humanos.

Como se ha expuesto, la vinculatoriedad de las sentencias atenta directamente con la idea de subsidiariedad del sistema de protección de los derechos humanos. En relación a este último, la propia Corte ha determinado en su jurisprudencia que: “*Los Estados no gozan de una discrecionalidad ilimitada y corresponderá a los órganos del sistema interamericano, en el marco de sus respectivas competencias, ejercer ese control en forma subsidiaria y complementaria. En este caso, la Corte analiza la conformidad de los actos estatales en el marco de las obligaciones consagradas en el artículo 27 de la Convención, en relación con las otras disposiciones de la Convención objeto de la controversia*”⁸⁶. Es la propia Corte quien reconoce el rol subsidiario y complementario de ella, por lo tanto, siendo congruente con dicha afirmación, ésta debería recepcionar y aplicar la

⁸⁶ Caso Escué Zapata vs. Colombia. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Fondo, reparaciones y costas, sentencia de 4 de julio de 2007. Párr. 47.

teoría de los márgenes de apreciación y no otorgarle un carácter vinculante a su jurisprudencia.

En cuanto al carácter subsidiario de la Corte y los márgenes de apreciación, en el ámbito europeo, CAROZZA afirma que “*al reconocer un significativo grado de discreción a las autoridades locales, el CEDH efectivamente otorga un espacio a las instituciones nacionales para apropiarse de la Convención y hacerla suya. Ellos están en una posición para asumir las normas y aplicarlas internamente en la forma que sea más consistente con su estructura política e institucional, con la evaluación de sus necesidades como sociedad democrática y de acuerdo a los valores de su cultura*”.

En razón de lo expuesto, la Corte al pretender aplicar su razonamiento a toda actividad estatal mediante el control de convencionalidad, no respeta la idea de subsidiariedad del sistema de protección, toda vez que determina que en la adopción de las decisiones que están sometidas al ámbito de autonomía constitucional de los Estados se debe seguir la jurisprudencia de la Corte. Los principales obligados a cumplir de buena fe con sus obligaciones internacionales son los Estados, y son estos mismos, quienes han determinado obligarse por un tratado internacional que lo cumplirán en su ámbito interno, por lo tanto, el rol de la Corte debe ser uno de supervisión y de corrección en los casos que se le presenten, y no el de un órgano que se auto-otorgue fuerza vinculante en sus decisiones respecto a Estados que no se encuentran en la misma situación por la cual se ha declarado una afectación de los derechos humanos.

5. Propuestas frente al carácter vinculante de las sentencias de la CIDH.

Como se ha planteado, la creación del mecanismo de control de convencionalidad interno no resulta plenamente necesaria en los términos en que se encuentra formulado en la actualidad. Lo anterior se sustenta en que los Estados parte al someterse al tratado y comprometerse a su cumplimiento para con la comunidad internacional lo hicieron sólo en razón de éste y no de la jurisprudencia de la Corte como precedente. Esta expresión no implica desconocer el valor de la Corte como un ente que dirime conflictos y promueve el cabal respeto de los derechos humanos, sino que buscamos hacer hincapié en las facultades que se le han conferido expresamente a la misma.

Bajo esta óptica, consideramos que la doctrina del margen de apreciación aparece como un límite –deseable– al carácter vinculante de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, carácter que, como ha quedado establecido en el desarrollo del presente trabajo, ella misma construyó. Frente a esto, es necesario hacer una precisión o advertencia: la teoría del margen de apreciación ha sido

mayormente desarrollada dentro del sistema europeo de derechos humanos, mientras que en la jurisprudencia de la Corte Interamericana ha tenido un incipiente desarrollo.⁸⁷ No obstante lo anterior, el margen de apreciación es un mecanismo que permite el cumplimiento de las disposiciones de la Convención por parte de los Estados.

De esta forma al igual que Núñez⁸⁸, consideramos que la doctrina del margen de apreciación reconoce la autonomía constitucional de cada Estado, permitiendo la admisibilidad de una pluralidad de valoraciones en materia de derechos fundamentales, configurándose así como un límite para la jurisdicción internacional o supranacional, la cual deberá abstenerse de subrogar a las autoridades nacionales en la valoraciones de aquellas circunstancias que permiten configurar las versiones locales de los derechos universales. Sin embargo, al hacer vinculante la jurisprudencia de la Corte, ésta despoja de sentido una doctrina que ella misma ha seguido y desarrollado de manera incipiente; lo que conlleva una incongruencia mayor. Debido a lo anterior, creemos que debe existir un control de convencionalidad, pero dotado de otros elementos, los cuales no guarden relación con la vinculatoriedad de la jurisprudencia.

V. CONCLUSIONES

PRIMERO: El “control de constitucionalidad” se traduce en un conjunto de mecanismos ideados a través del tiempo para salvaguardar la supremacía constitucional frente a posibles vulneraciones emanadas de los órganos del Estado, garantizando así la normatividad de la Constitución en cuanto regla de fondo y de procedimiento, debiendo privarse de eficacia aquellas normas y actos que le son contrarios.

SEGUNDO: La tarea del órgano jurisdiccional que ejerce un control de constitucionalidad, se traduce en distinguir entre dos ámbitos, uno cubierto por la regulación constitucional y otro que queda abierto a la decisión legislativa, efectuando un juicio de compatibilidad respecto del sentido normativo que se le atribuye al texto de la Constitución y al instrumento normativo que se somete a su control. En este sentido, podemos encontrar dos efectos que pueden surgir del control de constitucionalidad de acuerdo al segundo ámbito anteriormente mencionado, en el caso de un control preventivo abstracto: la declaración de inconstitucionalidad y en consecuencia la imposibilidad de que el instrumento sometido a control nazca a la vida del derecho y en el

⁸⁷ En este sentido, se puede apreciar los casos en que ha sido aplicado el margen de apreciación en la jurisprudencia de la Corte en: Cit. (n. 60). p. 12.

⁸⁸ *Ibíd.*

caso de un control represivo concreto: la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad para el caso sometido a su conocimiento y eventualmente la expulsión del mismo.

TERCERO: El control de convencionalidad surge a partir la intención de los Estados de resguardar y proteger los derechos humanos. A partir de ello, la doctrina y la jurisprudencia de la Corte distinguen dos niveles, uno interno y otro externo. El primer control es de origen convencional, el cual tiene por objeto revisar y condenar en su caso a los Estados que incurran en alguna violación a los derechos contenidos en la Convención y su fundamento radica en la voluntad de los Estados. A su vez, el segundo control es de origen jurisprudencial, siendo el caso *Almonacid Arellano vs. Chile* el punto de partida de esta construcción la cual se critica pues no ha sido uniforme, siendo difícil determinar un concepto de este tipo de control.

CUARTO: Al ser el control de convencionalidad interno una figura de creación jurisprudencial, cuyos efectos y contornos aún no se encuentran delimitados de manera cierta, la doctrina ha recurrido a la figura del control de constitucionalidad, asimilando los efectos de este último control a los del primero. Lo anterior es resultado de un análisis poco exhaustivo sobre el tema, que desconoce la estructura lógica-normativa base del control de constitucionalidad. En este sentido, como se ha establecido en el presente informe, tres son los criterios que han de tenerse en consideración al momento de realizar un análisis comparativo entre ambas figuras, a saber: voluntades, principios y efectos.

QUINTO: Pretender predicar los efectos del control de constitucionalidad al ámbito del control de convencionalidad interno resulta criticable, por cuanto, el juez del foro se vería obligado a dejar de aplicar un precepto eventualmente constitucional pero contrario a la Convención. Si bien en este caso se puede dar lugar a la responsabilidad internacional del Estado infractor, es la Corte quien en ejercicio de sus facultades – control de convencionalidad externo– y de conformidad a la Convención debe determinarla como asimismo ordenar la inaplicabilidad del precepto.

SEXTO: Lo anterior resulta compatible con el principio de juridicidad propio de un Estado de Derecho, en virtud del cual, los órganos del estado –en este caso el juez–, encuentra la fuente y límite de su actuar en su ordenamiento jurídico. En este sentido, al estar ratificada la Convención por un Estado, esta pasa a ser parte de su ordenamiento jurídico y en consecuencia el órgano estatal deberá actuar en cumplimiento de ésta. Ahora bien, al no estar reconocido de manera expresa el control de convencionalidad interno en la Convención –y sólo ser una creación jurisprudencial cuya vinculatoriedad también se pone en

duda–, no es posible exigirle al juez del foro que deje de aplicar un precepto de derecho interno por esta vía, si se afirma lo contrario, se desconoce la voluntad soberana del Estado, quien al momento de asumir sus compromisos internacionales, lo hizo en atención de un texto determinado –la Convención–, el cual no preveía ni prevé esta delegación de facultades por parte de la Corte.

SÉPTIMO: Los argumentos esgrimidos hasta aquí resultan útiles para aquellos Estados que a sabiendas de las discusiones que existen en torno al carácter vinculante de la Corte aún no le han dado un tratamiento de manera expresa en sus respectivos ordenamientos jurídicos al asunto. En este sentido, la solución propuesta para poner fin a la incertidumbre en torno a la existencia y efectos del control de convencionalidad interno es modificar la Convención reconociendo de manera expresa el control de convencionalidad con la respectiva delimitación de sus elementos y efectos.

OCTAVO: El control de convencionalidad externo es plausible y deseable en cuanto instrumento que permite hacer efectiva la promesa normativa consagrada en el texto de la Convención. Sin embargo, debemos ser enfáticos en sostener que su estructura no puede suponer la vinculatoriedad de las sentencias de la Corte –alegada de *motu proprio* por ella– para los demás Estados, sino que ello debe ser objeto de un debate y eventual modificación de la Convención. No obstante lo anterior, del presente trabajo es posible advertir las consecuencias adversas que trae aparejada la vinculatoriedad de la jurisprudencia y de las cuales necesariamente deberán hacerse cargo los Estados si es que desean modificar la Convención, a saber: (i) la incompatibilidad de la teoría de los márgenes de apreciación y el consenso con el control de convencionalidad; (ii) la adopción indiscriminada de estándares internacionales para interpretar la CADH; (iii) la afectación de la subsidiariedad que debe tener un sistema de protección.

NOVENO: Finalmente y respondiendo a la pregunta planteada en el título de este artículo, se concluye que los controles objeto de estudio *no son frutos provenientes del mismo árbol* y cualquier asimilación que se haga respecto de ellos carece de sustento. El control de convencionalidad se configura y desarrolla en base a principios y normas de derecho internacional que tienen por objeto proteger y asegurar los derechos reconocidos en la Convención y hacer efectiva la responsabilidad internacional de los Estados que la transgreden. Este noble objetivo que llevó a la creación por la vía jurisprudencial de una institución –cuyas características se alejan de la certeza a la cual estamos acostumbrados en los ordenamientos jurídicos inspirados en el sistema jurídico romano germánico–, no es el mismo que está detrás del control de constitucionalidad, el cual pretende encauzar el proceso político de toma de decisiones de un Estado dentro del marco fijado por el poder constituyente originario o derivado.

BIBLIOGRAFÍA

Artículos y monografías.

- ALDUNATE LIZANA, Eduardo (2002): “*Interpretación, valores y sistema constitucional*”, en *Cuadernos de Derecho Público*, vol. XII, N°12.
- ALDUNATE LIZANA, Eduardo (2010): “*La posición de los tratados internacionales en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico chileno a la luz del derecho positivo*” en *Revista Ius et Praxis*, vol. XVI.
- ANGULO JACOBO, Luis (2013): “*El control difuso de convencionalidad en Revista del Instituto de la Judicatura Federal*”, vol. XXXV.
- ARATO, Julian (2010): “*Subsequent Practice and Evolutive Interpretation: Techniques of Treaty Interpretation over Time and Their Diverse Consequences*” en *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. IX, N°3.
- BAZÁN, Víctor (2012): “*Control de Convencionalidad, aperturas dialógicas e influencias jurisdiccionales recíprocas*”, en *Seção Especial – Doutrina Estrangeira*, vol. XLV.
- BENAVIDES CASALS, MARÍA (2009): “*El consenso y el margen de apreciación en la protección a los Derechos Humanos*” en *Revista Ius Et Praxis*, vol. I, N° 15.
- CANÇADO TRINDADE, Antonio, (2006): “*El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Siglo XXI*” (Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile).
- CASTILLA JUÁREZ, Karlos (2013): “*¿Control interno o difuso de convencionalidad? Una mejor idea: la garantía de tratados*” en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XIII.
- CABALLERO OCHOA, José Luis (2011): “*La cláusula de la interpretación conforme y el principio pro persona*” (artículo 1° segundo párrafo de la Constitución en CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (coord.) (2011): *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma* (Universidad Nacional Autónoma de México, México).
- DZEHTSIAROU KANSTANTSIN (2011): “*European Consensus and the Evolutive Interpretation of the European Convention on Human Rights*” en *German Law Journal*, vol. XII, N°10
- ESPINOSA-SLADAÑA BARRERA, Eloy (2003): “*Jurisdicción Constitucional, Impartición de Justicia y Debido Proceso*” (Ara editores, Lima).
- FERRER MC - GREGOR, Eduardo (2012): “*El control de convencionalidad y la Reforma Constitucional en materia de Derechos Humanos*” (Serie Azul Temas Internacionales, México).
- FERRER MC-GREGOR, Eduardo (2011): “*Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad*” en *Estudios Constitucionales*, vol. IX, N°2.
- HITTERS, Juan Carlos (2009): “*Control de Constitucionalidad y Control de Convencionalidad. Comparación (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)*” en *Estudios constitucionales*, vol. VII, N°2.
- LETSAS, George, A (2009): “*Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*” (Oxford University Press, Oxford).
- LIXINSKI, Lucas (2010): “*Treaty Interpretation by the Inter-American Court of Human Rights: Expansionism at the Service of the Unity of International Law*” en *The European Journal of International Law*, vol. XXIII, N°3
- MORA MÉNDEZ, Jorge Andrés (2012): “*El control de convencionalidad: un replanteamiento de principios y fuentes del derecho*”, en *Revista Republicana*, vol. XII, N°12.
- NÚÑEZ POBLETE, Manuel (2012): “*Sobre la Doctrina del Margen de Apreciación Nacional. La Experiencia Latinoamericana Confrontada y el Thelos Constitucional de una Técnica de Adjudicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos*” en ACOSTA ALVARADO, P. A y NÚÑEZ POBLETE, M. A (coordinadores) “*El margen de apreciación en el*

- sistema interamericano de protección a los Derechos Humanos: proyecciones Regionales y Nacionales*” (Universidad Autónoma de México, México).
- NEUMAN, Gerald (2008): “*Import, Export and Regional Consent in The Interamerican Human Rights*” en *The European Journal of International Law*, vol. XIX, Nº1.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2013): “*Diálogo Interjurisdiccional y Control de Convencionalidad en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*”, vol. XIX
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2012): “*Los desafíos del control de convencionalidad del Corpus Iuris Interamericano para las jurisdicciones nacionales*” en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. XLV, Nº135.
- PAUWELYN, JOOST; ELSIG, MANFRED (2011): “*The Politics of Treaty Interpretation: Variations and Explanations Across International Tribunal*” en DUNOFF, JEFFREY; POLLACK, MARK (ed.), *Interdisciplinary Perspectives on International Law and International Relations* (Cambridge, Cambridge University press).
- RUIZ-CHIRIBOGA, Oswaldo (2010): “*The Conventionality Control: Examples of (Un)Successful Experiences in Latin-America*” en *Inter-American and European Human Rights Journal*, vol. III, Nº1-2.
- SAGÜES VOCAL, Néstor (2011): “*El “control de convencionalidad” en el sistema interamericano, y sus anticipos en el ámbito de los derechos económico-sociales. Concordancias y diferencias con el sistema europeo*” en VON BOGDADY ET ALL(coord.), *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales. Hacia un ius constitutionale commune en America latina* (Universidad Nacional Autónoma de México, México).
- SAGÜES VOCAL, Néstor (2010): “*Obligaciones Internacionales y Control de Convencionalidad*” en *Estudios Constitucionales*, vol. VIII, Nº 1.
- SAGÜES VOCAL, Néstor (2009): “*El control de convencionalidad, en particular sobre las constituciones nacionales*” en *La Ley*, vol. I.
- TORRES ZÚÑIGA, Natalia (2012): “*El control de convencionalidad: deber complementario del juez constitucional peruano y el juez interamericano, similitudes, diferencias y convergencias*” (Tesis para optar al grado de Licenciado en Derecho, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima).
- VERDUGO, Mario; GARCÍA, Ana María (1998): “*Manual de derecho político*”, (Editorial Jurídica de Chile, Santiago)
- ZÚÑIGA URBINA, Francisco; VEGA MÉNDEZ, Francisco (2006): “*El nuevo recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. Teoría y práctica*” en *Estudios Constitucionales*, vol. II.
- ZÚÑIGA URBINA, Francisco (2002): “*Elementos de jurisdicción constitucional*” (Universidad Central de Chile, Santiago).

JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN

- CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS
 CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS
 CONSTITUCIÓN DE ESPAÑA DE 1974
 CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ DE 1993
 CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS DE 1917
 CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ
 CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia rol C-225/95.
 Caso Almonacid Arellano y otros vs. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Chile. *Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 26 de septiembre de 2006.*

- Caso Boyce y otros vs. Barbados. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 20 de noviembre de 2007.*
- Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 26 de noviembre de 2010.*
- Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Voto razonado del Juez ad hoc Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot de 26 de noviembre de 2010.*
- Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Fondo, reparaciones y costas, sentencia de 30 de mayo de 1999.*
- Caso Cepeda Vargas vs. Colombia. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 26 de noviembre de 2010.*
- Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Fondo, reparaciones y costas, sentencia de 24 de agosto de 2010.*
- Caso de la Comunidad Moiwana vs. Suriname. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 15 de junio de 2005.*
- Caso Escué Zapata vs. Colombia. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Fondo, reparaciones y costas, sentencia de 4 de julio de 2007.*
- Caso Gomes Lund y otros vs. Brasil. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 24 de noviembre de 2010.*
- Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 12 de agosto de 2008.*
- Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 2 de julio de 2004.*
- Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 7 de junio de 2003.*
- Caso Ibsen Cárdenas vs. Bolivia. *Fondo, reparaciones y costas.* CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *sentencia de 1 de septiembre de 2010.*
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del Artículo 64 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos. *Opinión Consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989.*
- Caso Juan Humberto Sánchez CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, vs. Honduras, *Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 7 de junio de 2003.*
- Caso Mack Chang vs. Guatemala. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez sentencia del 25 de noviembre de 2003.*
- Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Sentencia de 15 de septiembre de 2005.*
- Caso Radilla Pacheco vs. México. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 23 de noviembre de 2009.*
- Caso Ricardo Canese vs. Paraguay. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Fondo, reparaciones y costas, sentencia de 31 de agosto de 2004.*
- Caso trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 24 de noviembre de 2006.*
- Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS

HUMANOS. *Voto disidente del Juez Antonio Cançado Trindade, solicitud de interpretación de la sentencia de excepciones.*

Caso Vélez Loor vs. Panamá. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 23 de noviembre de 2010.*

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276. *Advisory opinion 21 of June 1971.*

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Second Phase. *Judgment of 5 February 1970.*

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran. *Judgment 24 of May 1980.*

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia EXP. N.º2730-2006-PA/TC.

Case of Demir and Baykara vs. Turkey. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. *Judgment 12 of November 2008.*