

REVISTA

IIDH

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS
INSTITUT INTERAMÉRICAIN DES DROITS DE L'HOMME
INSTITUTO INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS
INTER-AMERICAN INSTITUTE OF HUMAN RIGHTS

64



Julio - Diciembre 2016

REVISTA
IIDH

Instituto Interamericano de Derechos Humanos
Institut Interaméricain des Droits de l'Homme
Instituto Interamericano de Direitos Humanos
Inter-American Institute of Human Rights

© 2016 IIDH. INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

Revista
341.481

Revista IIDH/Instituto Interamericano de Derechos
Humanos.-Nº1 (Enero/junio 1985)
-San José, C. R.: El Instituto, 1985-
v.; 23 cm.

Semestral

ISSN 1015-5074

1. Derechos humanos-Publicaciones periódicas

Las opiniones expuestas en los trabajos publicados en esta Revista son de exclusiva responsabilidad de sus autores y no corresponden necesariamente con las del IIDH o las de sus donantes.

Esta revista no puede ser reproducida en todo o en parte, salvo permiso escrito de los editores.

Corrección de estilo: Gabriela Sancho (portugués) y Jacinta Escudos (español).

Portada, diagramación y artes finales: Marialyna Villafranca

Impresión litográfica: Versailles S.A.

La Revista IIDH acogerá artículos inéditos en el campo de las ciencias jurídicas y sociales, que hagan énfasis en la temática de los derechos humanos. Los artículos deberán dirigirse a: Editores Revista IIDH; Instituto Interamericano de Derechos Humanos; A. P. 10.081-1000 San José, Costa Rica.

Se solicita atender a las normas siguientes:

1. Se entregará un documento en formato digital que debe ser de 45 páginas, tamaño carta, escritos en Times New Roman 12, a espacio y medio.
2. Las citas deberán seguir el siguiente formato: apellidos y nombre del autor o compilador; título de la obra (en letra cursiva); volumen, tomo; editor; lugar y fecha de publicación; número de página citada. Para artículos de revistas: apellidos y nombre del autor, título del artículo (entre comillas); nombre de la revista (en letra cursiva); volumen, tomo; editor; lugar y fecha de publicación; número de página citada.
3. La bibliografía seguirá las normas citadas y estará ordenada alfabéticamente, según los apellidos de los autores.
4. Un resumen de una página tamaño carta, acompañará a todo trabajo sometido.
5. En una hoja aparte, el autor indicará los datos que permitan su fácil localización (Nº fax, teléf., dirección postal y correo electrónico). Además incluirá un breve resumen de sus datos académicos y profesionales.
6. Se aceptarán para su consideración todos los textos, pero no habrá compromiso para su devolución ni a mantener correspondencia sobre los mismos.

La Revista IIDH es publicada semestralmente. El precio anual es de US \$40,00. El precio del número suelto es de US\$ 25,00. Estos precios incluyen el costo de envío por correo regular.

Todos los pagos deben de ser hechos en cheques de bancos norteamericanos o giros postales, a nombre del Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Residentes en Costa Rica pueden utilizar cheques locales en dólares. Se requiere el pago previo para cualquier envío.

Las instituciones académicas, interesadas en adquirir la Revista IIDH, mediante canje de sus propias publicaciones y aquellas personas o instituciones interesadas en suscribirse a la misma, favor dirigirse al Instituto Interamericano de Derechos Humanos, A. P. 10.081-1000 San José, Costa Rica, o al correo electrónico: s.especiales2@iidh.ed.cr.

Publicación coordinada por Producción Editorial-Servicios Especiales del IIDH

Instituto Interamericano de Derechos Humanos

Apartado Postal 10.081-1000 San José, Costa Rica

Tel.: (506) 2234-0404 Fax: (506) 2234-0955

e-mail:s.especiales2@iidh.ed.cr

www.iidh.ed.cr

Índice

Presentación	7
---------------------------	---

José Thompson J.

The conventionality control Control of Conventionality and the struggle to achieve the final definitive interpretation of human rights: the Brazilian experience	11
-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----

André de Carvalho Ramos

Control de convencionalidad sobre normas procesales convencionales	33
---------------------------------------------------------------------------------	----

Andrés Rousset Siri

Reflexiones sobre el ejercicio del Control de Convencionalidad en Guatemala	59
------------------------------------------------------------------------------------------	----

Juan Arnulfo Vicente Gudiel y

Leslie Argentina Véliz Arriaga

Control de convencionalidad interamericano: Una propuesta de orden ante diez años de incertidumbre	87
-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----

Karlos A. Castilla Juárez

El control de convencionalidad como consecuencia de las decisiones judiciales de la Corte Interamericana de Derechos	127
-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

Laura Alicia Camarillo Govea y

Elizabeth Nataly Rosas Rábago

Control de convencionalidad en Argentina	161
-------------------------------------------------------	-----

Lautaro Pittier

O controle difuso da convencionalidade e os direitos humanos no Brasil.....189

Leandro Caletti

Controle de convencionalidade e gênero: perspectivas brasileiras no combate à disseminação não consensual de imagens íntimas.....215

Letícia Soares Peixoto Aleixo

Sophia Pires Bastos

Control de constitucionalidad y control de convencionalidad: interacción, confusión y autonomía Reflexiones desde la experiencia francesa 239

Luis-Miguel Gutiérrez Ramírez

El control de convencionalidad y sus desafíos en Ecuador 265

Pamela Juliana Aguirre Castro

Aplicación del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano de los derechos humanos ...311

Víctor Hugo Rodas Balderrama

El Caso Artavia Murillo vs. Costa Rica: control de convencionalidad en el proceso de cumplimiento de obligaciones internacionales 347

Viviana Benavides Hernández

Marvin Carvajal Pérez

Presentación

El Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH) presenta el número 64 de su Revista IIDH, publicada ininterrumpidamente desde 1985. En esta edición monográfica, se aportan juicios críticos y opiniones cimentadas en el estudio riguroso y la práctica del control de convencionalidad, desde la realidad de su aplicación en los contextos nacionales y sus distintos enfoques, lo que enriquece aún más el debate acerca de un concepto y una práctica de por sí complejos.

Esta edición recoge los artículos académicos de Leticia Soares Peixoto Aleixo y Sophia Pires Bastos (Brasil); André de Carvalho Ramos (Brasil); Leandro Caletti (Brasil); Juan Arnulfo Vicente Gudiel y Leslie Argentina Véliz Arriaga (Guatemala); Karlos A. Castilla Juárez (México); Lautaro Pittier (Argentina); Laura Alicia Camarillo Govea y Elizabeth Nataly Rosas Rábago (México); Víctor Hugo Rodas Balderrama (Bolivia); Pamela Juliana Aguirre Castro (Ecuador); Luis Miguel Gutiérrez Ramírez (Colombia); Viviana Benavides Hernández y Marvin Carvajal Pérez (Costa Rica); y Andrés Rousset Siri (Argentina).

A través de la contribución de dichos autores, la Revista incluye disertaciones en tres aspectos: discusiones generales sobre el control de convencionalidad, su aplicación en algún país específico y su aplicación con relación a un derecho en particular.

Con relación a la primera categoría, se examina el control difuso de convencionalidad respecto de la elaboración de normativa interna como una práctica que contribuye a optimizar

la observancia de los derechos humanos, al armonizar el orden jurídico nacional con los tratados internacionales ratificados por su país.

Por otra parte, se intenta llenar algunos de los vacíos conceptuales del control de convencionalidad, intentando precisar cuál es la operación jurídica a cargo de autoridades públicas con distintas funciones –ejecutivas, legislativas y judiciales–, y dando una mirada al presente y futuro del control de convencionalidad interamericano.

Además, al analizar el control de convencionalidad como consecuencia de las decisiones judiciales de la Corte Interamericana de Derechos, se identifican casos concretos para determinar los elementos centrales de los que ha sido objeto el control de convencionalidad en el desarrollo de su jurisprudencia. En sentido complementario, también se hace un recuento de los parámetros establecidos en la jurisprudencia interamericana y se analizan desde la teoría del sistema jurídico.

Por otra parte, se plantea la interrogante acerca de la relación que existe entre el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad a la luz de la experiencia francesa. Más allá de lo anterior, se analiza el diálogo entre las jurisdicciones nacionales e internacionales como un mecanismo de encuentro que evitará conflictos judiciales en la interpretación de los derechos humanos, un campo en el que el control dual puede ser visto como el modo de superar tales antagonismos.

En la segunda categoría, la Revista nos presenta una serie de reflexiones sobre el control de convencionalidad en Guatemala, dando a conocer cómo es percibida esta obligación por parte de operadores y operadoras de justicia del Organismo Judicial guatemalteco, cómo la entienden, cuáles son sus criterios o si aún

no la conocen, lo que se expone respecto de la responsabilidad internacional que esto trae consigo.

Asimismo, respecto de Argentina, se describe la evolución y particularidades de esta obligación en la jurisprudencia de la Corte IDH y la Corte Suprema Argentina, así como su alcance y el rol de los jueces nacionales al respecto.

Finalmente, se analiza el control de convencionalidad y sus desafíos en Ecuador, analizando su proceso de perfeccionamiento de manera pormenorizada y lo que implica su aplicación para este país.

Con relación a la tercera categoría, un primer artículo aborda una problemática de mucha actualidad, la difusión no autorizada de imágenes íntimas de acuerdo con esta obligación internacional. Por otra parte, otra disertación ejemplifica el control de convencionalidad en el proceso de cumplimiento de obligaciones internacionales, utilizando como referencia la práctica de la fertilización *in vitro*. Finalmente, se analiza la posibilidad de que el juez nacional aplique el control de convencionalidad respecto de normas procesales interamericanas, aportando al cumplimiento efectivo de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos al interior de los Estados Parte.

Aprovecho esta presentación para agradecer en nombre del IIDH a las autoras y autores que han hecho llegar al IIDH sus contribuciones académicas para esta edición, así como a todas las personas que respondieron a nuestro llamado haciendo llegar sus valiosos artículos. Asimismo, agradecemos a la Cooperación Noruega que hace posible la producción y distribución de esta revista, y a quienes dan lectura y consultan la Revista.

Esperamos que los aportes de nuestra Revista 64 sean útiles para la investigación al versar sobre una temática que, además de ser controvertida, es trascendental en el proceso de configuración de condiciones para la plena vigencia de los derechos humanos consagrados en la Convención Americana en los países de la región.

José Thompson J.
Director Ejecutivo, IIDH

Control of Conventionality and the struggle to achieve a definitive interpretation of human rights: the Brazilian experience

*André de Carvalho Ramos**

Introduction: general theme of the article

The existence of a human rights catalogue no longer represents a novelty in national legal systems or in the international legal order. The consolidation of democratic States around the globe as well as the internationalization of human rights have led to its consecration both in national constitutions and in international standards (in treaties and in international custom).

The normative consecration of human rights, however, has not been enough to eliminate contradictions in human rights issues. If recognition of human rights in constitutions and treaties has undermined the traditional conflict between national law and

* Associate Professor of International Law and Human Rights Law at the University of São Paulo Law School (USP). PhD in International Law at University of São Paulo. *Visiting Fellow* at the Lauterpacht Centre for International Law (Cambridge). Member of the American Society of Private International Law (ASADIP). Member of the Brazilian Society of International Law. Member of the Brazilian branch of the *International Law Association*. Member of the National Executive Group of the International Legal Cooperation Department of the Federal Prosecution Office. Federal Prosecutor. Head of the Office of the Regional Electoral Prosecutor in São Paulo State (2012-2016).

international human rights law, the encounter between different interpretations of the scope and meaning of each right remains.

The *conflict of different interpretations* is currently the main controversy with respect to the relationship between national and international human rights' orders: even in democratic States, human rights are sometimes interpreted one way by national Superior Courts or Constitutional Courts and another by international human rights bodies.

Traditional solutions to resolve this conflict of interpretation - such as the use of the most favourable interpretation to the individual and the principle of the primacy of the most favourable rule to the individual – result only in an opaque and disguised prevalence of rights, insufficient to deal with the complexities of a globalized society characterized by the clash of rights.

Due to the insufficiency of traditional solutions to avoid the conflict of interpretation, this article aims to analyse *control of conventionality* as a mechanism to deal with the encounter between *international* and *local interpretations* of human rights. To avoid a *judicial war* between Constitutional Courts and international human rights bodies regarding the interpretation of rights, a *dialogue of courts* is essential. Moreover, in the common situation of an absence of dialogue between national and international courts, the *theory of dual control* may be viewed as the way of overcoming the antagonism between domestic courts and international bodies in interpreting human rights.

1. Interpreting human rights: general aspects

Interpreting the law is an intellectual activity aimed at solving legal problems through the following steps: 1) choosing

the relevant rules; 2) assigning meaning to these texts; and 3) resolving a legal issue in light of the chosen parameters.¹

Human rights, though, have particularities and specificities. Human rights rules contain broad and indeterminate concepts and, therefore, are drafted with open terms (for example, the terms intimacy, due process of law and reasonable length of proceedings). Furthermore, human rights norms have an intrinsic risk of collision (among the most known cases are freedom of information vs. privacy and property vs. the right to a healthy and balanced environment). Consequently, interpretation is essential to define and clarify human rights.

To know, abstractly, the human rights set out in Constitutions and treaties is to understand them only partially. It is solely with the interpretation given by national and international courts that the final delimitation of the scope and meaning of each right occurs. Hence, the interpretation of human rights is, above all, a mechanism to achieve these rights.

Interpretation requires a reasoned procedure with rational and grounded arguments that can be consistently repeated in similar situations, which generates legal predictability as well as avoids arbitrariness by the interpreter. That is, legal arguments ought to justify legal decisions relating to human rights in a *coherent* and *consistent* manner. Interpreting human rights is not, then, simply performing a deductive operation to extract an uncontroversial conclusion from a legal premise and the facts of the case: the human rights framework (based on principles) creates many possible outcomes when dealing with contrasting moral values. In a scenario where there is no right or wrong, a conclusion must

1 PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 37.

meet a reservation of consistency (*Vorbehalt der Bewährung*) in a broad sense.²

The reservation of consistency in a broad sense, when applied to human rights, requires that the interpretation be: 1) transparent and sincere, avoiding the adoption of a prior decision and the use of the rhetoric of human dignity as a mere form of justification for a decision that was already taken; 2) comprehensive and plural, not excluding any empirical information and knowledge from other sciences as well as encouraging the participation of third parties, such as *amici curiae*; 3) consistent in a strict sense, showing that the practical results of the decision are compatible with the appreciated empirical data and the original legal norm; 4) coherent, in that it can be applied to other similar issues, avoiding the contradictions that can lead to legal uncertainty.

Human rights are not statically dogmatic, which imposes an abstract and unique legal truth. On the contrary, they are the result of a process of reconciliation of interests developed to promote human dignity in a particular historical and social context. Human rights, insofar as they are experienced in society, are interpreted and reinterpreted by all those who live in society, because they regulate both vertical relations between individuals and the State and horizontal relations between individuals themselves.³

In order to enable judicial appreciation of various aspects of a right under scrutiny, the interpretation of human rights

2 The term “reservation of consistency” (*Vorbehalt der Bewährung*) was spread in Brazil by Häberle. HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

3 Ibid., pp. 15-31.

demands broad access and the participation of individuals. Moreover, human rights interpretation inevitably requires a broad verification of the facts as well as of the effects of legal provisions in daily life. Therefore, the adoption of an open model of interpretation contributes to a more complete judicial decision-making.

2. Traditional solutions regarding the conflict of interpreting human rights: maximum effectiveness, the interpretation *pro homine* and the principle of the primacy of the most favourable rule to the individual

The traditional solutions for the conflict of interpretation regarding human rights are: (i) the criterion of maximum effectiveness, (ii) the interpretation *pro homine*; and (iii) the principle of the primacy of the most favourable rule to the individual.

The criterion of maximum effectiveness requires that the interpretation of a particular right lead to a greater advantage to its holder as regards a lesser sacrifice to holders of the other rights in collision. As all human rights norms are binding, maximum effectiveness of human rights leads to a *full* applicability of these rights. This criterion also implies a *direct* applicability of human rights codified by Constitutions and treaties, which can be directly and specifically applied. Finally, the criterion of maximum effectiveness leads to an *immediate* applicability of human rights, providing that these rights be applied concretely and instantaneously, without any lapse of time.

In turn, the interpretation *pro homine* alternative involves the interpretation of human rights guided by the one that is the most

favourable to the individual. Roughly speaking, the interpretation *pro homine* implies the recognition of the superiority of human rights standards and, consequently, the adoption of the interpretation that is the most favourable or beneficial for the individual.

However, in the 21st century, it is not feasible to disregard the existence of rights of different holders in collision and, therefore, the following questions arise regarding the *pro homine* interpretation of human rights: how is it possible to adopt the interpretation *pro homine* in cases involving rights in collision? In cases of colliding rights, who should be privileged and who should have their right constricted?

The principle of the primacy of the most favourable norm to the individual follows the same path. For this option of interpretation, in the case of conflicting rules (whether national or international) the most beneficial to the individual should be applied. By this criterion, the source of the norm (national or international) does not interfere with the result: the benefit to the individual. In sum, the principle of the primacy of the most favourable norm to the individual also aims at a *pro homine* interpretation of human rights.

The foregoing shows that it is clear that the three traditional alternatives for interpreting human rights are insufficient in the contemporary scenario of the expansion of human rights and, as a result, of the colliding rights of different holders. Being impossible to choose the most favourable rule to the individual in cases involving different rights, the criterion of the primacy of the most favourable rule does not offer a plausible solution as the interpreter has to seek support of the traditional methods for resolving conflicts of rights. In such cases of colliding rights, even the application of the standard that most promotes the

human dignity is unsatisfactory⁴ since, due to the uncertainty of its content, it does not overcome the interpretative conflict between the national and international orders.

All things considered, it is crucial to approach a mechanism that truly assesses the conflict of interpretation: the control of conventionality of national norms and decisions.

3. Control of conventionality and its forms: international control and national control

Control of conventionality is the analysis of the compatibility of national actions (acts or omissions) in light of international standards (treaties, international custom, general principles of law, unilateral acts and binding resolutions of international organizations).

It is sufficient to state that *control of conventionality* is the contemporary mechanism to assess the differences between the national and international interpretation of human rights. The *control of conventionality* evaluates a local standard or decision, which has already contemplated the rights in collision, according to international interpretive parameters.

Control of conventionality does not offer a way around the differences of interpretation or disparities when addressing human rights in collision. On the contrary, with the *control of conventionality* it is probable that in a case of collision between privacy and information, for example, a decision of a

4 SARLET, Ingo W. Direitos fundamentais, reforma do Judiciário e tratados internacionais de direitos humanos. In: CLEVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo W.; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho (orgs). *Direitos Humanos e Democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 331-360.

constitutional court, in which the right to privacy had prevailed, is overruled by a decision of an international human rights body that determines the primacy of the right to information, or *vice versa*.

Control of conventionality control has two sub-categories: 1) *international control of conventionality*, also known as authentic or definitive conventionality control; and 2) *national control of conventionality*, often called provisional or preliminary conventionality control.

On the one hand, *international control of conventionality* (generally exercised by international bodies composed of independent judges) is prescribed in treaties to prevent the undesirable figure of the *nemo iudex in causa sua* (i.e., the States being, at the same time, parties and judges). With respect to human rights, *international control of conventionality* is exercised, among other bodies, by international human rights courts (such as the European Court of Human Rights, the Inter-American Court of Human Rights and the African Court on Human and Peoples' Rights) and the UN committees.

On the other hand, *national control of conventionality* is exercised when national courts perform the test of compatibility of national norms and international standards. *National control of conventionality* has its origins in the 1975 French Constitutional Council decision regarding the voluntary interruption of pregnancy law. Due to the supra-legal status of treaties (Article 55 of the French Constitution), the Constitutional Council declined its competence to examine the compatibility of the laws with international conventions, stating that this was the jurisdiction of the Court of Cassation and the Council of State.

In Brazil, *national control of conventionality* concerning human rights is the analysis of the compatibility between

Brazilian laws (and normative acts) and international treaties on human rights. Brazilian courts exercise this control when deciding individual cases in which an internal normative act might be violating a treaty.

However, *international and national controls of conventionality* do not always coincide. For example, a domestic court may state that a certain Brazilian norm is consistent with a human rights treaty and then an international human rights body, examining the same situation, may come to the conclusion that the law indeed violates the international human rights standard established in the treaty.⁵

In the Brazilian experience, four major differences between international and national conventionality controls are identified: (i) the comparison parameter; (ii) the object of the control of conventionality; (iii) the treaty-parameter hierarchy; and (iv) the depth and the scope of the interpretation of the parametric norm

(i) The comparison parameter and (ii) the object of the control of conventionality

In *international control of conventionality* the parameter of compatibility is the international standard (usually a treaty) and the object of the control is always a national (internal) standard, regardless of its hierarchy. As an example, *international control of conventionality* exercised by international courts can even analyse the compatibility of a constitutional norm (from the original constitutional power) with an international human rights treaty. On the other hand, in *national control of conventionality*, judges and national courts do not examine the compatibility of

5 In this sense, as the international *control of conventionality* is the true result of the authentic interpretive action, it is preferable to use the term control of conventionality to refer to the conventionality control exercised by international bodies.

a constitutional norm with a human rights treaty. In this sense, the Brazilian Supreme Court, in a 1996 precedent, held that “*The Supreme Court has no jurisdiction to review the validity of the standards set by the original constitutional power.*”⁶ Thus, the object of *national control of conventionality* is restricted and limited.

(iii) The treaty-parameter hierarchy

In *national control of conventionality*, the treaty-parameter hierarchy depends on the status of treaties established by national law. In Brazil, the current view of the Supreme Court is that human rights treaties, depending on the procedure of its implementation, can have either a supra-legal status or a constitutional status. On the other hand, in *international control of conventionality* human rights treaties are always the superior parametric norm, which means that the entire national legal system, including the norms from the original constitutional power, must be in compatibility with the international standards.

(iv) The depth and the scope of the interpretation of the parametric norm;

The interpretation of the compatibility or incompatibility of a norm with the treaty-parameter can, sometimes, not be the same in *international and national controls of conventionality*. *National control of conventionality*, if not properly exercised, can lead to a breach of treaty provisions (in the interpretation of international bodies). This is because domestic courts often rely upon standards established in treaties without even mentioning the interpretation given to such provisions by the international bodies, which can easily lead to differing conclusions on the interpretation of the same right. The idea that national courts

6 ADI 815 Rel. Min. Moreira Alves, judgment on 03/28/1996, DJ 5th of October 1996.

could interpret international treaties differently than international bodies is absurd and devalues the principle of the primacy of human rights treaties, which, in turn, is implicit in the recognition of a *control of conventionality*.

In this sense, in the Inter-American Court of Human Rights (I/A Court) case *Gomes Lund v. Brazil (Guerrilha do Araguaia case)*, the *ad hoc* Brazilian judge Roberto Caldas, in his separate concurring opinion, pointed out that: “*if supreme courts or national constitutional tribunals are incumbent upon constitutional control and of having the last word within the internal legal frame of the States, the control of conventionality is incumbent upon the Inter-American Court of Human Rights as well as having the last word on issues regarding human rights. This is what results from formally recognizing the jurisdictional competence of the Court, by a State, which is what has been done by Brazil*”.⁷ To sum up, the present *control of conventionality* is international and, therefore, is also known as *genuine* or *definitive control of conventionality*.

It is worth noting that *national control of conventionality* is also relevant. Nevertheless, in order to guarantee that human rights treaties are effectively respected, the national control must follow the interpretation given by the *international control of conventionality*.

Therefore, there is an interaction between *international* and *national controls of conventionality* that allows a dialogue between international and domestic law (particularly with regard to the interpretation provided by the international bodies whose jurisdiction Brazil has recognized).

7 Separate concurring opinion of ad hoc judge Roberto Caldas, Inter-American Court of Human Rights, *Gomes Lund e outros v. Brazil*, judgement of 24th of November 2010.

4. The Dialogue of Courts and its parameters

The ratification of international human rights treaties is, likewise, important to the recognition of international supervision over compliance with international human rights standards. To date (2016), the Brazilian situation regarding the recognition of international human rights bodies' jurisdiction is the following:

- 1) In 1998, Brazil recognized the compulsory jurisdiction of the I/A Court of Human Rights (organ of the American Convention on Human Rights);
- 2) In 2002, Brazil adhered to the Optional Protocol to the Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination against Women, recognizing the Committee's competence to receive petitions from victims of violations of the rights protected by the Convention;⁸
- 3) In 2002, Brazil also recognized the competence of the Committee for the Elimination of all Racial Discrimination to receive and examine complaints of violation of the rights protected by the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination;⁹
- 4) In 2006, Brazil recognized the competence of the Committee against Torture to receive and consider petitions from victims. In 2007, Brazil adopted the Optional Protocol to the Convention against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment recognizing also the jurisdiction, for preventive purposes, of the Subcommittee on Prevention of Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment;¹⁰

8 Decree n. 4.316, of 30th of June 2002.

9 Decree n. 4.738, of 12 of June 2003.

10 Decree n. 6.085, of 19th of April 2007.

- 5) In 2009, Brazil recognized the competence of the Committee on the Rights of Persons with Disabilities to receive petitions from victims of human rights violations;¹¹
- 6) In 2009, Brazil adhered to the Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights and the competence of the Human Rights Committee to receive petitions from victims of violations of the rights protected in the Covenant.¹²

As a consequence of accepting the international interpretation of human rights, Brazil took an important step towards the realization of the universalism.¹³ At the national level, judges and courts regularly interpret human rights treaties. If the national interpretation of human rights treaties is incompatible with the international interpretation, the international human rights bodies can be triggered to exercise *control of conventionality*.

It is indispensable to reconcile the results of *national control of conventionality* with *international control of conventionality*. It would be unreasonable, for example, that, examining an article of the American Convention on Human Rights, the Brazilian Supreme Court chooses an interpretation that is not accepted by the I/A Court. Such conflicting interpretation would, moreover, allow for the possibility of Brazilian international responsibility.

To prevent that national misinterpretations of treaties lead to human rights violations a *dialogue of Courts* must be carried out. In order not to be a mere rhetorical argument, a *dialogue of*

11 Decree n. 6.949, of 25th of August 2009.

12 Legislative Decree n. 311, of 17 of June 2009.

13 For more about the international interpretation of treaties, in opposition to the national interpretation of treaties (that creates the anomalous figure of “national treaties”) see CARVALHO RAMOS, André de. *Processo internacional de direitos humanos*. 5. ed., São Paulo: Saraiva, 2016.

Courts must consider the following aspects in the analysis of a national judicial decision:

- 1) The international human rights provisions of a binding nature to Brazil;
- 2) the international precedents against Brazil on the matter and the consequences of these international decisions;
- 3) the previous *case law* on the matter in the international human rights bodies able to deliver binding decisions to Brazil;
- 4) the weight given to human rights provisions and to international case law.

It is to be noted that, due to the independence of judges and to the democratic rule of law, it is not possible to force Brazilian judges to engage in a *dialogue of Courts*. Thus, if the dialogue is absent or insufficient, the *theory of dual control* must be applied as the mechanism to resolve conflicts of interpretation.

5. The judicial war in Brazil and the theory of dual control

5.1 Conflicting national and international decisions: the Brazilian Supreme Court vs. the Inter-American Court of Human Rights

The *Guerrilha do Araguaia case* was paradigmatic to the *theory of dual control* in Brazil, since it was the first time that a matter (the application of the amnesty law enacted during the Brazilian dictatorship) was analysed both by the Brazilian Supreme Court and by the I/A Court of Human Rights.

In October 2008, the Brazilian Bar Association filed a Non-Compliance Action of Fundamental Principle No. 153 (also known as the allegation of disobedience of fundamental precept No. 153) before the Brazilian Supreme Court, wherein it was requested that Article 1 of Law 6.683/79 (Brazilian amnesty law) was interpreted in light of the 1988 Brazilian Constitution and that the amnesty granted by the law would not extend to common crimes carried out by agents of the dictatorship.

In turn, in March 2009, the Inter-American Commission on Human Rights sent to the I/A Court of Human Rights the *Gomes Lund et al. v. Brazil* case, claiming (among other arguments) that the extensive case law of the I/A Court was contrary to amnesty laws and favourable to the duty to investigate, prosecute and punish those responsible for human rights violations.

The Brazilian Supreme Court, on April 28, 2010, ruled on the Non-Compliance Action of the Fundamental Principle No. 153. The Court decided that “*the Amnesty Law represented, at the time, a necessary step in the reconciliation and redemocratization process in the country*” and, therefore, that legally protecting officials involved in human rights violations during the dictatorial regime from criminal prosecution was in conformity with the Brazilian Constitution.

It is noteworthy that the Supreme Court decision is a clear example of a *national control of conventionality* that ignores the international interpretation of a treaty (the American Convention on Human Rights) exercised by an international court (the I/A Court of Human Rights).

Only a few months after the Brazilian Supreme Court decision, on November 24, 2010, the I/A Court unanimously condemned Brazil in the *Gomes Lund* case. The Court declared that the provisions of the Brazilian amnesty law that prevented

the investigation and punishment of human rights violations were incompatible with the American Convention on Human Rights and, thus, lacked legal effect. Furthermore, the Court ordered that Brazil conduct an effective criminal investigation and punish those responsible for human rights violations during the military dictatorship.

After the Brazilian Supreme Court decision on the Non-Compliance Action of Fundamental Principle No. 153 and the I/A Court decision at the *Gomes Lund et al. v. Brazil* case, one question remains: How to solve the apparent conflict between national and international decisions?

5.2 The “denial approach” to the Inter-American Court of Human Rights decision and the unconstitutionality of a Brazilian denunciation of the American Convention on Human Rights

Before analysing a theoretical solution to resolve the apparent conflict between the decisions of the Brazilian Supreme Court and the I/A Court, it is worth asking about the consequences of a hypothetical refusal to apply the I/A Court decision because of its potential collision with the rule of the Non-Compliance Action of the Fundamental Principle No. 153.

A “denial approach” to the I/A Court decision would be based on the premise that the Brazilian Supreme Court consider Article 68.1 of the American Convention on Human Rights unconstitutional as to the binding force of the decisions of the Inter-American Court of Human Rights.¹⁴

14 Article 68.1 of the American Convention on Human Rights states that: “The States Parties to the Convention undertake to comply with the

In this scenario, what would be the consequences for the Brazilian State?

First, Brazil would not, at least in good faith, be able to commit to comply with the decisions of the I/A Court. The Brazilian State would only comply with the decisions that would not clash with the national interpretation of human rights as determined by the Brazilian Supreme Court. As a result, international human rights protection would lose its purpose and future cases before the I/A Court would be a mere disguise.

Second, Brazil would have to withdraw its declaration of recognition of the jurisdiction of the Inter-American Court of Human Rights, as it would only accept the binding force of the decisions that were in harmony with the Brazilian Supreme Court's national vision. In other words, the I/A Court's judgments would either be superfluous, if they would repeat the Brazilian Supreme Court's position, or innocuous and ineffective if contrary to the national vision.

In this case, Brazil would have the option of denouncing the American Convention on Human Rights (as have Trinidad and Tobago and Venezuela).¹⁵ Opting to denounce, in accordance with Article 78 of the Convention, the Brazilian State could

judgment of the Court in any case to which they are parties”.

15 Article 78 of the American Convention on Human Rights states that: “1. The States Parties may denounce this Convention at the expiration of a five-year period from the date of its entry into force and by means of notice given one year in advance. Notice of the denunciation shall be addressed to the Secretary General of the Organization, who shall inform the other States Parties. 2. Such a denunciation shall not have the effect of releasing the State Party concerned from the obligations contained in this Convention with respect to any act that may constitute a violation of those obligations and that has been taken by that state prior to the effective date of denunciation”.

still, however, be held responsible for acts that may constitute a violation one year after the date of the denunciation. On top of that, from the point of view of Brazilian law, denunciation of the Convention would be unconstitutional. The Convention is considered a material constitutional norm, which implies that, in light of the prohibition of the principle of retrogression (provided for in Article 60, § 4, IV of the Brazilian Constitution), legal norms and administrative acts cannot abolish individual rights and guarantees.

Thus, by virtue of the need of consistency in the interpretation of human rights in Brazil, the prohibition of principle of retrogression would prevent the Brazilian denunciation of the American Convention (the natural consequence of the “denial approach”). Moreover, the impossibility of the Brazilian denunciation of the American Convention on Human Rights also means the impossibility of non-compliance with the Court’s judgments.

Last but not least, it is important to consider the prospect of reconciliation between the *Gomes Lund* decision and the Non-compliance Action of the Fundamental Principle No. 153 decision.

5.3 The theory of dual control

The Non-Compliance Action of the Fundamental Principle has an impressive legal regime, being one of the actions of Brazilian abstract constitutional control. Without going into its complexity, for the purpose of this article it is enough to state that the allegation of disobedience of fundamental precept has a binding and *erga omnes* effect in Brazil.¹⁶

16 The Non-Compliance Action of the Fundamental Principle is detailed at the Brazilian Law no. 9.892/1999.

That being said, considering the decision of the Non-Compliance Action of the Fundamental Principle No. 153, is it possible to comply with the part of the *Gomes Lund* judgment that orders the investigation, prosecution and punishment of those responsible for human rights violations during the dictatorial regime?

The answer derives from the following premise: there is no real and insoluble conflict between the decisions of the Brazilian Supreme Court and the I/A Court because both courts have the same task of protecting human rights. The conflict, which is only apparent, is a result of the normative pluralism of the contemporary world and can be solved by recourse to judicial hermeneutics.¹⁷

There are two instruments to resolve apparent conflicts of interpretation between national and international courts: (i) the preventive instrument, and (ii) the *theory of dual control*.

The preventive instrument is the use of the *dialogue of Courts* and the cross-fertilization between tribunals. With that instrument, it is conceivable to foresee the mention by the Supreme Court of the position of various international human rights bodies whose jurisdiction Brazil has recognized.¹⁸

When the *dialogue of Courts* is insufficient, the *theory of dual control* (also known as the scrutiny of human rights) must be applied. This theory recognizes two separately judicial reviews: the *control of constitutionality* from national courts and

17 DELMAS-MARTY, Mireille. *Le pluralisme ordonné*. Paris: Seuil, 2004.

18 CARVALHO RAMOS, André de. "O Diálogo das Cortes: O Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos". In: AMARAL JUNIOR, Alberto do e JUBILUT, Liliana Lyra (Orgs.). *O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos*. 1ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 805-850.

the *control of conventionality* from international human rights bodies. It must be emphasized that, in Brazil, acts and norms must be approved by the two controls to ensure compliance with human rights.

Moreover, as *control of constitutionality* and *control of conventionality* act in different spheres of competence, there is no conflict between the courts' decisions. In this sense, the separate attributions of national and international judicial organs were expressly recognized in the Brazilian Constitution (Article 102 refers to the Brazilian Supreme Court and Articles 5, § 2 and 3 and Article 7 of the Temporary Constitutional Provisions Act refers to international human rights treaties and to an international human rights court).

To guarantee the compatibility of all these provisions, the separation of the respective areas of competence is needed: on the one hand, the Brazilian Supreme Court is the guardian of the Brazilian Constitution and exercises *control of constitutionality*. For example, in the Non-Compliance Action of the Fundamental Principle No. 153, the Brazilian Court decided that the grant of amnesty to agents of the military dictatorship was in harmony with the Brazilian Constitution.

On the other hand, the I/A Court is the guardian of the American Convention on Human Rights and of other human rights treaties concerning the protection of human rights in the American States. The I/A Court exercises *international control of conventionality*. Applying the same example to the I/A Court decision, the result is that the Brazilian amnesty law is not compatible with the American Convention and the amnesty cannot be an obstacle to the investigation and punishment of those responsible for the violations of human rights during the dictatorial regime.

In light of the above, it is clear that, while for the Non-Compliance Action of the Fundamental Principle No. 153 the *control of constitutionality* was exercised, for the *Gomes Lund case* the *control of conventionality* was exercised. In the example of the amnesty of the agents of the dictatorship, the amnesty would only be applicable if it were successfully approved by both controls (in this case, the amnesty law passed the *control of constitutionality*, but failed the *control of conventionality*).

Consequently, it is unreasonable to plead *res judicata* or the binding effect of national decisions as a way of avoiding the investigation and prosecution of those responsible for the human rights violations, because the Brazilian Supreme Court decision was not declared null and void and remains in force as national law. The Brazilian authorities must, however, comply with the international decision of the I/A Court of Human Rights that orders the investigation and punishment of the agents of the dictatorship.

The *theory of dual control* allows the interaction between the different normative orders in the defence of human rights. The Brazilian Supreme Court has the final word on national law and the I/A Court of Human Rights has the final word on the American Convention on Human Rights, international custom and related treaties, which also apply to Brazil.¹⁹ As a result of

19 In 2014, the theory of dual control was expressly mentioned by the General's Prosecutor Office on the Non-Compliance Action of the Fundamental Principle No. 320: "As noted by André de Carvalho Ramos, there is no conflict between the decision of the Brazilian Supreme Court in the Non-Compliance Action of the Fundamental Principle No. 153 and the decision of the Inter-American Court of Human Rights in the *Gomes Lund case*. The theory of dual control, adopted in Brazil, is a result of the Brazilian Constitution and the integration of the American Convention on Human Rights and requires: national control of constitutionality and international control of conventionality. Any act or standard must be

the *theory of dual control*, all internal acts and norms must be in conformity not only with the Brazilian Supreme Court case law but also with the I/A Court decisions, whose content should be studied in the law schools in Brazil.

Conclusion

International Human Rights Law has advanced greatly in Brazil and this improvement is due, in large part, to the action of the Brazilian Supreme Court. To mention just one example, in the development of the protection of human rights, the Court was crucial in establishing the legal status of international treaties.

Nevertheless, in light of the *Guerilha do Araguaia* case, it is clear that it is time to move one step further and accept the international interpretation of human rights. It is important to bear in mind that the internationalization of human rights cannot be restricted to treaties: the interpretation must also be international. National interpretation insulated from international human rights standards is harmful as it allows each State to establish the meaning and content of human rights, allowing the risk of abuse and relativism. Moreover, a purely national interpretation denies the universality of human rights and reduces human rights treaties and the Universal Declaration of Human Rights to rhetorical texts.

After all, only the *theory of dual control* values the *international control of conventionality* as well as avoids the judicial war between the Brazilian Supreme Court and the I/A Court of Human Rights.

approved by the two controls, so that the rights are respected in Brazil.” Available at: http://noticias.pgr.mp.br/noticias/noticias-do-site/copy_of_pdfs/ADPF%20000320.pdf/>.

Control de convencionalidad sobre normas procesales convencionales

*Andrés Rousset Siri**

1. El control de convencionalidad y la constante redefinición de sus límites

Diez años han transcurrido desde que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “Corte IDH”), al condenar a Chile por la imposibilidad de investigar la ejecución extrajudicial de Luis Alfredo Almonacid Arellano, esbozara un concepto que cambiaría definitivamente la forma de analizar la actuación de los órganos estatales en la noble tarea de velar por el cumplimiento eficaz de sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos: el de control de convencionalidad¹.

* Máster en Protección Internacional de Derechos Humanos, Universidad de Alcalá (España). Doctor en Derecho, Universidad Nacional de Cuyo (Argentina). Integrante de la Oficina de Asistencia en Causas por Violaciones a los Derechos Humanos cometidas durante el Terrorismo de Estado en Mendoza, Ministerio Público de la Nación (Argentina). Correo electrónico: andres.rousset@gmail.com.

1 Para ampliar véase: Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154. El dato histórico, no implica desconocer que Sergio García Ramírez, en su calidad de Juez de la Corte IDH ya advertía en sus votos que la tarea de la Corte se asemeja a la que realizan los tribunales constitucionales. Estos examinan los actos impugnados –disposiciones de alcance general– a la luz de las normas, los principios y los valores de las leyes fundamentales. La Corte Interamericana, por su parte, analiza los actos que llegan a su conocimiento en relación con normas, principios y valores de los tratados en los que funda su competencia contenciosa. Dicho de otra manera, si los tribunales constitucionales controlan la “constitucionalidad”, el tribunal

En dicho fallo, al analizar la compatibilidad entre la ley de amnistía que impidió avanzar en la investigación de los hechos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante “CADH”), señaló que cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la CADH, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, agregó “... el Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”².

Mucho se discutió doctrinariamente sobre esta pauta rectora³, al tiempo en que la misma Corte IDH, a través de sus fallos, fue precisando su contenido y alcance, explicando que el mismo:

internacional de derechos humanos resuelve acerca de la “convencionalidad” de esos actos. Véase: Corte IDH. Caso Tibi vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114. Voto razonado del Juez Sergio García Ramírez, párr. 3.

- 2 Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr. 124. En la sentencia sobre el caso de los trabajadores cesados del Congreso vs. Perú, resuelto dos meses después, la Corte eliminaría la referencia “una especie de” afirmando categóricamente el concepto señalado. Ver: Corte IDH. Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 158, párr. 128.
- 3 Nos referimos a la profunda obra de autores tales como Ernesto Rey Cantor, Eduardo Ferrer Mc Gregor, Sergio García Ramírez, Víctor Bazán, Juan Carlos Hitters, Nestor Sagüés, entre otros.

a) comprende a todos los órganos del Estado, en todos sus niveles, en el marco de sus competencias y de las regulaciones procesales correspondientes⁴; b) abarca tanto la CADH así como también otros tratados como la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas⁵; c) incluye asimismo las resoluciones de la Corte IDH tanto en su competencia contenciosa como consultiva⁶; y d) permite derogar normativa interna incompatible con la CADH, pero a su vez funciona como parámetro para erradicar prácticas contrarias a los valores que inspiraron la convención⁷.

Ahora bien, es posible que los límites del control de convencionalidad se amplíen en orden a que el mismo sea de aplicación a un supuesto muy concreto: la etapa de ejecución forzada de la sentencia de la Corte IDH en el interior del Estado declarado responsable en la sentencia (de conformidad con lo

4 Véase a modo de ejemplo: Corte IDH. Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 158, párr.128; Corte IDH. Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220, párr. 225 y Corte IDH. Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221, párr. 239.

5 Corte IDH. Caso Gudiel Álvarez y otros (“Diario Militar”) vs. Guatemala. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 noviembre de 2012. Serie C No. 253, párr. 330.

6 Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21, párr. 31 y Corte IDH. Caso La Cantuta vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162, párr. 173.

7 Corte IDH. Caso Mendoza y otros vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2013. Serie C No. 260, párr. 331 y ss y Corte IDH. Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C No. 279, párr. 436.

previsto en el artículo 68.2 de la CADH⁸), en tanto es el órgano estatal el que deberá velar por el cumplimiento del imperativo procesal convencional (por expresa remisión de la CADH).

Para analizar la viabilidad de tal postulado corresponderá en primer lugar responder a tres interrogantes concretas: a) ¿Debe el juez nacional llevar a cabo un control de convencionalidad sobre un asunto que ya fue resuelto por la Corte IDH, con autoridad de cosa juzgada?; b) ¿Es viable el control de convencionalidad sobre normas procesales convencionales?; y b) ¿Cuáles serán las consecuencias de dicho control?

Previo a dar respuesta a estos planteos, corresponde hacer dos aclaraciones relevantes.

En primer lugar, la instancia procesal seleccionada se corresponde con el momento en el que las víctimas deben recurrir a mecanismos compulsorios para obtener lo que ya les corresponde por derecho propio, debido a la inacción – total o parcial– del Estado de dar cumplimiento a las medidas de reparación ordenadas por la Corte IDH (en virtud de lo dispuesto por el artículo 63.1 de la CADH⁹), y al vencimiento de los plazos fijados en la sentencia. El cumplimiento de lo decidido por el tribunal interamericano es un acto complejo de competencias concurrentes entre los ámbitos del derecho internacional y el derecho interno; ello se evidencia en el

8 Artículo 68.2: “2. *La parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado*”.

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

hecho de que el tratado internacional remite al derecho local lo relativo a la ejecución forzada de la sentencia, pero sin perder su capacidad de supervisión¹⁰. Este acto complejo, además presenta problemas estructurales institucionales¹¹, entre los que destacan el desconocimiento sobre el derecho internacional, específicamente en materia de derechos humanos y la incidencia que este tiene al interior de los Estados¹². Este desconocimiento puede recaer sobre el carácter obligatorio de la sentencia de la Corte IDH o bien respecto a las consecuencias de la aceptación previa, soberana y voluntaria de la competencia contenciosa del tribunal; en el rol de la víctima; sobre el alcance individual y colectivo de las medidas de reparación; en el carácter ejecutorio o ejecutivo de la sentencia, entre otros.

Un supuesto agravado de desconocimiento del derecho internacional se presenta en aquellos casos donde aún contándose

10 Aquí coexistirán las dos clases de control de convencionalidad: el que llevan a cabo los jueces locales –también de tipo difuso–, es denominado como de “sede nacional”, y aquel que procura el examen de confrontación normativo entre el derecho interno y el tratado sobre derechos humanos, efectuado por los jueces de la Corte IDH de “sede internacional” (Rey Cantor, Ernesto. “La jurisdicción constitucional y control de convencionalidad de las leyes”. En: Manili, Pablo Luis (Director). *Tratado de Derecho Procesal Constitucional, Tomo III, primera edición, Buenos Aires, La Ley, 2010, ISBN 978-987-03-1736-4, pág. 563*). El control de convencionalidad marcará en este sentido un punto de convergencia robusto entre los sistemas de protección nacional e internacional. (Nash Rojas, Claudio. “Control de convencionalidad. Precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en: *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año XIX, Bogotá, 2013, pág. 491.

11 El cumplimiento de sentencias de la Corte IDH, presenta dos niveles de “problemas” según la disfunción provenga de la norma (problemas normativos) y su eventual interpretación y aplicación por parte de los órganos estatales en todos sus niveles problemas estructurales institucionales.

12 Ello ha conducido a que la Corte IDH en sus últimos años haya fijado como medida de no repetición la capacitación de los funcionarios públicos en todos los niveles casi en forma obligada en sus pronunciamientos.

con nociones sobre los temas apuntados en el párrafo anterior, los operadores estatales emiten sentencias u otras resoluciones que declaran inaplicables el derecho internacional, como por ejemplo cuando un alto Tribunal local declara inejecutable una sentencia de la Corte IDH¹³.

Otro problema de estructura institucional común a esta instancia, deriva de la falta de debate previo sobre cómo se deben implementar las medidas de reparación dispuestas en la sentencia de la Corte IDH. Piénsese por ejemplo la orden de la Corte IDH de liberar a una persona cuya detención ha sido declarada como contraria a la CADH¹⁴. Ello puede implicar una actividad del Poder Judicial (por vía recursiva), del Poder Ejecutivo (por un indulto) o incluso del Poder Legislativo (amnistía), y a su vez puede depender del gobierno nacional o provincial según la jurisdicción interviniente atenta a la forma de gobierno adoptada por el Estado.

13 Antes de denunciar la CADH, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Venezuela había decidido declarar inejecutable la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Apitz Barbera, señalando que aun contando el tratado internacional con jerarquía constitucional (conocimiento) en caso de antinomia o contradicción entre una disposición de la Carta Fundamental y una norma de un pacto internacional, correspondería al Poder Judicial determinar cuál sería la aplicable (desconocimiento deliberado), lo que así finalmente hizo. Más recientemente, en una audiencia celebrada ante la Corte IDH en el marco de su competencia de supervisión de cumplimiento en once casos respecto de Guatemala, el Estado lejos de informar el avance de las medidas señaló enfáticamente que “*No puede la Corte, ni la Comisión Interamericanas, en el trámite de una petición o caso, hacer señalamientos a un Estado y demandar reparación si no ha habido dolo, culpa o negligencia en el desempeño y desarrollo institucional o en ejercicio de la función pública por funcionarios del Estado*”. Corte IDH. Caso Supervisión conjunta de 11 casos vs. Guatemala. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 21 de agosto de 2014, resolutive 1°.

14 Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL). *Implementación de las decisiones del sistema interamericano de derechos humanos: Jurisprudencia, normativa y experiencias nacionales*, CEJIL, San José de Costa Rica, 2007, pág. 18.

Estos problemas parecieran ser privativos de la etapa de implementación de la sentencia (al contar el Estado con mayor margen para la selección de los medios adecuados para cumplir con las medidas de reparación dispuestas en la sentencia), pero cabe afirmar que las mismas no desaparecen al insertarse en un proceso reglado como es el ejecución forzada de sentencias (estructurado en los códigos de procedimientos), sino que por el contrario, el desconocimiento y la falta de debate previo o concomitante generará problemas específicos si no se cuenta con certeza sobre la vía a seguir. Por ejemplo, la norma del art. 68.2 de la CADH, en cuanto entiende que la parte pertinente de la sentencia que contiene indemnización compensatoria “... *se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado*”, puede generar problemas tales como: a) falta de determinación del procedimiento aplicable (si es en sede administrativa o judicial). Incluso, en aquellos casos donde está resuelto el procedimiento aplicable por ley, como puede ser el caso peruano, donde por aplicación de la Ley N° 27.775, le corresponde dar trámite a la ejecución de la sentencia al Juez que participó en el proceso anterior o en su defecto al Juez competente, el problema que se plantea será determinar a quien deberá entenderse como “juez competente”¹⁵; b) el desconocimiento de la naturaleza supraestatal de la sentencia puede conducir a que se exija homologación o *exequátur* para proceder a su ejecución; c) el carácter estatal del sujeto demandado y la posible invocación de prerrogativas para no cumplir su obligación; y d) la no aceptación de ejecución forzada de medidas de hacer y no hacer frente al supuesto vacío normativo en la CADH.

15 En el Caso Cinco Pensionistas vs. Perú, esta ley no pudo ser aplicada debido a los constantes planteos de incompetencia de los jueces a los que se les remitía la causa para su ejecución. Ver: Corte IDH. Caso Cinco Pensionistas vs. Perú. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 12 de septiembre de 2005.

Por ello, y a modo de segunda aclaración, corresponde tomar una decisión previa sobre la naturaleza del procedimiento de ejecución de sentencias sobre el que estructuraremos nuestro análisis, optando en el marco tradicional que se ha planteado desde la dicotomía de la intervención del procedimiento administrativo o del judicial.

En resumidas cuentas, y a efectos de no excedernos del objeto del presente artículo, señalaremos que el procedimiento judicial es el que mejor se adapta a las exigencias convencionales. Esta postura obedece a la circunstancia de que, si se ha llegado a la instancia, compulsoria, ello se debe a que el Estado no ha cumplido con las medidas dispuestas en la sentencia de la Corte IDH en el plazo acordado. Ergo, ¿qué efectividad podría tener, frente a este panorama, un procedimiento no compulsivo, sin plazos y sin sanción alguna en caso de incumplimiento, como suele ser el llevado a cabo en sede administrativa? Existen altísimas probabilidades de que el beneficiario no adquiera respuesta en un tiempo razonable, por lo que su gestión se vería prácticamente frustrada *a priori*. Solo cabe observar la cantidad desproporcionada de años que ha insumido en los casos argentinos el cumplimiento de las sentencias dictadas por la Corte IDH, las que aún (exceptuando los casos Kimel y Mohamed) se encuentran bajo supervisión de cumplimiento¹⁶. Por ello, la idea de una vía administrativa donde sea la propia víctima quien deba impulsar permanentemente las medidas necesarias para que el Estado cumpla con lo que se ha obligado –encontrándose en mora–, presenta un alto riesgo de ser contrario a las normas de la CADH en materia de acceso a la justicia (artículos 8 y 25 de la CADH). La ausencia de plazos perentorios y de prerrogativas estatales puede derivar en severos problemas estructurales

16 Entre estos plazos destacan los casos Garrido y Baigorria (18 años), Cantos (17 años) o Bueno Alves (9 años), por poner solo algunos ejemplos de la casuística de la Corte IDH.

institucionales que tornen ineficaz el reclamo interpuesto y que conduzcan en definitiva –atento a la experiencia argentina– a un revictimizante tránsito de las víctimas en reclamo de lo que les corresponde por derecho.

Ahora bien, definida la naturaleza judicial del proceso de ejecución, cabe agregar un último detalle previo, y es el relativo a que la ejecución de las sentencias de la Corte IDH presentará tres presupuestos que condicionan y dificultan nuestro estudio: a) el demandado no es un particular común cuyos bienes puedan ser embargados y rematados, sino que es un Estado soberano que goza de ciertas prerrogativas; b) el acreedor es una persona física (o varias) que ha sido declarada por la sentencia como beneficiaria de las medidas pecuniarias y no pecuniarias que son debidas (artículo 1.2 de la CADH); y c) la sentencia que se pretende ejecutar, es un título ejecutivo válido pero que no emana de un tribunal nacional o extranjero, sino de un órgano supraestatal con competencia para ello, aceptada previamente por el Estado¹⁷.

Un correcto control de convencionalidad del Juez nacional permitirá, como se demostrará en las páginas siguientes, mitigar los efectos de estas particularidades.

1.1 El juez nacional debe ejercer el control de convencionalidad aun después de la sentencia de la Corte IDH

El dictado de la sentencia definitiva, inapelable, obligatoria y ejecutable de la Corte IDH no pone fin al proceso, ni

17 El carácter de la sentencia opera en favor del reclamante (víctima o su representante legal) en orden a mitigar el efecto que las prerrogativas estatales puedan eventualmente tener en la ejecución de la sentencia.

permite que los órganos estatales puedan desentenderse de sus obligaciones en el caso que se sometió a discusión ante el tribunal interamericano. Al declararse la violación a la CADH, nace el deber del Estado condenado de cumplir con las medidas de reparación dispuestas en la sentencia en el plazo acordado en el acápite de modalidad de cumplimiento.

En esta línea argumental, cabe recordar que solo el cumplimiento íntegro de la sentencia de la Corte IDH pone fin a su competencia contenciosa¹⁸.

Para el cumplimiento de las medidas de reparación, el Estado cuenta con cierta flexibilidad para tales fines (ya sea porque la medida la puede impulsar cualquiera de los tres poderes del Estado o de manera conjunta –“medidas de doble comando”–); pero en dicho tránsito, el Poder Judicial cumplirá un papel fundamental, no solo en la fase de implementación, sino principalmente en la etapa de cumplimiento compulsorio donde con exclusividad estará en sus manos conducir el proceso de ejecución, con conciencia no solo de que ésta constituye la última instancia nacional para asegurar el cumplimiento de lo debido, sino también de las obligaciones internacionales que lo comprenden. En sus manos quedará tomar la decisión de honrar dichos compromisos o de transitar el nefasto camino hacia la impunidad.

18 La Corte, al responder los planteos del Estado, señaló categóricamente que la jurisdicción comprende la facultad de administrar justicia, lo que no se limita sólo a declarar el derecho, sino que también comprende la supervisión del cumplimiento de lo juzgado. Ergo, la supervisión del cumplimiento de las sentencias es uno de los elementos que componen la jurisdicción. Sostener lo contrario, sostuvo el tribunal, significaría afirmar que las sentencias emitidas por la Corte son meramente declarativas y no efectivas. Ver: Corte IDH. Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá. Competencia. Sentencia de 28 de noviembre de 2003. Serie C No. 104, párr.72.

1.2 El control de convencionalidad se puede ejercer sobre normas procesales

Como se dijo, nuestro análisis se centra en la norma convencional que remite al derecho interno la ejecución forzada de las medidas de reparación incumplidas por el Estado (de conformidad con el artículo 68.2 de la CADH), lo que se encuentra regulado en la segunda parte de la CDH relativa al funcionamiento de los órganos de protección. De allí su carácter de norma procesal interamericana.

En la casuística de la Corte IDH, se puede observar que en los casos donde se ha invocado el control de convencionalidad, se ha hecho en referencia a la violación de normas de la CADH que regulan derechos que se han visto afectados por la conducta del Estado, ya sea por ejemplo la obligación general de adoptar medidas de derecho interno para asegurar el goce y ejercicio de los derechos (art. 2 de la CADH)¹⁹, el principio de igualdad y no discriminación (art. 24 de la CADH)²⁰ o el derecho a recurrir el fallo ante juez o tribunal superior (art. 8.2.h de la CADH)²¹.

No obstante, entendemos que el control de convencionalidad va más allá de la confrontación de una norma o una práctica de derecho interno con un derecho de fondo consagrado en la CADH, sino que al no imponer la CADH un modelo específico para realizar un control de convencionalidad²², es posible

19 Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr. 121.

20 Corte IDH. Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 284.

21 Corte IDH. Caso Mendoza y otros vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2013. Serie C No. 260, párr. 332.

22 Corte IDH. Caso Liakat Ali Alibux vs. Surinam. Excepciones Preliminares,

sostener que el mismo procede para adecuar las decisiones judiciales en tres niveles: a) el normativo, que surge de tratados y convenciones sobre derechos humanos; b) el interpretativo, que pondera el peso específico de las recomendaciones de la CIDH y las sentencias de la Corte IDH, así como las decisiones adoptadas en opiniones consultivas; y c) el de ejecución y cumplimiento en el derecho interno²³.

La Corte ha sostenido que el control de convencionalidad se ejerce sobre la CADH u otros instrumentos y que comprende además las resoluciones del tribunal interamericano (tanto las que derivan de su competencia contenciosa como de la consultiva). De manera que en estos parámetros es donde podemos buscar respuesta a este primer interrogante.

Si escrutamos en primer lugar la CADH no encontraremos ningún argumento que excluya nuestra posición. Incluso, cabe agregar que ésta no es la única norma de procedimiento que encuentran en las partes del proceso un protagonismo esencia (piénsese en el acuerdo de solución amistosa previsto en el artículo 48.1.f de la CADH)

Pero si analizamos el deber del juez local, desde la óptica de la jurisprudencia de la Corte IDH, observaremos directrices muy concretas tales como: "... el cumplimiento de las reparaciones ordenadas por el Tribunal en sus decisiones es la materialización de la justicia para el caso concreto y, por ende, de la jurisdicción;

Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de enero de 2014. Serie C No. 276, párr. 124

23 Gelli, María Angélica; Gozaini, Osvaldo Alfredo y Sagüés, Néstor P. "Control de constitucionalidad de oficio y control de convencionalidad". En: *Revista jurídica argentina La Ley* (t. 2011 B, p. 779-794), Buenos Aires, 2010, pág. 782.

en caso contrario se estaría atentando contra la razón de ser del Tribunal”²⁴.

Asimismo, el tribunal ha sostenido que “[s]i el Estado responsable no ejecuta en el ámbito interno las medidas de reparación dispuestas por la Corte estaría negando el derecho de acceso a la justicia internacional”²⁵, pero de lo que aquí se trata es de que el control de convencionalidad sirva como guía frente a los problemas que pueden en el trámite de dicho acceso.

Asimismo, la Corte IDH ha predicado que los Estados tienen la responsabilidad de consagrar normativamente y de asegurar la debida aplicación de los recursos efectivos y las garantías del debido proceso legal ante las autoridades competentes, que amparen a todas las personas bajo su jurisdicción contra actos que violen sus derechos fundamentales o que conlleven a la determinación de los derechos y obligaciones de éstas. Sin embargo, la responsabilidad estatal no termina cuando las autoridades competentes emiten la decisión o sentencia. Se requiere, además, que el Estado garantice los medios para ejecutar dichas decisiones definitivas²⁶.

24 Corte IDH. Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá. Competencia. Sentencia de 28 de noviembre de 2003. Serie C No. 104, párr. 72. Claro está que se puede argumentar que el cumplimiento de las sentencias de la Corte IDH responde también a imperativos relacionados con el acceso a la justicia. En este sentido, la Corte IDH ha señalado que la ejecución de las sentencias debe ser considerada como parte integrante del derecho de acceso al recurso, que abarque también el cumplimiento pleno de la decisión respectiva. Lo contrario supone la negación misma de este derecho.

25 Corte IDH. Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá. Competencia. Sentencia de 28 de noviembre de 2003. Serie C No. 104, párr. 82/83.

26 Corte IDH. Caso Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de febrero de 2006. Serie C No. 144, párr. 216.

1.3 El control de convencionalidad se puede utilizar para orientar la aplicación de normas compatibles con la CADH

Desde la perspectiva propuesta, la norma procesal a la que haría que recurrir para ejecutar la sentencia de la Corte IDH (por ejemplo, en el caso argentino los artículos 499 y ss del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación) no es *per se* contraria a la CADH. Por ello, la consecuencia directa del control de convencionalidad no será necesariamente su tacha de “inconvenional”²⁷.

El control de convencionalidad no consiste simplemente en dejar de aplicar la norma nacional por ser contraria al “parámetro” de convencionalidad, sino que implica, en primer término, tratar de “armonizar” la norma nacional con la convencional; lo cual significa realizar una “interpretación conforme” de la norma nacional con la CADH, sus protocolos y la jurisprudencia convencional (como estándar mínimo), para desechar aquellas “interpretaciones” contrarias o incompatibles al parámetro convencional²⁸. Ello, además debe analizarse a la luz de que el análisis de compatibilidad normativo puede tener el propósito de darle el *effect utile* o efecto útil a las normas de la CADH²⁹.

27 Sagüés, Pedro, “El ‘control de convencionalidad’, en particular sobre las constituciones nacionales”, en *Revista La Ley* 19/02/2009, 1.

28 Ferrer Mc Gregor, Eduardo. “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. el nuevo paradigma para el juez mexicano”. En Miguel Carbonell y Pedro Salazar (Coords.). *Derechos humanos: un nuevo modelo constitucional*. UNAM-IIIJ. México, 2011, pág. 111.

29 Ventura Robles, Manuel. “El control de convencionalidad y el impacto de las reparaciones emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. En: *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, Año 13, Vol. 13, Núm. 13, pág. 201.

Una derivación interesante del caso que proponemos lo constituye la necesidad de relacionar el control de convencionalidad con el principio de integración, en el sentido de que la CADH ya no se revelará como complementaria, sino más bien simultánea en el sistema legal nacional. En otras palabras, el principio de integración a través del control de convencionalidad se impulsa como respuesta a las limitaciones del principio de subsidiariedad, empujando a las instituciones nacionales a apropiarse de la CADH y utilizarla en su propio provecho³⁰.

2. Consecuencias de que los jueces lleven a cabo un control de convencionalidad en sede interna, tendiente a asegurar el cumplimiento de las sentencias de la Corte IDH

Como se dijo, el juez nacional tiene en sus manos el último intento de las víctimas de lograr que se cumpla lo que les es debido, por ello es importante que este órgano estatal sepa lo que el derecho internacional de los derechos humanos espera de él.

El poder judicial ha sido establecido para asegurar el cumplimiento de las leyes y es indudablemente el órgano fundamental para la protección de los derechos humanos. En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, concebido para un hemisferio de países democráticos, el funcionamiento adecuado del poder judicial es un elemento esencial para prevenir el abuso de poder por parte de otro órgano del Estado, y por ende, para la protección de los derechos humanos. En efecto, el corolario fundamental de los derechos humanos es la posibilidad

30 Dulitzky, Ariel. "An Inter-American Constitutional Court? The Invention of the Conventionality Control by the Inter-American Court of Human Rights", en: *Texas International Law Journal*, Volume 50, Issue 1, pág. 54 y 55.

de acudir ante los órganos judiciales para que éstos aseguren que los derechos se hagan efectivos³¹.

Como ha señalado acertadamente la CIDH, los jueces fungen en un sistema democrático como contralores de la convencionalidad, constitucionalidad y legalidad de los actos de otros poderes del Estado y funcionarios del Estado en general³².

Empoderado de estos criterios (y de los analizados en el punto 1.1), el juez nacional debería dar respuesta a los inconvenientes que se pueden plantear en el marco del proceso compulsorio. Podemos seleccionar tres problemas estructurales institucionales que podrían plantearse al momento de optar por la vía compulsoria: a) problemas vinculados con la naturaleza de la sentencia supra legal; b) problemas relativos a las prerrogativas estatales al momento del trámite compulsorio; y c) problemas cuestiones relacionados con la especial vulnerabilidad de la víctima.

2.1 La sentencia de la Corte IDH, como resolución jurisdiccional de un órgano supraestatal

La especial naturaleza de la sentencia de la Corte IDH implica que la misma no puede ser sujeta a un “juicio de reconocimiento”³³ o *exequátur*³⁴. No obstante, no debería llamar

31 CIDH, “Informe sobre la situación de los derechos humanos en Venezuela”, OEA/Ser. L/V/II.118, Doc. 4 rev. 1, 24 octubre 2003, Original: Español, párr. 151.

32 CIDH, “Garantías para la independencia de las y los operadores de justicia. hacia el fortalecimiento del acceso a la justicia y el Estado de Derecho en las Américas”, OEA/Ser. L/V/II. Doc. 44. 5 diciembre 2013. Original: Español, párr. 16.

33 Sentis Melendo, Santiago, *La sentencia extranjera*, E.J.E.A, Buenos Aires, 1983, pág. 13.

34 Como acto jurisdiccional en virtud del cual se consiente en nombre de la ley

nuestra atención que en el marco del proceso compulsorio se pueda plantear la necesidad de su verificación o su confusión con la sentencia extranjera que pretende ser validada en sede nacional. También puede surgir la negativa del juez de proceder a su ejecución con base en argumentos vinculados con presuntas colisiones entre el mandato supraestatal y la constitución nacional o el orden público³⁵.

Frente a estos escenarios, el Juez nacional tiene que partir de la base de la obligatoriedad de la sentencia de la Corte IDH (art. 68.1 de la CADH), y que la misma constituye “título ejecutorio” suficiente, en cuanto se puede exigir su cumplimiento al ser una sentencia que ha adquirido firmeza, sin que su carácter supranacional implique la necesidad de algún requisito interno para su validez, requerido para ejecutar ciertas sentencias internacionales. Además, la misma se erige como “título ejecutivo” en cuanto la víctima, puede exigir judicialmente, es decir, compulsoriamente el cobro de lo que me es debido. La misma Corte IDH ha señalado que sus sentencias no solo son obligatorias y definitivas, sino que también son “ejecutables” de conformidad con los artículos 63, 67 y 68³⁶. Puntualizando esto último, ha señalado el ex presidente de la Corte IDH, García Ramírez, que las resoluciones de la Corte son inmediatamente ejecutables³⁷.

argentina la aplicación de una sentencia extranjera en territorio nacional. Gozaini, Osvaldo, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*. Tomo III, La Ley, Buenos Aires, 2002, pág.71.

35 Passi Lanza, Miguel, “Sobre las pautas que gobiernan la viabilidad de la ejecución de la sentencia extranjera”. En: *Revista Jurídica La Ley*, 126-108.

36 Corte IDH. La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29, Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párr. 22.

37 García Ramírez, Sergio: “La Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de reparaciones”. En: *Corte IDH, Un cuarto de siglo: 1979-2004, Corte Interamericana de Derechos Humanos*, San José de Costa Rica, 2005, pág. 85.

Aun cuando el código de procedimiento no regule lo relativo a las “sentencias supranacionales”, y mientras no opere una reforma que contemple este supuesto, el juez nacional puede aplicar las normas procesales toda vez que el supuesto de ejecución forzada de la sentencia de la Corte IDH se subsume en ellas³⁸. Así, por ejemplo, la norma del art. 499 del C.P.C.C.N, exige que: a) la misma se encuentra ejecutoriada dado que el fallo que emite el tribunal interamericano es definitivo e inapelable³⁹; b) la sentencia dispone los plazos dentro de los cuales debe darse cumplimiento a las medidas de reparación dispuestas de la sentencia de la Corte IDH por lo que es posible conocer el momento en el que queda habilitada la vía ejecutiva; y c) es la víctima o su representante quién ha adquirido el derecho sobre lo debido, y se encuentra en consecuencia legitimado para su reclamo coactivo.

En este caso, el juez nacional podría verificar la legitimidad del título aplicando recaudos menos estrictos y de oficio, tales como exigir la presentación de la copia legalizada⁴⁰ (o

38 Un tema relevante es el principio de la relativa informalidad del proceso de ejecución de sentencias, en virtud del cual los jueces, actuando con pragmatismo –y dentro de los límites del principio de congruencia– pueden adecuar las etapas y las medidas de procedimiento de ejecución de sentencias para lograr su plena efectividad (Gozaini, Osvaldo. “La informalidad en los procesos de ejecución de sentencia”. En *Revista La Ley*, 1995-E, 177). Highton y Arean ponen como ejemplos la citación a una audiencia para pedir explicaciones a las partes o la adopción de medidas conminatorias destinadas a vencer la falta de colaboración ante el progreso de la ejecución forzada (Highton, Elena y Arean, Beatriz, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*. Tomo 9º, Hammurabi, Buenos Aires, 2008, pág. 21).

39 Por ello se omite el término “consentida”, sin que la falta de interposición de la solicitud de interpretación de sentencias por parte del Estado pueda entenderse como consentimiento del fallo dictado por la Corte IDH toda vez que, como explica reiteradamente, tal posibilidad no frena la ejecución de la sentencia.

40 Las sentencias de la Corte IDH se notifican en copia simple. Por ello tendría que presentarse también la nota de notificación en la que constan las firmas en

apostillada) de la sentencia, o en su defecto oficiar al Ministerio de Derechos Humanos de la Nación o al Ministerio de Relaciones Exteriores a efectos de que informe sobre la existencia del litigio supraestatal y su conclusión consentida firme de la Corte IDH.

Recientemente el tribunal interamericano señaló que:

Los Estados Partes de la Convención Americana tienen la obligación convencional de implementar tanto a nivel internacional como interno y de forma pronta e íntegra, lo dispuesto por el Tribunal en las Sentencias que a ellos conciernan, obligación que, como lo señala el derecho internacional consuetudinario y lo ha recordado la Corte, vincula a todos los poderes y órganos estatales y que, de no cumplirse, se incurre en un ilícito internacional⁴¹.

También debe tener claro que independientemente de que se aplique el código de procedimiento por indicación expresa de la CADH (si sostenemos que esa es la vía para ejecutar una sentencia contra el Estado), el procedimiento se rige en todos sus extremos por el DIDH⁴², adquiriendo un peso relevante en cualquier conflicto que se plantee durante el trámite ejecutorio.

Finalmente, si el juez nacional no hiciere lugar al proceso de ejecución con base en supuestas colisiones con el orden

original del Secretario del Tribunal y en el que constan los datos del expediente, fecha y tribunal emisor (aun cuando se trate de la Corte IDH).

41 Corte IDH. Caso Supervisión conjunta de 11 casos vs. Guatemala. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 21 de agosto de 2014, considerando 6°.

42 Dulitzky, Ariel E. "Implementación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en los Sistemas Federales: El Caso de la Convención Americana sobre DDHH y la República Argentina". En: Abregú, Martín y Courtis, Christian (compiladores). *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1997, pág. 13.

interno o el derecho constitucional, el Estado (además de violar normas internacionales) corre el riesgo de contrariar el principio internacional del *estoppel*⁴³.

2.2 La imposibilidad de invocar prerrogativas estatales en el marco del proceso de ejecución compulsoria de sentencias de la Corte IDH

Aquí el problema se verifica cuando el trámite de ejecución de sentencias contra el Estado se puede ver afectado por prerrogativas estatales (consolidación de deudas, pago en bonos, inembargabilidad de bienes del Estado, entre otros).

Aquí, el juez nacional debe evitar que las prerrogativas estatales puedan colisionar con los principios de buena fe y la imposibilidad de invocar cuestiones de derecho interno para incumplir obligaciones internacionales (conforme a los artículos 27° y 33° de la Convención de Viena, recetados por un centenar de fallos de la Corte IDH).

De manera tal que el Estado deberá adecuar el proceso compulsorio en orden a procurar su pronta y eficaz resolución,

43 Ha dicho la Corte IDH que según la práctica internacional cuando una parte en un litigio ha adoptado una actitud determinada que redunde en deterioro propio o en beneficio de la contraria, no puede luego, en virtud del principio del *estoppel*, *asumir otra conducta que sea contradictoria con la primera* (Corte IDH, Caso *Mémoli vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de agosto de 2013. Serie C No. 265, párr. 34). El principio invocado se explica en el hecho frente a la práctica constante del reconocimiento de las sentencias de la Corte IDH en el derecho interno; cualquier supuesto de inejecución basado en colisión con normas constitucionales o cuestiones de orden público, iría en claro detrimento de los propios actos del Estado argentino.

excluyendo la aplicación de aquellas cuestiones que impliquen un claro incumplimiento de la normativa internacional⁴⁴.

2.3 La protección de los grupos vulnerables a través del control de convencionalidad

La Corte IDH ha señalado la necesidad de que los Estados adopten medidas especiales cuando las víctimas de violaciones a los derechos humanos se encuentren en condiciones de vulnerabilidad, ya sea por su condición de miembros de comunidades indígenas⁴⁵, niños, niñas y adolescentes⁴⁶, género⁴⁷, nacionalidad⁴⁸, personas con discapacidad, migrantes⁴⁹, etc.

44 Hay casos discutibles, como puede ser la necesidad de incluir el monto de la indemnización en el presupuesto del año entrante para poder contar con fondos al momento de librar la orden de pago. Claro que ello deberá contemplar los intereses moratorios que se hayan producido en ese lapso de tiempo.

45 A modo de ejemplo: Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172; y Corte IDH. Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014. Serie C No. 284.

46 Por ejemplo: Corte IDH. Condición jurídica y derechos humanos del niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17 y Corte IDH. Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63.

47 Véase: Corte IDH. Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984. Serie A No. 4 y Corte IDH. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205.

48 Corte IDH. Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130.

49 Corte IDH. Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia

En el caso *Furlan vs. Argentina*, esta proyección se llevó a cabo frente al plazo desmedido de un proceso judicial (acción por daños y perjuicios) que afectó los derechos del reclamante, quien se encontraba en condición de vulnerabilidad por su condición de discapacidad.

Allí, la Corte IDH dijo que:

...si las autoridades judiciales hubieran tenido en cuenta el estado de vulnerabilidad en que se encontraba Sebastián Furlán por las particularidades anteriormente descritas, hubiera sido evidente que el presente caso exigía por parte de las autoridades judiciales una mayor diligencia, pues de la brevedad del proceso dependía el objetivo primordial del proceso judicial, el cual era obtener una indemnización que podía estar destinada a cubrir las deudas que durante años la familia de Sebastián Furlán acumuló para efectos de su rehabilitación y para llevar a cabo terapias necesarias tendientes a atenuar los efectos negativos del paso del tiempo⁵⁰.

En este punto, la Corte IDH trasladó la discusión sobre el rol de los jueces hacia aquellos casos en los que intervienen personas en condición de vulnerabilidad a la etapa de las reparaciones, específicamente al momento de discutir las garantías de no repetición. Entendió en tal sentido que los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la CADH⁵¹ que conlleva a que los operadores estatales tengan en

de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 282.

50 Corte IDH. Caso *Furlán y Familiares vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246, párr. 202.

51 Cf. Corte IDH. Caso *Furlán y Familiares vs. Argentina*. Excepciones

cuenta las situaciones de vulnerabilidad que pueda afrontar una persona, con el fin de que se les garantice un trato preferencial respecto a la duración de los procesos judiciales y en el marco de los procesos en que se disponga el pago de indemnizaciones ordenadas judicialmente⁵².

En otras palabras, el estado actual de implementación del contenido de los tratados internacionales de los cuales un Estado determinado es parte, como así también los pronunciamientos de los órganos de verificación del cumplimiento de dichos tratados, exigen que los actores estatales –en este caso los miembros del poder judicial– adopten ciertas acciones positivas para asegurar el pleno goce efectivo de los derechos contenidos en dichos tratados, como una derivación del control de convencionalidad.

3. Conclusión

El control de convencionalidad es un “potente instrumento para el respeto y garantía efectiva de los derechos humanos”⁵³ y favorece un elevado nivel de protección del individuo⁵⁴. El mismo, supera la mera confrontación normativa entre el ámbito nacional e internacional y se erige como una importante pauta de interpretación que le permite al juez nacional (o cualquier

Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246, párr. 303.

52 Cf. Corte IDH. Caso Furlán y Familiares vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246, párr. 305.

53 Sagüés, Néstor, “Obligaciones internacionales y control de convencionalidad”. En: *Estudios Constitucionales*, Año 8, No. 1, 2010, p. 118.

54 García Ramírez, Sergio. “The Relationship Between Inter-American Jurisdiction and States (National Systems): Some Pertinent Questions”. En: *Notre Dame Journal & Comparative Law*, Volume 5, Issue 1, Article 5, pág. 152.

otro órgano estatal), darle una interpretación a una norma que en principio se presenta como válida en orden a procurar el cumplimiento eficaz de sus obligaciones internacionales.

Cuando existe una sentencia internacional dictada con carácter de cosa juzgada respecto de un Estado que ha sido parte en el caso sometido a la jurisdicción de la Corte Interamericana, todos sus órganos, incluidos sus jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, también están sometidos al tratado y a la sentencia de este Tribunal, lo cual les obliga a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención y, consecuentemente, las decisiones de la Corte Interamericana, no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin o por decisiones judiciales o administrativas que hagan ilusorio el cumplimiento total o parcial de la sentencia. Es decir, en este supuesto, se está en presencia de cosa juzgada internacional, en razón de lo cual el Estado está obligado a cumplir y aplicar la sentencia⁵⁵.

Lo anterior significa que, como consecuencia de la eficacia jurídica de la CADH en todos los Estados Parte en la misma, se ha generado un control dinámico y complementario de las obligaciones convencionales de los Estados de respetar y garantizar derechos humanos, conjuntamente entre las autoridades internas y las instancias internacionales (en forma complementaria), de modo que los criterios de decisión puedan ser conformados y adecuados entre sí⁵⁶.

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

56 Corte IDH. Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia. Solicitud de Interpretación de la Sentencia sobre Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de agosto de 2013. Serie C No. 263, párr. 143.

En este esquema, la posibilidad de que el juez encargado de llevar adelante el proceso compulsorio (ultima *ratio* nacional de cumplimiento de la sentencia de la Corte IDH), pueda eliminar problemas derivados de la falta, ya sea de debate previo o de conocimiento sobre determinados aspectos del proceso internacional, lo posiciona como garante, no solo de las obligaciones generales emergentes de los artículos 1 y 2 de la CADH, sino también de aquellas normas procesales que le exigen protagonismo para dar cumplimiento a los fines del sistema interamericano de protección.

Reflexiones sobre el ejercicio del Control de Convencionalidad en Guatemala

*Juan Arnulfo Vicente Gudiel**

*Leslie Argentina Véliz Arriaga***

Introducción

El proceso constitucionalista se ha amparado desde sus inicios en dos postulados básicos estrechamente relacionados: la limitación en el ejercicio del poder público a través de la implantación del Estado Constitucional y el reconocimiento y salvaguarda de los derechos fundamentales de la población. Así, el constitucionalismo visualizó que la fijación de límites expuestos en la actuación pública, protegería al ciudadano en sus derechos y libertades fundamentales de todas aquellas arbitrariedades que se pudieran cometer en su contra.

Asimismo, este proceso de constitucionalización del Estado, tuvo conciencia desde un inicio de que el aparato gubernamental, al estar dirigido por seres humanos, iba a estar sometido de igual manera (como lo había sido anteriormente) a sus defectos,

* Juan Arnulfo Vicente Gudiel es licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, abogado y notario, con pensum cerrado en la maestría sobre Derecho Constitucional en la Universidad Mariano Gálvez de Guatemala. Actualmente elabora la tesis para obtener el grado académico de magíster.

** Leslie Argentina Véliz Arriaga es licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, abogada y notaria, con pensum cerrado en la maestría en Derecho Constitucional en la Universidad Mariano Gálvez de Guatemala. Actualmente elabora la tesis para obtener el grado académico de magíster.

pasiones, perturbaciones, apetitos e inclinaciones, los que en muchas ocasiones van en contra de la ley. Esta situación, en consecuencia, vendría a hacer imposible el cumplimiento del mandato constitucional.

Sin embargo, para evitar tales eventualidades y poder preservar y viabilizar la eficacia del *telos constitucional*, se creó un instrumento cuyo objeto consiste en evitar las arbitrariedades cometidas en contra de la Constitución, a través de un control que vino a permitir su respeto y supremacía mediante la inaplicación y/o expulsión de todas aquellas normas jurídicas contrarias a sus disposiciones. Esto es, la aplicación de la justicia constitucional mediante la fiscalización difusa o bien concentrada de la constitucionalidad de las leyes.

Este sistema de justicia, que en su variante difusa entierra sus raíces en el constitucionalismo norteamericano, en el paradigmático caso *Marbury vs. Madison*, en el cual el juez John Marshall afirmó y proclamó el carácter jurídico y supremo que debe tener la Constitución. A su vez, esta sentencia sirvió también de fundamento para el modelo de control concentrado de constitucionalidad de las leyes, que fue concebido por el maestro Hans Kelsen en la segunda década del siglo XX. Este último sistema de justicia constitucional entierra sus raíces en el continente europeo.

Sin embargo, a pesar de los modelos de justicia constitucional que existían, se constató durante la primera mitad del siglo pasado una serie de grandes violaciones a los derechos humanos como en ningún otro momento de la historia¹. Esta violación sistemática tuvo como principal actor al poder estatal.

1 Aquí nos referimos precisamente a las matanzas cometidas en las dos guerras mundiales y entre otros enfrentamientos bélicos, el terrorismo de los regimenes totalitarios y sus campos de exterminio, el Holocausto judío y el lanzamiento de las bombas atómicas sobre Japón. Estos hechos de violencia y tragedias imprimieron un sello indeleble al siglo XX, porque culminaron en la muerte de decenas y decenas de millones de seres humanos y en la aniquilación espiritual y física de minorías humanas y aun de pueblos enteros. (Salvadori 2013, p. 11).

Por ende, las aberraciones ocurridas con las guerras mundiales hicieron notorio que los catálogos de derechos y los mecanismos para garantizarlos, consagrados en las distintas constituciones, no eran lo suficientemente efectivos para la debida protección y salvaguarda de las personas y su connatural dignidad. En efecto, esto ocurría porque los derechos humanos hasta ese momento carecían de una verdadera y real consistencia jurídica. Por eso, ante tales deficiencias y arbitrariedades hubo necesidad de retomar conciencia y de realizar nuevos replanteamientos para asegurar la protección y salvaguarda de los derechos humanos. Eso sí, esta vez, tales replanteos superarían el plano estatal, ya que lo que se buscó fue alcanzar un estándar internacional de protección a los derechos de los individuos, por la situación de desprotección en que se encontraban sumidos y por la irresponsabilidad estatal existente.

La consecuencia positiva de lo anterior, fue lograr un perfeccionamiento y desarrollo trascendental en la forma de concebir a los derechos humanos. En efecto, luego de terminar la Segunda Guerra Mundial se produjo el inicio de un proceso de internacionalización de respeto y de protección a los Derechos Humanos. De este proceso surge el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el cual encuentra su fundamento en el consenso universal y/o regional de los Estados. Su fin último es la protección universal de los derechos de los seres humanos.

Los objetivos de este nuevo sistema de protección y de reconocimiento a los derechos, exigió también la implantación de instancias internacionales (entes externos a los Estados) dotados de mecanismos procesales eficaces para controlar, supervisar, garantizar y asegurar el efectivo cumplimiento de las disposiciones supranacionales. Éstas, para el caso del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, son: la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la primera con sede en Washington y la segunda con sede en Costa Rica.

De estas dos, es la Corte IDH la que en años recientes ha incluido y trabajado en varios de sus fallos el control de convencionalidad, una figura jurisprudencial de protección a los derechos reconocidos en la Convención América sobre Derechos Humanos (o Convención ADH). Esta figura se erige hoy en día como un nuevo mecanismo de control y constituye un importante avance para el desarrollo y protección de los derechos humanos reconocidos supranacionalmente.

Por otro lado, el control de convencionalidad, como nuevo control paradigmático de protección a los derechos humanos, conmina a todas las autoridades judiciales y administrativas a que en su actividad jurisdiccional se determinen, conforme a las reglas de su competencia, la conformidad de las normas y los actos internos respecto de la Convención ADH. Por tanto, al existir inconformidad de una ley o acto que menoscabe la efectividad de la Convención ADH, el Estado será responsable internacionalmente por no haber interpretado y aplicado correctamente la norma supranacional.

Finalmente, lo anterior permite visualizar la presencia de una protección dual² de los derechos humanos, solo que cada uno es aplicado a estructuras jurídicas distintas (el control de constitucionalidad para el orden jurídico interno y el control de convencionalidad para el orden supranacional). Esto permite sugerir que los jueces guatemaltecos están conminados en su actividad jurisdiccional, según las reglas de su competencia, a compatibilizar y conformar las normas y actos internos, ya no sólo respecto de la Constitución Política de la República de Guatemala (control de constitucionalidad), sino también respecto

2 Por su parte, otros autores hablan de una triple protección a los derechos humanos: el nivel doméstico o nacional, el nivel internacional y el nivel regional; éste último sería el caso del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, Sistema IDH.

de la Convención ADH y otros instrumentos internacionales que en materia de derechos humanos el Estado de Guatemala ha ratificado (control de convencionalidad).

Ambas tareas son de suma importancia, ya que poseen la finalidad de proteger a los derechos humanos. Sin embargo, esto no significa que entre tales controles no puedan existir ciertas características que las diferencien una de otra. Asimismo, es importante determinar si eventualmente, ambos controles pueden presentar contradicciones o compatibilidades entre sí, al momento de ser aplicados por los administradores de justicia nacionales. De ahí que sean estas las razones que llevan a los autores a indagar “un poco” en el ámbito jurídico y fáctico que tan complementarios o contradictorios pueden ser ambos controles en el sistema jurídico guatemalteco. Empero, previo a determinar tales objetivos, se abordará la fundamentación, conceptualización y características del control de convencionalidad.

1. El control de convencionalidad

1.1 La obligación estatal frente al Derecho Internacional de los Derechos Humanos

La comprensión del control de convencionalidad es de suma importancia para entender la obligatoriedad que tiene el Estado guatemalteco a través de su aparato gubernamental, de hacer una interpretación conforme de sus actos y normas internas en relación a los tratados y convenios internacionales que son parte del Sistema IDH, como la Convención ADH³.

Estas obligaciones internacionales pueden considerarse, bajo ningún motivo, como violatorias a la soberanía interna

3 El Estado de Guatemala es parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos desde el 25 de mayo de 1978.

del Estado, en virtud que el mismo, al momento de ratificar, aceptar o aprobar soberanamente el o los tratados o convenciones internacionales que se trate, se ha comprometido a cumplir a cabalidad con sus disposiciones. En efecto, “la exigencia del cumplimiento de las obligaciones creadas por los Estados en el Derecho Internacional no implica una transgresión a su soberanía estatal ya que, precisamente, es en ejercicio de ésta que los Estados han consentido vincularse jurídicamente con aquellas”⁴.

Sin embargo, el problema entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (específicamente el Sistema IDH) y la soberanía estatal, radica en que aquel exige hoy en día a los Estados “una labor interpretativa [que] puede resultar novedosa, desafiante y compleja, por, dos razones. Primero, [porque aquel] rompe con el esquema tradicional del orden positivo estatal, [y éste] requiere estar al tanto no sólo de las transformaciones internas, sino también [de la] actualización constante sobre la labor de los órganos y organismos internacionales”⁵. Es decir, que el aparato gubernamental ya no solo debe adecuar y transformar sus actuaciones y normas a lo establecido en el derecho constitucional, sino que, debe tener muy en cuenta las transformaciones que ocurran con el DIDH y adecuar así los actos y normas a ésta también.

También es necesario tener plena conciencia de que el Sistema IDH no busca desafiar al derecho interno de los Estados, sino que pretende lograr armonía y complementariedad jurídica entre ambos, a manera de lograr una protección efectiva de los derechos humanos reconocidos a lo interno y a lo externo

4 Instituto Interamericano de Derechos Humanos, IIDH. *Manual auto-informativo para la aplicación del control de convencionalidad dirigido a operadores de justicia*. San José, Costa Rica, 2015. Pág. 17.

5 Konrad Adenauer Stiftung. *Convención Americana sobre Derechos Humanos (comentario)*. Editorial Temis, Bogotá, Colombia. 2014. Pág. 10.

por los propios Estados. Esto no puede ser de otra forma, dado que la eficacia universal y/o regional de los derechos humanos en buena medida depende de la complementariedad y armonización con que se desarrolle el derecho nacional con el derecho internacional. En efecto, “la creciente trascendencia que adquieren [el Derecho IDH y el derecho doméstico] en sus áreas de interacción exige una articulación de ese binomio de fuentes mediante su retroalimentación y complementariedad en pro del fortalecimiento cabal del sistema de derechos”⁶.

Es por ello que cuando un órgano externo de control, como lo es la Corte IDH, exige la conformidad de todo acto o ley interna al orden supranacional, no se está ante una “violación” o interferencia a la soberanía estatal, dado que el Estado al ratificar, aceptar o aprobar un convenio o tratado, adquirió compromisos y responsabilidades internacionales que lo obligan a sujetarse al contenido del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y a la jurisprudencia misma de la Corte IDH⁷. Por lo tanto, toda mala apreciación o interpretación que conduzca a la trasgresión e ineficacia de los derechos reconocidos supranacionalmente, ocasionará la inobservancia de los tratados y por ende, esto se convertirá en una clara violación a los principios de buena fe y *pacta sunt servanda* (*Convenio de Viena sobre los Tratados, artículo 26*) que el Estado está obligado a cumplir. La Corte IDH ha pronunciado que “todo menoscabo a los derechos humanos reconocidos en la Convención [ADH] que pueda ser atribuido, a

6 Bazán, Víctor. “Vinculatoriedad de los estándares interpretativos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los órdenes internos, control de convencionalidad y diálogo jurisprudencial”. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Año XX. Bogotá, 2014. Pág. 388.

7 El Estado de Guatemala reconoció la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos el nueve de marzo de 1987. Esto significa que el Estado está obligado a respetar la jurisprudencia que emane de dicha Corte.

la acción u omisión de cualquier autoridad pública, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad⁸”.

Frente a tal violación, es consecuencia lógica que el Estado será conminado a ajustar sus actividades a la conformidad del Derecho Internacional de los Derechos Humanos; de lo contrario, incurrirá en responsabilidad por la inutilidad que ha ocasionado sobre los derechos reconocidos en el tratado o convención de que se trate.

De ahí que se haga preciso en este punto considerar el trabajo relevante y decisivo que ha efectuado la Corte IDH en sus constantes fallos, para hacer útil y concordante el contenido de la Convención ADH con el derecho interno de los Estados. Asimismo, es importante subrayar que la Corte IDH, para garantizar el cumplimiento de los derechos reconocidos en la Convención ADH, ha erigido en los últimos años una herramienta o mecanismo denominado control de convencionalidad, cuyo objeto es “velar por el efecto útil” de la misma. Es decir, en palabras de la Corte IDH, “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 Humanos⁹”, a manera de “velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales, de [forma] que no quede mermado o anulado por la aplicación de normas o prácticas internas contrarias al objeto y fin del instrumento internacional¹⁰”.

8 Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Sentencia de 29 de julio de 1988. Párrafo número 164.

9 Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Párrafo número 124.

10 Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Párrafo número 180.

En concreto, puede señalarse que este control exige en la actualidad, no solo a los jueces guatemaltecos sino en general a todos los jueces latinoamericanos, a llevar a cabo en el ejercicio de sus funciones *ex officio* una interpretación de la normativa interna conforme a la Convención ADH, a efectos de hacer viables los derechos reconocidos en el plano supranacional. “(...) 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”¹¹.

1.2 Definición y fundamentos

El Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), indica que el control de convencionalidad ha quedado definido “como una institución que se utiliza para aplicar el Derecho Internacional, en este caso el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y específicamente la Convención Americana y sus fuentes, incluyendo la jurisprudencia de la Corte IDH, en el derecho interno de los Estados parte de aquella”¹².

Por su parte, Benavente Chorres, define al control de convencionalidad como:

[L]a potestad de la Corte Interamericana de revisar las normas y actos de los Estados partes de la Convención Americana, cuando están analizando un caso de violación a los derechos humanos, en el sentido de establecer su compatibilidad con

11 Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Párrafo número 124.

12 Instituto Interamericano de Derechos Humanos, IIDH. *Manual auto-formativo para la aplicación del control de convencionalidad*. Pág. 49.

las normas de la citada Convención; en caso contrario, podrán declarar, en el asunto sometido a la competencia de la Corte, la responsabilidad del Estado parte infractor¹³.

El constitucionalista guatemalteco Gustavo Sigüenza, citando a Ernesto Rey Cantor, define el control de convencionalidad de la siguiente manera:

[U]n mecanismo de protección procesal que ejerce la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el evento de que el derecho interno (Constitución, ley, actos administrativos, jurisprudencia, prácticas administrativas judiciales, etc.) es incompatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos u otros tratados –aplicables–, con el objeto de aplicar la Convención u otro tratado, mediante un examen de confrontación normativo (derecho interno con el tratado), en un caso concreto [...] con el objeto de garantizar la supremacía de la Convención Americana¹⁴.

Finalmente, para Vio Grossi el control de convencionalidad consiste, “de acuerdo con la Corte, en determinar la conformidad o contradicción ‘entre las normas internas y la Convención Americana sobre Derechos Humanos’¹⁵.”

13 Benavente Chorres, Hesbert. *La investigación judicial y el control de convencionalidad en el proceso penal: concepto y modalidades*. J.M. Bosch, editor, pág. 233.

14 Sigüenza Sigüenza, Gustavo Adolfo. “Desafíos del control de convencionalidad y su aceptación por parte de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala”. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* Año XX. Bogotá, 2014. **Pág. 460**.

15 Vio Grossi, Eduardo. “Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: ¿del control de Convencionalidad a la supranacionalidad?”. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* Año XXI. Bogotá, 2015. **Pág. 96**.

De nuestra parte, puede afirmarse que el control de convencionalidad puede definirse como aquella tarea hermenéutica realizada por la Corte IDH (control concentrado) y por las cortes nacionales de los distintos Estados que son parte del Sistema IDH (control difuso), quienes a través de la utilización de distintas herramientas interpretativas, confrontan la norma nacional con la norma supranacional a fin de establecer si aquella menoscaba el efecto útil de esta última. Por consiguiente, si en el ámbito interno los jueces observan una inconformidad que violenta o menoscaba el efecto útil de la Convención ADH, *ex officio* están obligados a ejercer un control convencional, el cual exige preferir la aplicación de la Convención por sobre la norma interna. Y, si en dado caso el juez hace prevalecer el derecho interno por sobre el externo, entonces el Estado será responsable internacionalmente y será conminado a través del control concentrado de convencionalidad a conformar sus actividades al Derecho IDH.

Por otro lado, en cuanto al sustento legal en el plano convencional, se puede afirmar que la fundamentación del control de convencionalidad se encuentra en el artículo primero de la Convención ADH. En efecto, la Corte IDH ha manifestado que “si bien el control de convencionalidad no está ligado estrechamente al Art. 1, merece ser mencionado en [tal] apartado por delimitar la competencia de la Corte Interamericana y confirmar la competencia de los tribunales nacionales correspondientemente”¹⁶.

Igualmente puede señalarse que tal mecanismo encuentra sustento en el artículo 2 de la misma Convención, debido a que éste establece que los Estados partes se comprometen a adoptar arreglos internos, a fin de hacer efectivos los derechos regulados

16 Al respecto, ver I Digesto Art. 1.1 de la Corte IDH, puede consultarse en www.corteidh.or.cr.

en la Convención ADH. Por lo tanto, “en el supuesto de que el Estado no haya cumplido con el deber de adoptar disposiciones de derecho interno para garantizar efectivamente el ejercicio de los derechos humanos reconocidos en la Convención, la Corte, por vía jurisdiccional, impone al Estado tomar medidas legislativas o de otro carácter, a fin de satisfacer semejante finalidad”¹⁷. En efecto, “la herramienta más importante para contribuir a dicho fin es el denominado ‘control de convencionalidad’” que, como veremos, “puede en mucho contribuir a asegurar que [la Convención Americana] genere sus efectos propios (*effet utile*) en el derecho interno de los Estados Partes”¹⁸.

La justificación jurisprudencial del control de convencionalidad encuentra fundamento en las propias decisiones emitidas por la Corte IDH. Estas han dado origen al parámetro de control de convencionalidad y empezaron a gestarse desde la sentencia del Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala, *emitida el 25 de noviembre del año de 2003*. El apartado 27 de ésta contiene el voto concurrente razonado del juez García Ramírez, donde hace la primera aproximación sobre el control convencional, al interpretar que la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH trae consigo el ejercicio del control “concentrado” de convencionalidad. Así lo señala:

27. 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 (...). 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 –

17 Bazán, Víctor. “Vinculatoriedad de los estándares interpretativos de la Corte”. Pág. 390.

18 Instituto Interamericano de Derechos Humanos, IIDH. *Manual auto-formativo para la aplicación del control de convencionalidad*. Pág. 49.

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 internacional¹⁹.

En consecuencia, es a partir de ésta sentencia que la Corte IDH empieza a construir y a erigir paulatinamente en el plano de su jurisprudencia un nuevo modelo de control para la defensa del orden supranacional, al que se denominó desde el inicio como control de convencionalidad. Al año siguiente, en el Caso *Tibi vs. Ecuador se emite la sentencia de fecha siete de diciembre del año 2004, en el que nuevamente el juez García Ramírez, en el apartado tres de dicha sentencia vuelve a interpretar que: “si los tribunales constitucionales controlan la ‘constitucionalidad’, el tribunal de derechos humanos resuelve acerca de la ‘convencionalidad’... [con lo que] El tribunal interamericano, por su parte, pretende conformar esa actividad [estatal] al orden internacional acogido en la convención fundadora de la jurisdicción interamericana y aceptado por los Estados partes en ejercicio de su soberanía”.*

Puede observarse que la Corte IDH empieza a determinar que el objeto del control de convencionalidad es la conformación de la actividad interna del estado (de actos y de normas) al orden internacional que se acoge en la Convención ADH. Además, también resulta oportuno señalar que aunque dicha sentencia asemeja el ejercicio del control convencional con el constitucional, la Corte IDH es clara en fijar una distinción respecto de ambos. Por lo tanto, el primero tiene por objeto la defensa del orden supranacional y el segundo la defensa del orden constitucional. Esto no significa en ningún momento que ambos se contradigan, *contrario sensu* se complementan y

19 Énfasis de los autores.

coadyuvan para poder hacer efectiva la defensa interna y externa de los derechos humanos. Así lo sostiene el preámbulo de la Convención ADH, al indicar que la justificación de la protección internacional de los derechos humanos “es de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados Americanos”. Además, este carácter subsidiario o complementario del Sistema IDH, según la Corte IDH supone que el Estado es:

...el principal garante de los derechos humanos de las personas, de manera que, si se produce un acto violatorio de dichos derechos, es el propio Estado quien tiene el deber de resolver el asunto a nivel interno y reparar, antes de tener que responder ante instancias internacionales como el Sistema Interamericano [*en efecto, ésta sería la instancia complementaria y coadyuvante para evitar las violaciones ocasionadas al Derecho IDH no resueltas por el Estado responsable*]²⁰.

Como se describió anteriormente, tal jurisdicción contenciosa en ningún momento puede ser vista como violatoria de la soberanía estatal.

A pesar de las sentencias previamente citadas, es preciso en este punto considerar que es muy aceptado en doctrina, como en el Caso Almonacid Arellano vs. Chile, cuya sentencia fue emitida el 26 de septiembre del año 2006; en el mismo, se hace una formulación y conceptualización más clara en cuanto a los alcances del ejercicio del control de convencionalidad. Es decir, es hasta en esta sentencia en donde se hace la formulación que traslada el deber de ejercer dicho control a los jueces del poder

20 *Caso Gelman vs. Uruguay*, sentencia dictada el 24 de febrero de 2011. Apartado 70. Énfasis de los autores.

judicial de los Estados partes de la Convención ADH. Así lo refirió la Corte IDH:

124. (...) 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 (...) En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

Luego de este traslado de funciones al Poder Judicial, la Corte IDH vendría años después a extender al resto del aparato gubernamental del Estado el ejercicio del Control de Convencionalidad. Por ello, hoy día ya no solo los jueces están conminados a su ejercicio, sino que también cualquier órgano estatal: el Organismo Ejecutivo, el Organismo Legislativo, la Corte de Constitucionalidad, el Poder Municipal, el Ministerio Público, la Procuraduría de Derechos Humanos, entre otros, para el caso guatemalteco. Esta formulación tiene sustento ya en varias sentencias. Empero, las primeras decisiones que hicieron referencia al traslado del ejercicio de control convencional a órganos distintos del Poder Judicial, son en primer lugar, el Caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, cuya sentencia es del 26 de noviembre del año 2009; la formulación que contiene y que hace referencia a la extensión del ejercicio del control convencional, está contenida en el apartado 225, donde claramente se señala que “cuando un Estado es parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos

sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél”²¹.

Finalmente, la disposición jurisprudencial referida en el párrafo anterior vendría a ser ampliada a “cualquier autoridad pública” en el Caso Gelman vs. Uruguay, cuya sentencia fue dictada el 24 de febrero de 2011. Acá, la Corte IDH subrayó que el ejercicio del control de convencionalidad le corresponde a todo el aparato gubernamental, es decir a “todas sus **autoridades públicas** y todos sus órganos, incluidas las instancias democráticas, jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos sus niveles”²².

En resumen, puede señalarse que partir del Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala (2003), la Corte IDH empieza a construir y a erigir con su trabajo constante, relevante y decisivo en el plano de su jurisdicción contenciosa, un nuevo modelo de *justicia convencional* que pretende hacer útil y concordante el contenido de la Convención ADH con el derecho interno de los Estados parte del Sistema IDH. Todas las autoridades públicas están obligadas a ejercerlo *ex officio* en el ámbito de sus competencias.

1.3 Características que presenta el Control de Constitucionalidad y el Control de Convencionalidad

Ciertamente, el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad poseen ciertas similitudes. Por ejemplo, ambas tienen el objetivo de velar por el respeto y eficacia de los derechos humanos reconocidos en el ámbito interno (el caso de

21 Énfasis de los autores.

22 Énfasis de los autores.

control constitucional) como en el ámbito externo (el caso del control convencional). Además, éste último es complementario al control de constitucionalidad que ejercitan los jueces nacionales. A pesar de ello, es posible encontrar notas características que las diferencien una de otra. A continuación se identifican ciertos caracteres propios de cada control.

Control de constitucionalidad	Control de convencionalidad
Este control protege y salvaguarda a la normativa constitucional, contra toda aquella norma que viole, tergiverse, restrinja o disminuya los derechos humanos reconocidos en la Constitución.	Este control protege y salvaguarda la normativa supranacional, contra todo aquel acto o norma estatal que haga o pretende hacer inútiles los efectos de la Convención ADH.
La aplicación del control de constitucionalidad es a instancia de parte. Así lo señala el artículo 6 se la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad al indicar que “todo proceso relativo a la justicia constitucional, sólo la iniciación del trámite es rogada”.	La aplicación del control convencional es <i>ex officio</i> por parte los jueces y otra cualquier autoridad pública. Así lo ha obligado la Corte IDH en varios fallos. Por ejemplo, el Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú, sentencia 24-11-2006. Apartado 128.
Éste compatibiliza y conforma una norma con jurídica con la Constitución.	Éste compatibiliza y conforma un acto o norma nacional con el corpus iuris del Sistema IDH a efecto de hacerlo útil*.
Los procedimientos del control de constitucionalidad surgen de la normativa nacional, que para el caso de Guatemala es la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad decreto número 1-86 de la Asamblea Nacional Constituyente.	Los procedimientos empleados para ejercitar el control convencional surgen de la Convención ADH y de la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH.
Las decisiones tomadas en ejercicio del control de constitucionalidad pueden ser revisadas subsidiariamente por la Corte IDH, a fin de observar que no se haya violentado los derechos reconocidos en el <i>corpus juris</i> del Sistema IDH.	Las decisiones tomadas por la Corte IDH en sus sentencias son irreversibles e inapelables. Además, son de obligación general para todos los Estados partes del Sistema IDH.

- * El *corpus iuris* según el trabajo de la Comisión y de la Corte IDH, comprende:
- a) el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador);
 - b) el Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Pena de Muerte;
 - c) la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura;
 - d) la Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas;
 - e) la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará);
 - f) la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad;
 - g) la Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia;
 - h) la Convención Interamericana contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia, y
 - i) la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores. Asimismo, también es parte de éste, la jurisprudencia de la Corte IDH.

2. Situación del control de convencionalidad en Guatemala

Previo a tratar este punto, resulta de importancia subrayar que el Estado de Guatemala es parte de la Organización de Estados Americanos (OEA); de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, desde el 25 de mayo de 1978 y demás instrumentos que conforman el *corpus iuris* del Sistema IDH. Además, a partir del nueve de marzo de 1987 reconoció la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH. Por consiguiente, el Estado guatemalteco tiene la obligación de hacer una interpretación, conforme de sus actos y normas internas, en relación a los tratados y convenios internacionales que hacen parte del *corpus iuris del Sistema IDH*, a través de su aparato gubernamental (jueces y demás autoridades públicas). En caso contrario, *si se hace prevalecer el derecho interno por sobre el corpus iuris de derechos humanos; entonces, el Estado será responsable internacionalmente y será conminado a través del control concentrado de convencionalidad, ejercido por la Corte IDH mediante su jurisdicción contenciosa, a conformar sus actividades al Derecho IDH.*

Subrayado lo anterior, es importante aclarar que en Guatemala la jurisdicción ordinaria compete ejercerla a los jueces y magistrados pertenecientes al Organismo Judicial y la jurisdicción constitucional corresponde con exclusividad ejercerla a los magistrados de la Corte de Constitucionalidad (en adelante, la CC). Por consiguiente, en el ámbito guatemalteco, el ejercicio del control de constitucionalidad en su variante difusa, corresponde a los jueces y magistrados del Organismo Judicial a través de la garantía constitucional de la inconstitucionalidad de leyes en casos concretos; y en su variante concentrada, corresponde ejercerla a los magistrados de la CC a través de la inconstitucionalidad de leyes, reglamentos y disposiciones de carácter general. Sin embargo, el ejercicio del control de convencionalidad que debe desarrollarse *ex officio, en sede nacional (variante difusa) corresponde tanto al Organismo Judicial como a la Corte de Constitucionalidad, dado que el control concentrado* (el efectuado en sede internacional), corresponde a la Corte IDH.

2.1 El ejercicio del control de convencionalidad en las altas cortes de Guatemala

En anuencia a los deberes, obligaciones y compromisos internacionales adquiridos por el Estado de Guatemala – consistentes en hacer una interpretación conforme de sus actos y normas internas en relación a los tratados y convenios internacionales que hacen parte del *corpus iuris* del Sistema IDH–, aquel ya ha iniciado con la aceptación y ejercicio del control de convencionalidad en ciertas de las resoluciones emitidas por los tribunales de superior jerarquía.

Bajo este entendido, se pueden citar ciertas sentencias en las cuales la CC ha hecho referencia al ejercicio que se debe efectuar

en relación al control de convencionalidad. Entre éstas, está el expediente número 2151-2011 de Apelación de Amparo, contra sentencia de Amparo emitida en primer grado por la Corte Suprema de Justicia, Cámara de Amparo y Antejuicio, cuya sentencia fue dictada el 23 de agosto del año 2011. Esta resolución enfatiza la obligación existente en la jurisdicción ordinaria sobre la aplicación del control de convencionalidad, entre la normativa internacional (representada en el presente caso por la Convención de Derechos del Niño, que es parte *corpus iuris* del Sistema IDH), y la legislación interna, a efecto de no soslayar las obligaciones que dimanaban del Derecho IDH. Así lo expresó la Corte de Constitucionalidad en el considerando primero de dicha sentencia:

La Constitución Política de la República de Guatemala, en la Sección Primera, Título II, Capítulo II, garantiza la protección social, económica y jurídica de la familia, y declara de interés social, toda acción encaminada contra la desintegración familiar (...). Esta protección preferente tiene su fundamento en el conjunto de principios y valores que la Constitución llama a preservar respecto de la institución de la familia, y en las obligaciones convencionales que para el Estado de Guatemala dimanaban por haber ratificado la Convención sobre los Derechos del Niño. Este último instrumento internacional, en su artículo 3.1 propugna porque en todas las medidas concernientes a los niños que decidan, entre otros, los tribunales de justicia, debe privilegiarse el interés superior del niño. De manera que de no advertirse aquella actitud con el alcance proteccionista que preconiza la norma convencional internacional precitada, es procedente el otorgamiento del amparo con el objeto de que los tribunales de jurisdicción ordinaria reencausen su actuación de acuerdo con los fines y valores del instrumento normativo internacional en mención, y realicen, respecto

de la aplicación de la preceptiva contenida en la legislación interna, un correspondiente *control de convencionalidad* en sus resoluciones, con el objeto de no soslayar, en aquella labor de aplicación, obligaciones que dimanen de normativa de superior jerarquía.

Finalmente, la CC en el considerando cuatro resalta el carácter *ex officio* del control de convencionalidad. Para este efecto se auxilia de la jurisprudencia de la Corte IDH e indica que:

Esta Corte parte de que la realización del control de *convencionalidad* entre normas de derecho interno y las de un instrumento normativo internacional, es un control que debe realizar *ex officio* todo juez dentro de sus respectivas competencias y de acuerdo con las regulaciones procesales correspondientes. La viabilidad de realización de este tipo de control ya ha sido determinada, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en varios de sus fallos, citándose, a manera ejemplificativa, los Casos Almonacid Arellano y otros vs. Chile (...).

Asimismo, se encuentra el expediente número 3334-2012 que contiene la sentencia de inconstitucionalidad de ley general parcial de fecha 14 de febrero de 2012, en la cual se reitera la obligación existente de efectuar un control de convencionalidad no solo entre la Convención IDH; la CC incluye también la exégesis que respecto de este control ha realizado la Corte IDH con la normativa interna, a efecto de hacer útiles los preceptos del *corpus iuris* del Sistema IDH. La CC señaló:

[E]ste tribunal no podría soslayar que al analizarse disposiciones normativas como la impugnada por el Procurador de los Derechos Humanos, debe realizarse, además, un adecuado control de convencionalidad de aquella disposición, pues

por regularse en ésta situaciones que restringen el derecho de acceso a la información pública, debe determinarse si aquella regulación guarda coherencia con el respeto al derecho internacional de los Derechos Humanos. Esta labor de control ya fue realizada por esta Corte –solo que respecto de una resolución judicial– en la sentencia de veintitrés de agosto de dos mil once (Expediente 2151-2011), y en congruencia con ella, se afirma que al realizar esta labor de control de normativa jurídica de derecho interno guatemalteco, deben tenerse en cuenta instrumentos internacionales que tengan relación con dicha normativa, y la exégesis que respecto de estos últimos ha realizado la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En ese sentido, el control de convencionalidad de la normativa impugnada debe realizarse a la luz de lo dispuesto en el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y en función de lo que respecto de este último puntualizó la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia de diecinueve de septiembre de dos mil seis (Caso Claude Reyes y otros vs. Chile, Fondo, Reparaciones y Costas, párrafo 86), cuando en dicho fallo se indicó que “el actuar del Estado debe encontrarse regido por los principios de publicidad y transparencia en la gestión pública, lo que hace posible que las personas que se encuentren bajo su jurisdicción ejerzan el control democrático de las gestiones estatales, de forma tal que puedan cuestionar, indagar y considerar si se está dando un adecuado cumplimiento de las funciones públicas”. [...]. “Es evidente entonces que en la normativa impugnada concurre: a) [...] b) inconformidad convencional, por confrontar lo establecido en el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de acuerdo con la intelección que sobre dicha norma realizara la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia de diecinueve de septiembre de dos mil seis (Caso Claude Reyes

y otros vs. Chile, Fondo, Reparaciones y Costas, párrafo 86), lo que también genera una violación de la preceptiva contenida en el artículo 46 constitucional”.

Por último, se cita el expediente número 2567-2015 de Apelación de Amparo, contra sentencia de Amparo emitida en primer grado por la Sala de la Corte de Apelaciones del ramo civil y mercantil, constituido en Tribunal de Amparo, cuya sentencia fue dictada el 31 de marzo del año 2016.

En la presente sentencia se defiende el reconocimiento del derecho de consulta previa que asiste a los pueblos indígenas para salvaguardar sus intereses y demás factores ligados con su identidad cultural. Tal derecho obliga a que cualquier decisión que se desee tomar por parte de la autoridad pública, y que por la naturaleza de la misma afecte intereses de los pueblos indígenas, es necesario llevar a cabo, a través del Tribunal Supremo Electoral, mediante procedimientos adecuados y apropiados, el derecho de consulta previa que les asiste, a efecto de que la población afectada pueda dar su consentimiento o no sobre la decisión que pretende adoptar.

Es importante subrayar que a la presente fecha, el derecho de consulta previa no ha sido reconocido en la legislación interna de Guatemala. Frente a este vacío, la CC en la presente sentencia y en ejercicio del control de convencionalidad, ha considerado que “es oportuno recalcar que mientras no se implementen las reformas necesarias en el plano de la legislación ordinaria, el déficit normativo interno no puede significar la nulidad de la consulta que asiste a los pueblos indígenas, porque de ser así, ello equivaldría a consentir que la pasividad del Organismo Legislativo tuviera como resultado vaciar de contenido al indicado derecho (...)”.

Por consiguiente, se hace preciso en este párrafo considerar el factor decisivo que representa el control de convencionalidad frente a tal derecho. Dado que la CC ha llenado este vacío normativo interno con ciertos tratados y convenios internacionales, los cuales constituyen hoy día el soporte normativo de la consulta previa de los pueblos indígenas en Guatemala. Así lo ha establecido la CC al señalar que:

El soporte normativo de esa prerrogativa, que asiste a los pueblos originarios con ocasión de medidas estatales susceptibles de causarles tal afectación, reside en una serie de instrumentos internacionales de los cuales el Estado de Guatemala es parte: [a saber] A) *Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes* –ratificado por Guatemala en mil novecientos noventa y seis–... B) *Convención Americana sobre Derechos Humanos* –ratificada por Guatemala en mil novecientos setenta y ocho–. C) *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* –al que Guatemala se adhirió en mil novecientos noventa y dos–... D) *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial* –ratificada por Guatemala en mil novecientos ochenta y tres–... E) *Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas* –aprobada por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, con el voto favorable de Guatemala, el trece de septiembre de dos mil siete– (...).

Finalmente, en aras de evitar la irresponsabilidad internacional por no hacer útiles los efectos del *corpus iuris* del Sistema IDH, la CC complementándose con el ejercicio *ex officio* del control de convencionalidad, señala que:

El cumplimiento de la obligación internacional asumida y el reconocimiento de la consulta como

parte del catálogo de derechos justiciables ante las jurisdicciones constitucional e interamericana de derechos humanos implican el deber estatal de velar por su protección, con independencia de que para ello se hayan implementado o no disposiciones legales, dependencias o procedimientos *ad hoc*. Así lo impone la observancia de lo preceptuado en los artículos 46, 149, 152 y 154 de la Constitución Política de la República (...).

En concreto, puede afirmarse que con las sentencias citadas se observa el compromiso del Estado guatemalteco, a través de la CC, para hacer efectivo y útil el contenido normativo y jurisprudencial que integra el Sistema IDH, en cuanto a aquellos actos y normas internas que los violenten. Esta finalidad lógicamente es alcanzada a través del ejercicio *ex officio* del control de convencionalidad. En consecuencia, puede sostenerse que el Estado guatemalteco ha reconocido y aceptado el parámetro del control de convencionalidad.

2.2 El ejercicio del control de convencionalidad en los juzgados menores

Previo a desarrollar el presente punto es necesario aclarar que la jurisdicción ordinaria en Guatemala, partiendo desde el tribunal de mayor jerarquía al menor, es ejercida así: por la Corte Suprema de Justicia a través de la Cámara civil y penal (llamados también tribunales de casación); por las Cortes de Apelación, a través de sus distintas salas (llamados también tribunales de apelación o de segunda instancia); por los juzgados de primera instancia y por los juzgados de paz o juzgados menores.

Entonces, para desarrollar la presente sección se procedió a indagar entre los distintos jueces de paz, titulares de las judicaturas menores en la jurisdicción ordinaria, sobre el ejercicio *ex officio* del control de convencionalidad que están obligados a efectuar, a fin de determinar la comprensión que poseen sobre dicho mecanismo.

Los resultados de la indagatoria permitieron identificar que los jueces de paz conocen y aplican el *corpus iuris* del Sistema IDH del que Guatemala es parte. Sin embargo, confunden el ejercicio del control de convencionalidad con la aplicación o fundamentación que hacen en sus resoluciones de la Convención ADH, entre otros. En otras palabras, varios jueces tienen el conocimiento de que el hecho de citar o describir normas internacionales en materia de derechos humanos en sus resoluciones (interlocutorias o definitivas) o bien sea citar ciertos artículos en la parte resolutive de las mismas, es suficiente para ejercer un verdadero control de convencionalidad, cuando realmente están simplemente aplicando el *corpus iuris* del Sistema IDH.

Por lo tanto, no tienen en cuenta que un exacto ejercicio del control de convencionalidad, conlleva una verdadera tarea hermenéutica, utilizando para ello distintas herramientas interpretativas, con las cuales se pretende confrontar la norma nacional con la supranacional, a fin de establecer, si aquella menoscaba el efecto útil del *corpus iuris* del Sistema IDH. Por consiguiente, si en el ámbito interno de su competencia los jueces observan una inconformidad que violenta o menoscaba el efecto útil de la Convención ADH, *ex officio* están obligados a ejercer un control convencional, el cual exige preferir la aplicación de la Convención y la inaplicación de la norma interna. Es una tarea interpretativa no meramente descriptiva de las normas de derecho internacional.

Asimismo, se indagó si los controles de constitucionalidad y de convencionalidad son mecanismos complementarios o contradictorios en el ámbito nacional. Ante esto, los resultados generalizados fueron que ambos son complementarios, dado que lo que buscan es la protección de los derechos humanos, por lo que se fundamentan en los principios *favor personae* y *pro homine*.

Finalmente, puede afirmarse que se constató que el control de Convencionalidad no es desconocido en las distintas instancias judiciales. Sin embargo, como se refirió *supra* se tiene a confundir el ejercicio del control convencional con la fundamentación o descripción de una norma del Derecho IDH. Por lo tanto, esta confusión puede en determinados momentos situar al Estado con responsabilidades internacionales, porque en ciertos casos podrían no hacer útiles los contenidos del Sistema IDH.

Conclusiones

1. Actualmente se está en presencia de una protección dual de los derechos humanos, solo que cada uno es aplicado a estructuras jurídicas distintas. Por consiguiente, esto permite sugerir que los jueces guatemaltecos están conminados en su actividad jurisdiccional, según las reglas de su competencia, a compatibilizar y conformar las normas y actos internos, ya no sólo respecto de la Constitución Política de la República de Guatemala (Control de Constitucionalidad), sino también respecto de la Convención ADH y otros instrumentos internacionales, que en materia de derechos humanos han sido ratificados por el Estado de Guatemala (control de convencionalidad).

2. El control de convencionalidad, como nuevo control paradigmático de protección a los derechos humanos, conmina a todas las autoridades judiciales (y también administrativas) a que en su actividad jurisdiccional determinen la conformidad de las normas y actos internos respecto de la Convención ADH, conforme a las reglas de su competencia, a efecto de hacer útil el contenido de ésta última.
3. La comprensión del control de convencionalidad es de suma importancia para entender la obligatoriedad que tiene el Estado guatemalteco, a través de su aparato gubernamental, de hacer una interpretación conforme de sus actos y normas internas en relación a los tratados y convenios internacionales que son parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, a fin de no caer en responsabilidad internacional.
4. El control de convencionalidad es un mecanismo que aún resulta confuso para los jueces de los juzgados menores de la jurisdicción ordinaria, por cuanto consideran que la sola fundamentación, consistente en la descripción o mención de una fuente del Sistema IDH en sus resoluciones judiciales, constituye un verdadero ejercicio del control de convencionalidad.
5. Finalmente, puede sostenerse que el Estado guatemalteco, en aras de la obligación internacional en materia de Derechos Humanos, ha reconocido y aceptado la doctrina del control de convencionalidad.

Control de convencionalidad interamericano: Una propuesta de orden ante diez años de incertidumbre

*Karlos A. Castilla Juárez**

Introducción

El 26 de septiembre del año 2016 se cumplieron diez años de la primera vez que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH) utilizó en conjunto, y no en lo individual por medio de votos, el término *control de convencionalidad* en el párrafo 124 de la sentencia del *caso Almonacid Arellano y otros*¹. Si bien en ese momento se le anteponía la palabra *especie*, que con el paso de los años desapareció, esa fecha, esa sentencia y ese término son sin duda alguna un referente que ha trascendido en la historia del sistema interamericano.

No obstante, a una década de estar presente el término *control de convencionalidad* en la jurisprudencia interamericana, en la jurisprudencia nacional de varios países de la región, en varias centenas de publicaciones académicas y en otros tantos diversos

* Abogado por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. Doctor en Derecho por la Universitat Pompeu Fabra. Investigador visitante posdoctoral en el Instituto de Derecho Público de la Universitat de Barcelona. Agradezco los comentarios y lectura previa de este artículo a Paola Acosta, Byron Cárdenas, Miriam Henríquez y Thiago Oliveira.

1 Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154.

ámbitos vinculados con el sistema interamericano de derechos humanos, es difícil establecer con precisión una definición, una operación jurídica y un resultado concreto que indudablemente estén cubiertos o incluidos bajo ese término². Menos cuando surgió siendo una actividad que debía ejercer el Poder Judicial, para años después considerarse como una función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial³, sin dejar de denominarle *control*, sin alterarse en esencia su fraseo en la jurisprudencia de la CoIDH para cada caso y sin especificarse nada más que debe ser *ex officio*, en el marco de las respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes y que se debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana.

Esa falta de claridad e inconsistencia en el desarrollo y utilización del término *control de convencionalidad* es algo en lo que desde hace varios años hemos insistido algunos⁴ al analizar la totalidad de la jurisprudencia que recoge y hace uso de dicho término. Lamentablemente, hemos sido voces minoritarias, por lo que el término ha sido ampliamente difundido y aceptado a pesar de toda la incertidumbre que lo rodea⁵ y la desnaturalización

-
- 2 Es importante advertir esto, ya que la persona que no esté familiarizada con los sentidos y alcances que se le han dado al término *convencionalidad* en el ámbito interamericano, podría no entender la razón de esta y otras afirmaciones que se hacen en este artículo, especialmente si se parte del entendimiento que se le suele asignar a dicho término en otras regiones del mundo o desde el derecho internacional “puro”, en donde además pocas veces se le acompaña del **término control**.
 - 3 Cfr. Corte IDH. Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221, párr. 239.
 - 4 Véase: Castilla Juárez, Karlos. “¿Control interno o difuso de convencionalidad? Una mejor idea: la garantía de tratados”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Volumen XIII, 2013, p.p. 51-97.
 - 5 Cfr. Henríquez Viñas, Miriam. “La polisemia del control de convencionalidad

o vaciamiento de contenido que hace del concepto original de *control de convencionalidad*.

Por fortuna, todo parece indicar que la incertidumbre que se ha generado en los diez años de utilización del término *control de convencionalidad* en el ámbito interamericano, por fin, está llamando la atención de más personas. Así por ejemplo, en una mesa de análisis que compartí en el mes de agosto de 2016 con el ex juez y Presidente de la Corte Interamericana, Sergio García Ramírez que, como se sabe, es a quien se atribuye los primeros usos del término en sus votos, afirmaba en dicho evento que: “no existe una respuesta suficiente, a escala continental y ni siquiera nacional, acerca de ¿qué es el control de convencionalidad? ¿Qué produce? ¿Cuáles son sus alcances?”⁶. Pero además, invitaba a hacer un uso del *control de convencionalidad* con “razón y pertinencia, de lo contrario el resultado podría no ser el que apeteceamos”⁷. Palabras que son en nuestra opinión muy significativas por ser de quien son y porque confirman lo que algunos hemos venido insistiendo desde hace bastante tiempo atrás.

Ante esa realidad innegable, en este artículo intentaremos dar respuesta a las preguntas ante citadas, llenar algunos de los vacíos existentes y, ante lo irreversible de la utilización del término, precisar cuál es la operación jurídica que cada autoridad pública tiene a su cargo aunque a todas se les denomine de la misma forma como consecuencia de esa irreflexiva y poco

interno”, en *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, No. 24, 2014, pp. 113-141.

6 Palabras que se pueden escuchar junto con la imagen en: <http://sitios.te.gob.mx/20TEPJF/page/videos/9> Específicamente a partir del minuto 26:15, el minuto 38:40 y el minuto 48:10, que corresponden a la ponencia que se menciona.

7 Palabras que se pueden escuchar junto con la imagen en: <http://sitios.te.gob.mx/20TEPJF/page/videos/9> Específicamente a partir del minuto 47:17.

ordenada utilización de un término que debía estar reservado a las actividades que desarrollan los órganos internacionales de vigilancia y control de tratados como la CoIDH y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en el caso del sistema interamericano de derechos humanos⁸.

Con ese fin, en primer lugar, estableceremos una referencia precisa respecto a todo el conjunto de sentencias y resoluciones de la CoIDH en las cuales se recoge el término *control de convencionalidad* y a quién se dirige en cada una. En segundo lugar, haremos una propuesta de definición a partir del contenido de la jurisprudencia interamericana, a fin de ofrecer un poco de claridad respecto a lo que se debe entender en el ámbito interamericano cuando se utiliza el término *control de convencionalidad*.

En tercer lugar, estableceremos cuál es la operación jurídica que implica el llamado *control de convencionalidad* interamericano cuando está a cargo de autoridades que desempeñan funciones de naturaleza ejecutiva, legislativa y judicial. Esto con el fin de establecer los tres grandes modelos y operaciones jurídicas que se pueden incluir dentro del término que estamos estudiando. En cuarto lugar, con todos esos elementos, demostraremos si el término *control de convencionalidad* incluye alguna novedad sustantiva diferente a las obligaciones que adquieren los Estados al ser parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y demás tratados interamericanos.

8 Véase en idéntico sentido las afirmaciones del profesor Héctor Fix-Zamudio en “Los controles de constitucionalidad y convencionalidad en el ámbito interno”, en *XI Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, disponibles en: <http://www.youtube.com/watch?v=ygPlkjFWYrU> (minuto 25, con 20 segundos y siguientes. Consultado el 5 de enero de 2013).

Finalmente, esperando haber ofrecido una respuesta si no definitiva, sí al menos congruente a las preguntas y vacíos que antes se han planteado, se establecerán algunas conclusiones para el presente y futuro del *control de convencionalidad interamericano*.

1. La historia jurisprudencial completa del control de convencionalidad interamericano

Es común cuando se estudia algo en relación al llamado *control de convencionalidad* encontrar que las referencias jurisprudenciales que se citan son entre cinco a siete, pero siempre las mismas. Eso, en parte, es lo que ha generado el desarrollo de análisis incompletos y, sobre todo, ha impedido que se identifiquen los problemas que ha presentado esa historia jurisprudencial que nos tiene a 10 años de su inicio haciendo preguntas que debieron responderse desde el inicio o al menos, cada vez que se modificaba su fraseo y los sujetos destinatarios.

Al no ser el objeto de este artículo insistir en esos problemas e inconsistencias, remito a quien lee estas líneas a nuestros estudios existentes en relación a ello⁹. Por lo que, sin cambiar en posición en cuanto a lo anterior, lo que aquí interesa destacar es sólo el listado completo de 10 años de historia jurisprudencial,

9 Castilla Juárez, Karlos, “¿Control interno o difuso de convencionalidad? Una mejor idea: la garantía de tratados”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Volumen XIII, 2013, p.p. 51-97; “Control de convencionalidad interamericano: una mera aplicación del derecho internacional”, en *Revista Derecho del Estado*, No. 33, Universidad Externado de Colombia, julio-diciembre de 2014, pp. 149-172; y “Una respuesta a los comentarios de Alexei Julio al artículo ‘Control de convencionalidad interamericano: una mera aplicación del derecho internacional’”, en *Revista Derecho del Estado* No. 34, Universidad Externado de Colombia, enero-junio de 2015, pp. 55-60.

a fin de identificar de manera precisa a qué órgano o autoridad se ha pedido en cada caso que lleve a cabo el referido *control de convencionalidad*. Esto, a fin de proporcionar un mapa completo de la primera década de presencia del término control de convencionalidad en la jurisprudencia de la CoIDH, principalmente, para intentar romper el mito de que éste se sustenta tan sólo en 5 ó 7 sentencias e invitar a quien tenga un verdadero interés de profundización a que acuda directamente a cada una de las sentencias que deben ser estudiadas, si se pretende hacer un análisis serio del tema.

De esta forma, en la década que va de septiembre 2006 a septiembre de 2016, el término control de convencionalidad se encuentra de forma sustantiva en las siguientes sentencias de la CoIDH¹⁰:

Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154.	Poder Judicial
Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 158.	Órganos del Poder Judicial
Caso La Cantuta vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162.	Poder Judicial

10 En este listado han sido excluidas las sentencias en las cuales sólo se hace mención del término de manera aislada sin mayor contenido, así como el conjunto de resoluciones de supervisión de cumplimiento en las que se hace mención de éste por estar contenido en el apartado de reparaciones de la sentencia principal, pero no se hace ningún desarrollo sustantivo relevante.

Caso Boyce y otros vs. Barbados. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C No. 169.	Poder Judicial
Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 186.	Juzgadores
Caso Radilla Pacheco vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C No. 209.	Poder Judicial
Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213.	Poder judicial
Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214.	Poder Judicial
Caso Fernández Ortega y otros vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C No. 215.	Poder Judicial
Caso Rosendo Cantú y otra vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216.	Poder Judicial
Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2010. Serie C No. 217.	Poder Judicial
Caso Vélez Loor vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218.	Órganos de cualquiera de los poderes cuyas autoridades ejerzan funciones jurisdiccionales
Caso Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219.	Poder Judicial

Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220.	Jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles.
Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221.	Jueces y órganos vinculados a la administración de justicia Cualquier autoridad pública
Caso Chocrón vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2011. Serie C No. 227.	Jueces y órganos vinculados a la administración de justicia
Caso López Mendoza vs. Venezuela. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2011. Serie C No. 233.	Jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles
Caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2011. Serie C No. 238.	Jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles
Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239.	Jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles
Caso Furlan y familiares vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246.	Jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles
Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012. Serie C No. 250.	Jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles
Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012. Serie C No. 252.	Todos los poderes y órganos estatales en su conjunto
Caso Gudiel Álvarez y otros ("Diario Militar") vs. Guatemala. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 noviembre de 2012. Serie C No. 253.	Jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles

Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 30 de noviembre de 2012. Serie C No. 259.	Todas las autoridades y órganos de un Estado
Caso Gelman vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 20 de marzo de 2013.	Todas las autoridades estatales
Caso Mendoza y otros vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2013. Serie C No. 260.	Jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles
Caso J. vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2013. Serie C No. 275.	Jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles
Caso Liakat Ali Alibux vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de enero de 2014. Serie C No. 276.	Todos los órganos del Estado, incluidos sus jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia
Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C No. 279.	Autoridades judiciales
Casos Masacres de Río Negro y Gudiel Álvarez y otros vs. Guatemala. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 21 de agosto de 2014.	Jueces nacionales
Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 282.	Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles Todas las autoridades y órganos de un Estado
Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21.	Los diversos órganos del Estado.

Caso Rochac Hernández y otros vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014. Serie C No. 285.	Todos los poderes y órganos estatales en su conjunto
Caso López Lone y otros vs. Honduras. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 05 de octubre de 2015. Serie C No. 302.	Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles
Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 08 de octubre de 2015. Serie C No. 304.	Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles
Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 08 de octubre de 2015. Serie C No. 305.	Atributo propio de la Corte Interamericana
Caso García Ibarra y otros vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2015. Serie C No. 306.	Todos los órganos del Estado, incluidos sus jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia
Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el sistema interamericano de derechos humanos (Interpretación y alcance del artículo 1.2, en relación con los artículos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46, y 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del artículo 8.1 A y B del Protocolo de San Salvador). Opinión Consultiva OC-22/16 de 26 de febrero de 2016. Serie A No. 22.	No establece

Como puede observarse, en catorce casos el “mandato” de *convencionalidad se dirige de manera exclusiva al Poder Judicial, en diecisiete a jueces y órganos vinculados con la administración de justicia*¹¹ (en cuatro de ellos al mismo tiempo

11 Las diferencias que la CoIDH encuentra entre hablar de “jueces” y de “Poder Judicial” no son claras en la jurisprudencia, aunque como se observa, los primeros años hacía más uso del segundo término que del primero que ha

a todo órgano del Estado), en cinco de manera exclusiva a todos los órganos, poderes o autoridades del Estado, mientras que dos más están fuera de todos esos supuestos por lo que se indica en el cuadro.

Lo que hace que en 31 de 38 sentencias emitidas en la primera década de uso del término *control de convencionalidad* (81.5 %), éste se dirija a jueces y tribunales de todo tipo como integrantes del Poder Judicial y como órganos vinculados con la administración de justicia. Siendo sin duda alguna, su principal objetivo o destinatarios. Mientras que sólo en nueve de 38 se dirige a cualquier otro órgano, poder o autoridad del Estado (23.6 %) en el que por lógica también se incluyen tribunales, pero que busca incluir a toda otra autoridad distinta de éstos.

En cuanto a la presencia del término por cada año, en donde menos presencia tiene es en los años 2007, 2008, 2009 y 2016 en los que sólo se utiliza en una sentencia en cada uno. Mientras que en 2010 es cuando más veces se utilizó durante un año en toda la década al hacerse en ocho sentencias, seguido por las seis referencias en 2012 y 2014, y las cuatro de 2011 y 2015.

Ahora bien, si vemos que desde que se incorpora el término, la CoIDH ha emitido 163 sentencias y resoluciones en casos contenciosos¹², lo anterior quiere decir que sólo en el 23.3 % de la jurisprudencia se ha utilizado. Con lo que cabría hacerse estas preguntas: ¿En el resto de casos no aplica? ¿Sólo existe para los casos y países a quienes se les ha dirigido? ¿Por qué no es una constante?¹³.

empleado en los más recientes años.

12 Sin contar opiniones consultivas y resoluciones de supervisión de cumplimiento de sentencia.

13 Por el espacio con que contamos en este artículo no podemos desarrollar algunas respuestas posibles a estas preguntas, pero sería interesante incluirlas en un

Esa información es fundamental en la búsqueda de precisión del contenido y alcance del llamado *control de convencionalidad*, para establecer una distinción entre los tipos de *control de convencionalidad interamericano* que existen, así como para determinar su contenido, alcance y la operación jurídica que en cada caso le corresponde. Pero, en todo caso, la anterior lista es la historia jurisprudencial completa del llamado *control de convencionalidad* en su primera década de existencia.

2. Propuesta de definición

Otra falla recurrente en la que se incurre cuando se habla del *control de convencionalidad*, es que no se han propuesto definiciones claras respecto a lo que es, qué significa o qué debe ser entendido cuando se utiliza ese término.

Lo común en la gran mayoría de textos académicos, de difusión y análisis cuando se intenta explicar qué es, dar una definición o establecer un concepto, es reproducir textualmente el párrafo con el cual la Corte Interamericana ha hecho el fraseo de que “todas las autoridades estatales están en la obligación de ejercer *ex officio* un control de convencionalidad entre las normas...”. Pero más allá de eso, no existen ejemplos, ni esfuerzos para aportar una definición clara¹⁴.

debate profundo del tema.

14 Por todos, véase: Corte IDH, *Control de Convencionalidad*. Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No. 7, [Fecha de consulta: 25 de marzo de 2016]. [Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/controlconvencionalidad8.pdf>], p. 4; en donde se establecen las primeras aproximaciones del “concepto”.

Lo más cercano a una definición con la que se cuenta¹⁵, ha sido propuesta desde la propia CoIDH, al establecer que el *control de convencionalidad* es “una institución que se utiliza para *aplicar* el Derecho Internacional, y específicamente la Convención Americana y sus fuentes, incluyendo la jurisprudencia de [la CoIDH]¹⁶.

En nuestra opinión, aunque lo anterior aporta mucho, resulta importante distinguir claramente entre el concepto de *control de convencionalidad* auténtico y el de *control de convencionalidad interamericano*.

Esto es así, por un parte, porque la idea de “control” en el ámbito jurídico incluye o es una operación jurídica más amplia que lo que incluye la idea de “aplicar” el Derecho Internacional. Por lo que, para evitar trivializar el término *control de convencionalidad*¹⁷, debe distinguirse de manera clara de lo que la CoIDH ha buscado con su idea de *control de convencionalidad* que, como vemos, es en esencia la de *aplicar* las normas del Derecho Internacional. Si la Corte Interamericana hubiese mantenido su idea en el ámbito del Poder Judicial (jueces, tribunales y órganos vinculados) como lo había hecho en los primeros años y lo hace en la mayoría de su jurisprudencia, podría no ser tan necesario hacer esta distinción, pero en el momento en el que lo amplió a toda autoridad, resulta complicado

15 Cfr. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *Manual auto-formativo para la aplicación del control de convencionalidad dirigido a operadores de justicia*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 2015. P. 49.

16 Corte IDH, *Caso Gelman vs. Uruguay*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 20 de marzo de 2013, párr. 65. Las cursivas no están en el original.

17 Cfr. Rojas Betancourth, Danilo, “Control de convencionalidad en Colombia. Entre el control de la Convención y su aplicación”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Año XXI, p. 134.

poder hablar de control en el sentido estricto de su naturaleza si se entiende bien a su vez la naturaleza de las funciones que desempeñan órganos legislativos, ejecutivos y otros tipos de autoridad diferente a las jurisdiccionales¹⁸.

Por otra parte, aunque en el mismo sentido, es importante distinguir lo que busca la CoIDH del auténtico *control de convencionalidad* o *control de tratados*, especialmente porque este último está depositado en los tribunales internacionales¹⁹, al ser éstos los únicos con competencia para determinar cuándo un acto u omisión de un Estado se contraponen a la obligación internacional adquirida por éste al firmar, ratificar o adherirse a un instrumento internacional. Los tribunales internacionales son los únicos que pueden determinar cuándo un hecho o acto imputable a un Estado es incompatible con el contenido de la norma internacional, así como los únicos facultados, a partir de esa determinación, para establecer la responsabilidad internacional del Estado y las consecuencias que de ésta derivan²⁰.

Pues así como a nivel nacional el juez constitucional se encarga de controlar que las leyes no contradigan la Constitución (y no necesariamente todo juez nacional es juez constitucional), de controlar que determinadas disposiciones que integran el texto

18 Cfr. Nino, Carlos S., “Los fundamentos del control judicial de constitucionalidad”, en Ackerman, Bruce (et. al.), *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 97-98; Gavara De Cara, Juan Carlos, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental del Bonn*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, pp. 128-129.

19 Véase en idéntico sentido las afirmaciones del profesor Héctor Fix-Zamudio, *op. cit.* Minuto 25, con 20 segundos y siguientes.

20 Cfr. Brownlie, Ian, *Principles of Public International Law*, 4a. Ed., Clarendon Press, Oxford, 1990, pp. 690, 703 y 704.

de una ley sean compatibles con el sistema de disposiciones que integran el texto constitucional²¹; el tribunal internacional se encarga de un control similar de los actos nacionales (incluida la Constitución nacional) respecto al tratado, de controlar que lo que se hace en el Estado sea compatible con el tratado. Debiendo entenderse claramente que “[s]i bien es cierto, en términos generales, que un tribunal interno procura establecer el contenido de una norma de derecho internacional de manera similar a un tribunal internacional, una misma disputa podría resolverse de una manera distinta por dichos tribunales por tratarse, en un caso, del sistema jurídico interno y, en el otro, del sistema jurídico internacional”²².

En ese sentido, una simple aplicación o cumplimiento de obligaciones internacionales, como lo pide la CoIDH en su falso *control de convencionalidad*, es cualquier cosa, menos un auténtico *control de convencionalidad o de tratados*, ni aunque se le pueda agregar el calificativo de difuso. En tanto no se ponga siempre y en todos los casos la norma del tratado como referente primario e incluso como superior para evaluar el resto de las normas, actos y hechos, difícilmente se puede hablar de *control de convencionalidad*²³.

Así, en todo caso, si hablamos de lo que la Corte Interamericana introdujo en sus jurisprudencia como una *especie de control de convencionalidad* para después simplemente llamarle *control de convencionalidad*, por seriedad jurídica

21 Cfr. Ferreres Comella, Víctor, *Justicia constitucional y democracia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012, pp. 21-22.

22 Buergenthal, Thomas, Gros Espiell, Héctor (et. al.), *Manual de derecho internacional público*, Fondo de Cultura Económica, México, 1994, p. 16.

23 Cfr. Sorensen, Max, *Manual de Derecho Internacional Público*, Fondo de Cultura Económica, México, 1973, pp. 195-196; Buergenthal, Thomas, op. cit., p. 15; Brownlie, Ian, op. cit., pp. 40-42.

y respeto al contenido original y auténtico de los términos, a esa idea le debemos agregar el adjetivo *interamericano* para distinguirlo claramente del otro, ya que, aunque se le llamara a uno interno o difuso y al otro externo o concentrado (primario y complementario en palabras de la CoIDH²⁴), simplemente, la operación jurídica que implica uno y otro no son la misma, como tampoco lo son sus efectos y resultados. Con lo que, bajo esas bases, podríamos establecer como definición que:

El *control de convencionalidad interamericano (CCI)* es el término que la Corte Interamericana de Derechos Humanos introdujo en su jurisprudencia para identificar la actividad que deben desarrollar todas las autoridades, órganos y poderes de un Estado Parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y demás tratados interamericanos, consistente en aplicar *ex officio* el Derecho Internacional, y específicamente la Convención Americana y sus fuentes, incluyendo la jurisprudencia de dicho tribunal interamericano, en el marco de las respectivas competencias de cada autoridad, órgano o poder y de las regulaciones procesales correspondientes.

Nosotros, para respetar la esencia, naturaleza y contenido auténtico del *control de convencionalidad* hemos propuesto desde hace algún tiempo la idea de la *garantía de tratados*²⁵. *Pero ante el posiblemente irreversible uso del término control de convencionalidad, al menos debemos hacer el esfuerzo de darle un correcto entendimiento, que no desnaturalice lo que*

24 Cfr. Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 20 de marzo de 2013, párrs. 70-72 y 87.

25 Castilla Juárez, Karlos, “¿Control interno o difuso de convencionalidad? Una mejor idea: la garantía de tratados”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Volumen XIII, 2013, p.p. 51-97. Pensando esencialmente en los órganos con funciones jurisdiccionales, ya que los demás órganos, por su naturaleza, no corresponden en estricto sentido las acciones que aquí se indican.

originalmente significa y representa en esencia dicho término, más allá de Latinoamérica.

Bajo ese entendimiento, podemos señalar que a partir de la referida definición se puede establecer que existen al menos tres tipos de CCI, de acuerdo a las tres grandes categorías en las que se pueden clasificar todas las autoridades, poderes u órganos del Estado: 1) judicial o jurisdiccional; 2) ejecutivo o administrativo; 3) legislativo o parlamentario. Por ello, en cada caso, el CCI tendrá características específicas atendiendo a esas funciones, tal y como lo estableceremos en el siguiente apartado.

3. ¿Qué operación jurídica implica el control de convencionalidad interamericano?

A pesar que desde ámbitos académicos y de algunos jurisdiccionales nacionales se ha señalado que el CCI implica desde interpretaciones conformes hasta inaplicaciones o expulsiones normativas, lo cierto es que, como antes fue señalado, la CoIDH sólo ha establecido que se trata de aplicar el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y específicamente la Convención Americana y sus fuentes, incluyendo la jurisprudencia de ese Tribunal.

Pero más aún, el tribunal interamericano ha establecido que el CCI tiene dos manifestaciones, dependiendo de si la sentencia ha sido dictada en un caso en el cual el Estado ha sido parte o no. La primera manifestación, según la CoIDH, se da cuando existe una sentencia internacional dictada con carácter de cosa juzgada respecto de un Estado que ha sido parte en el caso sometido a la jurisdicción de la Corte Interamericana. La segunda manifestación se da, de acuerdo con la CoIDH, en situaciones y casos en que el Estado concernido no ha sido parte en el proceso

internacional en que fue establecida determinada jurisprudencia, pero es parte en la Convención Americana²⁶.

Con lo que se puede establecer de manera concreta que por principio, las dos operaciones jurídicas generales que implica el CCI son:

- a) Aplicar la Convención Americana y sus fuentes para dar cumplimiento en su integridad y de buena fe a lo ordenado en una Sentencia dictada por la Corte en un caso concreto en el que el Estado fue parte²⁷.
- a) Aplicar la Convención Americana y sus fuentes para cumplir con las obligaciones ahí contenidas, específicamente, según sea el caso, para la emisión y aplicación de normas, en cuanto a su validez y compatibilidad con la Convención, como en la determinación, juzgamiento y resolución de situaciones particulares y casos concretos²⁸.

Así, la primera operación genérica básica del CCI busca o sirve para dar *cumplimiento de sentencia* y la segunda para dar *cumplimiento de obligaciones internacionales primarias*.

Con lo que, una vez que tenemos precisadas las operaciones genéricas que envuelve el CCI, no podemos pasar por alto que éstas, según se ha insistido por la CoIDH, se deben hacer *ex officio*, entre las normas internas y la Convención Americana, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes; y deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del

26 Cfr. Corte IDH, Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 20 de marzo de 2013, párrs. 67 a 69.

27 Cfr. *Ibidem*, párr. 68.

28 Cfr. *Ibidem*, párr. 69.

mismo ha hecho la Corte Interamericana.

Por lo que, atendiendo a esas operaciones generales y sus características, ahora debemos establecer las operaciones específicas que implica el CCI para cada uno de los tres tipos o formas en los cuales se debe llevar a cabo.

4. Control de convencionalidad interamericano judicial o jurisdiccional

Si bien al hablarse de la función judicial o jurisdiccional lo normal es pensar en el Poder Judicial, en esta clasificación, para incluir a todos los “órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles”, más que pensar en un determinado órgano o poder, pensamos en una función.

Es decir, en esas actividades consistentes en la resolución de conflictos (que surgen entre los órganos del poder público; entre el poder público y los particulares o entre los particulares) por medio de la satisfacción de pretensiones y la determinación concreta de derechos y obligaciones, en la aplicación e interpretación de la ley al caso concreto²⁹. Actividad típica de jueces y tribunales adscritos al Poder Judicial, pero no exclusiva de éstos al existir órganos adscritos al Poder Ejecutivo y Poder Legislativo que en situaciones o procedimientos concretos y establecidos en ley, desempeñan funciones de naturaleza jurisdiccional en prácticamente todos los países de América.

29 Cfr. *Sánchez Ferriz, Remedios (et. al.), Funciones y órganos del Estado constitucional, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 219; Prado, Juan José, Manual de instituciones de Derecho Público. Constitucional y administrativo, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, pp. 44-45.*

De esa forma, todo órgano, autoridad o poder que desempeñe *funciones jurisdiccionales o judiciales*, y no sólo los adscritos al tradicional entendimiento de Poder Judicial, deben llevar a cabo el CCI.

Pero ¿cómo lo deben hacer? ¿Cuál es la operación jurídica que deben desarrollar para el cumplimiento de esa función? La respuesta a estas preguntas las desarrollaremos a partir de las dos grandes operaciones que de acuerdo con la CoIDH se debe ejercer el CCI.

A. Cumplimiento de sentencia

La operación u operaciones jurídicas que se deben desarrollar en este supuesto del *CCI jurisdiccional dependerán en todo caso de lo que la Corte Interamericana establezca en su sentencia*. El margen con el que se cuenta a nivel interno es mínimo. En ese sentido, la operación jurídica será la que ordene la CoIDH en cada caso concreto, en cada sentencia.

Debiéndose tener presente que como lo ha establecido la Corte Interamericana, “[b]ajo este supuesto, el órgano judicial tiene la función de hacer prevalecer la Convención Americana y los fallos de esta Corte sobre la normatividad interna, interpretaciones y prácticas que obstruyan el cumplimiento de lo dispuesto en un determinado caso³⁰.

30 Cfr. *Caso Apitz Barbera y otros vs. Venezuela. Supervisión de cumplimiento de sentencia*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 23 de noviembre de 2012, párr. 26; Corte IDH, *Corte IDH. Caso Gelman vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 20 de marzo de 2013, párr. 73.

Así, por ejemplo, la CoIDH puede ordenar que se desarrolle una interpretación determinada de una norma específica para hacerla compatible con la CADH u otro tratado interamericano; la forma en que se debe resolver una situación tomando en cuenta las obligaciones internacionales que se tienen; la manera en la que se debe aplicar la CADH u otro tratado interamericano al resolver un caso concreto, la intervención de un órgano para resolver una situación, interpretar o aplicar una determinada norma a fin de cumplir con las obligaciones internacionalmente adquiridas, etc.; pero en todo caso deben ser operaciones precisas.

¿Quién debe cumplir con éstas? Será en primer lugar el órgano directamente involucrado en el caso o el que debiendo intervenir por tener competencia no lo hizo. Pero también, todos aquellos que teniendo idéntica competencia en un caso similar, puedan tener frente a sí el mismo supuesto, como una medida para garantizar que no se vuelvan a repetir los hechos o circunstancias que generaron ya una vez la responsabilidad internacional del respectivo Estado.

En este ámbito es imprescindible que la Corte Interamericana haga mandatos claros, sólidos y bien informados del sistema nacional al que se dirige. Pero en caso de que eso no ocurra, no se debe olvidar que no todo está perdido, ya que se puede pedir una interpretación de sentencia en los términos que establece el artículo 67 de la Convención Americana.

De esa forma, en el CCI jurisdiccional para cumplimiento de sentencia, la operación jurídica a desarrollar por el órgano con funciones jurisdiccionales será la que ordene la Corte Interamericana y producirá los efectos que ésta ordene.

B. Cumplimiento de obligaciones internacionales primarias

Para determinar las operaciones jurídicas que en este supuesto se deben desarrollar en ejercicio del *CCI jurisdiccional*, es importante tomar en cuenta tres elementos para poder determinar ello:

- a) El lugar que ocupan la CADH y demás tratados interamericanos entre las fuentes del derecho que debe aplicar e interpretar el órgano con funciones jurisdiccionales.
- b) La competencia del órgano con funciones jurisdiccionales, y
- c) La existencia de la obligación internacional con la que debe cumplir todo órgano con funciones jurisdiccionales.

Lo anterior, significa que no hay una operación jurídica única a desarrollar y que, en cada país de América se deben establecer con precisión el conjunto de operaciones que se puede llevar a cabo, atendiendo las regulaciones procesales existentes en cada sistema jurídico nacional³¹.

En cuanto a quién o qué órgano con funciones jurisdiccionales debe llevar a cabo esta actividad, la respuesta es obvia y sencilla: todo aquél que tenga a su cargo esas funciones, sea en un Estado federal o unitario³². Por lo que los tres elementos base para la determinación de la operación jurídica a desarrollar adquieren especial importancia para hacer posible esto de manera coordinada y sistemática.

31 Sin poderse pasar por alto en este punto también que en algunos países se establecen expresos métodos interpretativos de los derechos humanos, con lo cual, ese aspecto también debe ser tomado en cuenta por los efectos que eso puede generar.

32 Véase artículo 28 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

De esa forma, el lugar que ocupan los tratados interamericanos en cada sistema nacional³³ es importante ya que, si éstos se encontraran por encima de todas las normas nacionales incluida la Constitución, se estaría en una situación cercana al auténtico *control de convencionalidad* (aunque no en sus resultados). Si están al mismo nivel que la Constitución como máximas fuentes normativas, habrá que distinguir si es un reconocimiento independiente o como integrantes de lo que suele conocerse de manera amplia como un *bloque de constitucionalidad*, pues en este caso se estaría muy probablemente en un sistema de *control de constitucionalidad* que haría innecesario hablar de CCI al estar éste subsumido en aquél. Pero puede ser que estén por debajo de la Constitución pero por encima del resto de leyes o al mismo nivel que las demás leyes, con lo que se podría estar en presencia de algo similar al más típico *control de legalidad*. Pero en todo caso, toca a cada Estado, preferentemente en su Constitución, determinar la posición que los tratados ocupan en su respectivo orden jurídico interno³⁴.

Pero en todo caso, es importante determinar eso, para conocer la fuerza jurídica que tienen como fuentes del derecho a las cuales debe acudir el órgano con funciones jurisdiccionales. Dependiendo de la posición y características que se les reconozcan en el sistema de fuentes a nivel nacional, será en parte la operación jurídica que se podrá desarrollar y, sobre todo, la preeminencia que el órgano con funciones jurisdiccionales les deberá dar en el ejercicio de sus funciones³⁵.

33 Esto cumple y es compatible con lo que la CoIDH al referirse al CCI dice: “entre las normas internas y la Convención Americana”.

34 *Cfr.* Fix-Zamudio, Héctor, “El derecho internacional de los derechos humanos en las Constituciones latinoamericanas y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Justicia Constitucional, Ombudsman y derechos humanos*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 1993, pp. 445-481.

35 *Cfr.* Henderson, Humberto, “Los tratados internacionales de derechos humanos

La competencia del órgano³⁶ es esencial, ya que es lo que determinará de manera concreta qué puede hacer el órgano con funciones jurisdiccionales con cada una de las fuentes de derecho antes indicadas. Es decir, si puede aplicarlas, interpretarlas, inaplicarlas, expulsarlas, una de las anteriores, algunas de las anteriores o todas las anteriores. Que en todo caso, sea la operación jurídica concreta que sea, significa que debe hacer uso de ellas, simplemente que lo hará en el estricto ámbito que se le faculta para dar congruencia y operatividad a un sistema jurídico nacional.

Aplicar, interpretar, inaplicar y expulsar son operaciones jurídicas que por regla general, están reservadas a órganos específicos de control, generalmente, de control de constitucionalidad, sea en un modelo concentrado o difuso³⁷. Con lo que los demás que no estén ubicados en los supuestos anteriores, por regla general sólo pueden interpretar y aplicar³⁸, en los márgenes de su competencia. Unos y otros se comunican a partir de las regulaciones procesales establecidas en cada

en el orden interno: la importancia del principio *pro homine*”, en *Revista IIDH*, Vol. 39, San José, 2004, p. 75.

36 Esto cumple y es compatible con lo que la CoIDH al referirse al CCI dice: “en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes”.

37 Para entender porqué se reserva eso sólo a determinados órganos, especialmente lo relativo a inaplicación y expulsión, se deben tener presentes los debates relacionados con la legitimidad democrática de los órganos jurisdiccionales (especialmente del Poder Judicial). Es decir, que está inmerso un debate de fondo que aquí no podemos desarrollar, pero que no puede ser menos en los Estados democráticos, aun cuando se trate de derechos humanos.

38 *Cfr.* Carmona Tinoco, Jorge Ulises, “La aplicación judicial de los derechos humanos de fuente internacional (Algunos de sus problemas, retos y propuestas de solución)”, en *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria*. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo. Derechos humanos, Tomo V, Vol. 1, UNAM, 2015, p. 283.

sistema nacional, con lo cual, por certeza y seguridad jurídica es importante observar ello al momento de concretar las operaciones jurídicas a desarrollar y no atribuir competencias a quien no las tiene expresamente reconocidas, menos si no existen las regulaciones procesales necesarias, pues ello en lugar de generar una protección efectiva, podría generar más bien incertidumbres y vacíos de protección.

Es importante en este sentido tener presente que la CoIDH en relación a lo antes señalado ha establecido que “la Convención Americana no impone un modelo específico para realizar un control de constitucionalidad y convencionalidad”³⁹, es decir, que eso queda a cargo de cada sistema nacional. Por lo que, así como cuando los jueces internos aplican la Constitución, no por ello se dice que ejercen un control constitucional, lo mismo debe ocurrir en este caso, tanto para preservar bajo el significado de *control* la operación jurídica concreta que ello implica, como para no alterar, ni crear competencias que no corresponden bajo el mito de que eso es una obligación derivada de la Convención Americana.

Finalmente, por lo que hace a la permanente⁴⁰ presencia de la obligación internacional, ésta es de igual forma esencial en la determinación de la operación jurídica que cada órgano con funciones jurisdiccionales va a desarrollar en el CCI, ya que “el Estado es el principal garante de los derechos humanos de la personas, de manera que, si se produce un acto violatorio de dichos derechos, es el propio Estado quien tiene el deber de resolver el asunto a nivel interno y, [en su caso,] reparar, antes

39 Corte IDH. Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de enero de 2014. Serie C No. 276, párr. 124.

40 Esto cumple y es compatible con lo que la CoIDH al referirse al CCI dice: “*ex officio*”.

de tener que responder ante instancias internacionales como el Sistema Interamericano, lo cual deriva del carácter subsidiario que reviste el proceso internacional frente a los sistemas nacionales de garantías de los derechos humanos⁷⁴¹.

De esa forma, lo anterior significa que en todos los casos que sean sometidos al conocimiento de un órgano con funciones jurisdiccionales en los cuales esté presente un derecho humano, dicho órgano debe tener presente el contenido de la CADH y demás tratados interamericanos al ser una obligación con la cual deben cumplir. ¿Cómo lo harán? Eso dependerá de los dos puntos anteriores que son los que determinan con que fuerza jurídica y en qué medida lo deben hacer, pero siempre y en todo caso que se esté en presencia de un derecho humano, se debe hacer.

Que no todos los órganos con funciones jurisdiccionales puedan inaplicar o expulsar normas que sean contrarias a los tratados interamericanos no es un problema, como tampoco lo es en la actualidad en la gran mayoría de casos en América que no todos puedan inaplicar o expulsar normas contrarias a la Constitución. Lo fundamental en todo caso es que, así como están obligados a observar la Constitución y desempeñar sus funciones en el marco de ésta, se entienda que en la misma medida se debe hacer respecto al conjunto de tratados interamericanos de derechos humanos de los que es parte su país.

Lo importante en el fondo es que todo órgano con funciones jurisdiccionales a nivel nacional entienda que la Convención Americana y demás tratados son una de las fuentes del Derecho

41 *Caso de la Masacre de Santo Domingo vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 30 de noviembre de 2012. Serie C No. 259, párr. 142. Véase asimismo, *Caso Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 157, párr. 66.

que debe observar en el ejercicio de sus funciones, normas que rutinariamente, como las demás de origen nacional que integran el sistema jurídico en el que se encuentra inmerso, está bajo su responsabilidad aplicar en todo caso que involucre derechos humanos⁴².

Ahora bien, si para el ejercicio de cada operación jurídica que después de lo anterior se concrete para cada órgano con funciones jurisdiccionales en cada país, se considera necesario, sin que se afecte o ponga en riesgo la *independencia judicial*, el tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, lo pueden hacer. Especialmente, por su *interés referencial* al ser el auxiliar y referente interpretativo de mayor certeza en el sistema interamericano y que, por tanto, les permitirá cumplir con sus obligaciones de la mejor forma, al ser dichas interpretaciones la versión más autorizada de los contenidos de la Convención Americana y demás tratados interamericanos.

Entendido esto, también se puede afirmar que los *efectos* o *resultados* que produce el *CCI jurisdiccional*, en este supuesto, dependerán de todo lo antes establecido, estando estrechamente vinculados en todo caso con la competencia de cada órgano con funciones jurisdiccionales, por lo que no se puede establecer un resultado final único para todos los sistemas jurídicos en América. No hacerlo así, es ignorar que cada país tiene cualidades propias en sus sistemas constitucionales, por más que tengamos algunos parecidos que históricamente nos unen.

A pesar de lo anterior, se puede afirmar que el principal resultado general que se espera es la constante aplicación de

42 Cfr. Cançado Trindade, Antonio A., *Reflexiones sobre la interacción entre el derecho internacional y el derecho interno en la protección de los derechos humanos*, Procurador de los Derechos Humanos, Guatemala, 1995, p. 16.

los tratados interamericanos por todo órgano con funciones jurisdiccionales al cumplir con sus funciones y facultades, especialmente, si se está en presencia de un derecho humano. Y como consecuencia de eso, como un resultado lógico, que la defensa, protección, garantía y reparación de los derechos humanos se haga a nivel interno de cada Estado sin la necesidad de intervención de los órganos del sistema interamericano de derechos humanos.

Con lo que parece evidente que no hay respuestas únicas y generales, sino que cada Estado deberá establecerlas para su propio sistema⁴³, aunque siempre sea deseable que sea similar para que en toda América haya una idéntica efectiva protección de derechos humanos.

De esa forma, en el CCI jurisdiccional para el cumplimiento de obligaciones primarias, la operación jurídica a desarrollar por los órganos con funciones jurisdiccionales dependerá en cada país del lugar que ocupen los tratados interamericanos en sus sistemas de fuentes y la competencia que tenga cada órgano. Por lo que los efectos que producirá dependen de esto mismo, sin poderse establecer una respuesta única para toda América, pues se debe atender a las particularidades y organización de cada sistema nacional. Aunque lo deseable es que con independencia de lo anterior, en el ejercicio de sus funciones, todo órgano jurisdiccional tenga siempre presente como normas integrantes de su sistema jurídico nacional a dichos tratados.

43 Esto es importante en todo el análisis que se desarrolla en este artículo, ya que este tipo de aspectos podrían debilitar o al menos poner en duda la idea del *ius constitutionale commune* que se impulsa y trata de imponer en América desde centros de investigación europeos.

5. Control de convencionalidad interamericano ejecutivo o administrativo

Al igual que en el subapartado anterior, en éste ámbito lo relevante es la función, antes que el órgano, autoridad o poder que la desempeñe. Entendiendo de manera amplia que la función *ejecutiva o administrativa se refiere a todo aquello vinculado con la política de gobierno y la administración pública (que el Gobierno desempeña a través de la Administración)*⁴⁴. Es decir, con la ejecución de las leyes aprobadas por los órganos legislativos, organizar y dirigir la política y administración pública.

Función que comúnmente ubicamos en los gobiernos por medio de todas las autoridades y órganos dependientes del Poder Ejecutivo, pero que también desempeñan otro tipo de autoridades que pueden ser coadyuvantes, independientes o autónomas de una administración que podríamos calificar como central, así como los órganos de gobierno y/o administración del Poder Legislativo y Poder Judicial cuando existen. Por lo que, en términos amplios, se incluye a toda autoridad u órgano que tenga a su cargo poner en práctica las leyes, administrar los recursos públicos y, a partir de lo anterior, diseñar, poner en marcha y organizar el conjunto de políticas públicas en el Estado.

Pero ¿cómo deben hacer el *CCI ejecutivo o administrativo*? ¿Cuál es la operación jurídica que deben desarrollar para el cumplimiento de esa función? Al igual que antes, partiremos para dar respuesta a esas preguntas de las dos manifestaciones u operaciones generales que la Corte Interamericana identifica en el CCI.

44 Cfr. Sánchez Ferriz, Remedios (et. al.), *Funciones y órganos del Estado constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 39, 87-98; Prado, Juan José, *Manual de instituciones de Derecho Público. Constitucional y administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, p. 275.

A. Cumplimiento de sentencia

En este rubro, al igual que lo establecimos en el subapartado anterior, no existe mayor problema, pues la operación jurídica o actividad concreta que deben desempeñar está establecida en la sentencia que se debe de cumplir.

De esa forma, podría consistir en, por ejemplo, la creación de una determinada política pública que sirva para cumplir con las obligaciones internacionalmente adquiridas; la organización de un área de tal forma que se pueda cumplir con una función para la protección de un determinado derecho; el ajuste de un procedimiento a fin de que sea compatible con la Convención Americana u otro tratado interamericano, etc.

Pero en todo caso, dependerá del mandato que normalmente en forma de reparación le imponga la Corte Interamericana, a un órgano o ámbito de gobierno y/o administración específico, a uno en general o a varios. Por lo que será ese o esos los directamente obligados, pero también aquéllos que se puedan colocar bajo el mismo supuesto a fin de garantizar que no se repita el incumplimiento de obligaciones internacionales.

Con lo que el *CCI ejecutivo o administrativo* para cumplimiento de sentencias implicará la operación jurídica que ordene la CoIDH y sus efectos los que ésta misma establezca.

B. Cumplimiento de obligaciones internacionales primarias

Teniendo presente que la operación genérica a desarrollar en el *CCI*, según lo ha establecido la CoIDH, es la de *aplicar* la Convención Americana y sus fuentes, parece claro que si

se trata de funciones ejecutivas o administrativas, en éstas no caben inaplicaciones o expulsiones normativas, al no ser esa una actividad encomendada a dichas funciones, no estar dentro de la naturaleza de esas y no ser lo que la Corte Interamericana entiende por CCI.

Precisado eso, en el *CCI ejecutivo o administrativo*, al igual que en el jurisdiccional, los tres elementos base (posición de la CADH en el sistema jurídico, competencia del órgano, presencia continua de la obligación internacional) son fundamentales para establecer las operaciones jurídicas concretas que debe llevar a cabo cada autoridad u órgano con funciones ejecutivas o administrativas. Por lo que, al igual que en el anterior, no hay una operación única para todas, sino que habrán de determinarse órgano por órgano.

Así por ejemplo, si una autoridad tiene a su cargo la creación de políticas públicas en materia de salud, el *CCI ejecutivo o administrativo* podría implicar que en el diseño y puesta en práctica de estas, dicha autoridad tome en cuenta el contenido de la Convención Americana y el Protocolo de San Salvador a fin de evitar regresividad en la protección del derecho a la salud, para que se desarrollen todos los supuestos que incluye dicho derecho y/o se cumpla de manera integral con el estándar internacional con el cual se haya comprometido el Estado al ser parte de esos u otros tratados.

Es decir, en tener a los tratados interamericanos como un referente normativo más que tiene el deber de ejecutar y poner en práctica, en el ámbito de sus competencias, tal y como lo hace con el resto de normas que desde la Constitución reconocen y desarrollan los alcances de un determinado derecho y de las funciones públicas para hacerlo posible.

En ese sentido, por eso es importante el lugar que ocupen las normas de origen internacional en el sistema jurídico interno y la forma en la que se incorporan, pues de no necesitar de un acto legislativo nacional para convertirse en ejecutables, toda autoridad u órgano con funciones ejecutivas o administrativas, debería poder ejecutarlas y aplicarlas, en la misma medida que lo hace con otras normas que están en su ámbito competencial. Más si éstas se refieren a la protección de un derecho humano o tiene estrecha relación con ello.

De esa manera, el CCI ejecutivo o administrativo se traduce en un sentido amplio en tener presente y en su caso aplicar los contenidos de la Convención Americana y demás tratados interamericanos, en la organización y dirección de la política y administración pública; en el diseño e implementación de políticas públicas y demás actos de gobierno⁴⁵ que tengan como finalidad la protección de cualquier derecho humano.

Si para la precisión y mejor ejecución de lo anterior resultan de utilidad las interpretaciones hechas por la CoIDH, se pueden observar, pero siempre teniendo en cuenta la naturaleza de las funciones que se desempeñan, que no son equiparables a las que tiene a su cargo el tribunal interamericano.

Los órganos o autoridades obligadas a ello son todas las que desempeñen funciones ejecutivas o administrativas, ya sea en Estados federales o unitarios. Insistiendo en este punto que pese a ello, se deberá tener en cuenta la organización, competencias y procedimientos que cada sistema nacional establezca para la coordinación de los diferentes órganos o autoridades, a fin de no crear sistemas complejos que dificulten o impidan un correcto desarrollo de la administración.

45 *Cfr.* Brownlie, Ian, *op. cit.*, pp. 447-448; Sorensen, Max, *op. cit.*, pp. 518-519.

Por tanto, la operación jurídica a desarrollar en el CCI ejecutivo o administrativo para cumplimiento de obligaciones primarias dependerá de las competencias de cada órgano o autoridad a nivel interno y de la naturaleza y fuerza que tengan los tratados interamericanos en el sistema jurídico nacional. Por lo que los efectos que producirá dependerán también de lo anterior, aunque lo deseable es que con independencia de lo anterior, en el ejercicio de sus funciones, tengan presentes como una norma integrante de su sistema jurídico nacional a dichos tratados.

6. Control de convencionalidad interamericano legislativo o parlamentario

Como se ha hecho en los dos subapartados previos, aquí interesa la función legislativa o parlamentaria antes que el centrar toda la atención en el Poder Legislativo, ya que “no hay órgano del Estado que desconozca por completo alguna de las funciones públicas, sin perjuicio de que desarrolle, de manera dominante, una de ellas”⁴⁶. En ese sentido, lo que aquí nos interesa es esa función que en esencia se caracteriza por la creación de leyes.

Pero es importante insistir en que no sólo nos referimos al Poder Legislativo, porque si bien hay determinadas materias que en cada país deben ser obligatoriamente reguladas por una norma emanada de dicho Poder, en muchos casos los otros dos poderes también tienen una potestad legislativa, aunque la fuerza jurídica de dichas normas y sus ámbitos de aplicación pueda ser menor.

46 García Soriano, María Vicenta (et. al), *Funciones y órganos del Estado constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p.), *Funciones y órganos del Estado constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 169.

Pero en esta función ¿cómo se cumple con el CCI? ¿Cuál es la operación jurídica que deben desarrollar? Para responder esto, seguiremos el mismo modelo que en los análisis anteriores.

A. Cumplimiento de sentencia

En este rubro poco hay que agregar a lo señalado en las dos funciones anteriores, ya que será la Corte Interamericana la que establezca la operación jurídica que en el ámbito de la función legislativa deberá ser puesta en marcha. Por lo que el órgano obligado será, en principio, de igual forma el que esté involucrado en cada caso concreto por su acción u omisión.

De esa manera, se podría ordenar, por ejemplo, la emisión de una ley para que se cumpla de manera concreta con una obligación internacionalmente adquirida al ser parte de la CADH; la modificación del contenido de una ley al ser incompatible con el contenido de algún tratado interamericano; la adopción con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de la CADH de las medidas legislativas que fueren necesarias para hacer efectivo alguno de los derechos y libertades reconocidos en dicho tratado interamericano, etc.

Por lo que al igual que en los dos puntos anteriores, la CoIDH deberá estar bien informada de lo que puede ordenar a cada órgano y en concreto en este caso, tener especial cuidado de que está, por regla general, frente a uno de los órganos con mayor legitimidad democrática, por lo cual, las ordenes deberán estar estrictamente apegadas a las obligaciones internacionales previamente adquiridas incumplidas, sin ir más allá de los ámbitos que los tratados le autorizan en su competencia y en los cuales estos órganos podrían llegar más lejos o tienen reservados por su importancia en cada Estado.

Así, la operación jurídica y efectos del CCI legislativo o parlamentario para cumplimiento de sentencia dependerán de lo que la CoIDH establezca en la respectiva sentencia.

B. Cumplimiento de obligaciones internacionales primarias

Si bien en este ámbito parecería más sencillo establecer las operaciones jurídicas concretas a desarrollar en el *CCI legislativo o parlamentario* al poder centrarse básicamente en la creación, modificación y derogación de leyes, los tres elementos base de los cuales hablamos en los puntos anteriores tienen idéntica aplicación en éste, pues será a partir de ello lo que puede hacer cada órgano con funciones legislativas o parlamentarias.

No obstante, no se puede pasar por alto que la Convención Americana en su artículo 2 establece una obligación expresa en este ámbito, cuando señala que “los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”⁴⁷. Con lo que, hay una obligación reforzada.

Eso se entiende de manera sencilla, ya que son las leyes y otros actos de esa naturaleza los que facilitan la incorporación y efectividad de las normas de los tratados interamericanos que se deberán aplicar, ejecutar e interpretar⁴⁸.

47 Obligación que se puede hacer extensiva a las funciones antes analizadas, pero que destacamos aquí por el énfasis individualizado que se hace en las medidas legislativas.

48 *Cfr.* Krsticevic, Viviana, *Implementación de las decisiones del sistema interamericano de derechos humanos*. Aportes para los procesos legislativos,

En ese sentido, el *CCI legislativo o parlamentario parece ser más claro si se atiende a la obligación antes citada, por lo que los órganos que desempeñen funciones legislativas o parlamentarias de acuerdo a las competencias que tengan asignadas deberán crear, modificar o derogar leyes, como medidas eminentemente legislativas*⁴⁹, para hacer efectivos a nivel nacional⁵⁰ los derechos y libertades reconocidos en la CADH y demás tratados interamericanos, como primer y más amplio ejercicio del CCI.

Por lo que sea directamente respecto a cada derecho⁵¹ o indirectamente al crear o modificar cualquier ley en la que esté presente un derecho humano, los órganos con funciones legislativas o parlamentarias deben tener presente el contenido de la Convención Americana y demás tratados, para no ir en contra de estos, sino tenerlos como un mínimo que a nivel nacional se debe de reconocer, al ser esa la mejor manera en la que se puede ejercer el CCI, que es en realidad el cumplimiento de una obligación expresa y clara que tienen asignada.

En ese orden de ideas, el *CCI legislativo o parlamentario* consiste en cumplir a cabalidad con esa obligación, para lo cual, dependiendo del órgano con funciones legislativas del que se trate, podrá hacer más o menos, pero en todo caso deberá hacerlo en el constante desempeño de sus funciones.

Center for Justice and International Law, Washington, D.C., 2009, p. 19.

49 *Cfr.* Brownlie, Ian, *op. cit.*, p. 449; Sorensen, Max, *op. cit.*, pp. 517-518.

50 Obligación que se traduce en incorporar, modificar, ajustar, hacer compatible o evitar incompatibilidades, entre otras acciones concretas.

51 Aquí se debe recordar que también se incluyen obligaciones negativas, es decir, que no se deben adoptar medidas que contradigan o se opongan a los contenidos del tratado.

De llevarse a cabo éste de una manera correcta y amplia, se facilitarían los dos anteriores, así como toda la comunicación que debe haber entre el sistema jurídico nacional y los sistemas jurídicos nacionales. Tal vez en esto radica la gran importancia que tiene el hecho de que los poderes legislativos de América y demás órganos con funciones legislativas o parlamentarias, entiendan y asuman su responsabilidad no sólo por lo antes dicho, sino también por ser, en algunos de los casos, depositarios de la mayor legitimidad democrática en los Estados.

Es evidente que en ese proceso de creación legislativo se puede observar no sólo el contenido de los tratados, sino también las interpretaciones que de éstos ha hecho la Corte Interamericana a fin de hacer la más amplia y actualizada incorporación o desarrollo normativo, pero en todo caso, se deberá tomar como un mínimo, respecto al cual el órgano con funciones legislativas podría ir más lejos (aunque siempre compatible) a fin de hacer efectivos los derechos y libertades reconocidos en los tratados interamericanos.

Así, la operación jurídica y efectos que implica el CCI legislativo o parlamentario para cumplir obligaciones primarias no es una sola, sino que depende de cada órgano a partir de las facultades que tenga asignadas. Pero en todo caso, lo que no puede pasarse por alto es que, independientemente de esta denominación, este tipo de órganos tienen la obligación de adoptar las medidas legislativas que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades reconocidos en la CADH y demás tratados interamericanos.

6. ¿Qué es lo novedoso en el CCI?

La respuesta a la pregunta que titula este apartado es sencilla: nada. Si se quiere ser positivo, se podría decir que lo novedoso es la inclusión del término *control de convencionalidad a partir del año 2006 en la jurisprudencia interamericana y los debates que ello ha generado*.

Pero con un poco de seriedad jurídica, bien se puede afirmar que no hay ninguna novedad de fondo. Simplemente, que el Estado por medio de todos sus órganos y autoridades debe cumplir con las obligaciones internacionalmente adquiridas, mismas que en el caso de la Convención Americana implican justamente lo que se describe en los puntos antes desarrollados y que está contenido, al menos, en los artículos 1, 2, 28, 29 y 68 de la CADH⁵².

Con lo que el *CCI* no es ninguna gran novedad sustantiva, sino tan sólo una denominación que hace diez años se consideró necesario dar a la especificación de las distintas obligaciones internacionales adquiridas al ser parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y demás tratados interamericanos⁵³.

52 Un ejemplo claro que sirve para confirmar estas afirmaciones está en los párrafos 165 a 170 de: Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4; en donde parece evidente que lo único novedoso del CCI es el uso o introducción de dicho término, pues en lo sustantivo, es algo que siempre ha existido.

53 Como lo hemos visto, la CoIDH sinteriza esas obligaciones en *aplicar el Derecho Internacional*.

Conclusión

Con una década de existencia en la jurisprudencia interamericana del término *control de convencionalidad*, parece evidente que es irreversible su uso y presencia en los diferentes ámbitos jurídicos de Latinoamérica, a pesar de la incertidumbre que desde varios ángulos lo ha acompañado en todo este tiempo.

Ante esa realidad, lo mínimo que se debe hacer desde todos los ámbitos posibles en que está presente, es intentar darle certeza y claridad, pues sólo así, se puede abonar de manera efectiva a mejorar y fortalecer la protección de los derechos humanos en América. Pero esto se debe hacer con seriedad y rigor jurídico, entendiendo que un término como ese y sus aparentes fines involucran principios básicos del Derecho Constitucional (por su evolución) y del Derecho Internacional (desde su origen) que no pueden ser pasados por alto, a fin de dar un justo valor y equilibrio al conjunto de valores y principios que está inmersos en relación a ello y los derechos humanos.

La propuesta que aquí se presenta es sólo un intento de lo antes señalado, una visión de la forma en la cual se podría entender, precisar y desarrollar la idea del *control de convencionalidad interamericano* para el futuro próximo. Pero en todo caso, las ideas aquí desarrolladas buscan generar debate, pues sólo así, intercambiando ideas podremos construir el sistema de protección de los derechos humanos que todos y todas queremos para que éstos sean una realidad en todas las latitudes de nuestra América.

El control de convencionalidad como consecuencia de las decisiones judiciales de la Corte Interamericana de Derechos

*Laura Alicia Camarillo Govea**
*Elizabeth Nataly Rosas Rábago***

Introducción

El contenido y alcance del control de convencionalidad ha sido objeto de un proceso de evolución en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH o Corte Interamericana), con la finalidad de precisar su trascendencia y facilitar su aplicación por parte de los Estados.

El propósito de este trabajo es identificar que el control de convencionalidad es una consecuencia de las sentencias de la Corte Interamericana a través de un análisis de casos concretos que se realizará y que van a justificar la tesis sostenida.

* Laura Alicia Camarillo Govea es Doctora en Derecho por la Universidad de Castilla-La Mancha, Toledo, España; maestría en Asuntos Internacionales, Diploma de Estudios Avanzados y título de especialista en Derechos Fundamentales, estos últimos expedidos por la UCLM en España. Actualmente profesora de tiempo completo por oposición en la Facultad de Derecho Tijuana de la Universidad Autónoma de Baja California, donde imparte Derecho Internacional Público y Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

** Elizabeth Nataly Rosas Rábago es Doctoranda por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, Maestra en Ciencias Jurídicas por la Universidad Autónoma de Baja California. Actualmente profesora de Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho Tijuana y de Derecho Internacional Público en la Facultad de Economía y Relaciones Internacionales de la Universidad Autónoma de Baja California.

El objetivo es identificar las sentencias de la Corte IDH a partir de los elementos centrales de los que ha sido objeto el control de convencionalidad en el desarrollo de su jurisprudencia. El análisis inicia a partir de una evaluación de los orígenes del concepto y la obligación específica de proteger los derechos humanos contenidos en tratados internacionales y de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte IDH, desde la sede interna por medio de las autoridades del Estado.

De igual manera, se analizará el control de convencionalidad en las sentencias de la Corte y la relación entre la obligación de los Estados de aplicarlo y su procedencia emanada directamente de las sentencias de este tribunal internacional, con la finalidad de aclarar que se trata de un efecto de las decisiones de la Corte IDH.

El control de convencionalidad es un principio fundamental en las labores que desarrolla la Corte Interamericana, debido a que permite una revisión de las violaciones de derechos humanos cometidas en alguno de los Estados Parte en relación a las disposiciones consagradas por la Convención Americana y la interpretación que de ella hace la Corte IDH desde sede interna.

Las sentencias de la Corte Interamericana han exhortado a las autoridades del Estado a aplicar un control de convencionalidad, con la finalidad de que realice un análisis entre los actos y normas internas y los principios y derechos humanos consagrados en los instrumentos internacionales celebrados por el Estado.

1. El control de convencionalidad como principio rector de la protección interamericana de derechos humanos

El control de convencionalidad establecido por la Corte Interamericana se traduce como la manera en que el Estado hará frente a sus obligaciones en cuanto al respeto y garantía de los derechos humanos.

Desde este punto es importante hacer una distinción precisa entre el control concentrado de convencionalidad y el control difuso de convencionalidad, ya que serían estas dos vertientes el vínculo por el cual el control de convencionalidad es una consecuencia inmediata de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El control concentrado de convencionalidad es propiamente realizado por la Corte Interamericana al tener la competencia otorgada por la Convención para interpretar y aplicar dichos preceptos. Será la Corte la competente para revisar las actuaciones de los jueces nacionales, incluido el correcto ejercicio del “control de convencionalidad”, siempre y cuando el análisis se derive del examen que se realice de la compatibilidad de la actuación nacional a la luz de la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹.

El control concentrado corresponde a las facultades inherentes que posee la Corte Interamericana para resolver los casos que son sometidos a su jurisdicción, para realizar la ponderación entre el derecho interno del Estado de que se trate y las disposiciones de la Convención Americana.

1 Corte IDH, *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Voto razonado del Juez Ad Hoc Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot en relación con la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, 26 de noviembre de 2010, párr. 11.

De acuerdo con Sergio García Ramírez², la tarea de la Corte se asemeja a la que realizan los tribunales constitucionales. Estos examinan los actos impugnados, disposiciones de alcance general, a la luz de las normas, los principios y los valores de las leyes fundamentales. La Corte Interamericana, por su parte, analiza los actos que llegan a su conocimiento en relación con normas, principios y valores de los tratados en los que funda su competencia contenciosa. Dicho de otra manera, si los tribunales constitucionales controlan la “constitucionalidad”, el tribunal internacional de derechos humanos resuelve sobre la “convencionalidad” de esos actos. A través del control de constitucionalidad, los órganos internos procuran conformar la actividad del poder público y, eventualmente, de otros agentes sociales al orden que entraña el Estado de Derecho en una sociedad democrática. El tribunal interamericano, por su parte, pretende conformar esa actividad al orden internacional acogido en la convención fundadora de la jurisdicción interamericana, y aceptado por los Estados parte en ejercicio de su soberanía³.

En cambio, el control difuso de convencionalidad nos traslada al otro extremo de la protección de derechos humanos, que debe realizarse por las autoridades nacionales de los Estados que han firmado la Convención Americana, y con mayor razón los que han aceptado la competencia de la Corte Interamericana para conocer de los asuntos.

2 Corte IDH, *Caso Tibi vs. Ecuador*. Voto concurrente razonado del Juez Sergio García Ramírez en relación con la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 7 de septiembre de 2004, párr. 3.

3 Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”. En: Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (Coord.). *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*. México, Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, 2012, pág. 369.

El control difuso de convencionalidad consiste en el deber de todas las autoridades nacionales de realizar un examen de compatibilidad entre los actos y normas nacionales, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sus protocolos adicionales, y la jurisprudencia de la Corte que interpreta ese *corpus iuris interamericano*⁴. Dicho control implica reconocer la relevancia y la pertenencia de los tratados internacionales dentro del ordenamiento jurídico.

Cuando un Estado ratifica la Convención Americana, sus jueces y demás autoridades también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar las disposiciones de la Convención y que no sean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin.

Se advierte entonces que se realiza una “internacionalización del Derecho Constitucional”, particularmente al trasladar las “garantías constitucionales” como instrumentos procesales para la tutela de los derechos fundamentales y salvaguarda de la “supremacía constitucional”, a las “garantías convencionales” como mecanismos jurisdiccionales y cuasi jurisdiccionales para que la tutela de los derechos humanos previstos en los pactos internacionales cuando aquéllos no han sido suficientes, por lo que de alguna manera se configura también una “supremacía convencional”⁵.

Es decir, se le adjudica el carácter de “difuso” en razón de que no es la Corte la que realiza dicho control, como intérprete última de la Convención Americana, sino que este control lo tienen los jueces y autoridades nacionales como su deber de actuación en el ámbito interno.

4 *Ibidem*, pág. 340.

5 Corte IDH, *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Voto razonado..., párr. 21.

Al momento de que el juez nacional realiza el control difuso de convencionalidad no sólo actúa en virtud de su propio cargo, sino que hace las veces de un juez interamericano⁶, al convertirse de primera mano en el propulsor y más adecuado protector de las disposiciones de la Convención Americana, evitando con ello que el Estado incurra en responsabilidad internacional que se produciría al incurrir en violaciones de los derechos humanos que tutela la Convención Americana y demás tratados en la materia.

En otras palabras, la obligación de los jueces y autoridades nacionales va más allá de la sola protección de los derechos fundamentales previstos en el derecho interno, sino que además debe velar por la salvaguarda de los principios y derechos humanos consagrados en los instrumentos internacionales celebrados por el Estado.

El control de convencionalidad implica que los Estados no pueden invocar el derecho interno para no cumplir con el derecho internacional. El control de convencionalidad plantea un desafío proactivo, es decir, que cada autoridad del Estado, particularmente el poder judicial, es responsable de controlar la aplicación efectiva de los tratados internacionales en materia de derechos humanos en el plano interno.

El control de convencionalidad se desarrolla en relación con el principio *pro homine*, ya que no sólo se realiza una interpretación de la norma nacional a la luz de la Convención Americana, de sus Protocolos y de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sino que además se realiza de acuerdo al principio interpretativo *pro homine*, que consistirá en aplicar la interpretación más favorable para el efecto del goce y ejercicio de los derechos y libertades de la persona.

6 *Ibidem*, párr. 87.

Tal como es señalado en el año 2006, en el Caso *Almonacid Arellano vs. Chile*⁷, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana⁸.

El Caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México* también representa diversas aportaciones para la esencia del control de convencionalidad, entre las que destacan que la Corte Interamericana ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto o fin⁹.

Es decir, los jueces, tribunales internos y encargados de la administración de justicia tienen la obligación de ejercer un control de convencionalidad entre las normas internas del Estado Parte y la Convención Americana, siendo de suma importancia no sólo tener en cuenta el tratado sino la constante interpretación que la Corte realiza sobre la Convención. La intencionalidad respecto de quienes habrán de ejercer el control de convencionalidad

7 Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano vs Chile*, Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, serie C, número 154, sentencia del 24 de septiembre de 2006.

8 Corte IDH, *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Voto..., párr. 124.

9 *Ibidem*, párr. 17.

está muy definida, ya que debe ser ejercida por todos los jueces, independientemente de su formal pertenencia o no al Poder Judicial y sin importar su jerarquía, grado, cuantía o materia de especialización.

Podemos concluir entonces, que el control de convencionalidad representa un desafío para las autoridades de un Estado. Resulta más conveniente que todos los intervinientes mantengan el compromiso de velar por el control de convencionalidad de manera que si llegase el caso de que el juez no resolviera aplicando el control de convencionalidad se adviertan nuevas medidas de defensa del mismo, en aras de una mayor protección a los derechos humanos.

2. Control de convencionalidad, orígenes del concepto

El control de convencionalidad se encuentra dentro del SIDH desde su origen, al establecerse en la Convención Americana sobre Derechos Humanos que será la Corte Interamericana de Derechos Humanos la competente para interpretar y aplicar la Convención. Es decir, corresponderá a la Corte conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Parte, ocupándose de examinar los respectivos procesos internos para establecer compatibilidad con la Convención Americana. Sin embargo, al desarrollarse la jurisprudencia de la Corte Interamericana se comienza a establecer la obligación de los Estados de realizar un control difuso de convencionalidad, de modo que pudieran protegerse efectivamente los derechos humanos de acuerdo a estándares internacionales desde la sede interna.

El control de convencionalidad puede ser definido como una garantía destinada a obtener la aplicación armónica del derecho vigente¹⁰. La Corte Interamericana hace referencia al control de convencionalidad en relación al deber de los jueces de efectuarlo en el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Sin embargo, no es hasta el caso *Trabajadores Cesados vs. Perú* que precisa este control difuso de convencionalidad.

Sin embargo, es hasta la sentencia *Gelman vs. Uruguay* que la Corte Interamericana insta a todas las autoridades del Estado, superando entonces el anterior criterio que se había centrado únicamente en el poder judicial.

Pérez Tremps determinó que: "... no es bueno que la protección internacional actúe como sustantivo de la interna; su función es completar esta y fomentar su mayor eficacia"¹¹.

En relación a lo anterior, Sergio García Ramírez precisa que la gran batalla por los derechos humanos se ganará en el ámbito interno, del que es coadyuvante o complemento, no sustituto, el internacional¹².

La consolidación del control de convencionalidad es una necesidad para la eficacia del Sistema Interamericano, se presenta como una necesidad de primer orden y lo centra como uno de los desafíos fundamentales del trabajo, en este caso, de la Corte

10 Albanese, Susana, *El control de convencionalidad*, Ediar, Buenos Aires, 2008, pág. 15.

11 Pérez, Pablo, *Las garantías constitucionales y la jurisdicción internacional en la protección de los derechos fundamentales*, en Anuario de la Facultad de Derecho, no. 10, Universidad de Extremadura, 1992, pág. 81.

12 Corte IDH, *Caso Trabajadores Cesados del Congreso y otros vs. Perú*, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 24 de noviembre de 2006, serie C, no. 158; voto razonado del juez Sergio García Ramírez, párr. 11.

Interamericana, en aras de lograr la protección integral de los derechos humanos.

En el desarrollo de su jurisprudencia, la Corte Interamericana ha impuesto a los Estados la obligación de concretar el control de convencionalidad, tomando en cuenta no sólo la Convención Americana, sino también las interpretaciones que de ella ha hecho la Corte.

Luis Jimena¹³ menciona que el control de convencionalidad se ve impregnado por una idea básica: la coexistencia coordinada de un sólido filtro de control de constitucionalidad y de un depurado filtro de control de convencionalidad, puede y debe contribuir a paliar o, cuando menos, aminorar, las disfunciones susceptibles de aflorar en el sistema de fuentes del Derecho y, por tanto, los problemas de articulación en el seno del ordenamiento jurídico, con objeto de que no se resientan principios esenciales del Estado social y democrático de Derecho como, entre otros, la seguridad jurídica o la igualdad.

3. Características del control de convencionalidad

En el ámbito internacional el control de convencionalidad implica que la Corte Interamericana realice un análisis en casos concretos para determinar si un acto o una normatividad de derecho interno resultan incompatibles con la Convención Americana, y que como consecuencia se decrete la reforma o abrogación de dichas actuaciones o normas, en aras de proteger efectivamente los derechos humanos.

13 Jimena, Luis, “El diálogo entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: a propósito del control de convencionalidad”. En: *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, no. 15, primer semestre 2010, Editores Fundación Profesor Manuel Broseta e Instituto de Derecho Público de la Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2010, págs. 41-74.

Desde años atrás, la Corte Interamericana ha desarrollado el control de convencionalidad con la finalidad de establecer la obligación para los Estados de que realicen una armonización entre el derecho interno y el internacional para verificar la adecuación entre ellas que se aplican en casos concretos.

El control de convencionalidad es un mecanismo fundamental en el desarrollo y evolución de la protección de derechos humanos porque contribuye en la aplicación armónica y coherente del derecho de los Estados, incluyendo fuentes internas e internacionales.

Sergio García Ramírez explicó que la Corte Interamericana analiza los actos que llegan a su conocimiento en relación con normas, principios y valores de los tratados en los que funda su competencia contenciosa, resolviendo acerca de la convencionalidad de tales actos, pretendiendo conformar esa actividad al orden internacional acogido en la convención fundadora de la jurisdicción interamericana y aceptado por los Estados partes en ejercicio de su soberanía¹⁴.

Es necesario hacer particular mención sobre los parámetros del control de convencionalidad, ya que no se agota al realizar una armonización del derecho interno con la Convención Americana, sino que además se involucran diversos instrumentos internacionales que forman parte del *corpus juris* fundamental en materia de protección de derechos humanos, así como la interpretación que de ellos haya realizado la Corte.

En este sentido, la Corte Interamericana ha referido específicamente en la opinión consultiva OC 16/99:

14 Corte IDH. *Caso Tibi vs. Ecuador*, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 7 de septiembre de 2004, serie C, no. 114; Voto razonado Juez Sergio García Ramírez, párr. 3.

El *corpus juris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones). Su evolución dinámica ha ejercido un impacto positivo en el Derecho Internacional en el sentido de afirmar y desarrollar la aptitud de este último para regular las relaciones entre los Estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones¹⁵.

Asimismo, en la opinión consultiva OC 17/2002, la Corte IDH, precisó que:

Los Estados tienen la obligación de reconocer y respetar los derechos y libertades de la persona humana, así como proteger y asegurar su ejercicio a través de las respectivas garantías (artículo 1.1), medios idóneos para que aquellos sean efectivos en toda circunstancia, tanto el *corpus iuris* de derechos y libertades como las garantías de estos, son conceptos inseparables del sistema de valores y principios característico de la sociedad democrática¹⁶.

Una interrogante que gira en torno del control de convencionalidad es si las Constituciones nacionales pueden ser susceptibles del control de convencionalidad. Se prevé que así es, por supuesto bajo notorias dificultades para su aplicación práctica debido a que conlleva diversas problemáticas entre las que destacan la supremacía constitucional y sobre todo la negación

15 Corte IDH, *Opinión Consultiva OC 16/99, El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, 1 de octubre de 1999, serie A, no. 16, párr. 115.

16 Corte IDH, *Opinión Consultiva OC 17/02, Condición jurídica y derechos humanos del niño*, solicitada por la Comisión IDH, 28 de agosto de 2002, serie A, no. 17, párr. 92.

de concebir algún otro instrumento u órgano por encima de la Constitución, cuando en realidad de lo que se trata de velar es por algo mucho más profundo que anteponer el derecho internacional sobre el derecho interno: se trata de lograr la protección más amplia y efectiva de los derechos humanos.

Bajo esta temática, la Corte Interamericana en su Opinión Consultiva 4/84 del 11 de enero de 1984, determinó acerca del término “leyes internas”, refiriéndose a que es aplicable para toda la legislación nacional y para todas las normas jurídicas de cualquier naturaleza, incluyendo las disposiciones constitucionales¹⁷.

No sólo es claro el criterio de la Corte Interamericana respecto de si las Constituciones nacionales pueden ser susceptibles del control de convencionalidad en la OC 14/84, sino que además, dentro de las sentencias ha ejercido en diversas ocasiones el control de convencionalidad sobre normas constitucionales consideradas contrarias a la Convención Americana.

Como ejemplo de estos pronunciamientos de la Corte IDH, se encuentra el Caso *La Última Tentación de Cristo vs. Chile*, en donde concluyó que el Estado había incurrido en responsabilidad internacional en virtud de que el artículo 19, número 12 de la Constitución nacional establecía la censura previa en la producción cinematográfica y, por lo tanto, determinaba los actos de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, violando así el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión consagrado en el artículo 13 de la Convención Americana. Por lo que la Corte decidió que el Estado debía modificar su ordenamiento jurídico interno, en un plazo razonable, con el fin de suprimir la censura previa¹⁸.

17 Corte IDH, *Opinión Consultiva OC 4/84, Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*, solicitada por Costa Rica, 19 de enero de 1984, serie A, no. 4, párr. 14.

18 Corte IDH, *Caso La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs.*

Igualmente, la jurisprudencia de la Corte se orienta en el sentido de determinar que los jueces locales deben realizar la aplicación oficiosa del control de convencionalidad.

Jimena Quesada¹⁹ destaca que:

Por una correcta puesta en práctica del principio *jura novit curia*, esto es, cuando el juez interno aplique la jurisprudencia internacional para resolver los casos sobre los que se vea llamado a pronunciarse pese a que las partes procesales no hayan invocado dicha jurisprudencia internacional, que a la postre sea determinante para la resolución de dichos casos, ya que la aplicación de las normas internacionales por los jueces nacionales y los demás operadores jurídicos se considera la *pedra de toque* del cumplimiento efectivo del derecho internacional como tal.

4. Evolución del control de convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana

4.1 Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala, voto concurrente del Juez Sergio García Ramírez

En el caso se desarrolla el tema de la ejecución extrajudicial de Myrna Mack Chang el 11 de septiembre de 1990, en la ciudad de Guatemala, la cual fue consecuencia de una operación de inteligencia militar, que obedeció a un plan previo y cuidadosamente elaborado por el alto mando del Estado Mayor

Chile, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 5 de febrero de 2001, serie C, no. 73, párrs. 72 y 73.

19 Jimena, Luis, “La vinculación del juez a la jurisprudencia internacional”. En: Miguel Revenga Sánchez (coord.), *El Poder Judicial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pág. 542.

Presidencial. Se plantea que el Estado no utilizó todos los medios a su disposición para realizar una investigación seria y efectiva que sirva de base para el esclarecimiento completo de los hechos, el procesamiento, juzgamiento y sanción de todos los responsables, tanto autores materiales como intelectuales, dentro de un plazo razonable. Esta situación se ha visto agravada por la existencia y tolerancia por parte del Estado guatemalteco de mecanismos de hecho y de derecho que obstaculizan una adecuada administración de justicia.

Los artículos de la Convención Americana que se analizan en el presente caso son: 4o. (Derecho a la vida), 5o. (Integridad personal), 8o. (Garantías judiciales) y 25 (Protección judicial), todos éstos en conjunción con el artículo 1.1 (Obligación de respetar los derechos); y 63.1 (Restitución del derecho violado, reparación y justa indemnización a la parte lesionada).

En el voto concurrente del entonces Juez de la Corte Interamericana, Sergio García Ramírez, señala que:

... 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 internacional²⁰.

20 Corte IDH. *Caso Mack Chang vs. Guatemala*, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 25 de noviembre de 2003, serie E, no. 4; Voto razonado Juez Sergio García Ramírez, párr. 27.

Asimismo, el Juez Sergio García Ramírez vuelve a hablar sobre el control de convencionalidad en el voto concurrente emitido en relación a la sentencia del caso *Tibi vs. Ecuador*, del 7 de septiembre de 2004, en el que sostiene que la tarea de la Corte Interamericana se asemeja a la que realizan los tribunales constitucionales. Ya que por un lado, los tribunales constitucionales examinan los actos a la luz de las normas, los principios y los valores de las leyes fundamentales; la Corte Interamericana, por su parte, analiza los actos que llegan a su conocimiento en relación con normas, principios y valores de los tratados en los que funda su competencia contenciosa. Es decir, los tribunales constitucionales velan por la “constitucionalidad”, mientras que el tribunal internacional por la “convencionalidad” de esos actos²¹.

4.2 Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile

El presente caso se desarrolla en relación a la presunta falta de investigación y sanción de los responsables de la ejecución extrajudicial del señor Almonacid Arellano, a partir de la aplicación del Decreto Ley No. 2.191, Ley de amnistía, adoptada en 1978 en Chile, así como la falta de reparación adecuada a favor de sus familiares.

Los artículos de la Convención Americana que se analizan son: 2o. (Deber de adoptar disposiciones de derecho interno), 8o. (Garantías judiciales) y 25 (Protección judicial) en relación con la obligación establecida en el artículo 1.1 (Obligación de respetar los derechos); y 63.1 (Obligación de reparar) de la Convención Americana.

21 Corte IDH. *Caso Tibi vs. Ecuador...*, párr. 3.

Será en el caso *Almonacid Arellano vs. Chile* a finales de septiembre de 2006 cuando la Corte Interamericana comenzará a precisar el contenido del control de convencionalidad.

La Corte Interamericana declaró que el Poder Judicial chileno aplicó una norma que tuvo como efecto el cese de las investigaciones y el archivo del expediente de la ejecución extrajudicial del señor Almonacid Arellano, dejando en la impunidad a los responsables.

La Corte consideró que el Poder Legislativo falló en su tarea de suprimir y/o adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, frente a lo cual el Poder Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella²².

Uno de los apartados más importantes de dicha sentencia en relación al control de convencionalidad queda establecido en el párrafo 124:

La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, *el Poder Judicial debe*

22 Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr. 123.

ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”²³.

A partir de estos señalamientos de la Corte Interamericana se procura dejar en claro una ampliación de las dimensiones que habían sido consideradas hasta entonces, es decir, partir de una visión en que los jueces únicamente aplican las leyes internas del Estado a la obligación que surge de la firma de tratados internacionales en relación al deber de que sus disposiciones no se vean afectadas por la aplicación de leyes internas contrarias al tratado. Por lo que se deberá armonizar el derecho interno con la Convención Americana, así como lo que la Corte Interamericana haya señalado como interpretación de ella.

En el caso *Almonacid Arellano*, la Corte Interamericana se expresa en forma generalizada en relación a que el Poder Judicial debe realizar una especie de control de convencionalidad, mientras que es en otros casos que se estudiarán más adelante en los que puntualiza sobre el tema.

4.3 Caso Trabajadores Cesantes y otros vs. Perú

Los hechos expuestos en la demanda se refieren al supuesto despido de un grupo de 257 trabajadores cesados del Congreso Nacional de la República del Perú, quienes forman parte de un grupo de 1.117 trabajadores que fueron despedidos de dicha

²³ *Ibidem*, párr. 124. Énfasis agregado.

institución a través de resoluciones del Congreso de 31 de diciembre de 1992.

Los artículos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que se analizan en el presente caso son: Artículo 8.1 (Garantías judiciales), 25.1 (Protección judicial), 1.1 (Obligación de respetar los derechos) y 2o. (Deber de adoptar disposiciones de derecho interno), 26 (Desarrollo progresivo de los derechos Económicos, Sociales y Culturales), 63.1 (Obligación de reparar) de la Convención Americana.

En el presente caso, la Corte Interamericana evoluciona el alcance y determinación del control de convencionalidad, pese a que es una sentencia de dos meses posteriores a la del caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, contiene importantes señalamientos en la evolución de dicho control de convencionalidad, iniciando porque ya no se habla de una “especie de control de convencionalidad”, sino que obliga a ejercer un control de convencionalidad.

En relación con el control de convencionalidad la Corte Interamericana desarrolla en esta sentencia que:

Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, *los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de 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...²⁴.

24 Corte IDH, *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*; Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia

En relación a lo anterior, la Corte Interamericana ha señalado que la realización del control de convencionalidad es un deber de los jueces nacionales, de manera vinculante. En este sentido, el Juez Cançado Trindade, en su voto razonado en relación al caso de los Trabajadores Cesados del Congreso, señaló que:

...los órganos del Poder Judicial de cada Estado Parte en la Convención Americana deben conocer a fondo y aplicar debidamente no sólo el Derecho Constitucional sino también el Derecho Internacional de los Derechos Humanos; deben ejercer *ex officio* el control tanto de constitucionalidad como de convencionalidad, tomados en conjunto, por cuanto los ordenamientos jurídicos internacional y nacional se encuentran en constante interacción en el presente dominio de protección de la persona humana²⁵.

En este caso la Corte se pronunció en el sentido de que los órganos del Poder Judicial deben realizar no sólo un control de constitucionalidad, sino también de convencionalidad. La Corte se ha orientado a reforzar la carga imperativa para los Estados en relación a la obligación de ejercer el control de convencionalidad, incluso como un deber *ex officio*, tal como se señaló en la presente sentencia en aras de efectivizar el control de convencionalidad.

4.4 Caso Boyce y otros vs. Barbados

En el presente caso, la Comisión alegó que el Estado es responsable de las violaciones cometidas en contra de Lennox Ricardo Boyce, Jeffrey Joseph, Frederick Benjamin Atkins y Michael McDonald Huggins, por la naturaleza obligatoria de

de 24 de Noviembre de 2006. Serie C No. 158, párr. 128. Énfasis agregado.

25 *Ibidem*, párr. 3.

la pena de muerte impuesta. Las presuntas víctimas fueron condenadas por el delito de homicidio. La Comisión alegó la violación a los derechos de las presuntas víctimas por las condiciones de su detención, la lectura de las órdenes de ejecución mientras sus peticiones estaban supuestamente pendientes ante los tribunales internos y el sistema interamericano de derechos humanos, y por la supuesta falta de adecuar el derecho interno de Barbados a lo establecido en la Convención Americana. Las cuatro presuntas víctimas fueron sentenciadas a muerte de conformidad con lo establecido en el artículo 2o. de la Ley de Delitos contra las Personas de 1994 de Barbados, la cual establece una pena obligatoria de muerte para las personas condenadas por el delito de homicidio.

Los artículos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que se analizan en el presente caso son: Artículos 4.1 y 4.2 (Vida), artículos 5.1 y 5.2 (Integridad física), artículo 8.1 (Garantías judiciales) en relación con los artículos 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) y 2o. (Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno); artículo 25 (Protección judicial).

La Corte se pronunció sobre el deber de ejercer un control de convencionalidad con sustento de la sentencia del caso *Almonacid Arellano vs. Chile* y determinó que:

El análisis del CJCP no debería haberse limitado a evaluar si la LDCP era inconstitucional. Más bien, la cuestión debería haber girado en torno a si la ley también era “convencional”. Es decir, los tribunales de Barbados, incluso el CJCP y ahora la Corte de Justicia del Caribe, *deben también decidir si la ley de Barbados restringe o viola los derechos reconocidos en la Convención*. En este sentido, la Corte ha afirmado, en otras ocasiones, que “*el Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas*

internas [...] y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”²⁶.

Por lo que la Corte se vuelve a manifestar en el sentido de asignar al Estado la tarea de realizar un control de convencionalidad en aras de determinar si una ley interna restringe o viola derechos consagrados en la Convención Americana.

4.5 Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá

En el presente caso, los hechos de la demanda se centran en que el 14 de mayo de 1970, Heliodoro Portugal se encontraba en un café conocido como “Coca-Cola”, ubicado en la ciudad de Panamá, donde fue abordado por un grupo de individuos vestidos de civil, quienes lo obligaron a subir a un vehículo que luego partió con rumbo desconocido.

La Comisión alegó que agentes del Estado participaron en dichos hechos, los cuales ocurrieron en una época en la que Panamá se encontraba gobernada por un régimen militar. La Comisión resaltó que “durante la dictadura militar no era posible acudir a las autoridades internas con el propósito de presentar denuncias por violaciones a los derechos humanos o averiguar el paradero de una persona”, por lo que la hija de la presunta víctima no denunció la desaparición sino hasta mayo de 1990, luego de que se restaurara la democracia en el país. En

26 Corte IDH. *Caso Boyce y otros vs. Barbados*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C No. 169, párr. 78. Énfasis agregado.

septiembre de 1999, en el cuartel conocido como “Los Pumas” en Tocumen, el Ministerio Público encontró unos restos que luego de ser sometidos a exámenes de identificación genética gracias a aportaciones privadas, fueron identificados como pertenecientes a la presunta víctima. Los resultados de los exámenes genéticos fueron comunicados a la familia y se conocieron públicamente en agosto de 2000. El proceso penal correspondiente continúa abierto sin que se haya condenado a los responsables.

Los artículos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que se analizan en el presente caso son: Artículo 4o. (Derecho a la vida), artículo 5o. (Derecho a la integridad personal) y artículo 7o. (Derecho a la libertad personal) de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos); artículo 8o. (Garantías judiciales) y artículo 25 (Protección judicial) de la Convención Americana; artículo 13 (Libertad de pensamiento y de expresión); Obligación de tipificar como delito la desaparición forzada, establecida en el artículo III de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas; Obligaciones de tipificar, investigar y sancionar la tortura, establecidas en los artículos 1o., 6o. y 8o. de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura; artículo 2o. (Deber de adoptar disposiciones de derecho interno) de la Convención Americana; 63.1 (Obligación de reparar) de la Convención Americana.

La Corte hace señalamiento sobre el deber del Estado de ejercer un control de convencionalidad en el párrafo 180 de la sentencia en el que sustenta que:

La Corte ha interpretado que tal adecuación implica la adopción de medidas en dos vertientes, a saber: i) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que

desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio, y ii) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías. Precisamente, respecto a la adopción de dichas medidas, es importante destacar que la defensa u observancia de los derechos humanos a la luz de los compromisos internacionales en cuanto a la labor de los operadores de justicia, debe realizarse a través de lo que se denomina “control de convencionalidad”, según el cual *cada juzgador debe velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales, de manera que no quede mermado o anulado* por la aplicación de normas o prácticas internas contrarias al objeto y fin del instrumento internacional o del estándar internacional de protección de los derechos humanos²⁷.

La Corte se vuelve a manifestar en el sentido de asignar a los juzgadores del Estado la tarea de realizar un control de convencionalidad en aras de velar por las disposiciones consagradas en la Convención Americana de manera que no sean mermadas o afectadas por normas o practicas internas.

4.6 Caso Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina

El presente caso se relaciona con la alegada violación del derecho a la libertad de expresión de Jorge Fontevecchia y Héctor D’Amico, quienes eran director y editor, respectivamente, de la revista *Noticias*. La supuesta violación se habría producido en virtud de la condena civil que les fue impuesta mediante sentencias dictadas por tribunales argentinos como

27 Corte IDH. *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 186, párr. 180. Énfasis agregado.

responsabilidad ulterior por la publicación de dos artículos, en noviembre de 1995, en la mencionada revista. Dichas publicaciones se referían a la existencia de un hijo no reconocido de Carlos Saúl Menem, entonces Presidente de la Nación, con una diputada, a la relación entre el ex presidente y la diputada y a la relación entre el primer mandatario y su hijo. Tanto un tribunal de segunda instancia como la Corte Suprema de Justicia de la Nación consideraron que se había violado el derecho a la vida privada de Menem como consecuencia de aquellas publicaciones.

Los artículos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que se analizan en el presente caso son: 13 (Derecho a la Libertad de Pensamiento y de Expresión) artículo 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) y 2 (Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno) de la Convención Americana.

En la presente sentencia, la Corte Interamericana se traslada al caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, primera sentencia en que se aborda como tal el control de convencionalidad, para lo que se permite incluir en el párrafo 93:

*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 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*²⁸.

28 Corte IDH. *Caso Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2011. Serie C No. 237, párr. 93. Énfasis agregado.

4.7 Caso Gelman vs. Uruguay

El presente caso se refiere a la desaparición forzada de María Claudia García Iruretagoyena de Gelman, en relación con la violación a los derechos de reconocimiento de personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal y a la libertad personal, a la familia, al nombre, a los derechos de los niños y niñas, el derecho a la nacionalidad, a las garantías judiciales y a la protección judicial.

En esta sentencia la Corte Interamericana, si bien reitera lo señalado en su jurisprudencia en cuanto a que “cuando un Estado es parte de un tratado internacional, como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos los jueces, están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin”²⁹.

La Corte Interamericana en el caso Gelman vs. Uruguay explora por primera vez la obligación de que cualquier autoridad del Estado debe ejercer un control de convencionalidad en aras de brindar una protección a los derechos humanos acorde no solo el tratado internacional, sino además la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

En relación a lo anterior, la Corte señaló que “la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo ‘susceptible de ser decidido’ por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un ‘control de convencionalidad’, que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del

29 Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay, Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221, párr. 193.

Poder Judicial”. Por lo que a partir de 2011, con esta sentencia se da un giro a la jurisprudencia de la Corte, en la que de principio solo se establecía a los jueces internos como los obligados para ejercer un control de convencionalidad, y de este modo se extiende a todas las autoridades del Estado, logrando con ello que se dé un mayor cumplimiento a las obligaciones internacionales de los Estados, colocándose además como un paso fundamental en la protección y respeto de los derechos humanos.

5. El control de convencionalidad como consecuencia de las sentencias de la Corte Interamericana

El control de convencionalidad nos convoca a llevar a los Estados Parte el denominado “diálogo jurisprudencial”, en los que los jueces nacionales van dando pasos desde sus diversas competencias para lograr avances en la protección de los derechos humanos.

De igual modo, los Estados Parte del sistema interamericano están pasando por problemas análogos, por lo que la existencia de este diálogo jurisprudencial presenta importantes oportunidades de aprendizaje.

En este momento del desarrollo del sistema interamericano, resulta fundamental que exista este diálogo jurisprudencial entre la Corte Interamericana y los jueces y autoridades nacionales, debido a que en materia de derechos humanos dichos señalamientos y criterios contienen la progresividad de los derechos humanos en la actualidad.

Por lo que es claro que los tribunales constitucionales, jueces y demás autoridades de un Estado deben mantener una apertura

para realizar la recepción de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, logrando de ese modo una dimensión más amplia en la protección de derechos humanos.

La separación que existe actualmente entre el derecho nacional y el derecho internacional es mínima, y por tanto, se deben asumir los desafíos de la época actual y hacer frente a los criterios de la Corte Interamericana en aras de fortalecer la protección de los derechos humanos en los Estados Parte de la Convención, y que reconocen competencia de la Corte IDH.

Como es de suponer, en cualquier ámbito que represente un cambio de dimensiones a las que hasta el momento se habían conocido, se presentan diversas dificultades para aceptar la aplicación del control de convencionalidad.

Para Alberto Bianchi³⁰ el control de convencionalidad representa la supremacía de la Convención Americana sobre las normas de derecho interno y, sostiene además que como todo instituto en desarrollo, presenta contornos imprecisos, concluyendo que el control de convencionalidad constituye un complemento del control de constitucionalidad que debe seguir siendo ejercido por la Corte Suprema como tribunal de última instancia de un país.

Desde otra postura, y más partidaria de los nuevos estándares en la protección internacional de los derechos humanos, encontramos a Sagüés quien afirma que la doctrina del control de convencionalidad importa uno de los casos más significativos de penetración del derecho internacional público, sobre el derecho constitucional y subconstitucional de los países del área, y que

30 Bianchi, Alberto, “Una reflexión sobre el llamado control de convencionalidad”. En: Suplemento *La Ley Constitucional*; lunes 27 de septiembre de 2010, págs. 15 a 24.

bien instrumentada, puede ser una herramienta provechosa para asegurar la primacía del orden jurídico internacional de los derechos humanos, reconociendo no obstante, que el buen suceso de la doctrina está condicionada por la voluntad de seguimiento que tengan por parte de los tribunales nacionales³¹.

Asimismo, y en un sentido mucho más amplio e integrador se encuentra Lucchetti, quien resalta la obligación que tienen los jueces de realizar el control de convencionalidad, deber que no sólo viene impuesto por la Corte Interamericana, sino por la propia Constitución Nacional, toda vez que los tratados de derechos humanos son parte integrante de la Ley Suprema de la Nación. Para Lucchetti, el juez al momento de realizar el control de convencionalidad, debe apreciar los actos de los Estados al amparo de la Convención, en las condiciones de su vigencia, y en el entendimiento dado por la Corte, intérprete última de esta Convención³².

En relación a lo anterior y relativo a la obligatoriedad de las sentencias de la Corte Interamericana, expresó en el Caso *La Cantuta vs. Perú* que a partir del análisis de las normas y jurisprudencia de derecho interno “se concluye que las decisiones de esta Corte tienen efectos inmediatos y vinculantes y que, por ende, la sentencia dictada en el caso *Barrios Altos* está plenamente incorporada a nivel normativo interno”³³.

31 Sagüés, Néstor, “El control de convencionalidad. En particular sobre las constituciones nacionales”. En: *La ley*, Año LXXIII, Nro. 35, jueves 19 de febrero de 2009, pág. 3.

32 Lucchetti, Alberto, “Los jueces y algunos caminos del control de convencionalidad”. En: *El Control de Convencionalidad*, Ediar, Buenos Aires, 2008, pág. 144 a 148.

33 Corte IDH, *Caso La Cantuta vs. Perú*, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, del 29 de noviembre de 2006, Serie C No. 162, párr. 186.

Asimismo, en el Caso Rosendo Radilla Pacheco vs. México, la Corte Interamericana en las medidas de reparación que “El Estado deberá implementar, en un plazo razonable y con la respectiva disposición presupuestaria, programas o cursos permanentes relativos al análisis de la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en relación con los límites de la jurisdicción penal militar, así como un programa de formación sobre la debida investigación y juzgamiento de hechos constitutivos de desaparición forzada de personas”³⁴.

De esta manera, la Corte Interamericana ha realizado una amplificación de sus criterios tradicionales, sosteniendo que la vinculación de sus sentencias no se agota en su parte resolutive, es decir, en el caso particular, sino que se multiplica a la esencia y los fundamentos del fallo, dicho desarrollo ha sido posible a través de los años en aras de brindar una plena protección de los derechos humanos y en la medida en que ha sido posible asumir estos retos a los Estados Parte de la Convención Americana que han reconocido la competencia de la Corte. En el Caso de La Cantuta vs. Perú se realiza un análisis del derecho interno respecto de las sentencias de la Corte IDH que ponen en evidencia la obligatoriedad de las mismas; mientras que en el Caso de Rosendo Radilla Pacheco vs. México, solicita al Estado recurrir a la jurisprudencia de la propia Corte Interamericana para capacitar en ciertos temas que ha desarrollado a través de sus diversos fallos.

Por ello, cuando un Tribunal Constitucional sostiene que los pronunciamientos de la Corte Interamericana “deben servir de guía” o que “constituyen una imprescindible pauta de

34 Corte IDH. *Caso Rosendo Rosendo Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 23 de noviembre de 2009, serie C, no. 209, párr. 153.

interpretación”, está decretando que los mismos tienen valor de doctrina legal, cuando ya deben verse de acuerdo a un caso particular como criterios vinculantes, ya que en la medida de que la jurisprudencia de la Corte Interamericana sea asumida como obligatoria por parte de los Estados se logrará progreso en la protección de derechos humanos.

Las sentencias de la Corte Interamericana han constituido bases sólidas que han provocado que los tribunales constitucionales de los Estados dicten fallos fundamentales en relación al establecimiento de mejores niveles de protección de derechos humanos. Las sentencias contribuyen a la creación de conciencia en relación a la necesidad que imperaba de cambiar la dirección, centrar nuestra atención y esfuerzos en la protección de los derechos humanos, coadyuvado a la construcción de Estados de Derecho.

Los efectos de las sentencias de la Corte Interamericana se han visto reflejados sobre las principales violaciones de derechos humanos que ocurren en los Estados, y que en el derecho nacional no fueron debidamente protegidos ni contrastados con las obligaciones internacionales, es decir, en casos concretos donde no se aplicó un control de convencionalidad.

Asimismo, el control de convencionalidad ha sido un principio fundamental que ha desarrollado la Corte Interamericana en el que ella realiza una aplicación directa, mientras que los tribunales nacionales y demás autoridades realizan una aplicación difusa. Por medio del control difuso de convencionalidad se logra dar aplicación a la Convención Americana y a la jurisprudencia por parte de las autoridades nacionales a través de la armonización que deben realizar entre sus normas y actos internos y el derecho internacional.

El control de convencionalidad es una consecuencia directa de las decisiones judiciales de la Corte Interamericana. Este principio no solo permite que se respeten y protejan derechos humanos en el ámbito nacional con una visión de tratados internacionales y jurisprudencia de la Corte IDH, sino que además ha motivado reformas del derecho nacional que han instaurado este deber de armonización desde la Constitución del Estado, otorgando jerarquía constitucional a los tratados internacionales de la materia.

Conclusiones

El control de convencionalidad como se conoce actualmente, con la obligación de realizarlo por todas las autoridades de un Estado es desarrollado por la Corte Interamericana a partir del Caso Gelman vs. Uruguay, potencializando en los últimos años el empoderamiento del control de convencionalidad como mecanismo efectivo para el respeto y protección de los derechos humanos. La aplicación del control de convencionalidad en sede interna permite que se respeten y protejan los derechos humanos de las personas en el Estado, lo que a su vez conlleva a que haya menos sentencias que funden responsabilidad internacional sobre los Estados.

A partir de esta investigación, en la que se analizan los orígenes del control de convencionalidad en el Sistema Interamericano y su desarrollo jurisprudencial, nos permite afirmar que este control es consecuencia de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y ha contribuido a este diálogo entre las autoridades internas de los Estados y los órganos interamericanos, velando de ese modo por ajustar en el ámbito nacional las normas y los actos, no solo a un

control de constitucionalidad, sino también a un control de convencionalidad.

El diálogo jurisprudencial entre los tribunales nacionales e internacionales, específicamente con el control de convencionalidad, ha permitido que se enriquezca a través de construcciones sólidas la percepción de los derechos y libertades de las personas en aras de funcionar en coordinación bajo el principio de progresividad, con el objetivo de cumplir con la obligación de adoptar las medidas para asegurar la vigencia de los derechos humanos, garantizando que se modifiquen las causas que permitieron que las violaciones de derechos humanos ocurrieran.

Es significativa la influencia que ha ejercido la Corte Interamericana en el derecho interno, que ha permitido, particularmente a través del control de convencionalidad, lograr un efecto expansivo de los alcances de la interpretación que ha hecho este tribunal jurisdiccional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos respecto de casos específicos pero que han tenido eco en diversos Estados por la vivencia de problemáticas análogas.

Control de convencionalidad en Argentina

*Lautaro Pittier**

1. El control de convencionalidad

Como ya sabemos, en distintos países se ejerce el llamado “control de constitucionalidad”, el cual se encarga de realizar una comparación entre la Constitución y las demás normas del sistema jurídico de jerarquía inferior, estableciendo que la primera debe prevalecer por sobre las demás. Es así que encontramos un sistema *difuso* de control de constitucionalidad, en donde dicho control es llevado a cabo por todos los jueces, ya sean provinciales o nacionales, sistema adoptado, entre otros, por Estados Unidos (por medio del célebre caso *Marbury vs. Madison*¹) y Argentina (receptado por los fallos *Sojo*² y *Elortondo*³); y un sistema *concentrado*, donde un cuerpo único es el encargado de llevar a cabo la revisión, el cual es creado para ese fin exclusivamente, sistema que ha sido adoptado en algunas constituciones europeas, y también latinoamericanas.

* Abogado, Director de Asuntos Jurídicos de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Lomas de Zamora; Director del Instituto de Derechos Humanos del Colegio de Abogados de Lomas de Zamora; Docente Adjunto de Derechos Humanos, Facultad de Derecho UNLZ; integrante del Centro de Estudios Judiciales de la UNLZ; ex coordinador del programa Empoderar de la Universidad de Buenos Aires.

1 “Supreme Court of the United States in *Marbury, William vs. Madison, James*. 1 Cranch 137; 2 L. Ed. 60; 1803”. En Villanueva, Marcos Agustín. “El control de convencionalidad y el correcto uso del margen de apreciación: medios necesarios para la protección de los derechos humanos fundamentales”.

2 CSJN, “*Sojo, Eduardo*”, Fallos 32:120.

3 CSJN, “*Municipalidad de la Capital c/Elortondo*”, Fallos, 33:162.

El control de convencionalidad puede ser entendido como una concordancia que realizan los jueces de las normas de derecho interno vigentes de cada país subscriptos a la Convención Americana de Derechos Humanos y el mismo instrumento supranacional.

El control de convencionalidad, busca, establecer si la norma que está siendo objeto de revisión se adecua a lo determinado por la Convención de Derechos Humanos, es decir, si la misma resulta convencional o no. En caso de ser tenida como “inconvencional”, el efecto que la misma trae aparejada es su invalidez y esto por ende determina que la misma no pueda ser aplicada, incluso si se trata de la propia Constitución Nacional, como lo deja ejemplificado el célebre fallo “La Última Tentación de Cristo”⁴.

El control de convencionalidad se debe realizar teniendo en cuenta las cláusulas de la CADH, más las interpretaciones que de ello ha hecho la Corte IDH en sus sentencias y opiniones consultivas.

Coincidimos con Sagüés⁵:

El control de convencionalidad desempeña un doble papel: por el primero, obliga a los jueces nacionales a inaplicar las normas internas (incluso las constitucionales) opuestas al referido Pacto (o Convención Americana sobre los Derechos del Hombre), y a la interpretación que sobre dicho Pacto ha realizado la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Por el segundo, también los obliga a interpretar al derecho

4 Hitters, Juan Carlos, “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación”, *La Ley* 2009-D, 1205.

5 Sagüés, Néstor P., “Dificultades operativas del ‘Control de Convencionalidad’ en el sistema interamericano”, artículo de doctrina publicado en *La Ley*, 2009-B, P. 1.

doméstico de conformidad al Pacto y a su interpretación por la Corte Interamericana. Es la interpretación “*armonizante*” o “*adaptativa*” del derecho local con el Pacto y la exégesis dada al Pacto por la Corte Interamericana. Ello conduce a desechar las interpretaciones del derecho nacional opuestas al referido Pacto y/o a la manera en que fue entendido por la Corte Interamericana.

El término “*control de convencionalidad*” fue mencionado por primera vez, en el caso *Myrna Mack Chang*, en el año 2003, a través del voto razonado del Juez Sergio García Ramírez⁶. Esto no quiere decir que sólo a partir del citado asunto la Corte IDH haya ejercido tal potestad, sino que desde siempre el cuerpo hace una comparación entre ambos esquemas, destacando por supuesto la prioridad de la regla supranacional; lo que en verdad ha sucedido es que a partir de ese momento se comienza a utilizar el término.

Años después, la Corte IDH amplió el concepto del control de convencionalidad en el Caso *Boyce y otros vs. Barbados*⁷, en el cual estableció que el objetivo del control de convencionalidad es determinar si la norma enjuiciada –por contraste con la CADH–, es o no “convencional”. Si la norma es contraria a esta, es decir, si es “inconvencional”, sobreviene el deber judicial de no aplicarla. La norma repudiada es inaplicada, pero no derogada. Por resultar incompatible con el derecho superior, no se la efectiviza⁸.

6 Corte IDH en “*Myrna Mack Chang vs. Guatemala*”, sentencia del 25 de noviembre de 2003, Serie C N° 101 del voto razonado del juez Sergio García Ramírez.

7 Corte IDH en *Boyce y otros vs. Barbados*, sentencia del 20 de noviembre de 2007, considerando N° 78.

8 Sagüés, Néstor P. “Dificultades operativas del ‘Control de Convencionalidad’ en el sistema interamericano”.

Como ya hemos mencionado, la Corte Suprema de la Nación y Tribunales inferiores, realizan este control de convencionalidad, incluso desde antes de la última reforma constitucional, por lo que a la fecha, existe una numerosa recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la jurisprudencia de la República Argentina. También la jurisprudencia de la Corte IDH ha tenido una directa y significativa influencia en la transformación del derecho interno, a través de célebres fallos como la causa “Eduardo Kimel”⁹, que provocó en el año 2010, la reforma del Código Penal, en el capítulo que trata de injurias y calumnias. Además, en otros casos; como por ejemplo en “Badaro”, se cita el caso “Cinco Pensionistas vs. Perú”; o en la causa “Mazzeo Lilio”, se cita “Almonacid Arellano” y “Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú”.

1.1 Evolución

Así, podemos desarrollar la evolución jurisprudencial de la CSJN en los siguientes fallos:

1. Año 1992, la CSJN en oportunidad de expedirse en el caso “Ekmekdjian c/Sofovich”¹⁰ falló “que la interpretación de la CADH debe, además, guiarse por la jurisprudencia de la Corte IDH”. Aquí la corte, reconoce la supremacía legal de los tratados por sobre las leyes nacionales.
2. Con la Reforma Constitucional del año 1994, por la cual se incluyen a la Constitución Nacional los tratados internacionales de derechos humanos que pasan a tener

9 Caso Kimel vs. Argentina. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte de 15 de noviembre de 2010.

10 CSJN en “Ekmekdjian c. Sofovich”, sentencia del 7 de julio de 1992, considerando N° 21, Fallos 315.1492.

igual jerarquía que la propia Carta Magna, conformando un “bloque constitucional”; en el año 1998, en “Acosta”¹¹, la CSJN retrocede en el proceso de reconocimiento del carácter vinculante de los fallos de la Corte IDH, cuando sostiene que la jurisprudencia no podrá afectar la cosa juzgada a nivel interno.

3. Año 2004, una nueva composición de la CSJN inicia una etapa de reconocimiento de la jurisprudencia internacional con el caso “Espósito”¹², donde sostuvo que la jurisprudencia de la Corte IDH constituye una imprescindible pauta de interpretación de todos los deberes y obligaciones que derivan de la CADH.
4. Año 2007, en el caso “Mazzeo”¹³, la CSJN confirmó la doctrina utilizada en *Almonacid*¹⁴ cuando establece que el poder judicial debe ejercer una especie de control de convencionalidad, teniendo en cuenta no solo la CADH, sino también la interpretación que la propia Corte IDH haya realizado.
5. En el año 2012 se dicta el fallo “Rodríguez Pereyra c. Ejército Argentino s/daños y perjuicios”¹⁵, por medio del cual la CSJN, en posición mayoritaria, expresó la importancia que exige la correspondiente y adecuada coordinación del sistema de

11 CSJN en “Acosta”, sentencia del 28 de diciembre de 1998, considerando N° 6, Fallos 321.3564.

12 CSJN en “Espósito Miguel Ángel s/incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa”, sentencia del 23 de diciembre de 2004, E. 224. XXXIX.

13 CSJN en “Mazzeo, Julio Lilio s/recurso de casación e inconstitucionalidad”, sentencia del 13 de julio de 2007, Fallos 330.3248.

14 Corte IDH en *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, sentencia del 26 de septiembre de 2006.

15 CSJN, R. 401. XLIII, sentencia del 27 de noviembre de 2012.

control de constitucionalidad con el de convencionalidad (ambos difusos), fundamentando que: “la jurisprudencia reseñada no deja lugar a dudas de que los órganos judiciales de los países que han ratificado la CADH están obligados a ejercer, de oficio, el control de convencionalidad, descalificando las normas internas que se opongan a dicho tratado. Resultaría, pues, un contrasentido aceptar que la Constitución Nacional que, por un lado, confiere rango constitucional a la mencionada Convención (artículo 75, inc. 22), incorpora sus disposiciones al derecho interno y, por consiguiente, habilita la aplicación de la regla interpretativa –formulada por su intérprete auténtico, es decir, la CorteIDH– que obliga a los tribunales nacionales a ejercer de oficio el control de convencionalidad, impida, por otro lado, que esos mismos tribunales ejerzan similar examen con el fin de salvaguardar su supremacía frente a normas locales de menor rango”¹⁶.

Así, podemos observar una breve evolución de nuestra Corte Suprema, a través de distintos fallos previamente seleccionados, con el fin de plasmar, en forma meramente ejemplificativa, cómo se fue implementando y consolidando el control de convencionalidad en nuestro país.

16 CSJN, R. 401. XLIII, sentencia del 27 de noviembre de 2012. Posición mayoritaria, considerando 12. En: Sagüés, María Sofía., “Concordancia procesal entre el control de convencionalidad y control de constitucionalidad. aplicación en el recurso extraordinario federal argentino”. Disponible en <http://www.iberconstitucional.com.ar/wp-content/uploads/2013/09/2B-014.pdf> [consulta 15/11/2013].

1.2 Primer planteo en el ámbito interamericano

El control de convencionalidad fue introducido en la jurisprudencia de la Corte Interamericana en el Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile del año 2006. En dicho caso, la Corte Interamericana estableció específicamente en su considerando 124 que:

...cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

Coincidimos con Loiano¹⁷ en señalar en esta primera aproximación se insinúan las reglas básicas que identifican el procedimiento de verificación de compatibilidad entre el derecho interno y el derecho internacional de los derechos humanos:

La ratificación de un tratado internacional (no solo la CADH) obliga a los Estados a velar por su cumplimiento aún por encima del ordenamiento jurídico interno.

17 Loiano, Adelina. *El control de convencionalidad y la justicia constitucional. Retos de la justicia constitucional y el control de convencionalidad*. Ed. UCES. Consultado en línea, el 18/01/2016: http://dspace.uces.edu.ar:8180/xmlui/bitstream/handle/123456789/2502/Control_Loiano.pdf?sequence=1.

- a) Los jueces como parte del aparato del Estado están sometidos a lo que disponen los tratados (no solo la CADH).
- b) Los jueces deben velar por que los tratados (no solo la CADH) sean aplicados y a procurar su plena efectividad.
- c) Los jueces deben tener en cuenta no solo el tratado, sino también la interpretación que ha hecho la Corte IDH¹⁸.

2. Incorporación en el ámbito interno argentino

Particularmente en Argentina, desde la sanción del fallo Mazzeo en 2007¹⁹, fue que comenzó en lo fáctico un lento proceso de asimilación normativa que ha costado incorporar y poner en marcha.

El caso reseñado se refiere a un tema jurídica y políticamente controvertido, como es el de la validez de indultos decretados por el Poder Ejecutivo, respecto de delitos de lesa humanidad. En efecto, en el considerando 21 del voto mayoritario de ese fallo, el tribunal adhiere expresamente al criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostenido en el apartado 124 de la sentencia “*Almonacid Arellano*”, que se dictó el 26 de septiembre de 2006.

La tesis, según la Corte argentina, repitiendo las palabras de la Corte Interamericana, es la siguiente: “...Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional, como la Convención Americana (de derechos humanos), sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les

18 Loianno, Adelina. *Ibid.*

19 M. 2333. XLII. y otros. Mazzeo, Julio Lilo y otros s/rec. de casación e inconstitucionalidad.

obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos”. Continúa después la Corte Suprema argentina, citando a la Interamericana: “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”²⁰.

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.

De acuerdo entonces con este criterio, resulta en definitiva que:

- a) el tratado sobre derechos humanos debe primar sobre “las normas jurídicas internas” que estorben su aplicación (la Corte Suprema argentina no exceptúa de ellas a la Constitución);
- b) en el caso del Pacto de San José de Costa Rica, aparte del texto de la convención, vale igualmente la exégesis que de él haga la Corte Interamericana de Derechos Humanos;

todo ello obliga a los jueces locales, incluyendo a la Corte Suprema, a realizar un análisis de “*convencionalidad*” que dé primacía a la convención y a su interpretación por la Corte Interamericana, descartando por no válidas a las normas locales

20 Pittier, Lautaro Ezequiel, “El control de convencionalidad en la Argentina y algunas experiencias de evasión de compromisos internacionales. Conventionality control in Argentina and experiences of evasion of international commitments”. *Revista CES Derecho* ISSN 2145-7719, Volumen 3, Número 2 Julio-Diciembre 2012. Pág: 122-127. Disponible en línea en: <http://revistas.ces.edu.co/index.php/derecho/article/view/2535/1795>.

opuestas a ella. En definitiva, es factible incluso un “control de convencionalidad” sobre la misma Constitución;

- c) aunque la Corte Suprema argentina se refiere puntualmente al Pacto de San José de Costa Rica, las palabras de la Corte Interamericana en “Almonacid Arellano” que repite literalmente la primera, hablan en general de “un tratado”, mencionando al Pacto de San José de Costa Rica a título de ejemplo;
- d) la Corte Suprema argentina no ha diferenciado en el considerando 21 de “Mazzeo”, a tratados con nivel constitucional (como es en tal país el Pacto de San José de Costa Rica, a tenor del citado art. 75 inc. 22 de la constitución), o sin esa jerarquía. El caso “Mazzeo”, en resumen, importa una fuerte definición en pro de los tratados de derechos humanos, sobre la Constitución.

En efecto en el citado fallo se dijo que:

Los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre

Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

A partir de la doctrina reseñada, nuestra CSJN ha inaugurado la Doctrina del Control de Convencionalidad emanada del caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el fallo “Almonacid Arellano c/Chile” de 2006.

En la citada doctrina, se sostiene que el principio de no regresión en materia debe su significado y alcance al principio de desarrollo progresivo, consagrado en el ámbito de la protección internacional de los derechos humanos (art. 26 de la CADH).

En ese sentido, su fundamentación a nivel interamericano obedece a lo dispuesto en el artículo 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, disposición a partir de la cual los Estados Partes asumen, junto al deber de “respetar los derechos y libertades reconocidos” en la Convención, el deber de “garantizar su libre y pleno ejercicio” (art.1.1 convencional).

El objetivo del “control de convencionalidad” es determinar si la norma enjuiciada a través de la convención es o no “convencional” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Boyce y otros vs. Barbados”, considerando 78). Si lo es, el juez la aplica. Caso contrario, no, por resultar “inconvencional”. Dicha “inconvencionalidad” importaría una causal de invalidez de la norma así descalificada, por “carecer de efectos jurídicos”. La inconvencionalidad produce un deber judicial concreto de inaplicación del precepto objetado. Aparentemente, el “control de convencionalidad” es asimilable en sus efectos al resultado del control de constitucionalidad ceñido al caso concreto, con efectos inter-partes.

La norma repudiada es inaplicada, pero no derogada. Por resultar incompatible con el derecho superior (en este caso, la Convención Americana), no se la efectiviza.

Una duda emerge si el órgano que realiza el control de convencionalidad posee, según el derecho constitucional del país del caso, y en materia de control de constitucionalidad, competencia para abolir o derogar a la norma inconstitucional. ¿Podría en tal caso nulificar o derogar *erga omnes* a, por ejemplo, una ley “inconvenional”? La Corte Interamericana de Derechos Humanos no ha aclarado este subtema. Formalmente, a ella le basta con que, en el caso puntual, no se efectivice la norma local opuesta a la Convención Americana, reputada “inconvenional” por los jueces domésticos.

Sin embargo, si el órgano control de constitucionalidad, por semejanza a sus funciones en la materia, tiene en el país del caso autoridad para derogar a la regla inconstitucional, desde luego que el sistema interamericano no se ofendería si también elimina, por analogía y con resultados *erga omnes*, a la norma “inconvenional”.

El “Control difuso de convencionalidad”²¹ convierte al juez nacional en un juez interamericano: en un primer y auténtico guardián de la Convención Americana y de la jurisprudencia de la Corte Interamericana que interpreta dicha normatividad²².

21 Fajardo Morales, Zamir Andrés. “El control difuso de convencionalidad en México: elementos dogmáticos para una aplicación práctica”. Disponible en el siguiente enlace: http://www.sitios.scjn.gob.mx/reformasconstitucionales/sites/default/files/material_lectura/Fajardo%20Control%20Convencionalidad.pdf

22 Ver además: fallos Giroidi (CSJN- 07/04/1995 - Sentencia “Giroidi, Horacio y otro”) que en su considerando 11 expresamente dice: “Que la ya recordada ‘jerarquía constitucional’ de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (consid. 5°) ha sido establecida por voluntad expresa del constituyente, ‘en las condiciones de su vigencia’ (art. 75, inc. 22, párr. 2°, esto es, tal como la

Tienen los jueces y órganos nacionales la importante misión de salvaguardar no sólo los derechos fundamentales previstos en el ámbito interno, sino también el conjunto de valores, principios y derechos humanos que el Estado ha reconocido en los instrumentos internacionales y cuyo compromiso internacional asumió.

Aunque las partes no lo soliciten, los jueces lo deben declarar de oficio cuando califiquen a la norma como palmariamente contraria a la Constitución o las Convenciones, pues su superioridad sobre las restantes disposiciones es una cuestión de orden público que es extraño y va más allá del deseo de las partes.

Convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación. De ahí que la aludida jurisprudencia deba servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado Argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana (confr. arts. 75, Constitución Nacional, 62 y 64 Convención Americana y 2°, ley 23.054) y “Bramajo” (CSJN, 1996, Bramajo, Hernán Javier s/incidente de excarcelación –causa n° 44.891–), que expresamente dice en su considerando 8: “Que la ‘jerarquía constitucional’ de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ha sido establecida por voluntad expresa del constituyente, en las condiciones de su vigencia” (art. 75, inc. 22, 2° párrafo) esto es, tal como la convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación. De ahí que la opinión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado argentino reconoció la competencia de aquélla para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana, art. 2° de la ley 23.054 (confr. doctrina de la causa G.342.XXVI. “Giroldi, Horacio David y otros/recurso de casación”, sentencia del 7 de abril de 1995).

2.2 Avances y desarrollo del control de convencionalidad

La Corte Interamericana continuó desarrollando y ampliando la conceptualización del control de convencionalidad a través de sus sentencias.

Posterior al caso *Almonacid Arellano*, en el caso *Trabajadores Cesados del Congreso*, la Corte IDH retomó su criterio de control de convencionalidad y además enfatizó la necesidad que la CADH y los demás tratados internacionales de derechos humanos tengan un efecto útil, procediendo consecuentemente a determinar 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. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones”²³. Así, este segundo precedente pone en cabeza de las autoridades judiciales la garantía del efecto útil de los tratados internacionales, relacionando de manera inescindible el control de constitucionalidad con el control de convencionalidad²⁴.

Señala la Corte que si bien el control de convencionalidad no es irrestricto, pues está sujeto a presupuestos formales y materiales, sí debe ejercerse sin hacerlo depender de las

23 Corte IDH, Caso *Trabajadores Cesados del Congreso* (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú, sentencia de 24 de noviembre de 2006, serie C No. 158, párr. 128.

24 En idéntico sentido ver, Corte IDH, Caso *Boyce y otros vs. Barbados*, sentencia de 20 de noviembre de 2007, Serie C No. 169, párr. 78.

manifestaciones o actos de las personas accionantes en cada caso concreto (naturaleza oficiosa).

En el Caso Gelman vs. Uruguay²⁵ se produce un avance que plantea un control más allá de los jueces, al señalar que “cuando un Estado es parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, por lo que los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un ‘control de convencionalidad’ entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes y en esta tarea, 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.

La Corte en el caso Gelman señaló: “La sola existencia de un régimen democrático no garantiza, *per se*, el permanente respeto del Derecho Internacional, incluyendo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo cual ha sido así considerado incluso por la propia Carta Democrática Interamericana. La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas

25 Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011.

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

Asimismo, esta Corte considera pertinente recordar, sin perjuicio de lo ordenado, que en el ámbito de su competencia “todas las autoridades y órganos de un Estado Parte en la Convención tienen la obligación de ejercer un ‘control de convencionalidad’”²⁶.

La Corte IDH ha precisado que el control de convencionalidad puede implicar la expulsión de normas contrarias a la CADH, o bien, su interpretación conforme a la misma.

En efecto, tanto en el Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile²⁷ como en el Caso Mendoza y otros vs. Argentina²⁸, la Corte IDH dejó establecido que la inconvencionalidad trae como consecuencia la inaplicabilidad en el caso concreto.

Recordemos que en el Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, la Corte dijo:

26 Cfr. Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 30 de noviembre de 2012. Serie C No. 259, párr. 142, y Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Mapuche) vs. Chile, párr. 436.

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

28 Caso Mendoza y otros vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2013

El Estado, desde que ratificó la Convención Americana el 21 de agosto de 1990, ha mantenido vigente el Decreto Ley No. 2.191 por 16 años, en inobservancia de las obligaciones consagradas en aquella. Que tal Decreto Ley no esté siendo aplicado por el Poder Judicial chileno en varios casos a partir de 1998, si bien es un adelanto significativo y la Corte lo valora, no es suficiente para satisfacer las exigencias del artículo 2 de la Convención en el presente caso. En primer lugar porque, conforme a lo señalado en los párrafos anteriores, el artículo 2 impone una obligación legislativa de suprimir toda norma violatoria a la Convención y, en segundo lugar, porque el criterio de las cortes internas puede cambiar, decidiéndose aplicar nuevamente una disposición que para el ordenamiento interno permanece vigente²⁹.

Asimismo, en el caso Caso Mendoza y otros vs. Argentina:

...cuando un Estado es parte de un tratado internacional como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dicho tratado obliga a todos sus órganos, incluidos los poderes judicial y ejecutivo, cuyos miembros deben velar por que los efectos de las disposiciones de dichos tratados no se vean mermados por la aplicación de normas o interpretaciones contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un “control de convencionalidad” entre las normas internas

29 Destacado del autor.

y los tratados de derechos humanos de los cuales es Parte el Estado, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, como el ministerio público, deben tener en cuenta no solamente la Convención Americana y demás instrumentos interamericanos, sino también la interpretación que de estos ha hecho la Corte Interamericana.

Asimismo, según lo hemos reseñado anteriormente, la Corte IDH ha puesto de relieve la importancia de la realización del control de convencionalidad en el ámbito interno para evitar que los Estados incurran en responsabilidad internacional, considerando que ellos son los primeros llamados a cumplir con la labor de protección de los derechos humanos. En este sentido, la Corte IDH ha destacado la subsidiariedad del sistema internacional (en lo contencioso) y ha dado cuenta de la progresiva incorporación del control por parte de la jurisprudencia constitucional comparada.

Todo ello significa que —en la práctica— se ha instaurado un control dinámico y complementario de las obligaciones convencionales de los Estados de respetar y garantizar derechos humanos, conjuntamente entre las autoridades internas (primariamente obligadas) y las instancias internacionales (en forma complementaria), de modo que los criterios de decisión puedan ser conformados y adecuados entre sí.

Así las cosas, la Corte IDH no puede realizar de manera exclusiva el control de convencionalidad, porque el alcance de su competencia contenciosa no cubre más que una exigua proporción de los diferentes casos en los que, día a día en nuestro

hemisferio, diferentes autoridades públicas se enfrentan a normas internas que violan los derechos humanos reconocidos en las constituciones o en el DIDH. Por ello, el estándar de control de convencionalidad hace que las autoridades internas tengan la obligación de garantizar que el objeto y fin de los tratados se cumpla, enviando además con la adopción de este estándar el mensaje de que cualquier materia judicial o de otra índole puede estar relacionada con el ejercicio de sendos derechos humanos.

3. Los jueces y el control de convencionalidad

Tienen, por lo tanto, los jueces y órganos nacionales la importante misión de salvaguardar no sólo los derechos fundamentales previstos en el ámbito interno, sino también el conjunto de valores, principios y derechos humanos que el Estado ha reconocido en los instrumentos internacionales y cuyo compromiso internacional asumió. Este es el desafío que enfrenta el Derecho para construir un verdadero Estado Constitucional.

Lo cierto es que hay una “circulación mundial” de problemas constitucionales y una circulación igualmente planetaria de las correspondientes soluciones. Por eso es que se habla de una “propensión ultranacional, sino universal, de las funciones nacionales de la justicia constitucional”³⁰. Dicha propensión estaría anudada a la existencia de una comunidad de jueces constitucionales que con frecuencia celebran reuniones, seminarios y congresos en los que dialogan e intercambian experiencias, creando así una suerte de “sociedad abierta de la justicia constitucional”, la cual puede ampliarse para hablar incluso de una sociedad abierta de la justicia convencional.

30 Zagrebelsky, Gustavo, “Jueces constitucionales”. En: Carbonell, Miguel (Ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*. Trotta. Madrid, 2007. Pág. 92.

Las nuevas fronteras entre derecho nacional, tras la recepción del derecho internacional son hoy más borrosas que nunca y por eso es que los abogados deben estar listos para utilizar en sus razonamientos tanto normas internas como normas internacionales. No hay duda, a la luz de lo que ya llevamos expuesto, que el control de convencionalidad es obligatorio y que por tanto los operadores jurídicos deben conocer a fondo y con detalle la jurisprudencia de la Corte IDH; pero dicha obligatoriedad no se verá reflejada en la práctica si no conseguimos desarrollar una mentalidad más afín a los pronunciamientos de la jurisdicción interamericana.

El mayor reto será de los formadores de dichos operadores, las casas de alto estudio. En este punto tendrán un papel fundamental por desarrollar las facultades de derecho, pues será en ellas en donde se formen las nuevas generaciones de abogados, para las cuales temas como el control de convencionalidad serán vistos como algo normal y cotidiano, al revés de lo que sucede en la actualidad con algunos jueces y abogados.

Con lo antes señalado, recae en el juez como operador principal de la justicia y del derecho, velar porque el respeto por la persona humana sea una realidad.

Este control debe desplegarse sobre las normas y sobre los actos jurídicos que, de modo eventual, violen derechos y garantías avalados por los tratados a los que se comprometió Argentina.

Esta transformación pone al juez en un nuevo rol de control más amplio, en el cual la Constitución, junto con los derechos fundamentales –individuales y colectivos–, deja de ser superstición declamada para ser una realidad aplicada.

El expresado “nuevo rol” significa que, al emitir una “decisión fundada”, el juez ya no está atado a la literalidad de la norma, sino que debe acudir a una pluralidad de fuentes y concretar una interpretación contextual y armónica del ordenamiento jurídico. Como no hay derecho sin juez, al ser estos derechos mayoritariamente operativos, se amplía el alcance y la intensidad del control.

Esto no implica “garantismo” ni “activismo judicial”, ni el ejercicio de la función política por parte de los jueces, ni que estos administren o legislen. De lo que se trata es de un control más amplio y profundo, pero siempre dentro de la ley y del orden jurídico.

Por eso, el control de los actos de los otros poderes del Estado debe respetar el “núcleo duro” o la “zona de reserva constitucional” que a ellos les incumbe para valorar la oportunidad, el mérito y la conveniencia de sus decisiones.

En este marco, el hecho de que un juez ejerza el control amplio de juridicidad no significa el gobierno de los jueces, sino la primacía de la Constitución (de sus principios y valores), de los tratados y de las leyes.

El Juez como operador del Derecho se debe allegar de todos los principios y valores reconocidos y legitimados por la sociedad, para estar así en posibilidad de respetar los derechos humanos reconocidos actualmente por nuestra constitución, y que en muchos de los casos se encuentran desarrollados en tratados internacionales o en la interpretación que se ha hecho al respecto por tribunales internacionales, tales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El Juez es el pilar del sistema del Derecho para implementar en todo momento una

justicia “*pro homine*”³¹ y sobre todo cuando tiene la potestad tan importante de hacer un control de convencionalidad respecto de las leyes internas que sean incompatibles con el sistema de protección más favorable al ser humano.

A la luz de lo expresado, el juez de control es aquel operador jurídico que ejerce una vigilancia de los derechos constitucionales (intimidad, libre comunicación, inviolabilidad del domicilio, libertad personal, propiedad, etc.) dentro del proceso judicial, bajo las reglas del control judicial, sobre aquellas diligencias, actos procesales o comportamientos de las agencias formales del sistema de justicia que pongan en peligro o lesionen los derechos constitucionales de los sujetos procesales.

Cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes³².

Frente a este panorama el juez de control no está exento de cumplir con esta obligación, aun si las partes intervinientes en el proceso no lo hayan solicitado. En esa inteligencia, en el presente

31 Gómez Reyes, José Alfredo. “La reforma constitucional en materia de derechos humanos”. En: *Universita Ciencia: revista electrónica de la Universidad de Xalapa*, núm. 3, enero-abril de 2013, ISSN: 2007-3917.

32 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Cabrera García y Montiel Flores con México*, de 26 de noviembre de 2010.

apartado estableceremos el armazón operativo que requiere el citado operador jurídico para cumplir con tal cometido, para luego finalizar con el estudio de determinados casos prácticos.

En tal sentido, a la luz de lo establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y lo receptado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación podemos identificar las siguientes características del control difuso de la convencionalidad de las normas:

a) *El juez nacional como juez interamericano*. Los jueces de los Estados parte se convierten en guardianes de la convencionalidad de las leyes –federales y locales– y demás actos nacionales, al permitirles realizar un ejercicio o test de compatibilidad entre éstos y la Convención Americana.

Tienen los jueces y órganos de impartición de justicia nacionales la importante misión de salvaguardar no sólo los derechos fundamentales previstos en el ámbito interno, sino también el conjunto de valores, principios y derechos humanos que el Estado ha reconocido en los instrumentos internacionales y cuyo compromiso internacional asumió. Los jueces nacionales se convierten en los primeros intérpretes de la normatividad internacional, si se considera el carácter subsidiario, complementario y coadyuvante de los órganos interamericanos con respecto a los previstos en el ámbito interno de los Estados americanos y la nueva “misión” que ahora tienen para salvaguardar el *corpus iuris* interamericano a través de este nuevo “control”.

b) *Carácter difuso*. Se encomienda dicho control a todos los jueces nacionales, sin importar la materia, jerarquía o si son jueces ordinarios o constitucionales, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes.

Existe, por consiguiente, una asimilación de conceptos del derecho constitucional, lo cual está presente desde el origen y desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos, especialmente al crearse las “garantías” y “órganos” internacionales de protección de los derechos humanos. Se advierte claramente una internalización del derecho constitucional, particularmente al trasladar las “garantías constitucionales” como instrumentos procesales para la tutela de los derechos fundamentales y salvaguarda de la “supremacía constitucional”, a las “garantías convencionales” como mecanismos jurisdiccionales y cuasi jurisdiccionales para la tutela de los derechos humanos previstos en los pactos internacionales cuando aquéllos no han sido suficientes, por lo que de alguna manera se configura también una “supremacía convencional”.

c) *Ex officio*. Este control lo deben realizar los jueces nacionales con independencia de petición o solicitud de parte, en el caso que estén conociendo. En esa inteligencia, la obligación de los jueces es el de armonizar la normativa interna con la convencional, a través de una interpretación convencional de la norma nacional, sin estar condicionada a las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto.

El control de convencionalidad que deben realizar los jueces nacionales es la consecuencia de la aplicación del derecho internacional en general y de los derechos humanos en particular, concretando así la regla del derecho consuetudinario reflejada en el art. 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados que impide a los Estados hacer prevalecer su derecho interno por sobre el derecho internacional. Esa obligación de procurar la compatibilidad del derecho interno e internacional responde al deber de los Estados de hacer “los mayores

esfuerzos” para que las normas internacionales tengan “efecto útil”³³.

El art 2.2. CADH dispone la obligación de “adoptar disposiciones de derecho interno” tanto legislativas como “de otro carácter” para hacer efectivas los compromisos asumidos al ratificar la CADH. Esas medidas de otro carácter incluyen seguramente la actuación de los poderes judicial y administrativo, quienes también deben proceder de modo que la armonía y congruencia de las normas internas e internacionales sea la guía de su actuación en lo que corresponde a sus competencias³⁴.

En tal sentido, los jueces deben realizar “interpretaciones constitucionales” que sean compatibles con los estándares internacionales³⁵, llegando incluso a la aplicación directa de la jurisprudencia de la Corte IDH. La necesaria compatibilidad entre la interpretación constitucional y convencional obliga también a desalojar del sistema interno, no solo a las normas contradictorias, sino también a la jurisprudencia local que provoque el mismo conflicto.

Quizás sea éste el mayor desafío para los jueces nacionales de todas las instancias, porque la CADH marca un deber genérico para todos ellos, que los coloca muchas veces en una situación incómoda frente a sus propias obligaciones constitucionales y a la vez, si las hacen prevalecer por sobre los estándares internacionales que elabora la Corte IDH, dejan expuesto al Estado a la responsabilidad internacional.

33 Alcalá Zamora, Niceto. *Boletín de derecho comparado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. México, 2012. N° 135, pág. 1185.

34 Ferrer, Mac Gregor. *Panorámica del Derecho Procesal Constitucional*. Marcial Pons. Madrid, 2013. Pág. 959.

35 Corte IDH. Caso Radilla Pacheco vs. México, Serie C, n° 209, 26 de noviembre de 2009, párr. 340.

Finalmente, corresponde concluir que el juez de control debe de aplicar el control difuso de convencionalidad de las normas; para ello deberá conocer y emplear los principios referidos a la interpretación convencional, complementados con los aportes del derecho internacional de los derechos humanos, así como del derecho constitucional.

Conclusión

No es posible desconocer que esas dificultades se generan en las particularidades de cada país en materia de jurisdicción, competencias de control, normativa constitucional e infraconstitucional. Esas diferencias muchas veces provocan situaciones de difícil solución porque los sistemas implementados a nivel nacional no siempre han evolucionado en igual medida que lo ha hecho la Corte IDH y otros tribunales en la materia, al crear nuevos estándares para resolver conflictos en el ámbito de los derechos humanos.

El desarrollo progresivo de los derechos humanos exige el esfuerzo de complementación y coordinación del derecho nacional e internacional en lo que hace a la interpretación conforme a la protección de los derechos humanos, porque la finalidad del sistema es lograr que los jueces domésticos, siendo quienes tienen la inmediación con el problema, sean quienes resuelvan mediante la utilización de los mencionados estándares internacionales.

El trabajo incipiente de los jueces requerirá mayores esfuerzos en el conocimiento y manejo de los estándares internacionales específicos para poder atender y dictar justicia a los planteos sobre regresividad.

La inconstitucionalidad –más aún, la inconvencionalidad de oficio– es una figura propia del activismo judicial y consideramos que es uno de los institutos que más ha consolidado el rol del juez como juez constitucional. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, luego de dudar un buen tiempo, ha convalidado este criterio, cosa que celebramos.

O controle difuso da convencionalidade e os direitos humanos no Brasil

*Leandro Caletti**

Introdução

Este ensaio tenciona qualificar o controle difuso da convencionalidade da produção normativa infraconstitucional doméstica como mecanismo processual para a otimização e a efetividade¹ dos direitos humanos de matriz internacional.

Para tanto, num primeiro momento, se examina a porosidade do ordenamento constitucional brasileiro às normas de matriz internacional que versam direitos humanos, notadamente tendo-se em mira os dispositivos constitucionais de abertura. Pretende-se demonstrar, aqui, a fertilidade do terreno para a admissão da eficácia de normas internacionais de direitos humanos nas relações jurídicas domésticas concretas, através do exame difuso da convencionalidade.

* Mestre em Direito (Faculdade Meridional-IMED-Brasil)). Membro do Grupo de Pesquisa “Transnacionalismo e Circulação de Modelos Jurídicos”. Assessor Jurídico da Advocacia-Geral da União. Advogado (OAB/RS). E-mail: cttlers@gmail.com.

1 “Assim sendo, para efeitos deste estudo, podemos definir a eficácia jurídica como a possibilidade (no sentido de aptidão) de a norma vigente (juridicamente existente) ser aplicada aos casos concretos e de – na medida de sua aplicabilidade – gerar efeitos jurídicos, ao passo que a eficácia social (ou efetividade) pode ser considerada como englobando tanto a decisão pela efetiva aplicação da norma (juridicamente eficaz), quanto o resultado concreto decorrente – ou não – desta aplicação”. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 1332-1333.

Por derradeiro, na segunda seção, esmiúça-se o controle difuso da convencionalidade, demarcando seu histórico de nascimento e aparição na jurisprudência da corte interamericana de direitos humanos e afirmando a aproximação desses últimos com atores até então impensados.

1. A porosidade do ordenamento interno ao internacional

Com o advento da Constituição Federal de 1988, abriu-se o ordenamento interno ao respeito aos Direitos Humanos, notadamente através da adoção, no inciso II do artigo 4º, do “princípio da prevalência dos direitos humanos” como objetivo da República. Esse dispositivo constitucional representou o ressurgimento do Brasil no cenário de direito internacional, do qual estivera ausente pelos vinte e um anos de período ditatorial de exceção.

A par de uma premissa louvável, tal norma se consubstanciou em verdadeira diretriz de atuação para o Estado brasileiro na ordem internacional, todavia, não apenas na participação elaborativa e deliberativa de normas convencionais protetivas dos Direitos Humanos (relações entre Estados), mas também – e principalmente – na sujeição de seus comportamentos ao regramento convencional a que se obrigou voluntariamente.

Em paralelo, mas com imbricação clara, erigiu o legislador constituinte a cláusula de abertura material do parágrafo 2º do artigo 5º, pela qual o catálogo de direitos fundamentais não se esgota no texto constitucional, sendo, ao revés, receptivo das normas de matriz internacional oriundas de tratados ratificados pela República brasileira.

Abriu-se, assim, o direito constitucional positivo brasileiro a uma fundamentalidade material assim retratada por Ingo Sarlet:²

Inspirada na IX Emenda da Constituição dos EUA e tendo, por sua vez, posteriormente influenciado outras ordens constitucionais (de modo especial a Constituição portuguesa de 1911 [art. 4º]), a citada norma traduz o entendimento de que, para além do conceito formal de Constituição (e de direitos fundamentais), há um conceito material, no sentido de existirem direitos que, por sua substância, pertencem ao corpo fundamental da Constituição de um Estado, mesmo não constando no catálogo.

De efeito, essa porosidade do ordenamento interno ao internacional traz consequências de duas ordens: uma, no âmbito da titularidade de novos direitos fundamentais (de índole material), e, outra, na compatibilidade da produção normativa doméstica com as normas de matriz internacional ratificadas. No tocante à primeira, leciona Cançado Trindade:³

Com a interação entre o direito internacional e o direito interno, os grandes beneficiários são as pessoas protegidas. [...] No presente contexto, o direito internacional e o direito interno interagem e se auxiliam mutuamente no processo de expansão e fortalecimento do direito de proteção do ser humano.

Referentemente à segunda ordem de consequências, é preciso perquirir por como se fixou a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no tema da hierarquia das normas de matriz internacional ratificadas, depois de anos de discussões entre

2 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. p. 78-79.

3 TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. A interação entre o direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos. *Arquivos do Ministério da Justiça*. Brasília, v. 46, n. 182, jul./dez. 1993. p. 53.

monismo e dualismo.⁴No Supremo Tribunal Federal, desde o julgamento do recurso extraordinário n. 80.004,⁵ em 1977, vigorou o entendimento da paridade entre normas oriundas de tratados internacionais – de que natureza fossem – e a legislação ordinária. Eventual dissenso, nesse cenário, era resolvido pelos critérios ordinários de solução de antinomia de regras (cronológico, especialidade e hierárquico), em se tratando de incompatibilidade com a legislação ordinária, e a absoluta supremacia das normas constitucionais, nas hipóteses de confrontos com o texto constitucional. A partir, todavia, do julgamento do recurso extraordinário n. 466.343,⁶ ocorrido em 03 de dezembro de 2008, o Supremo Tribunal Federal uniformizou interpretação segundo a qual as normas de matriz internacional atinentes a direitos humanos gozam de supralegalidade em face da legislação ordinária nacional.

Embora se tenha perdido a oportunidade de atribuir nível materialmente constitucional às normas de direitos humanos oriundas de tratados internacionais – posição que defendo de longa data⁷ – a posição vencedora no julgamento –

4 PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 5. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 75-98.

5 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso extraordinário* n. 80.004, do Plenário do Supremo Tribunal Federal. Recorrente: Belmiro da Silveira Goes. Recorrido: Sebastião Leão Trindade. Relator: Ministro Xavier de Albuquerque. Brasília, 1 de junho de 1977. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=175365>>. Acesso em: 23 abr. 2015.

6 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso extraordinário* n. 466.343, do Plenário do Supremo Tribunal Federal. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília, 3 de dezembro de 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>. Acesso em: 23 abr. 2015.

7 Confira-se: CALETTI, Leandro. A incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos no cenário da Emenda à Constituição n. 45/2004: notas acerca da compulsoriedade do novo regime e da denúncia dos tratados. *Revista da AGU*.

supralegalidade –, malgrado progressiva, acabou conduzindo a uma impropriedade de alta indagação. Ela fez nascer, no ordenamento, uma duplicidade de regimes jurídicos impertinente para o atual Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos, uma vez que erigiu “categorias” de tratados que têm o mesmo fundamento jurídico (conforme ingressados a partir dos mecanismos do parágrafo 3º [nível constitucional] ou do parágrafo 2º [nível supralegal] do artigo 5º da Constituição Federal).

Tal “novidade” redundou num obliterado tratamento de instrumentos iguais por meio de modos totalmente distintos. Mais: ao criar uma categoria supralegal de normas, por via oblíqua, relega essas normas a um plano de paralegalidade, dando a entender que os tratados de direitos humanos insertos nessa condição encontram-se apartados do arcabouço jurídico aplicável.

Ainda assim, a partir da conclusão do julgamento do recurso extraordinário n. 466.343, se verifica uma nova divisão na pirâmide normativa clássica, localizada entre a base (legislação ordinária) e o topo (Constituição) e representada pelas normas oriundas de tratados internacionais inerentes a direitos humanos. Importa referir que, no tocante aos tratados de matéria ordinária ou comum, a supralegalidade emerge diretamente do artigo 27 da Convenção de Viena, internalizada através do Decreto n. 7.030/09.⁸

Brasília, n. 13, 2007, p. 153-176; CALETTI, Leandro; STAFFEN, Márcio Ricardo. O controle de convencionalidade pela via difusa como forma de otimização e exigibilidade dos direitos humanos. *Revista da AGU*. Brasília, v. 14, n. 04, out./dez. 2015, p. 133-156.

8 Artigo 27. Direito Interno e Observância de Tratados. Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado. Esta regra não prejudica o artigo 46.

Essa porosidade do ordenamento interno ao internacional não é, todavia, reflexo apenas da abertura material constitucional, que revela maturidade democrática, mas também da irreversibilidade de fenômenos hodiernos como a globalização e o transnacionalismo.

A primeira, segundo Arnaud,⁹ é um processo considerado inelutável, em marcha em direção à “sociedade aberta” ou à “Grande Sociedade”, segundo se prefira a expressão de Popper ou a de Hayek, que tende a invadir todos os espaços da vida social, econômica e política, primeiramente, através dos modelos de produção que se modificam. Depois, se observa um deslocamento da atividade econômica, que facilita as transferências de uma parte das operações de trabalho de um país ao outro, contribuindo para a emergência de uma nova divisão internacional do trabalho. Os mercados de capitais desenvolvem-se, vinculados transversalmente às nações. Um fluxo livre de investimentos se produz sem levar em conta as fronteiras nacionais. Estas últimas revelam-se impotentes para represar os fluxos transnacionais de informação, para permitir a contenção dos riscos, para assegurar um controle absolutamente eficaz, mesmo por meio do direito. Outrora qualificadas de multinacionais, as empresas – hoje em dia transformadas em verdadeiras transnacionais – tornaram-se capazes de fazer explodir a sua produção, tendo o seu poder de negociação e de regateamento reforçados ao nível de uma economia que se tornou planetária. Atores atualmente centrais das relações econômicas globais escapam largamente à regulação tanto nacional como internacional. Uma *lex mercatoria* instaura-se; regras que se reclamam internacional e asseguram a promoção do livre comércio são criadas no dia a dia, impondo-se aos direitos nacionais e erigindo-se em direito internacional do

9 ARNAUD, André-Jean. Prefácio. In: ARNAUD, André-Jean; JUNQUEIRA, Eliane Botelho (Org.). *Dicionário da Globalização: Direito – Ciência Política*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 18.

comércio. O Estado, que em princípio ainda detém o monopólio do direito, aparece como uma estrutura cada vez mais ausente quando tratamos das relações jurídicas de fato, que passam cada vez mais à margem do direito estatal.

Já o transnacionalismo, decorrência clara do fenômeno globalizatório, representa o novo contexto mundial, surgido a partir da intensificação das operações de natureza econômica-comercial no período do pós-guerra, caracterizado, especialmente, pela desterritorialização, pela expansão capitalista, pelo enfraquecimento da soberania e emergência de ordenamento jurídico gerado à margem do monopólio estatal.¹⁰

Por essa razão, defende Staffen¹¹ estar em curso o momento de

[...] mensurar a impotência do Estado com a alvorada de novas instituições transnacionais. Momento em que o Estado deixa a centralidade que ocupou com a modernidade e, com ele, o direito moderno. Momento em que as grandes discussões jurídicas são travadas no anseio de estabelecer-se diretrizes para a equação *Law-Body-Space*.

Demais disso, afigura-se oportuna a advertência de Varella,¹² no sentido de que o direito não é mais construção exclusiva do Estado, por meio dos mecanismos tradicionais,

10 GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana. *Estado, Globalização e Soberania: fundamentos político-jurídicos do fenômeno da transnacionalidade*. Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009. p. 1048-1097. Disponível em: <www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/.../1915.pdf>. Acesso em 4 abr. 2016.

11 STAFFEN, Márcio Ricardo. *Interfaces do direito global*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 39.

12 VARELLA, Marcelo D. *Internacionalização do direito: direito internacional, globalização e complexidade*. Tese de Livre-Docência defendida junto à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012, p. 543.

constitucionalmente estabelecidos; atores públicos e privados internos, com graus variáveis de cogência, Estados (internacionais), direitos nacionais (transnacionais) também produzem direito no momento presente, disposições estas oponíveis, inclusive, conforme sua força, aos próprios Estados (tornando-se supranacional).

Essas conexões, combinadas com o grande fluxo migratório, resulta na superação progressiva dos limites do Estado que, tornando porosa a Constituição do território (Zagrebelsky), isto é, desterritorializando a soberania, resulta na ciência de que cada Estado não dispõe mais daqueles instrumentos jurídicos que lhe permitiam, sozinho, atender as necessidades de seus cidadãos, seu bem-estar e sua saúde, ameaçados por alimentos transgênicos, vírus e radiação que vêm de longe.¹³

Não é disparate observar, nesse contexto, o enfraquecimento dos protagonistas de outrora na arena nacional (Estado constitucional soberano), fraqueza essa aferível com mais clareza na conseqüente criação de vácuos de poder e de legitimidade, os quais passaram a ser preenchidos por instituições *sui generis*, híbridas, não raro privadas, que representam claros interesses transnacionais. É precisamente nessa toada a conclusão de Teubner,¹⁴ no sentido de que a força motriz do direito não se circunscreve aos anseios de limitação jurídica dos poderes domésticos absolutos, mas, sim, a regulação de relações policêntricas inerentes aos movimentos da globalização, como a circulação de modelos, capitais, pessoas e instituições em espaços físicos e virtuais.

13 REPOSO, Antonio. *Introduzione allo studio del diritto costituzionale e pubblico*. In: PEGORARO, Lucio; REPOSO, Antonio; RINELLA, Angelo; SCARCIGLIA, Roberto; VOLPI, Mauro. *Diritto costituzionale e pubblico*. 3. ed. Torino: G. Giappichelli, 2009, p. 26, tradução nossa.

14 TEUBNER, Gunther *et al.* *Transnational governance and constitutionalism*. Oxford: University Oxford Press, 2004.

Seja como for, o controle da convencionalidade – delimitado, neste ensaio, na forma difusa – se constitui em instrumento de anteparo e de concretude das normas de direitos humanos, desiderato esse cumprido, mormente, como escrito alhures, através do controle jurisdicional difuso, numa importante imbricação entre processo (procedimento) e direitos humanos.

2. O controle difuso de convencionalidade como forma de otimização e efetividade dos direitos humanos

Como alhures demarcado, os tratados de direitos humanos aprovados pelo *quorum* do parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição¹⁵ se constituem em paradigmas, inclusive, para o controle jurisdicional concentrado da convencionalidade. A forma difusa já estava autorizada desde a promulgação do texto constitucional de 1988 e, mesmo, a partir da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, consolidada no julgamento do já tão citado recurso extraordinário n. 466.343 (atribuição de supralegalidade às normas oriundas de tratados de direitos humanos em relação à legislação interna).

A Emenda Constitucional 45/2004, que acrescentou o § 3º ao art. 5º da Constituição, trouxe a possibilidade de os tratados internacionais de direitos humanos serem aprovados com um *quorum* qualificado, a fim de passarem (desde que ratificados e em vigor no plano internacional) de um *status* materialmente constitucional para a condição (formal) de tratados ‘equivalentes às emendas constitucionais’. E tal acréscimo constitucional trouxe ao direito brasileiro um

15 Até o presente momento, apenas a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007 e aprovados pelo Decreto n. 6.949, de 25 de agosto de 2009.

novo tipo de controle à normatividade interna, até hoje desconhecido entre nós: o controle de convencionalidade das leis. Ora, à medida que os tratados de direitos humanos ou são materialmente constitucionais (art. 5º, § 2º) ou material e formalmente constitucionais (art. 5º, § 3º), é lícito entender que, para além do clássico ‘controle de constitucionalidade’, deve ainda existir (doravante) um ‘controle de convencionalidade’ das leis, que é a compatibilização das normas de direito interno com os tratados de direitos humanos ratificados pelo governo e em vigor no país.¹⁶

O controle da convencionalidade, entendido como “*una expresión o vertiente de la recepción nacional, sistemática y organizada del orden jurídico convencional internacional (o supranacional)*”,¹⁷ aparece pela primeira vez na jurisprudência contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Caso Almonacid Arellano Vs. Chile,¹⁸ constituindo-se em ferramenta que permite aos Estados cumprir a obrigação de garantia dos direitos humanos no âmbito interno.

Isso se concretiza na verificação da conformidade da produção normativa e das práticas nacionais com a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH),¹⁹ com outros instrumentos

16 MAZUOLLI, Valerio de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 73.

17 GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. *El control judicial interno de convencionalidad*, *IUS Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, México*, Ano V, n. 28, jul./dez. 2011, p. 127.

18 Adota-se o ponto de partida do surgimento do instituto na Comissão Interamericana de Direitos Humanos devido ao reconhecimento, pelo Estado brasileiro, de sua jurisdição obrigatória. Acerca dos antecedentes históricos do instituto, consulte-se MAZUOLLI, Valerio de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. p. 81-82.

19 O Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992, promulgou a Convenção Americana

convencionais internacionais e com a jurisprudência principalmente da Corte Interamericana de Direitos Humanos, obrigação essa que emerge diretamente do artigo 2º, combinado com o artigo 74.2 (depósito dos instrumentos de ratificação), ambos da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.²⁰ Demais disso, o predito encargo sofre o reforço do artigo 27 da Convenção de Viena, que preconiza a impossibilidade de determinado Estado se escudar em disposições do seu direito interno para afastar o cumprimento de obrigações convencionais internacionais.

Seja como for, o que interessa ao deslinde da questão atinente ao manejo do controle difusa da convencionalidade como mecanismo processual de otimização e efetividade aos direitos humanos é que tribunais e juízes efetivamente realizem o cotejo de compatibilidade vertical do direito doméstico com o corpo de tratados que versem direitos humanos, seja pela via concentrada (Supremo Tribunal Federal e Tribunais de Justiça dos Estados), seja pela difusa (Poder Judiciário), no exercício da competência dos tratados, afastando a validade das normas internas incompatíveis.

Releva chamar a atenção, no ponto, para uma conclusão advinda com o controle de convencionalidade: a compatibilidade da lei com o texto constitucional não lhe garante mais o atributo da validade no âmbito do ordenamento interno. Essa

sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), e, mediante o Decreto n. 4.463, de 8 de novembro de 2002, reconheceu, o Brasil, a jurisdição obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH).

20 Artigo 2. Dever de adotar disposições de direito interno. Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.

garantia só lhe é conferida depois do seu cotejo com o corpo de tratados ratificados pelo país (controle de convencionalidade e de suprallegalidade).²¹ A negativa de vigência das normas de direitos humanos de matriz internacional ratificadas e justapostas à produção normativa interna – não realização do controle da convencionalidade – não apenas depõe a favor da inocuidade dos direitos humanos, como também assinala um pernicioso proceder da República na direção do cometimento de ilícitos internacionais.

Em reiteradas oportunidades, a Corte Interamericana de Direitos Humanos recomendou que o Estado-parte em que verificada a incompatibilidade entre a norma de matriz internacional ratificada e a legislação interna realizasse o efetivo controle de convencionalidade.²²

Confira-se, no ponto, a título ilustrativo, o “Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile”, extraído do *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*,²³ no qual restou consignado que, embora reconhecendo que os juízes e tribunais estão obrigados a aplicar as disposições do ordenamento interno, a partir da firmatura de um tratado internacional como a Convenção Americana, os órgãos jurisdicionais, aparato do Estado que são, também estão

21 Cunhou-se a expressão “controle de suprallegalidade” para designar o juízo de compatibilidade das normas domésticas com o corpo de tratados que versa matéria comum ordinária, não atinente a direitos humanos.

22 O fundamento convencional da natureza obrigatória das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos repousa no artigo 68, parágrafo 1º, da Convenção Americana de Direitos Humanos.

23 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: control de convencionalidad*. n. 7. San José: CIDH, 2015. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/cuadernillos/7.%20Cuadernillo_control_convencionalidad.pdf> Acesso em: 20 abr. 2015.

submetidos a ela, o que os obriga a velar para que os efeitos da norma consensual não sejam atingidos predatoriamente pela legislação interna. Há, portanto, nítido mandamento para o exercício do controle de convencionalidade.²⁴

Relativamente à República brasileira, colhe-se o seguinte julgado da Corte Interamericana de Direitos Humanos, retratado por Flávia Piovesan:²⁵

Em 24 de novembro de 2010, no Caso Gomes Lund e outros *versus* Brasil, a Corte Interamericana de Direitos Humanos condenou o Brasil em virtude do desaparecimento de integrantes da guerrilha do Araguaia durante as operações militares ocorridas na década de 70. Realçou a Corte que as disposições da Lei de Anistia de 1979 *são manifestamente incompatíveis com a Convenção Americana*, carecem de efeitos jurídicos e não podem seguir representando um obstáculo para a investigação de graves violações de direitos humanos nem para a identificação e punição dos responsáveis. Enfatizou que leis de anistia relativas a graves violações de direitos humanos *são incompatíveis com o direito internacional* e as obrigações jurídicas internacionais contraídas pelos Estados. Respaldou a sua argumentação em vasta e sólida jurisprudência produzida por órgãos das Nações Unidas e do Sistema Interamericano, destacando também decisões judiciais emblemáticas *invalidando* leis de anistia na Argentina, no Chile, no Peru, no Uruguai e na Colômbia.

24 No mesmo sentido desse julgado, podem ser arroladas as seguintes decisões, constantes do mesmo *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*: (1) *Caso Trabajadores Cessados do Congresso (Aguado Alfaro e outros) Vs. Peru. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de novembro de 2006*; e (2) *Caso Cabrera García e Montiel Flores Vs. México. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 26 de novembro de 2010*.

25 PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 96, grifo nosso.

Antes de se prosseguir com o exame das medidas pontuais de controle difuso de convencionalidade que vêm emergindo pelos tribunais do país, se afigura pertinente uma pausa para lançar algumas linhas acerca do julgamento do “Caso Guerrilha do Araguaia”, acima citado, e a oportunidade que tivera, antes, o Supremo Tribunal Federal de controlar a convencionalidade. Malgrado, na espécie, se esteja a pisar no terreno do controle concentrado de convencionalidade, que não é objeto deste estudo, as considerações doravante articuladas contextualizam o cenário brasileiro do instituto, de inexorável olhar para a boa compreensão.

A sentença cujo excerto foi colacionado restou proferida, pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, em 24 de novembro de 2010. Sucede que, em 29 de abril daquele ano, o Supremo Tribunal Federal julgara improcedente a arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 153, que perseguia a declaração de não receptividade, pela Constituição Federal de 1988, do parágrafo 1º do artigo 1º da Lei n. 6.683, de 19 de dezembro de 1979 (Lei de Anistia).

Equivale dizer que a Corte Interamericana de Direitos Humanos, mesmo ciente do julgamento de receptividade da Lei de Anistia pelo Pretório Excelso, proferida em sede de controle concentrado de constitucionalidade, acabou admoestando a Corte Constitucional Brasileira, ao condenar a República no caso submetido à jurisdição interamericana.

E isso não é sem razão, porquanto o julgamento do Supremo Tribunal Federal, excepcionada breve referência no voto do Ministro Celso de Mello, ignorou solenemente a jurisprudência maciça da Corte Interamericana de Direitos Humanos atinente à matéria (colacionada alhures). Mesmo os votos vencidos não contêm uma linha sequer dos julgados da Corte intercontinental.

O problema central dessa omissão, entretanto, em nosso sentir, não repousa no fato de a Corte Suprema de um país que aceitou se submeter à jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos desconsiderar os julgados dessa última; reside, isto, sim, em encaminhar o Estado brasileiro a um sancionamento por ilícito internacional, circunstância que se verificou meses depois. A par, é claro, de, enquanto instância máxima do Poder Judiciário nacional, desencorajar as instâncias inferiores à prática – salutar e otimizadora de direitos – do controle de convencionalidade. É exatamente por essa razão que se afirmou, linhas atrás, que desconsiderar a negativa de vigência das normas de direitos humanos de matriz internacional ratificadas e justapostas à produção normativa interna – não realização do controle de convencionalidade – não apenas depõe a favor da inocuidade dos direitos humanos, como também assinala um pernicioso proceder da República na direção do cometimento de ilícitos internacionais.

Seja como for, esse precedente interamericano parece ter sido, internamente, a centelha de uma maior atenção, dos juízes e tribunais, para a necessidade de se controlar, além da constitucionalidade das normas internas, a sua compatibilidade vertical com os tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil.

Atendendo, pois, a essa exigência do Sistema Interamericano de Direitos Humanos – que, no defender deste estudo, otimiza e confere exigibilidade aos direitos humanos em casos processuais práticos –, a atividade pretoriana nacional tem se dedicado a controlar, na via difusa, a convencionalidade da produção normativa doméstica com os tratados internacionais ratificados pelo Brasil.

Em 17 de março de 2015, proferindo sentença nos Autos n. 0067370-64.2012.8.24.0023,²⁶ o magistrado Alexandre Morais da Rosa controlou a convencionalidade do artigo 331 do Código Penal em face da Declaração de Princípios Sobre a Liberdade de Expressão (inscrita no artigo 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos), ponderando cumprir ao julgador afastar a aplicação de normas internas que se justaponham a tratados internacionais de direitos humanos, destacando, em especial, a Convenção Americana e a jurisprudência das instâncias judiciárias internacionais de âmbito americano e global.

De efeito, no caso concreto colacionado, afastou-se a incidência do artigo 331 do Código Penal porque incompatível (norma existente, mas inválida) com a norma do artigo 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Igual modo, em 17 de junho de 2015, o Tribunal Superior do Trabalho, no exame do recurso de revista n. TST-RR-804-12.2012.5.04.0292,²⁷ controlou a convencionalidade do artigo 146 da Consolidação das Leis do Trabalho em face dos artigos 4º e 11 da Resolução n. 132 da Organização Internacional do Trabalho, retratando com perfeição em que medida o instrumento examinado neste artigo pode contribuir para a otimização e a exigibilidade dos direitos humanos de matriz internacional. Vale dizer, a norma internacional confere ao trabalhador nacional

26 BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Ação Penal n. 0067370-64.2012.8.24.0023, da Quarta Vara Criminal da Comarca de Florianópolis. Autor: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Réu: A. S. dos S. F. Florianópolis, 17 de março de 2015. Disponível em: < <http://esaj.tjsc.jus.br/cpog/show.do?processo.codigo=0N000MCYC0000&processo.foro=23>>. Acesso em: 25 abr. 2015.

27 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de revista n. TST-RR-804-12.2012.5.04.0292, da Sétima Turma do Tribunal Superior do Trabalho. Recorrente: Atacadão – Distribuição, Comércio e Indústria Ltda. Recorrida: Graciela Aguiar Chuma. Relator: Ministro Douglas Alencar Rodrigues. Brasília, 17 de junho de 2015. Disponível em: < <http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica>.>

o benefício de concessão de férias proporcionais, mesmo na hipótese de demissão por justa causa, o que era vedado pela legislação interna, inclusive com a reafirmação através de verbete sumular do tribunal superior.

Ora, se circunstâncias que tais, possibilitadas unicamente pelo controle difuso de convencionalidade, não se constituem em mecanismo de otimização e exigibilidade dos direitos humanos, nada se constitui, visto que incidente norma de matriz internacional diretamente no afastamento da validade de norma interna, no âmago de relação processual de nítido caráter privado.

Prima facie, àqueles que torcem o nariz para a modificação que as fontes do direito têm passado, pode ressoar até metafísica a aspiração de que normas de direitos humanos de matriz internacional, convencionais e, não raro, até oriundas mesmo de instituições que não possuem caráter de direito público externo, tenham eficácia e sejam efetivas a ponto de suplantar norma doméstica positiva e tida por recepcionada pela Constituição vigente. Todavia, na esteira da nova arquitetura das fontes do direito – que não mais se estratificam na forma piramidal, assemelhando-se, agora, a uma infinita rede ou teia, com interligações e ramais –, o ordenamento interno, que, outrora, se mostrava sólido, passou a ostentar uma descalficação que dá azo à entrada e à efetividade das normas de estatura internacional.

E tanto é assim, que o próprio Poder Executivo já se lança a, em condutas proativas e administrativas, controlar previamente a convencionalidade. A Defensoria Pública do Estado do Espírito Santo, a título ilustrativo, editou, em 23 de abril de 2015, a Recomendação Conjunta Subdefensoria e CDH n. 02/2015,²⁸ que orienta à sustentação da absolvição do agente nas hipóteses de incriminação pelo crime de desacato.

28 DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. Recomendação Conjunta Subdefensoria e CDH n. 02/2015. Disponível em: < <http://emporiiododireito.com.br/desacato-nao-e-crime-recomendacao-da-defensoria-publica-do-es/>>. Acesso em: 25 mai. 2015.

E, convenha-se, não poderia ser de outra forma. Os tratados modernos sobre direitos humanos têm um caráter peculiar, cujo objeto e fim desaguam num ponto comum, a saber, a proteção dos direitos dos seres humanos, com independência da sua nacionalidade, tanto frente ao próprio Estado (consabidamente, o maior violador de direitos humanos), quanto aos restantes estados contratantes. Significa compreender que não se está a tratar de tratados multilaterais tradicionais, concluídos em função de uma relação recíproca de troca de direitos, para o benefício mútuo dos estados contratantes; ao contrário, quando os Estados aprovam um tratado sobre direitos humanos, aceitam se submeter a um ordenamento *sui generis*, dentro do qual assumem diversas obrigações, não com os demais estados contratantes, mas, sim, com as pessoas internamente jurisdicionadas.

O controle difuso de convencionalidade, nessa medida – como também o seria o concentrado, se admitido, por via das ações constitucionais –, afora se consubstanciar em anteparo às normas de direitos humanos (de tratados ratificados pelo Brasil e em vigor), se constitui em verdadeiro instrumento endoprocessual de otimização e exigibilidade desses últimos. Essa afirmação tem cabimento não apenas pela importância e pela pertinência teórica do exame de compatibilidade vertical da produção doméstica com o corpo de tratados, que desvela maturidade democrática institucional e credibilidade internacional, mas também e mormente por seu efeito prático e concreto na vida das pessoas.

Noutras palavras, trata-se mesmo de concretizar a Constituição, através de sua interpretação no caso concreto, na lide posta, no bem da vida que é objeto daquela relação jurídica em específico e na influência direta que esse bem e o que o rodeia tem na vida das pessoas envolvidas.

[...] é impensável uma interpretação da Constituição sem o cidadão ativo e sem as potências públicas mencionadas. Todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta, ou até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma. O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico. Como não são apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que vivem a norma, não detêm eles o monopólio da interpretação da Constituição.²⁹

Significa consolidar, como lido, a ideia de uma sociedade aberta de intérpretes da Constituição, como propugnado por Peter Häberle, pela qual o círculo de intérpretes da Lei Fundamental deve ser alargado para abarcar não apenas as autoridades públicas e as partes formais nos processos de controle de constitucionalidade, mas todos os cidadãos e grupos sociais que, de uma forma ou de outra, vivenciam a realidade constitucional num cenário multinível de proteção dos direitos humanos que se espraia sistema jurídico afora, inclusive com a circulação de modelos jurídicos no âmbito de um direito global, que, embora ainda não totalmente conhecido, entendido e explorado, se mostra um fato incontestável. Se, pois, a Constituição é um documento misterioso, como atesta John Paul Stevens, necessita-se abrir clareiras coerentes para sua interpretação e vivência.

Em complemento, faz-se necessário reconhecer a compulsoriedade de vivência humanista e constitucional pelos indivíduos num todo e não simplesmente como roteiro de práticas estatais. Não se duvida que os direitos humanos,

29 HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997, p. 14-15.

a Constituição, assim como todo o ordenamento jurídico,³⁰ precisam ser incluídos nas práticas intersubjetivas dos indivíduos com espontaneidade. Somente quando se está inserido neste processo vigora o interesse na defesa das suas determinações. Em síntese, os direitos humanos não podem estar divorciados das rotinas mais “simples” da vida social.

A concretização conjugada, assim, da Constituição e dos direitos humanos que a orientam e conformam (aberturas formal e material), numa imbricação necessária e sistemática por ela própria instituída, redundando na exigibilidade e na otimização de ambos. Satisfazem-se, assim, de forma prática, os de bens da vida das pessoas, numa aproximação salutar e necessária entre direito, processo (enquanto procedimento) e realidade. De igual sorte, conforme adverte Häberle,³¹ do ponto de vista jurídico, o povo (enquanto elemento humano do Estado) tem uma Constituição, mas isto não pode ser exauriente. É necessário que se avance para sendas mais abertas e se reconheça que a humanidade é parte da Constituição, seguindo, aliás, pertinente recomendação de Hermann Heller.³²

30 Aqui, duas ressalvas são pertinentes. Primeiro, a transcendência da simplória e minimalista compreensão da lei como instrumento de coação. Segundo, a necessidade de se manter atento à produção legislativa infraconstitucional. O avanço de teorias constitucionais não pode significar um preterimento da legislação, sob pena de se viver em duas realidades paradoxais. Cf. ZAGREBELSKY, Gustavo. *Intorno alla legge: il diritto come dimensione del vivere comune*. Torino: Einaudi, 2009; e LEAL, PEREIRA Rosemiro. *Processo como teoria da lei democrática*. Belo Horizonte: Forum, 2010.

31 HÄBERLE, Peter. *Per una dottrina della costituzione come scienza della cultura*. Roma: Carocci Editore, 2001, p. 33.

32 “No atual estágio da nossa evolução social é justamente a Teoria do Estado que há de responder à questão de como, dentro da realidade social, é oportuno que tenha praticamente sentido e seja, além disso, possível tornar a Constituição relativamente separada desta realidade social, objeto de um método dogmático especial”. HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*. São Paulo: Mestre Jôu, 1968, p. 307.

3. Novos atores e novos horizontes para os direitos humanos

A concretização dos direitos humanos endoprocessualmente, na vida prática das relações jurídicas (um comportamento eleito por Cassese³³ como embrionário dos direitos humanos no momento presente) acarreta, a tiracolo, em salutares aproximações que, há duas décadas, eram irrefletidas para os direitos humanos. Uma delas é a proximidade entre esses últimos e a iniciativa privada (sem perder de vista o sucesso já antigo do ombreamento com entidades da sociedade civil e organizações não-governamentais). Para Bloomer,

[...] as empresas são atualmente alguns dos atores mais poderosos do mundo. Nossa economia em rápida globalização ao longo dos últimos trinta anos tem levado muitas corporações transnacionais a se tornarem entidades econômicas maiores do que Estados-nações inteiros. Seu poder e sua riqueza as trouxeram cada vez mais para o centro da arena dos direitos humanos. Neste âmbito, essas empresas não conseguem escolher e selecionar, a partir de uma variedade, apenas questões com as quais elas se sentem confortáveis. Em muitos aspectos, o Estado permanece justamente como o portador do dever primário em relação aos direitos humanos, mas um número crescente de empresas nacionais e internacionais sabe que estão sendo cada vez mais responsabilizadas por seu desempenho em direitos humanos. Infelizmente essa prestação de contas ainda é cada vez mais exercida pelo tribunal da opinião pública, mais do que pelos tribunais de justiça.³⁴

33 CASSESE, Antonio. *I diritti umani oggi*. 3 ed. Roma-Bari: Laterza, 2012.

34 BLOOMER, Phil. Os direitos humanos são uma ferramenta eficaz para a mudança social? Uma perspectiva sobre direitos humanos e empresas. *SUR. Revista Internacional de Direitos Humanos*, São Paulo, v. 11, n. 20, p. 119-125, jun./dez. 2014, p. 120-121.

E tanto é assim que, desde 2011, foram estabelecidos os Princípios Orientadores das Nações Unidas sobre Empresas e Direitos Humanos,³⁵ congregando normas voluntárias que envolvem deveres dos Estados e das empresas na proteção dos direitos humanos e o encargo mútuo de assegurar a existência de mecanismos judiciais e extrajudiciais de denúncia e de reparação.

Meyersfeld e Kinley³⁶ vão mais longe, propugnando um interessante diálogo entre bancos e os direitos humanos:

Uma avaliação de direitos humanos requer uma análise não apenas sobre o impacto financeiro de curto prazo do contrato, mas também sobre seu impacto ambiental, social e cultural a longo prazo. Embora isto possa ser contrário à tendência histórica de olhar para os lucros em curto prazo que serão obtidos por um projeto, esta abordagem dupla tem vantagens comerciais claras.

Se é bem verdade que, pela influência que as empresas multinacionais possuem (a ponto, por exemplo, de direcionar decisões estatais), afastam com facilidade a responsabilidade por violações aos direitos humanos (porque a politização destes últimos também é uma realidade),³⁷ noutro plano, se consegue,

35 UNITED NATIONS. 2011. *Special Representative to the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises. Guiding principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations 'Protect, Respect and Remedy Framework', UN Doc. A/HRC/17/31, Human Rights Council, 17th Session.* Disponível em: <<http://www.businesshumanrights.org/media/documents/ruggie/ruggie-guiding-principles-21-mar-2011.pdf>>. Acesso em: 21 mar. 2015.

36 MEYRSFELD, Bonita; KINLEY, David. Bancos e Direitos Humanos: uma experiência sul-africana. *SUR. Revista Internacional de Direitos Humanos*, São Paulo, v. 12, n. 22, jun./dez. 2015, p. 195-213, p. 205.

37 “A companhia petrolífera *British Petroleum*, responsável por uma das maiores degradações da vida marinha no Golfo do México, continuou suas campanhas publicitárias sobre suas boas práticas empresariais. Qualquer tentativa de

em rara oportunidade e ainda que incipiente, de efetivar os direitos humanos numa instância pré-violatória.³⁸ São reflexo dessa nova proximidade, por exemplo, as normas de *compliance*, que nasceram no âmbito corporativo como respeito a regras éticas de conduta nos negócios e se alargaram também para a esfera pública. Note-se, a tal título, o advento, em 2013, da Lei n.º 12.846/13,³⁹ chamada de “Lei Anticorrupção”, a representar claro avanço na previsão da responsabilização objetiva, no âmbito civil e administrativo, de empresas que praticam atos lesivos contra a administração pública nacional ou estrangeira. Além de atender a compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, a nova lei finalmente fecha uma lacuna no ordenamento jurídico do país ao tratar diretamente da conduta dos corruptores.

regulá-las é recebida com muita indignação e ameaças financeiras, uma vez que o lucro parece ser sacrossanto e valorizado acima dos direitos humanos. O Primeiro-ministro britânico apontou o fato de que qualquer compensação que a *British Petroleum* tivesse que pagar, possivelmente \$ 4,4 bilhões, corroeria o lucro dos acionistas. Outro exemplo foi o caos que as transações bancárias não regulamentadas criaram no Hemisfério Norte, e toda a reação planejada na época foi lentamente retirada dos projetos legislativos da União Europeia e dos Estados Unidos. Em vez de estabelecer normas obrigatórias para as empresas multinacionais, que não são sujeitos do direito internacional público, elas são estimuladas a se comportar melhor”. JAICHAND, Vinodh. Após o estabelecimento de normas de Direitos Humanos, o que virá a seguir? *SUR. Revista Internacional de Direitos Humanos*, São Paulo, v. 11, n. 20, jun./dez. 2014, p. 37-44, p. 42, grifos originais.

38 Essa, aliás, foi uma pecha que, histórica e recorrentemente, se atrelou aos direitos humanos: a de se tratar de um ramo do Direito incidente ou efetivo unicamente no plano pós-violatório.

39 BRASIL. Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder executivo, Brasília, DF, 2 ago. 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm>. Acesso em: 24 abr. 2015.

Noutro quadrante, se está ampliando os limites do dever de cuidado com os direitos humanos nas empresas que possuem subsidiárias. O Tribunal de Apelações da Inglaterra e do País de Gales tomou uma decisão importantíssima, segundo a qual as matrizes podem ser responsabilizadas pelas devidas implementação e observação dos parâmetros de comportamento estabelecidos por elas para suas subsidiárias (algo comum entre as multinacionais) nos casos das vítimas de sua negligência. Ainda que isso não seja seguido por todas as cortes nacionais, enquanto decisão paradigmática, terá uma influência considerável em outras instâncias. Em certo sentido, se especula que estes sejam passos bastante técnicos, mas de importância central.⁴⁰

Com efeito, se a criação de um Tribunal Internacional de Direitos Humanos⁴¹ ainda é utópica, cabe a esse mecanismo singelo – porém, não menos importantes –, prático e processualmente legítimo do controle difuso da convencionalidade das leis o encargo de, por ora, nas lides

40 LEADER, Sheldon. Entrevista com Sheldon Leader: empresas transnacionais e Direitos Humanos. *SUR. Revista Internacional de Direitos Humanos*, São Paulo, v. 9, n. 17, dez. 2012, p. 113-119, p. 42.

41 Um dos maiores defensores da criação desse tribunal é o professor Manfred Nowak, que o reputa uma instituição fundamental para garantir que os Estados-partes cumprissem suas obrigações referentes aos tratados de direitos humanos. As principais características deste sistema preveem um tribunal permanente a ser criado através de um tratado. Estados-Partes no presente tratado estabeleceriam sistemas nacionais para aplicar todos os tratados de direitos humanos com base na complementaridade, conforme estabelecido no Estatuto de Roma para a justiça penal internacional. O Tribunal se tornaria parte da estrutura da Organização das Nações Unidas seria financiado por esse organismo. Esse tribunal teria jurisdição inclusive sobre atores não estatais, tais como corporações multinacionais, sendo que o Escritório do Alto Comissariado para Direitos Humanos da ONU supervisionaria os acórdãos do Tribunal. NOWAK, Manfred; KOSMA, Julia. *A World Court of Human Rights. Swiss Initiative to Commemorate the 60th Anniversary of the UDHR*, jun. 2009. Disponível em: <<http://udhr60.ch/report/hrCourt-Nowak0609.pdf>>. Acesso em: 21 abr. 2015.

práticas do cotidiano, dar concretude e fazer efetivas as normas de direitos humanos de matriz internacional.

Considerações finais

Quando se está a tratar de direitos humanos, se impõe reconhecer que os tratados multilaterais que os conduzem não são tradicionais, concluídos em função de uma relação recíproca de troca de direitos, para o benefício mútuo dos estados contratantes. De forma contrária, quando os Estados aprovam um tratado sobre direitos humanos, aceitam se submeter a um ordenamento *sui generis*, dentro do qual assumem diversas obrigações, não com os demais estados contratantes, mas, sim, com as pessoas internamente jurisdicionadas.

O controle difuso da convencionalidade, nessa medida, afora se consubstanciar em anteparo às normas de direitos humanos (de tratados ratificados pelo Brasil e em vigor), se constitui em verdadeiro instrumento de otimização e efetividade desses últimos, desvelando salutar maturidade democrática institucional e credibilidade internacional. Ademais, faz transparecer a perfeita concretização da Constituição, através de sua interpretação na lide posta, no bem da vida que é objeto daquela relação jurídica em específico.

Releva constatar, assim, o reconhecimento da compulsoriedade da vivência humanista e constitucional pelos indivíduos num todo e não simplesmente como roteiro de práticas estatais, porquanto os direitos humanos, a Constituição, assim como todo o ordenamento jurídico precisam ser incluídos nas práticas intersubjetivas dos indivíduos com espontaneidade. Aliás, somente quando se está inserido neste processo, vigora o interesse na defesa das suas determinações. A concretização

conjugada, assim, da Constituição e dos direitos humanos que a orientam e conformam (aberturas formal e material), numa imbricação necessária e sistemática por ela própria instituída, redundando na exigibilidade e na otimização de ambos. Satisfazem-se, assim, de forma prática, os de bens da vida das pessoas, numa aproximação salutar, afanosa e necessária entre direito, processo (enquanto procedimento) e realidade.

Ademais, essa nova arquitetura, forjada nos signos da Globalização, do Transnacionalismo e de um paradigma de Direito global, permite aproximar os direitos humanos da iniciativa privada, de modo a desvelar também seu caráter pré-violatório, historicamente tão requisitado.

Controle de convencionalidade e gênero: perspectivas brasileiras no combate à disseminação não consensual de imagens íntimas

*Letícia Soares Peixoto Aleixo**

*Sophia Pires Bastos***

1. Introdução

No âmbito do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos (SIPDH), a obrigação de investigar, sancionar e punir eficazmente violações de direitos humanos também perpassa a adoção de medidas internas pelos Estados-Parte, com vistas à reparação e não repetição. O denominado controle de convencionalidade se relaciona, portanto, com alterações administrativas, legislativas, judiciárias ou de qualquer natureza que estejam em conformidade com a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) e, por conseguinte, que promovam os direitos humanos em consonância com parâmetros internacionais de tutela.

* Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Monitora da pós-graduação do Grupo de Estudos em Direito Internacional dos Direitos Humanos (GEDI-DH/UFMG). Orientadora da Clínica de Direitos Humanos (CdH/UFMG). Advogada. Endereço: Rua Nicarágua, 108, apto. 102 A, Sion. Belo Horizonte – MG – Brasil. Telefone: +55 31 99281-1703. Email: leticiapaleixo@gmail.com / www.clinicadhufmg.com

** Graduada em Direito pela UFMG. Monitora da graduação do GEDI-DH/UFMG. Estagiária da CdH/UFMG. Endereço: Rua Rio Grande do Norte, 1325, apto 203, Funcionários. Belo Horizonte – MG – Brasil. Telefone: +55 31 98624-6521. Email: sophiapb@live.com / www.clinicadhufmg.com

No presente artigo, argumentar-se-á o fenômeno da disseminação não consensual de imagens íntimas enquanto violência sexual e de gênero nos termos da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) e das recomendações da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH). Nesse sentido, surge, para o Brasil, a responsabilidade de adotar medidas internas para sancionar e prevenir tal prática. Seguir-se-á nos seguintes tempos: a) análise dos fundamentos de responsabilidade internacional dos Estados; b) estudo de controle de convencionalidade e eficácia irradiante dos direitos humanos; c) análise do fenômeno de disseminação não consensual de imagens íntimas e sua caracterização enquanto violência sexual e de gênero; d) necessidade da adoção, pelo Estado brasileiro, de medidas convencionais relativas à promoção tanto dos direitos da mulher quanto de modificação de padrões socioculturais de discriminação com base em gênero.

2. Obrigações estatais e fundamentos de responsabilidade internacional dos Estados

A noção de responsabilidade surge da expectativa de que não se descumpra uma obrigação explícita ou tacitamente assumida e da necessidade de reparação do eventual dano causado pelo descumprimento de tal compromisso. No âmbito do direito internacional, um Estado será responsabilizado por todo ato ou omissão que lhe seja imputável e do qual resulte a violação de uma obrigação internacional.¹

1 INTERNATIONAL LAW COMMISSION. Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts. *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, vol. II, parte dois.

Tradicionalmente, e, em especial, no marco positivista, a obrigação internacional dos Estados de tutelar e proteger os direitos humanos deriva da ratificação de tratados internacionais. Porém, em se tratando de instrumentos convencionais em matéria de direitos humanos, há uma incorporação de obrigações de caráter objetivo, isto é, que transcendem os meros compromissos firmados entre as partes e que sistematizam, inclusive, normas costumeiras e princípios gerais de direito.² Isso significa dizer que tais instrumentos, ao se voltarem à salvaguarda dos direitos do ser humano, estabelecem uma cultura de deveres estatais em prol do interesse público comum.

Especificamente no âmbito do SIPDH, são os dois primeiros artigos da CADH que trazem a obrigação dos Estados de respeitar e tornar efetivos os direitos e liberdades contemplados no instrumento, por todos os meios necessários para tanto. Nesse viés, comumente diz-se que a obrigação estatal frente à CADH é negativa e positiva. Negativa, já que o Estado se obriga a não violar os termos convencionais, respeitando-os, e, positiva, no sentido de que deve promover medidas legislativas ou de qualquer outra natureza para assegurar o exercício dos direitos pactuados.

Há, portanto, uma obrigação geral, de *status* consuetudinário,³ de adequar o ordenamento jurídico interno à normativa internacional de proteção, o que requer que se adote a legislação necessária para dar efetividade às normas convencionais, suprimindo eventuais lacunas no direito interno, ou então que se alterem disposições legais nacionais no intuito de harmonizá-

2 TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A Humanização do Direito Internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 26.

3 JARDIM, Tarciso Dal Maso. Brasil condenado a legislar pela Corte Interamericana de Direitos Humanos: da obrigação de tipificar o crime de desaparecimento forçado de pessoas. *In: Textos para discussão*, nº 83. Brasília: Centro de Estudos da Consultoria do Senado, 2011.

las com as normas convencionais – expressamente prevista no art. 2 da CADH.⁴ Tal obrigação se coaduna, inclusive, com a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (CVDT), que proíbe que uma Parte invoque disposições de seu direito interno para tentar justificar o inadimplemento de um tratado ou eximir os Estados Partes da responsabilidade internacional pelo não cumprimento das obrigações internacionalmente contraídas.⁵

Já no julgamento de seu primeiro caso contencioso,⁶ a Corte IDH teve a oportunidade de se pronunciar sobre a natureza e o alcance da obrigação prevista no art. 1.1 da CADH. Na ocasião, a Corte considerou como consequência dessa obrigação o dever dos Estados de prevenir, investigar e sancionar toda violação de direitos reconhecidos pela CADH, bem como de reparar, na maior medida possível, os danos causados. Ademais, considerou-se que mesmo uma violação dos direitos humanos perpetrada por um simples particular ou por autor não identificado pode acarretar a responsabilidade internacional do Estado, não pelo ato em si, mas “pela falta da devida diligência para prevenir a violação ou para trata-la nos termos requeridos pela Convenção”.⁷ Assim, se determinado que a violação ocorreu com apoio ou tolerância do Estado, pode-se afirmar que foi descumprida a obrigação de garantia de direitos.

Ainda quanto à noção de responsabilidade, a Corte IDH já destacou, em inúmeras oportunidades, que os tratados, uma vez

4 TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional de Direitos Humanos*. Volume I. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 551.

5 BRASIL. Decreto nº 7.030, de 14 de Dezembro de 2009. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, art. 27.

6 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Mérito. Sentença de 29 de julho de 1988. Série C No. 4.

7 CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado...* Vol. I. p. 367.

ratificados e incorporados ao direito interno, obrigam a todos os atores estatais, inclusive legisladores e juízes nacionais, da mesma forma que ao Executivo. Dessa forma, eventual relutância dos poderes do Estado em dar fiel cumprimento às obrigações convencionais é injustificável e contribui para a configuração de um ilícito internacional imputável ao Estado em questão. Daí a importância de se construir uma cultura de conformidade aos parâmetros internacionais de proteção aos direitos humanos, conforme veremos a seguir.

3. Construindo uma cultura de conformidade aos parâmetros internacionais: controle de convencionalidade e eficácia irradiante das normas de direitos humanos

Em um sistema integrado como o da proteção dos direitos humanos, os atos internos dos Estados estão sujeitos à supervisão dos órgãos internacionais de proteção, no exame de conformidade de casos concretos às obrigações internacionais. Porém, para além disso, o direito internacional e o direito interno se encontram em constante interação, de forma que as normas internacionais que consagram claramente um direito individual, passível de vindicação ante um tribunal ou juiz nacional, são diretamente aplicáveis. Sobre o tema, destaca o eminente juiz internacionalista Cançado Trindade:

Não há como reconhecer ou admitir as obrigações convencionais contraídas por um Estado no plano internacional e ao mesmo tempo negar-lhes vigência no plano do direito interno, sob pena de esvaziar o Direito de todo sentido. [...] No presente contexto de proteção, já não mais se justifica que o direito internacional e o direito interno continuem sendo

abordados de forma estanque ou compartimentalizada, como foram no passado. Ao criarem obrigações para os Estados *vis-à-vis os seres humanos* sob sua jurisdição, as normas dos tratados de direitos humanos aplicam-se não só na ação conjunta (exercício da garantia coletiva) dos Estados Partes na realização do propósito comum de proteção, mas também e sobretudo no âmbito do ordenamento jurídico de cada um deles.⁸

Tal interação entre as esferas de proteção é, ainda, consolidada pelo princípio da primazia da norma mais favorável às vítimas, que está consagrado em diversos tratados de direitos humanos – caso do art. 29.b, CADH.⁹ E, segundo esse princípio, a norma aplicável ao caso deve ser a que melhor proteja as vítimas, seja ela norma de direito internacional ou de direito interno. Trata-se, em suma, da eficácia irradiante das normas de direitos humanos.

Nesse contexto, o grau de instrução dos operadores da justiça é fator relevante e que facilita essa aplicação horizontal e direta dos princípios convencionais no âmbito interno. Afinal, o desconhecimento da matéria dificulta a aplicação coerente dos mecanismos de proteção.¹⁰ Por isso, deve haver uma tomada de consciência pelo Executivo, Legislativo e pelos juízes nacionais sobre a necessidade dos Estados de reformarem os textos internos e de modificarem suas práticas de maneira a prevenir as violações

8 CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado...* Vol. I. p. 546-548.

9 Convenção Americana de Direitos Humanos. Art. 29: “Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de: [...] b. limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados”.

10 DI CORLETO. El reconocimiento de las decisiones de la Comisión y la Corte Interamericana en las Sentencias de la Corte Suprema de Justicia Argentina. In: KRSTICEVIC, Viviane. (Coord.). *Implementación de las Decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Jurisprudencia, normativa y experiencias nacionales*. Buenos Aires: CEJIL, 2007, p. 113-126.

ou de remediá-las quando não puderem ser evitadas.

A ferramenta que permite aos Estados concretizar a obrigação de garantia de direitos no âmbito interno, por meio de todos os seus órgãos e agentes, é o chamado controle de convencionalidade, com base no qual há a verificação de conformidade de normas e práticas nacionais com a CADH e sua interpretação jurisprudencial.

Foi, inclusive, no âmbito da jurisprudência contenciosa da Corte IDH, que essa denominação apareceu pela primeira vez. No emblemático *Caso Almonacid Arellano Vs. Chile*, a Corte delineou o conceito de controle de convencionalidade:

A Corte tem consciência de que os juízes e tribunais internos estão sujeitos ao império da lei e, por isso, estão obrigados a aplicar as disposições vigentes no ordenamento jurídico. Porém, quando um Estado ratificou um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes, como parte do aparato do Estado, também estão submetidos a ela, o que os obriga a zelar para que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam empobrecidos pela aplicação de leis contrárias a seu objeto e fim, e que desde o princípio carecem de efeitos jurídicos. Em outras palavras, o Poder Judicial deve exercer uma espécie de ‘controle de convencionalidade’ entre as normas jurídicas internas que aplicam nos casos concretos e a Convenção Americana de Direitos Humanos. Nesta tarefa, o Poder Judicial deve considerar não apenas o tratado, mas também a interpretação que lhe foi dada pela Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana.¹¹

11 Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano e outros Vs. Chile*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 26 de setembro de 2006. Série C No. 154, §124. Cf. Corte IDH. *Caso La Cantuta Vs. Peru*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 29 de novembro de 2006. Série C No. 162, §173.

A teoria do controle de convencionalidade se firma em três postulados de direito internacional, relacionando-se diretamente com o tópico anterior deste trabalho. O primeiro deles é o princípio *pacta sunt servanda*, que preconiza o cumprimento de boa-fé das obrigações internacionais contraídas pelos Estados (art. 26 da CVDT), de maneira a garantir seu efeito útil (*effet utile*).¹² O segundo postulado, já visto anteriormente, é justamente a impossibilidade de se invocar o direito interno como obstáculo ao cumprimento de obrigações internacionais. E, por fim, temos o princípio da responsabilidade internacional dos Estados por atos e omissões cometidos por quaisquer de seus poderes ou órgãos em violação às referidas obrigações.

Conforme detalhado por Cançado Trindade,¹³ essa responsabilidade decorrerá do Poder Executivo quando se fundar em comportamentos contrários à CADH ou quando houver omissão no dever de promover os direitos humanos. Por outro lado, derivará de ato ou omissão do Poder Legislativo quando este deixar de legislar, legislar de modo insuficiente ou, ainda, contrariando os parâmetros internacionais em matéria de direitos humanos. Por fim, derivará do Poder Judiciário sempre que este aplicar a lei em desconformidade com a CADH, bem como quando houver excesso de morosidade na prestação da tutela jurisdicional.

Nesse sentido, no já citado *leading case* referente à matéria, o Caso *Almonacid Arellano Vs. Chile*, a Corte IDH entendeu que, ainda que o Poder Legislativo tenha falhado em sua tarefa de suprimir normas contrárias à CADH, tais como aquelas de anistia, permanece o dever do Poder Judiciário de abster-se

12 Para a Corte IDH, o princípio do *effet utile* se traduz na efetividade de disposições de direito interno que estejam adequadas à Convenção Americana de Direitos Humanos. Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Yakye Axa Vs. Paraguai*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 17 de junho de 2005. Série C No. 125. §101.

13 CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado...* Vol. I. p. 546-548.

de aplicar tais normas previstas no ordenamento interno e de implementar as obrigações convencionais assumidas pelo Estado.

Da mesma forma, no *Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil*,¹⁴ a Corte constatou que não foi exercido o controle de convencionalidade pelas autoridades jurisdicionais do Estado e que, muito ao contrário, a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 153 confirmou a validade da interpretação da Lei de Anistia, sem considerar as obrigações do Brasil derivadas do direito internacional (especialmente aquelas derivadas dos arts. 8 e 25 da CADH em relação aos arts. 1.1 e 2 do mesmo instrumento).

Importante notar que, apesar de a CADH não impor um modelo específico para o controle de convencionalidade,¹⁵ a Corte IDH recorda que a obrigação de exercer esse controle entre as normas internas e a CADH compete não apenas aos juízes e órgãos jurisdicionais do Estado, mas a toda e qualquer autoridade pública.¹⁶ Isso significa que a jurisprudência tem se desenvolvido no sentido de admitir, e, inclusive, exigir que esse controle de convencionalidade se dê de forma difusa, *ex officio* e considerando não apenas o tratado,¹⁷ mas também a interpretação que a Corte lhe confere.¹⁸

14 Corte IDH. *Caso Gomes Lund e outros ("Guerrilha do Araguaia") Vs. Brasil*. Sentença de 24 de novembro de 2010. Série C No. 219.

15 Corte IDH. *Caso Liakat Ali Alibux Vs. Suriname*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 30 de janeiro de 2014. Série C No. 276, §124.

16 Corte IDH. *Caso Gelman Vs. Uruguai*. Mérito e Reparações. Sentença de 24 de fevereiro de 2011. Série C No. 221, §72.

17 A Corte já se pronunciou no sentido de que o controle de convencionalidade não é esperado e devido apenas quanto à CADH, mas também quanto a outros tratados interamericanos. Cf. Corte IDH. *Caso Gudiel Alvarez e outros (Diário Militar) Vs. Guatemala*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 20 de novembro de 2012. Série C No. 262, §330.

18 Corte IDH. *Caso Gelman Vs. Uruguai*. Mérito e Reparações. Sentença de 24 de fevereiro de 2011. Série C No. 221, §193; Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco Vs.*

Assim, apesar de a Corte IDH exercer controle de convencionalidade entre as normas internas e a CADH nos casos concretos por ela julgados,¹⁹ isso não significa que ela não incentive este controle no âmbito interno dos Estados. Muito ao contrário: tal tribunal destaca frequentemente a importância dessa verificação de (in)compatibilidade de normas e atos na esfera doméstica para evitar que os Estados incorram em responsabilidade internacional. Nesse viés é que o tribunal regional destaca a subsidiariedade do sistema internacional contencioso e a necessidade de progressiva incorporação dos parâmetros interamericanos nas esferas nacionais.²⁰

Vários são os países da América Latina que já seguem reconhecendo e aplicando a jurisprudência interamericana em julgados e práticas internas. É o caso, por exemplo, da Suprema Corte de Justiça da República Dominicana e do Tribunal Constitucional do Peru, assim referenciados pela Corte IDH:

[...] A Suprema Corte de Justiça da República Dominicana já estabeleceu que: conseqüentemente, é de caráter vinculante para o Estado dominicano e, portanto, para o Poder Judiciário, não só a normativa da CADH, mas também suas interpretações dadas por órgãos jurisdicionais, criados como meios de proteção, conforme o artigo 33 do instrumento, que lhe atribui

México. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 23 de novembro de 2009. Série C No. 209, §338.

19 Isso certamente não coloca o tribunal regional como instância revisora de decisões adotadas no âmbito interno, posto ser ele competente apenas para determinar se o Estado violou suas obrigações internacionais em face dos tratados interamericanos.

20 Isso significa dizer que, somente se um caso não for solucionado no âmbito interno, especialmente sob o viés do controle de convencionalidade, é que o caso poderia chegar ao Sistema Interamericano, inicialmente no âmbito da Comissão e, somente se as recomendações desta não fossem cumpridas, é que o caso poderia, então, chegar à Corte. *Cf.* Corte IDH. *Caso Gelman Vs. Uruguai*...§70.

competência para conhecer de assuntos relacionados com o cumprimento dos compromissos contraídos pelos Estados Partes.

[...]

Por outro lado, o Tribunal Constitucional do Peru afirmou que: a vinculação das sentenças da Corte Interamericana não se esgota na sua parte resolutiva (a qual, certamente, alcança só o Estado que é parte do processo), mas também estende sua fundamentação ou *ratio decidendi*, com a adição de que, por força da Quarta Disposição Final Transitória (CDFT) da Constituição e do artigo V do Título Preliminar do Código de Processo Constitucional, nesta área o julgamento é vinculante para todo o poder público nacional, mesmo naqueles casos em que o Estado peruano não foi parte do processo.²¹

Observa-se, por conseguinte, que a adequação do ordenamento jurídico e das práticas internas aos padrões convencionais, por meio do controle de convencionalidade, possibilita um mais amplo e efetivo acesso à justiça, além de fomentar uma cultura em direitos humanos.

O estudo de caso trazido a seguir pretende justamente ilustrar uma hipótese de necessário diálogo entre as normas do Sistema Interamericano de Direitos Humanos e o direito interno brasileiro.

21 Corte IDH. *Caso Cabrera García e Montiel Flores Vs. México*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 26 de novembro de 2010. Série C No. 220, §228 e 229.

4. Caso prático

4.1 Disseminação não consensual de imagens íntimas

Disseminação não consensual de imagens íntimas é um dos termos utilizados para referir-se aos casos em que fotos, vídeos e/ou montagens de conteúdo íntimo e/ou sexual são divulgados e compartilhados sem o consentimento de todos/as os/as retratados/as. O fenômeno, que pode acontecer por qualquer meio (impresso, cibernético, midiático etc.), com frequência ocorre por meio da internet e das redes sociais.

Expressões como *revenge porn*, pornografia de vingança, exposição íntima e *sexting* são também utilizadas para nomear a disseminação não consensual de imagens íntimas. Este termo, por sua vez, é o mais adequado, pois elimina a vingança como motivação necessária à conduta, que pode ocorrer, por exemplo, com fins de mero entretenimento do agressor ou para humilhação da vítima. Destaca-se, portanto, a falta de consentimento de pelo menos uma das partes quanto à divulgação do material para sua caracterização.²²

Constata-se que, para o compartilhamento não consentido de imagens ocorrer, não é necessário prévio laço de confiança entre agressor(es) e vítima(s), nem pré-existência de relacionamento entre eles, bastando a violação aos direitos de imagem, de liberdade e de dignidade sexual. Vale ressaltar também que o consentimento na captura do conteúdo íntimo não implica o consentimento de sua divulgação.

22 Para análise mais aprofundada dos termos utilizados para nomear a prática e sua (in)adequação, ver: VALENTE, Mariana Giorgetti; NERIS, Natália; RUIZ, Juliana Pacetta; BULGARELLI, Lucas. *O Corpo é o Código: estratégias jurídicas de enfrentamento ao revenge porn no Brasil*. InternetLab: São Paulo, 2016.

As práticas, as intencionalidades e os discursos que envolvem o fenômeno revelam sua inserção em uma violência estrutural de gênero, em que padrões socioculturais discriminatórios²³ são produzidos e reproduzidos, reiterando a inferiorização da mulher. A rigor, qualquer pessoa pode sofrer essa violação;²⁴ porém, segundo dados coletados pela organização não governamental *End Revenge Porn*,²⁵ em 2014, 90% das pessoas que alegam ter sido vítimas de compartilhamento de imagens não consentido eram mulheres, dentre as quais 57% alegaram que o conteúdo foi divulgado sem a sua autorização por um ex-companheiro. Além disso, verificou-se que 93% das vítimas sofreram forte dano emocional, sem mencionar consequências²⁶ como abandono da escola, do trabalho, mudança de cidade ou completo retiro do convívio social, depressão, e até pensamentos suicidas (sento este fato alegado por 51% das vítimas).

Com resultados semelhantes, a análise de dados realizada pela ONG *Safernet Brasil* demonstrou que, em 2014, 77% das vítimas que solicitaram ajuda e orientação psicológica por meio do serviço disponível no website da ONG²⁷ eram do sexo feminino, dentre as quais 88% tinham idades entre 13 e 25 anos.

23 CIDH. *Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 63. 9 dezembro 2011. Original: Espanhol. §45

24 VALENTE, Mariana Giorgetti; NERIS, Natália; BULGARELLI, Lucas. *Nem revenge, nem porn*: analisando a exposição online de mulheres adolescentes no Brasil. Disponível em: http://www.internetlab.org.br/wp-content/uploads/2015/11/NemRevengeNemPorn_Portugues.pdf. Acesso em: set. 2016.

25 BUZZI, Vitória de Macedo. *Pornografia de vingança: Contexto histórico-social e a abordagem no direito brasileiro*. 2015. 110 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Santa Catarina, 2015. P. 38.

26 *Idem, ibidem*.

27 Serviço *Helpline* Brasil. Disponível em: <http://new.safernet.org.br/helpline>. Acesso em: out. 2016.

Ainda, quando se observam os efeitos sofridos por aqueles que tiveram suas imagens íntimas divulgadas, percebe-se uma reação muito mais de ressentimento e cautela por parte das mulheres vítimas. Depreende-se isso do fato de que 60% dos homens afirmaram que continuariam a enviar suas imagens íntimas para outrem, no entanto, apenas 15% das mulheres disseram que o fariam, em pesquisa realizada pela consultoria de tecnologia *eCGlobal Solutions* intitulada “*Sexting no Brasil – Uma ameaça desconhecida*”, em 2012.²⁸

Nessa perspectiva, não apenas é a disseminação não consensual de imagens íntimas uma forma de expressão de discriminação contra a mulher, como também um dos meios de perpetuar o sexismo estrutural contra as mulheres. Como observado, as consequências tendem a ser mais gravosas para alguém do gênero feminino, além da reafirmarem uma cultura de controle do corpo feminino e de assombro diante do seu prazer. Como resultado, tem-se a culpabilização da mulher vítima dessa violência, como se ela tivesse “concorrido” para que a exposição ocorresse e, assim, devesse “sofrer as consequências”.

Expostas as principais características e consequências do fenômeno, passaremos a analisar como a jurisprudência interamericana tem conceituado a violência contra a mulher e a violência sexual para, ao final, verificarmos as obrigações estatais decorrentes desses casos e a aplicabilidade do controle de convencionalidade pelo Brasil diante do fenômeno.

28 BUZZI, Vitória de Macedo. *Pornografia de vingança*...P. 39.

4.2 Conceito de violência contra a mulher e violência sexual no SIPDH

A Convenção Interamericana para Prevenir, Sancionar e Erradicar a Violência Contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará) define a violência contra a mulher como “qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada” (art. 1), abrangendo as violências perpetradas no âmbito familiar ou doméstico; na comunidade, cometida por qualquer pessoa; ou cometida ou tolerada pelo Estado ou seus agentes (art. 2).

Em consonância com referida Convenção, a Corte IDH já se pronunciou no sentido de uma interpretação ampla do conceito de violência sexual,²⁹ que se configura com **ações de natureza sexual** cometidas contra alguém **sem o seu consentimento**, o que abrange tanto a invasão física do corpo ou **atos que não sejam de caráter físico**.³⁰ Ademais, em linhas gerais, a jurisprudência da Corte³¹ admite a possibilidade de violação dos arts. 1.1 (não discriminação e obrigação de investigar),³² 4 (vida);

29 CIDH. *Acceso a la justicia...* §5.

30 Corte IDH. *Caso do Penal Miguel Castro Castro Vs. Peru*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 25 de novembro de 2006. Série C No. 160, §305.

31 Os seguintes casos foram analisados: *Caso do Penal Miguel Castro Castro Vs. Peru; Campo Algodonero; Rosendo Cantú e outra Vs. México; Inés Fernández Ortega e outros Vs. México*.

32 Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher. “Artigo 1º - Para fins da presente Convenção, a expressão ‘discriminação contra a mulher’ significará toda distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher, independentemente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo”.

5 (integridade física, psíquica e moral); 7 (liberdade pessoal); 8 (proteção judicial); 11 (honra e dignidade); 24 (igualdade perante a lei); e 25 (garantias judiciais) da CADH e do art. 7 da Convenção de Belém do Pará,³³ sem prejuízo de outros direitos cuja violação dependerá do caso concreto, e de disposições de instrumentos internacionais sobre os quais a Corte é competente para julgar violações, a exemplo da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura.³⁴

Observa-se, portanto, a subsunção da disseminação não consensual de imagens íntimas enquanto violência sexual contra a mulher.

4.3 Marco jurídico e decorrentes obrigações estatais frente a casos de violência contra a mulher

Tendo em vista as já referidas³⁵ obrigações de investigar, sancionar e punir as violações de direitos humanos e de reparar os danos de forma mais extensa o possível (art. 1.1, CADH), pontuaremos agora as obrigações específicas em relação a violações decorrentes de violência contra a mulher.

A partir de uma análise jurisprudencial da Corte IDH e com base no Relatório de 2011 da Comissão Interamericana de

33 A Corte IDH já se pronunciou sobre sua competência para julgar violações ao art. 7 da Convenção de Belém do Pará. Corte IDH. *González e outras ("Campo Algodonero") Vs. México*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 16 de novembro de 2009. Série C No. 205, §80.

34 A Corte IDH julgou violações da Convenção para Prevenir e Punir a Tortura em relação a crimes de violência sexual nos casos: *Penal Miguel Castro Castro Vs. Peru*; *Rosendo Cantú e outra Vs. México*; *Fernández Ortega e outros Vs. México*.

35 Tópico 1 do presente artigo.

Direitos Humanos (CIDH), intitulado *Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica*, tem-se que, com fulcro no direito à proteção e às garantias judiciais (arts. 8 e 25, CADH), é dever do Estado facilitar o acesso a recursos judiciais idôneos e efetivos, além de atuar com a devida diligência, de modo a oferecer a devida prestação jurisdicional. Em complementariedade, o art. 7 da Convenção de Belém do Pará reforça a necessidade de adoção de todos os meios apropriados e céleres destinados a prevenir, punir e erradicar tais condutas, incluindo:

- a. abster-se de qualquer ato ou prática de violência contra a mulher e velar por que as autoridades, seus funcionários e pessoal, bem como agentes e instituições públicos ajam de conformidade com essa obrigação;
- b. agir com o devido zelo para prevenir, investigar e punir a violência contra a mulher;
- c. **incorporar na sua legislação interna normas penais, civis, administrativas e de outra natureza**, que sejam necessárias para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, bem como adotar as medidas administrativas adequadas que forem aplicáveis;
- d. adotar medidas jurídicas que exijam do agressor que se abstenha de perseguir, intimidar e ameaçar a mulher ou de fazer uso de qualquer método que danifique ou ponha em perigo sua vida ou integridade ou danifique sua propriedade;
- e. **tomar todas as medidas adequadas, inclusive legislativas, para modificar ou abolir leis e regulamentos vigentes ou modificar práticas jurídicas ou consuetudinárias que respaldem a persistência e a tolerância da violência contra a mulher;**

- f. establecer procedimientos jurídicos justos e eficazes para a mulher sujeitada a violência, inclusive, entre outros, medidas de proteção, juízo oportuno e efetivo acesso a tais processos;
- g. establecer mecanismos judiciais e administrativos necessários para assegurar que a mulher sujeitada a violência tenha efetivo acesso a restituição, reparação do dano e outros meios de compensação justos e eficazes;
- h. adotar as medidas legislativas ou de outra natureza necessárias à vigência desta Convenção. (Grifos nossos).

Nesse sentido, a alteração legislativa é reconhecida no Sistema Interamericano como uma das formas efetivas concorrentes tanto à punição dos autores de violação de direitos humanos, quanto ao fomento, como é no caso de violência de gênero, da modificação de práticas consuetudinárias em que persistem a violência e a discriminação por gênero. Atenta-se, conseqüentemente, ao disposto no art. 5, alínea a, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher:³⁶ os Estados-Parte devem tomar todas as medidas apropriadas para “modificar os padrões socioculturais de conduta de homens e mulheres com vistas a alcançar a eliminação de preconceitos e práticas costumeiras e de qualquer outra índole que estejam baseados na ideia de inferioridade ou superioridade de qualquer dos sexos ou em funções estereotipadas de homens e mulheres”.

36 CIDH. *Acceso a la justicia...* §9. “La Corte Interamericana, a través de la interpretación autorizada, su doctrina y jurisprudencia, ha integrado de manera sistémica a la CEDAW y sus recomendaciones en sus sentencias vinculadas al problema de la violencia sexual y en los principios que ha avanzado sobre el acceso a la justicia de las víctimas”. Corte IDH. *Caso do Penal Miguel Castro Castro Vs. Peru*.

4.4 Tipificação da conduta no Brasil

Compreendida enquanto violência de gênero, a disseminação não consensual de imagens íntimas articula-se com vistas à repressão da expressão sexual feminina, ferindo a liberdade e a dignidade sexual. Ainda, viola-se a intimidade e a vida privada da mulher, bem como sua integridade psíquica e moral, de modo que se torna imperioso aplicar o controle de convencionalidade enquanto técnica/mecanismo de promoção e proteção dos direitos humanos. Uma das formas dessa aplicação é a alteração legislativa que criminalize a conduta, tendo em vista a já referida³⁷ necessidade de garantir o acesso à justiça e de modificar práticas culturais de discriminação contra a mulher, partindo-se, portanto, de uma legislação simbólica.

Contudo, por ser um fenômeno recente, ainda não há legislação própria que tipifique a conduta no Brasil. Atualmente, a disseminação não consentida de imagens pode configurar crime contra a honra, na modalidade de injúria ou difamação. Segundo o entendimento da CIDH, porém, essa não é a mais adequada capitulação para crimes que envolvem violência sexual. Dispõe o referido Relatório que os padrões socioculturais discriminatórios levaram a definir as ações de violência sexual como delitos contra a honra, e não como uma violação do direito das mulheres à integridade e à liberdade sexual, de modo que “esta legislação anacrônica integrada por disposições discriminatórias baseadas em concepções estereotipadas sobre o papel social das mulheres e valores como a honra, o pudor e a castidade da vítima **se convertem em obstáculos para a efetiva investigação, sanção e reparação**”.³⁸ O bem tutelado seria, portanto, “a liberdade e a segurança sexual. Os delitos são de ação pública, não sendo o perdão uma excludente de responsabilidade”.³⁹

37 Tópico 4.3 do presente artigo.

38 CIDH. *Acceso a la justicia*... §122.

39 CIDH. *Acceso a la justicia*... §124.

Em maio de 2013, após uma vítima⁴⁰ da divulgação de imagens íntimas procurar o deputado de seu estado para sugerir uma reforma legislativa que criminalizasse a conduta, foi proposto o primeiro Projeto de Lei sobre a temática, de autoria do deputado federal João Arruda (PL 5555/2013). Em novembro do mesmo ano, duas adolescentes cometeram suicídio quando sofreram o mesmo abuso,⁴¹ de modo que o fenômeno ganhou destaque na mídia e mais nove projetos, até maio de 2016,⁴² foram propostos.

Em linhas gerais, os PLs se dividem entre a tipificação da conduta no Código Penal (CP, Lei 2.848/40) ou na Lei Maria da Penha (Lei 11.340/06), que dispõe sobre violência contra a mulher no âmbito doméstico e familiar. Os projetos que modificam o CP alternam entre a criminalização no rol de crimes contra a honra, crimes contra a liberdade sexual ou no capítulo dos crimes do ultraje ao pudor, além de comutar penas mais ou menos graves.⁴³

No ano de 2015, todos os projetos de lei foram apensados ao mencionado PL 5555/2013. Após ser aprovado na Comissão de Seguridade Social e Família, o PL seguiu para ser analisado pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, cuja

40 Em 2005, a jornalista Rose Leonel teve suas imagens íntimas divulgadas por seu ex-companheiro. Rose fundou a ONG Marias da Internet para dar apoio psicológico e jurídico a mulheres que foram vítimas de crime cibernético. Mais informações sobre o caso e sobre a ONG disponíveis em: <http://www.compromissoeatitude.org.br/o-que-difere-a-pornografia-de-vinganca-dos-outros-crimes-e-a-continuidade-diz-rose-leonel-epoca-16022016/>. Acesso em: set. 2016.

41 VALENTE, Mariana Giorgetti; NERIS, Natália; BULGARELLI, Lucas. *Nem revenge, nem porn...*

42 VALENTE, Mariana Giorgetti; NERIS, Natália; RUIZ, Juliana Pacetta; BULGARELLI, Lucas. *O Corpo é o Código...*P. 122.

43 Uma análise detalhada de todos os projetos de leis propostos até maio de 2016 pode ser encontrada nas páginas 123-131 do livro VALENTE, Mariana Giorgetti; NERIS, Natália; RUIZ, Juliana Pacetta; BULGARELLI, Lucas. *O Corpo é o Código...*

relatora é a Deputada Federal Tia Eron (PRB/BA). Cumpre ressaltar que a articulação da sociedade civil, com destaque à Clínica de Direitos Humanos da Universidade Federal de Minas Gerais (CdH/UFMG), que apresentou recomendação detalhada sobre o tema e a redação da proposta legislativa na Audiência Pública na Comissão Mista de Combate à Violência Contra a Mulher,⁴⁴ resultou em modificações substanciais do anteprojeto. Por exemplo, a conduta foi inserida no rol de crimes contra a dignidade sexual, em oposição à proposta inicial de tipificação enquanto crime contra a honra, retirando o caráter moralizante e inconveniente que a lei poderia adquirir. A alteração do CP abrange casos fora do âmbito doméstico e familiar; evidenciou-se, também, que a prática do crime ocorre ainda que a vítima tenha consentido na captura ou no armazenamento da imagem, a fim de evitar que isso possa ser utilizado como motivo para culpabilizar a vítima e anular o crime durante a aplicação da lei. Cumpre ressaltar a seguinte observação da CIDH:

As instituições judiciais reproduzem com frequência esses padrões socioculturais em suas atuações. Polícias, fiscais, juízes, advogados e outros funcionários judiciais se veem afetados em sua atuação por estereótipos, práticas e presunções, desqualificando atos de violência sexual. Por exemplo, podem examinar um caso de violência sexual centrado-se no histórico e na vida sexual da mulher, na suposta provocação dos fatos por parte da vítima e na sua não virgindade. A CIDH considera que admitir esses estereótipos no interior do poder judicial é uma forma de legitimar e promover a impunidade.⁴⁵

44 Recomendação da Clínica de Direitos Humanos da UFMG sobre o PL 5555/2013. Disponível em: <http://www19.senado.gov.br/sdleg-getter/public/getDocument?docverid=4e23550b-861a-4cce-b9b0-3877413f31e6;1.0>. Acesso em: set. 2016.

45 CIDH. *Acceso a la justicia...* §49. Tradução Livre.

Fato é que, mesmo que a imposição de apenas sanções penais não seja suficiente para coibir integralmente práticas de violação de direitos humanos, a existência de legislação simbólica, principalmente em relação à violência sexual e contra a mulher, tem o condão de minimamente provocar reflexão em torno de referidos padrões socioculturais discriminatórios.

No entanto, mesmo que inexista lei sobre a matéria, os demais poderes e órgãos estatais continuam vinculados à obrigação de adequar suas atividades e decisões às diretrizes de promoção dos direitos humanos, mormente às estabelecidas na esfera do SIPDH. Nessa perspectiva, não se mostra cabível, por exemplo, o seguinte conteúdo de decisão judicial sobre disseminação não consensual de imagens íntimas:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL – CORPO FEMININO - FOTOS DE PARTES ÍNTIMAS – DIVULGAÇÃO PELA INTERNET - **AUTORIA INCERTA** – DANOS MORAIS - DEVER DE INDENIZAR - **PARTICIPAÇÃO EFETIVA DA VÍTIMA** – INDENIZAÇÃO DIMINUÍDA.

A vítima dessa divulgação foi a autora embora tenha concorrido de forma bem acentuada e preponderante. Ligou sua webcam, direcionou-a para suas partes íntimas. Fez poses. Dialogou com o réu por algum tempo. Tinha consciência do que fazia e do risco que corria. [...]

Dúvidas existem quanto a moral a ser protegida.

Moral é postura absoluta. É regra de postura de conduta - Não se admite sua relativização. Quem tem moral a tem por inteiro.

A autora ao se exibir daquela forma sabia de possibilidade da divulgação [...]

Quem ousa posar daquela forma e naquelas circunstâncias tem um conceito moral diferenciado, liberal. Dela não cuida. Irrelevantes para avaliação moral as ofertas modernas, virtuais, de exibição do corpo nu. A exposição do nu em frente a uma webcam é o mesmo que estar em público.⁴⁶ (Grifos nossos)

A permanência de atos estatais que reiteram a inferiorização da mulher e, por conseguinte, reproduzem violações de direitos, denota que a não adoção de medidas capazes de transformar práticas jurídicas e costumeiras obstaculiza a efetivação de garantias fundamentais. É nesse sentido que o controle de convencionalidade visa não somente à conformidade de normativas internas a padrões internacionais de proteção de direitos humanos, mas à gradual consolidação de uma cultura em torno desses direitos, a começar pela estrutura estatal.

Conclusão

O cumprimento das obrigações internacionais, especialmente em matéria de direitos humanos, requer o concurso dos órgãos internos dos Estados, que são chamados a aplicar as normas mais protetivas, sejam elas internas ou internacionais. Nessa perspectiva, o objetivo da eficácia irradiante da CADH nos Estados-Parte é gerar um controle dinâmico e complementar das obrigações convencionais – entre autoridades internas e instâncias internacionais, de forma que os critérios de decisão possam ser conformados e adequados entre si.

46 BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. 16ª Câmara Cível. Apelação Cível Nº 1.0701.09.250262-7/001. Des. Relator: José Marcos Rodrigues Vieira. Diário de Justiça Eletrônico, Belo Horizonte, 27 jun. 2014.

Assim, um devido controle de convencionalidade, com conseqüente adequação do ordenamento jurídico e das práticas internas aos padrões convencionais, certamente, contribui não apenas para a otimização da proteção dos direitos humanos, inclusive com vistas à alteração de costumes discriminatórios, mas também para o descongestionamento do Sistema Interamericano, uma vez que demandas que seriam levadas à instância regional passam a ser solucionadas no âmbito nacional. O controle de convencionalidade constitui, portanto, mecanismo de promoção dos direitos humanos e de efetivo acesso à justiça, seja já no âmbito nacional, seja na esfera interamericana.

Control de constitucionalidad y control de convencionalidad: interacción, confusión y autonomía. Reflexiones desde la experiencia francesa

*Luis-Miguel Gutiérrez Ramírez**

Introducción

El control de convencionalidad se ha convertido en un instrumento ampliamente conocido, citado y discutido en los ámbitos académicos y judiciales latinoamericanos. El éxito de lo que algunos califican con entusiasmo como la “doctrina del control de convencionalidad”¹ puede medirse, casi de manera proporcional, con el número cada vez más importante de conferencias, congresos, artículos, libros y sentencias judiciales –tanto internas como interamericanas– que giran en torno a esa temática². Hay que decir sin embargo que, luego de 10 años de existencia, el control de convencionalidad latinoamericano sigue siendo una “*doctrina*” en construcción; que no ha dejado

* Profesor asistente (vacataire) y candidato a Doctor en Derecho de la Universidad Toulouse 1 Capitole (Francia). Abogado de la Universidad Católica de Colombia y Magister en Derecho Público por la Universidad Toulouse 1 Capitole. Secretario General Adjunto de la Sección Francesa del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional.

1 Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Conventionality Control: The New Doctrine of the Inter-American Court of Human Rights”, 109 *AJIL Unbound*, 2015, pp. 93-99.

2 El estado de la discusión es conocido en Francia gracias al importante trabajo de la Profesora Laurence Burgogues-Larsen, “Chronique d’une théorie en vogue en Amérique Latine. Décryptage du discours doctrinal sur le contrôle de conventionalité”, *Revue française de droit constitutionnel*, n° 100, 2014/4, pp. 831-863.

de suscitar ciertos problemas de implementación³ y serias confusiones de tipo conceptual.

En efecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos anuncia por primera vez⁴ y en términos ambiguos, “*una especie*” de control de convencionalidad en la sentencia *Almonacid Arellano y otros contra Chile* del 26 de septiembre de 2006. Desde entonces, el Tribunal ha “perfeccionado” la formulación de dicho control, de manera poco consistente –hay que decirlo–⁵, hasta afirmar que “todas las autoridades y órganos de un Estado Parte en la Convención tienen la obligación de ejercer ex officio un control de convencionalidad”⁶. El amplio alcance asignado por la Corte Interamericana al control de convencionalidad explica el grado de importancia capital que dicho instrumento ha alcanzado en nuestro continente⁷. Sin embargo, la marca de origen impuesta

3 Dulitzky, Ariel, “The Constitutionalization of International Law in Latin America. An Alternative Approach to the Conventionality Control Doctrine”, *AJIL Unbound*, Vol. 109, 2015, pp. 100-108.

4 El origen del instrumento se encontraría en algunos votos del juez García Ramírez emitidos desde el año 2003. Al respecto, Hitters, Juan Carlos, “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación (criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)”, *Revista Estudios Constitucionales*, Año 7, n° 2, 2009, pp. 110 y ss; García Ramírez, Sergio, “El control judicial interno de convencionalidad”, *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, Año V, n° 28, 2011, pp. 123-159.

5 Al respecto, Castilla Juárez, Karlos, “¿Control interno o difuso de convencionalidad? Una mejor idea: la garantía de tratados”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. XIII, 2013, pp. 51-97; y “Control de convencionalidad interamericano: una mera aplicación del derecho internacional”, *Revista Derecho del Estado*, n° 33, Bogotá, 2014, pp. 149-172.

6 Corte IDH, *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*, sentencia de 28 de agosto de 2014, párr. 497; *Caso Rochac Hernández y otros vs. El Salvador*, sentencia de 14 de octubre de 2014, párr. 213.

7 Leonardo García Jaramillo plantea por ejemplo que estamos en un momento de transición: “De la ‘constitucionalización’ a la ‘convencionalización’ del ordenamiento jurídico. La contribución del *ius constitutionale commune*”, *Revista*

por su creadora, junto con las consecutivas reformulaciones que han sido efectuadas por ésta, se han convertido paradójicamente en la mayor dificultad para comprender el alcance del control interamericano de convencionalidad.

La doctrina y la propia jurisprudencia de la Corte Interamericana han diferenciado dos niveles de control de convencionalidad. En primer lugar, un control concentrado de convencionalidad que estaría a cargo de la Corte Interamericana (órgano controlador), quien es competente para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de la Convención Americana (parámetro principal de control). En ese marco, el objeto de control es el comportamiento –por acción y/o por omisión– de un Estado parte que haya reconocido la competencia contenciosa de la Corte, de acuerdo al artículo 62.3 CADH (norma jurídica de habilitación). Dicho control de convencionalidad se justifica además en los principios del derecho internacional general de buena fe y *pacta sunt servanda* (art. 26), así como en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, según el cual “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”⁸.

Es necesario aclarar que el control concentrado de convencionalidad no se plantea con la finalidad de resolver conflictos normativos que pudieran existir entre normas de derecho interno y de derecho internacional. En efecto, las normas de derecho interno, sin importar su jerarquía –constitucional, legislativa o reglamentaria–, son analizadas en sede internacional como simples hechos atribuibles al Estado. Por esa razón, la Corte Interamericana puede declarar la incompatibilidad de

Derecho del Estado, n° 36, Bogotá, 2016, pp. 131-166.

8 Al respecto, Corte Internacional de Justicia, Avis du 26 avril 1988, Accord de siège États Unis-Onu.

cualquier norma jurídica interna, incluso de disposiciones constitucionales, siempre que se constate un incumplimiento de los estándares convencionales. Por esa misma razón, la Corte Interamericana no tiene facultad para invalidar o declarar la anulación o la expulsión del ordenamiento jurídico interno de una norma declarada inconvencional.

En segundo lugar, un control difuso de convencionalidad tendría lugar en el ámbito interno de cada Estado Parte a la CADH. Este mecanismo ha sido definido por la doctrina “como el acto de control que efectúa el juez nacional en cuanto a la conformidad de la norma interna respecto de la norma internacional”⁹. Un planteamiento teórico de la noción nos permite identificar cinco elementos conceptuales necesarios a todo control de convencionalidad: un verbo-acción (controlar), un sujeto (órgano controlador), un parámetro de control (la convencionalidad), un objeto de control y una norma jurídica de habilitación. En la práctica, dichos elementos no son fáciles de encontrar en ciertos ordenamientos jurídicos nacionales. La jurisprudencia de la Corte Interamericana ha intentado precisarlos, pero de manera poco clara y bastante deficientemente.

El aspecto en apariencia menos problemático es el parámetro de control, el cual se encuentra definido explícitamente en la misma denominación del instrumento (de convencionalidad). Sin embargo, hay que anotar que, según la jurisprudencia supranacional, se “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”¹⁰.

9 Aguilar Cavallo, Gonzalo, “El control de convencionalidad. Análisis en derecho comparado”, *Revista Direito GV*, Sao Paulo, 9 (2), 2013, p. 721.

10 Existe un fuerte debate sobre el carácter vinculante de la jurisprudencia interamericana, el cual no será abordado en esta presentación. Al respecto, Hitters, Juan Carlos, “¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y

Adicionalmente, la Corte ha extendido el parámetro de convencionalidad a otros tratados de derechos humanos ratificados por el Estado¹¹ y a las opiniones consultivas dictadas por ella en función del artículo 64 de la CADH¹².

La determinación de los otros elementos genera mayores dificultades. En cuanto al sujeto-controlador, la Corte Interamericana erige como órgano de control, en un primer momento, a los órganos del Poder Judicial (jueces y tribunales internos)¹³; más adelante “a las autoridades judiciales”¹⁴ en sentido amplio; luego a los “jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles”¹⁵; finalmente,

de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de constitucionalidad y convencionalidad)”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, n° 10, 2008, pp. 131-156; Vitolo, Alfredo, “Una novedosa categoría jurídica: el ‘querer ser’. Acerca del pretendido carácter normativo *erga omnes* de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Las dos caras del ‘control de convencionalidad’”, *Pensamiento Constitucional*, n° 13, 2013, pp. 357-380.

- 11 Corte IDH, *Caso Gudiel Álvarez y otros (“Diario Militar”) vs. Guatemala*, sentencia de 20 noviembre de 2012, párr. 330.
- 12 Corte IDH, Opinión Consultiva OC-21/14 del 19 de agosto de 2014: *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, párr. 31.
- 13 Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, sentencia de 26 de septiembre de 2006, párr. 124; *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, sentencia de 24 de noviembre de 2006, párr. 128.
- 14 Corte IDH, *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, sentencia de 26 de noviembre de 2010, párr. 233; *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile*, sentencia de 29 de mayo de 2014, párr. 436, 461 y 464.
- 15 Corte IDH, *Caso Liakat Ali Alibux vs. Surinam*, sentencia de 30 de enero de 2014, párr. 151; *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*, sentencia de 28 de agosto de 2014, párr. 311.

a “todas las autoridades estatales”¹⁶, es decir, a “*todos los poderes y órganos estatales en su conjunto*”¹⁷. Sin ninguna duda, la variación en el sujeto-controlador (¿quién debe ejercer el control de convencionalidad?) tiene consecuencias muy importantes sobre la naturaleza de su acción. Sabemos que, por lo general, los jueces conocen de casos relacionados con el comportamiento de las personas (privadas, jurídicas o estatales) teniendo como parámetro las normas en vigor dentro de un ordenamiento jurídico. Sin embargo, la adecuación del comportamiento a esas normas por iniciativa propia de los individuos (¡efectividad de la norma!) difícilmente podría catalogarse como un “control” de su acción. En ánimo de discusión, podríamos hablar de un “autocontrol” de convencionalidad que, en el caso de un acto no consumado (intención), no tendría consecuencias jurídicas evidentes; o, en el caso de un acto ya consumado contrario a las disposiciones convencionales, el agente no se liberaría automáticamente de las consecuencias jurídicas de su acción, a pesar de un arrepentimiento o incluso de un esfuerzo de reparación.

Adicionalmente, hay que subrayar que la posibilidad de ejercer un control de convencionalidad por parte de las autoridades estatales debe estar prevista en una norma de habilitación. En efecto, el ejercicio de un control (de un acto externo a sí mismo) es una prerrogativa que debe estar sustentada, en el marco de un Estado de Derecho, por una norma jurídica. Esta es quizás la principal dificultad que enfrenta la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos debido a que no existe, en ningún ordenamiento jurídico interamericano, una norma que habilite expresamente el ejercicio de un control difuso de

16 Corte IDH, *Caso Gelman vs. Uruguay*, supervisión de cumplimiento de Sentencia, resolución de 20 de marzo de 2013, párr. 66.

17 Corte IDH, *Caso Rochac Hernández y otros vs. El Salvador*, sentencia de 14 de octubre de 2014, párr. 213.

convencionalidad. Además, el posicionamiento supranacional de la Corte Interamericana no le permite desconocer la configuración propia de cada sistema jurídico de los Estados Partes que están sometidos a su jurisdicción, ni crear por vía jurisprudencial una obligación que no se encuentra prevista en la Convención Americana, mucho menos establecer *ex nihilo un procedimiento o una acción de convencionalidad en derecho interno*¹⁸.

Por esta razón, la Corte Interamericana insiste reiteradamente en que el control difuso de convencionalidad debe ser ejercido por las autoridades nacionales *ex officio*, aunque “*evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes*” (valga la pena resaltar la contradicción interna de ese argumento). La Corte Interamericana parece estar encerrada en un razonamiento circular que se explica, en parte, por la finalidad y el objeto de control que le asigna a dicho instrumento: el control de convencionalidad sería un mecanismo para evitar la responsabilidad internacional del Estado por la violación de una obligación establecida en la Convención¹⁹. En ese sentido, dice la Corte refiriéndose a los Estados Partes bajo su jurisdicción, que “todas sus autoridades públicas y todos sus órganos, incluidas las instancias democráticas, jueces y demás órganos vinculados a la

18 En ese sentido, disintimos de la posición del profesor Manuel Fernando Quinche, para quien el control de convencionalidad establecido por la Corte Interamericana se convierte en una “obligación [que] modifica de plano el oficio de los jueces internos, en la medida que al lado de los controles de legalidad y constitucionalidad, deberán también ejercer control de convencionalidad sobre los casos que lleguen a su conocimiento”. En: “El control de convencionalidad. Como control normativo y no como control simplemente erudito o formal”, *Derecho Procesal Constitucional*, Velandia, Eduardo (Dir.), 2015, p. 669.

19 Al respecto ver, Vio Grossi, Eduardo, “Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: ¿del control de convencionalidad a la supranacionalidad?”, *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, Año XXI, Bogotá, 2015, p. 99 y ss.

administración de justicia en todos los niveles, están obligados por el tratado, por lo cual deben ejercer [...] un control de convencionalidad tanto en la emisión y aplicación de normas, en cuanto a su validez y compatibilidad con la Convención, como en la determinación, juzgamiento y resolución de situaciones particulares y casos concretos”²⁰.

La concepción –extremadamente– amplia del control difuso de convencionalidad ha generado fuertes críticas doctrinales en el sentido de que dicho “*falso*” control sería tan sólo una traducción inadecuada de la obligación de honrar las disposiciones convencionales que los Estados se han comprometido a respetar al firmar y ratificar la Convención Americana²¹. Adicionalmente, hay que anotar que la pretensión preventiva del control difuso de convencionalidad es limitada y su efectividad tendría que ser verificada en el marco de un control concentrado de convencionalidad en sede interamericana. En efecto, un Estado parte puede violar la Convención Americana incluso luego, y posiblemente como consecuencia, de haber realizado un control difuso de convencionalidad defectuoso porque no conforme con los tratados de derechos humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

Nos parece entonces que la concepción inicial del control difuso de convencionalidad, tal como fue planteada por la Corte en el año 2006, que ponía en cabeza de los jueces nacionales dicha función, era menos problemática. Hay que recordar que en ese entonces, la Corte Interamericana incitaba exclusivamente al Poder Judicial nacional a controlar la aplicación de las

20 Corte IDH, *Caso Gelman vs. Uruguay*, supervisión de Cumplimiento de Sentencia, resolución del 20 de marzo de 2013, párr. 69.

21 Castilla Juárez, Karlos, “Control de convencionalidad interamericano: una mera aplicación del derecho internacional”, *Revista Derecho del Estado*, n° 33, Bogotá, 2014, pp. 149-172.

disposiciones de derecho interno de conformidad al derecho interamericano. En palabras de la Corte, se debe ejercer un control de convencionalidad “entre las normas internas y la Convención Americana”. De esta manera, y al contrario del control concentrado de convencionalidad, el control difuso tendría como objetivo específico resolver conflictos normativos entre normas internas y convencionales, a favor de éstas últimas, para “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”²².

Es al parecer por esta razón (resolver conflictos normativos) que la propia Corte Interamericana hace una relación, desafortunada desde nuestro punto de vista, entre el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad al afirmar que “los órganos del poder judicial deber ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también ‘de convencionalidad’ *ex officio*”²³. La confusión entre estos dos instrumentos de control sigue siendo alimentada por la Corte en su jurisprudencia reciente al afirmar que “la Convención Americana no impone un modelo específico para realizar un control de constitucionalidad y convencionalidad”²⁴. La pregunta que surge de inmediato, y que

22 Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, sentencia de 26 de septiembre de 2006, párr. 124; *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, sentencia de 24 de noviembre de 2006, párr. 128.

23 Corte IDH, *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, sentencia de 24 de noviembre de 2006; *Caso Boyce y otros vs. Barbados*, sentencia de 20 de noviembre de 2007; *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*, sentencia de 12 de agosto de 2008, párr.180; *Caso Radilla Pacheco vs. México*, sentencia de 23 de noviembre de 2009, párr. 339; *Caso Fernández Ortega y otros. vs. México*, sentencia de 30 de agosto de 2010, párr. 236; *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*, sentencia de 31 de agosto de 2010, párr.219.

24 Corte IDH, *Caso Liakat Ali Alibux vs. Surinam*, sentencia de 30 de enero de 2014, párr. 124.

motiva nuestra reflexión, es de saber qué relación existe entre el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad. ¿Por qué razón tanto la doctrina como la jurisprudencia interamericana asocian íntimamente dichos controles?²⁵. Parece como si existiera una confusión conceptual entre el alcance y la interacción entre dos instrumentos que son cercanos en su modo operativo pero, en realidad, de naturaleza y finalidad muy diferentes.

Para responder a dicha problemática, nuestro análisis se enmarca en la experiencia francesa; aclarando de inmediato que no se pretende erigirla como un modelo a seguir, sino tan sólo presentar algunos elementos de reflexión que puedan contribuir a la discusión en Latinoamérica. La tesis que pretendemos defender es que los dos controles (convencionalidad y constitucionalidad) son totalmente independientes y que el juez de la constitucionalidad no puede ser, desde un punto de vista formal, el mismo juez de la convencionalidad.

Como aspecto preliminar, hay que tener en cuenta que la Corte Europea de Derechos Humanos no ha establecido la obligación de ejercer un control interno o difuso de convencionalidad. En Europa, el origen de este instrumento es exclusivamente nacional, lo que facilita sin duda su análisis a la luz de las especificidades de cada ordenamiento jurídico nacional. Concretamente en Francia, el control de convencionalidad surgió a mediados de los años 1970, cuando el Consejo Constitucional debía resolver un litigio que oponía la ley de interrupción voluntaria del embarazo

25 Por ejemplo, Sagüés, Néstor, “Desafíos del derecho procesal constitucional con relación al control de convencionalidad”, *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, 5 (1), 2013, pp. 14-20; Jinesta, Ernesto, “Control de convencionalidad ejercido por los Tribunales y Salas Constitucionales”. En: *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, Ferrer Mac-Gregor Eduardo (coord.), Funda, México, 2012.

(IVG) al artículo 2 de la Convención Europea de Derechos Humanos (derecho a la vida). En su decisión n° 74-54 DC del 15 de enero de 1975, el juez constitucional se declaró incompetente para controlar la convencionalidad de la ley, conduciendo a los tribunales ordinarios (judiciales y administrativos) a conocer y resolver dichos litigios²⁶. Esta situación se explica teniendo en cuenta una distinción estricta del parámetro de control y la finalidad de cada instrumento (1.), lo cual sirve para determinar la competencia del órgano controlador (2.).

1. El parámetro de control y su finalidad

El control de convencionalidad y el control de constitucionalidad tienen un parámetro de control diferente y un objetivo o finalidad propia. Mientras el primero busca asegurar la primacía convencional (1.1), el segundo se encarga de hacer realidad la supremacía constitucional (1.2).

26 El Consejo Constitucional francés ha mantenido su jurisprudencia: Décisions n° 77-83 DC du 20 juillet 1977, ct 6; n° 77-92 DC du 18 janvier 1978, ct 3; n° 80-116 DC du 17 juillet 1980, ct 7; n° 86-216 DC du 3 septembre 1986, ct. 6; n° 89-268 DC du 29 décembre 1989, cts 79 et 85; n° 91-293 DC du 23 juillet 1991, ct 5; n° 91-294 DC du 25 juillet 1991, ct 60; n° 93-321 DC du 20 juillet 1993, ct 37; n° 96-375 DC du 9 avril 1996, ct 9; n° 98-399 DC du 5 mai 1998, ct 11; n° 98-400 DC du 20 mai 1998, ct 4; n° 98-405 DC du 29 décembre 1998, cts 15, 22 et 34; n° 99-416 DC du 23 juillet 1999, ct 16; n° 2006-535 DC du 30 mars 2006, cts 27 et 28. Decisiones citadas por Dutheillet de Lamothé Olivier, “Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité”. En : *Mélanges en l’honneur de Daniel Labetoulle*, Dalloz, Paris, 2007.

Es importante anotar que la discusión en la doctrina francesa sigue abierta. Algunos autores reclaman la fusión entre el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad *e.g.* Grewe, Constance, “Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité: à la recherche d’une frontière introuvable”, *Revue française de droit constitutionnel*, n° 100, 2014/4, pp. 961-970. Sin embargo, el Consejo Constitucional ha mantenido la distinción en su jurisprudencia reciente: Decisión n° 439 del 25 de enero 2015, *Déchéance de nationalité*, cons. 7.

1.1 La primacía convencional

Las relaciones entre los órdenes normativos nacional e internacional han sido, desde comienzos del siglo XX, uno de los núcleos centrales de las discusiones doctrinales en Europa y, de manera reciente, en América. Hoy en día, las fronteras entre los sistemas jurídicos internacional, regional, nacional, federal y local tienden a difuminarse y sus influencias recíprocas evidencian un alto grado de porosidad de los diferentes niveles de producción y aplicación del derecho. Sin ninguna duda, este fenómeno ha generado algunas dudas en mantener aquellas doctrinas “clásicas” sobre la interacción entre derecho interno y derecho internacional, concretamente las concepciones dualistas²⁷ y monistas²⁸ en sus diferentes versiones. Un cierto inconformismo académico ha llevado a desarrollar nuevas categorías analíticas, bajo teorías heterárquicas o multinivel²⁹, que pretenden dibujar una imagen más acorde a la situación observada. La diversidad de aproximaciones para analizar un mismo fenómeno conduce necesariamente a conclusiones también diversas. El posicionamiento teórico del observador determina de alguna manera el objeto observado.

Desde el punto de vista del derecho internacional, los tratados, pactos y convenciones tienen, en principio, vocación de primacía frente a cualquier otra norma jurídica³⁰. En efecto, un sistema

27 Triepel, Heinrich, “Les rapports entre le droit interne et le droit international”, *RCADI*, v. I, 1923, pp. 73-121.

28 Kelsen, Hans, “Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public”, *RCADI*, 1926, v. 4, pp. 227-331.

29 Por ejemplo, Ost, François y Van De Kerchove, Michel, *De la pyramide au réseau?, pour une théorie dialectique du droit*, Publication des facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2002, 480 p.; Delmas-Marty, Mireille, *Le pluralisme ordonné*, Seuil, Paris, 2006, 304 p.

30 Salvo cuando se trata de una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) que, según el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969, es “una

regional de derechos humanos (e.g. africano, americano, europeo) o de integración económica (e.g. Unión Europea) no puede construirse sin imponerse decididamente a cualquier otro tipo de norma, provenga ésta del derecho interno o incluso del mismo derecho internacional. El consentimiento del Estado al firmar y ratificar un tratado internacional implica necesariamente que el comportamiento de sus autoridades estatales estará dirigido a respetarlo. Sin embargo, el Estado tiene una libertad casi total al momento de determinar la manera en que sus compromisos serán honrados. Ninguna norma de derecho internacional pretende erigirse como norma suprema del ordenamiento jurídico interno, de donde emanaría la validez de todas las otras normas, función que cumple la Constitución nacional. En ese sentido, el derecho internacional no tiene una vocación de máxima jerarquía sino un interés de efectividad. Poco importa si el tratado se ubica en la más baja esfera de la pirámide normativa estatal, lo esencial es que el Estado cumpla con sus obligaciones internacionales.

Es desde el punto de vista del derecho interno donde la ubicación jerárquica del derecho internacional tiene consecuencias significativas para poder decidir conflictos normativos. Las metareglas de resolución de esos conflictos implican criterios de temporalidad (*lex posterior derogat priori*), de especialidad (*specialia generalibus derogant*) y de jerarquía. De esta manera, si los tratados se ubican en el nivel de las leyes, existe la posibilidad³¹ de que una ley posterior contraria al tratado

norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario, y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de Derecho Internacional general que tenga el mismo carácter”.

31 A menos que una norma específica establezca otra solución. Por ejemplo, el artículo 144 de la Constitución de El Salvador de 1983 indica que “los tratados internacionales celebrados por el Salvador [...], constituyen leyes de la República al entrar en vigencia”. Sin embargo, “La ley no podrá modificar o derogar lo

se imponga a éste. Si por el contrario, el tratado se ubica en un nivel supralegal, el tratado impondrá su superioridad por sobre las normas inferiores que les sean contrarias.

En Francia, el Consejo Constitucional dejó claro en su decisión IVG de 1975 que, según el artículo 55 de la Constitución de 1958, los tratados internacionales tienen una autoridad superior a la ley, pero no alcanzan una jerarquía constitucional. En ese sentido, “una ley contraria al tratado no sería, por tanto, contraria a la constitución”³². Esta distinción es clave para diferenciar la primacía convencional de la supremacía constitucional.

1.2 La supremacía constitucional

La recepción del derecho internacional en el ámbito nacional hace que los tratados internacionales dejen de ser derecho extranjero y se conviertan en derecho interno. La libertad de configuración en manos de los Estados permite que el derecho internacional tenga una fuerza normativa específica en cada orden jurídico nacional. Es así que los tratados internacionales pueden pasar del estatus legal, al nivel supra legislativo o incluso constitucional. Los Estados pueden también decidir diferenciar la fuerza normativa de los diferentes tratados internacionales según su materia. En América Latina, por ejemplo, existen algunos países que han optado por constitucionalizar el derecho internacional de los derechos humanos.

En Argentina, la reforma constitucional de 1994 incorporó ciertos tratados de derechos humanos a la Constitución (art.

acordado en un tratado vigente para El Salvador. En caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalecerá el tratado”.

32 Consejo Constitucional francés, decisión n° 74-54 DC del 15 de enero de 1975 (IVG).

75.22). En Venezuela, el artículo 23 de la Constitución de 1999 establece que “los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos [...] tienen jerarquía constitucional”. En Colombia, la Corte Constitucional³³, utilizando, y transformado de paso, la doctrina francesa del bloque de constitucionalidad³⁴, integra al parámetro de constitucionalidad los tratados y convenios internacionales que reconocen derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción así como las reglas del derecho internacional humanitario, a partir de los artículos 93 y 214.2 de la Constitución de 1991. De esta manera, la constitucionalización del derecho internacional (de los derechos humanos)³⁵ permite que éste sea investido de la supremacía constitucional, por lo cual ninguna norma de derecho interno de nivel inferior puede serle contraria. En ese último caso, la norma puede ser declarada inconstitucional y, en consecuencia, ser expulsada del ordenamiento jurídico o, en su defecto, no ser aplicada en un caso concreto. De manera análoga al derecho internacional, la Constitución busca garantizar su efectividad imponiéndose a cualquier otra norma del ordenamiento jurídico. Sin embargo, contrariamente al derecho internacional, la Constitución se presenta como una norma suprema para poder fundar así la validez de todo el ordenamiento jurídico nacional³⁶.

33 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-225 de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

34 Ver, Denizeau, Charlotte, *Existe-t-il un bloc de constitutionnalité*, Paris, LGDJ, 1997, 162 p.

35 Esta opción es excepcional en Europa: *i.g.* en Bosnia y Herzegovina, la Constitución de 1995 (anexo IV al Acuerdo de Dayton) establece en su artículo II.2 que “los derechos y libertades estipuladas en la Convención Europea para la protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales y sus protocolos son directamente aplicables en Bosnia y Herzegovina. Esas reglas tienen primacía sobre la otras leyes”.

36 Es el concepto de validez de Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, 2e éd., trad. Charles Eisenmann, Paris- L.G.D.J., Bruylant, Bruxelles, 1962, p. 193 et s.

Por esa razón, la incorporación del derecho internacional en el rango constitucional es muy útil para resolver conflictos normativos frente a normas de rango infraconstitucional.

En ese marco funcional, algunos países han optado por incorporar cláusulas que exigen que la Constitución nacional sea interpretada conforme al derecho internacional de los derechos humanos. Por ejemplo, en Colombia, el artículo 93 de la Constitución establece que “los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derecho humanos ratificados por Colombia”. En el Perú, “las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú” (cuarta disposición final y transitoria de la Constitución de 1993). Recientemente, la nueva Constitución de República Dominicana de 2010 (art. 74.4) y la reforma constitucional en México de 2011 (art. 1), establecen ese tipo de cláusulas de interpretación³⁷.

La apertura de las Constituciones nacionales latinoamericanas al derecho internacional ha permitido que los jueces constitucionales integren en su razonamiento los tratados internacionales de derechos humanos, y en particular, la Convención Americana junto con la jurisprudencia de la Corte Interamericana desde tiempo atrás, incluso mucho antes que dicho Tribunal institucionalizara el control de convencionalidad en 2006³⁸. Sin embargo, hay que señalar que la evidente

37 Estas cláusulas de interpretación existen también en España (art. 10.2 de la Constitución de 1978), en Rumanía (art. 20.1 de la Constitución de 1991) y en Portugal (art. 16.2 de la Constitución de 1976).

38 Al respecto, Gutierrez Ramirez, Luis-Miguel, «Le droit commun interaméricain des droits de l’Homme», In : *L’office du juge constitutionnel face aux exigences*

internacionalización de las Constituciones latinoamericanas no resuelve aquellos conflictos donde se enfrentan disposiciones convencionales y disposiciones constitucionales. Aunque la interpretación conforme de la Constitución puede ser utilizada para evitar o neutralizar esos conflictos, existen casos donde dichas normas pueden ser inexorablemente incompatibles (conflictos de tipo $P(a)$ y $\neg P(a)$). En esos supuestos, la supremacía constitucional derrotaría, en principio, la norma de origen internacional.

No obstante, cuando se considera que las disposiciones en conflicto hacen parte de un mismo nivel jerárquico (bloque de constitucionalidad *stricto sensu*), *dos soluciones podrían vislumbrarse. De un lado, un ejercicio de ponderación mediante el cual el operador jurídico tendría que decidir cuál norma debe ser privilegiada para su aplicación, sin que la primacía convencional esté garantizada ex ante. De otro lado, se podría pensar en la utilización de una (meta)regla que establezca la supraconstitucionalidad de ciertas disposiciones como mecanismo de solución de conflictos normativos en el nivel constitucional.*

Esta última posibilidad ha sido prevista en el artículo 256.I de la Constitución de Bolivia de 2009 según el cual, “los tratados e instrumentos internacionales de derechos humanos que hayan sido firmados, ratificados o a los que se hubiera adherido al Estado, que declaren derechos más favorables a los contenidos en la constitución, se aplicarán de manera preferente sobre ésta”. En ese mismo sentido, el artículo 424 de la Constitución ecuatoriana de 2008 establece que “La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la

Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público”. Esta disposición debe leerse en conjunto con el artículo 417 supremo según el cual, “En el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios pro ser humano, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución”. De esta manera, la soberanía constitucional no impide que se establezca una primacía convencional (como en los ejemplos citados, siempre que la norma sea más favorable al ser humano).

En Francia, esta compleja problemática fue resuelta de manera clara por el Consejo Constitucional desde 1975: al no tener rango constitucional, ni formar parte del bloque constitucional (*lato sensu*), *el derecho internacional no constituye un parámetro de control al momento de garantizar la supremacía de la Constitución. Por esta razón, el control de convencionalidad no puede confundirse con el control de constitucionalidad con base a la competencia del órgano controlador.*

2. La competencia del órgano controlador

En términos de competencia, la supremacía de la Constitución debe ser asegurada por el juez de la constitucionalidad (2.1), mientras que la primacía convencional debe ser garantizada por el juez de la convencionalidad (2.2).

2.1 El juez de la constitucionalidad

El Consejo Constitucional francés afirma en su decisión de 1975 (IVG) que no le pertenece, “cuando él debe intervenir en aplicación del artículo 61 de la Constitución, de examinar la conformidad de una ley a las estipulaciones de un tratado o

de un acuerdo internacional”³⁹. De esta manera, haciendo una interpretación restrictiva de su competencia en el marco del control preventivo (*a priori*) de constitucionalidad, el Consejo Constitucional renuncia a resolver esos conflictos normativos⁴⁰. A una solución similar llega el Tribunal Constitucional español cuando se niega a ejercer un control de convencionalidad de normas nacionales⁴¹. En estos dos casos, los jueces constitucionales rechazan la idea según la cual el incumplimiento del derecho internacional constituye una inconstitucionalidad indirecta, quedando ésta situación por fuera de su competencia.

En sentido contrario, la Corte constitucional italiana se ha apropiado celosamente de la competencia para resolver posibles conflictos normativos que involucren disposiciones de origen internacional. En efecto, la Corte utiliza la teoría de la norma interpuesta mediante la cual un incumplimiento del derecho convencional constituye una transgresión de la Constitución a la luz de sus artículos 11 (en lo relacionado con el derecho de la

39 Consejo Constitucional francés, decisión n° 74-54 DC del 15 de enero de 1975 (IVG).

40 Hay que tener en cuenta que la decisión IVG ha dividido a la doctrina en Francia. Al respecto, ver los argumentos de Guy Carcassonne y Bruno Genevois alrededor de la pregunta, “Faut-il maintenir la jurisprudence issue de la décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975?”, *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, n° 7, Dossier: la hiérarchie des normes, 1999, pp. 93-100 y pp. 101-108.

41 “Ningún tratado internacional recibe del art. 96.1 C.E. más que la consideración de norma que, dotada de fuerza pasiva que el precepto otorga, forma parte del ordenamiento interno; de manera que la supuesta contradicción de los tratados por la leyes o por otras disposiciones normativas posteriores no es cuestión que afecte a la constitucionalidad de éstas y que, por tanto, deba ser resuelto por el Tribunal Constitucional (STC 49/1988, fundamento jurídico 14, *in fine*), sino que, como puro problema de selección del Derecho aplicable al caso concreto, su resolución corresponde a los órganos judiciales en los litigios que conozcan”, Tribunal Constitucional español, sentencia n° 28/1991 del 14 de febrero 1991, fundamento jurídico n° 5.

integración europea⁴²) y 117.1 (en lo relacionado con el derecho de la Convención Europea de Derechos Humanos⁴³).

La ortodoxia para mantener o excluir del ámbito constitucional los conflictos normativos que involucran normas de derecho internacional puede encontrar ciertos límites. En Italia, por ejemplo, como consecuencia del fallo *Simmenthal* del 9 de marzo de 1978, emitido por la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas⁴⁴, los jueces nacionales deben asegurar la primacía de las normas comunitarias dotadas de efecto directo. En otras palabras, los jueces italianos deben ejercer directamente un control de convencionalidad de esas normas sin pasar por la Corte constitucional⁴⁵. En Francia, el Consejo Constitucional establece un tratamiento especial para ciertas normas europeas de derecho derivado. En efecto, interpretando el artículo 88-1, el juez “descubre” la existencia de una obligación constitucional de transposición de las directivas europeas y por lo tanto se declara competente para controlar el respeto de esos actos de derecho derivado por parte de las leyes de transposición en derecho interno, salvo si se comprueba que la directiva de

42 Corte Constitucional italiana, decisión n° 170 del 5 de junio de 1984.

43 Corte Constitucional italiana, decisiones n° 348 y 349 del 24 de octubre de 2007. Ver, Jacquolot, Fanny, “La réception de la CEDH par l’ordre juridique italien: itinéraire du dualisme italien à la lumière du monisme français”, *Revue de Droit Public*, n° 5, 2011, pp. 1235-1254.

44 CJCE, *Administration des finances de l’Etat c/SA Simmenthal*, aff. 106/77, 9 mars 1978, párr. 21: «*tout juge national, saisi dans le cadre de sa compétence, a l’obligation d’appliquer intégralement le droit communautaire et de protéger les droits que celui-ci confère aux particuliers [...]* ».

45 Adicionalmente, algunos autores han identificado avances recientes en lo relativo al derecho convencional europeo de Derechos Humanos: Perlo, Nicoletta, “L’attribution des effets *erga omnes* aux arrêts de la Cour européenne des droits de l’homme en Italie: la révolution est en marche”, *Revue française de droit constitutionnel*, n° 104, 2015/4, pp. 887-910.

referencia es contraria a un principio inherente a la identidad constitucional de Francia⁴⁶.

Debe tenerse en cuenta que la competencia del juez constitucional en los casos antes mencionados se ha forjado a partir de la jurisprudencia. Sin embargo, en otros países europeos, la propia norma suprema nacional otorga al juez constitucional la competencia de controlar la conformidad del derecho interno con relación a los tratados internacionales⁴⁷. En todo caso, hay que precisar que esta competencia se enmarca, formalmente, dentro del control de constitucionalidad y, a pesar de las similitudes evidentes, debe diferenciarse del control de convencionalidad. Efectivamente, la intervención del juez constitucional en ese marco garantiza (parcialmente) la primacía convencional por mandato expreso de la Constitución. Decimos parcialmente, porque difícilmente el juez constitucional podría establecer una supremacía del derecho internacional por sobre su propia Constitución. De lo contrario, en caso de conflicto, el juez constitucional se vería en el dilema de tener que inaplicar la disposición constitucional en razón de su carácter inconvencional, traicionando así el rol que le fue confiado de garantizar la supremacía constitucional.

46 Consejo Constitucional francés, décisions *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, 2004/505 DC du 19 novembre 2004; *Loi pour l'égalité des chances*, 2006-535 DC du 30 mars 2006; *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, 2006-540 DC du 27 juillet 2006; *Loi relative au secteur de l'énergie*, 2006-543 DC du 30 novembre 2006; *Kamel D*, QPC 17 décembre 2010.

47 Por ejemplo, en Hungría, art. 24 y Q.2 de la Constitución de 2011; en Eslovaquia, art. 125 de la Constitución de 1992; en Polonia, art. 193, 188.2 y 188.3 de la Constitución de 1997 y, hasta la revisión constitucional n° 395 del 18 de octubre de 2001, en República Checa, art. 10 y 87.1 de la Constitución de 1992.

2.2 El juez de la convencionalidad

En Francia, la primacía del derecho internacional está a cargo de los jueces ordinarios (judiciales y administrativos) quienes se declaran competentes para inaplicar normas de derecho interno contrarias al derecho internacional. En efecto, en un fallo del 7 de julio de 1973 (antes de la decisión IVG), la Corte de Apelaciones de París había inaplicado un impuesto previsto en el artículo 265 del código de aduanas por considerarlo contrario al artículo 95 del tratado de Roma (*Société des Cafés Jacques Vabre*). Esta decisión fue confirmada por la Sala mixta de la Corte de Casación en una decisión del 24 de mayo de 1975 (luego de la decisión IVG).

Por otro lado, a partir de su decisión del 1 de marzo de 1968, *Syndicat des fabricants de semoules de France*, el Consejo de Estado fue hostil a reconocer la primacía del derecho internacional sobre leyes nacionales posteriores. Un cambio de jurisprudencia tuvo lugar cuando el Consejo de Estado afirmó, de manera implícita, su competencia para controlar la convencionalidad del derecho nacional, en su decisión *Nicolo* del 20 de octubre de 1989. Posteriormente en el fallo *Deprez y Baillard* del 5 de enero de 2005, el Consejo de Estado afirmó claramente que “para la implementación del principio de superioridad de los tratados sobre la ley enunciado en el artículo 55 de la Constitución, incumbe al juez, para la determinación del texto que debe aplicar, de conformarse a la regla de conflicto de normas prevista por ese artículo”.

El control de convencionalidad existe y es practicado por los jueces en Francia para garantizar la primacía del derecho convencional frente al derecho interno. Hay que observar que incluso el Consejo Constitucional se ha declarado competente para ejercer un control de convencionalidad cuando funge

como juez electoral⁴⁸, es decir, cuando actúa por fuera de su competencia de juez de la constitucionalidad. El juez nacional es entonces un juez de convencionalidad de derecho común cuando se trata de aplicar el derecho internacional a casos concretos.

La situación francesa merece dos precisiones adicionales. Por un lado, en cuanto al parámetro de control, la jurisprudencia ha interpretado la primacía consagrada en el artículo 55 de la Constitución como reservada al derecho convencional, dejando por fuera la costumbre internacional⁴⁹. Por otro lado, la jurisprudencia, tanto del Consejo de Estado⁵⁰ como de la Corte de Casación⁵¹ ha fijado como límite del control de convencionalidad la supremacía constitucional. Es decir, el nivel jerárquico del derecho convencional en el orden interno no le permite gozar de una primacía, y mucho menos, de una supremacía por sobre la Constitución nacional⁵². La divergencia de aproximación entre los jueces supranacionales europeos y los jueces internos franceses se explica, según Louis Dubouis, desde un punto de

48 Consejo Constitucional francés, décisions n° 88-1082/1117 AN du 21 oct. 1988; n° 88-1113 AN du 8 nov. 1988; n° 91-1140 SEN du 23 mai 1991; n° 95-2057/2059/2060 AN du 3 mai 1996; n° 97-2250 AN du 29 janv. 1998; n° 2002-2665 AN du 25 juil. 2002; n° 2003-3371/3376 AN du 27 fév. 2003; n° 2003-3371/3376 AN du 27 fév. 2003; n° 2004-3384 SEN du 4 nov. 2004; n° 2007-3451/3452/3535/3536 AN du 12 juil. 2007.

49 Ver, Pellet, Alain, “Vous avez dit ‘monisme’? Quelques banalités de bon sens sur l'impossibilité du prétendu monisme constitutionnel à la française”, In: *L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Economica, Paris, 2006, pp. 829 y 840.

50 Consejo de Estado francés, decisión *Sarran, Levacher et autres*, 30 de octubre de 1998.

51 Corte de Casación francesa, Asamblea plenaria, decisión *Mlle Pauline Fraisse c. Commission administrative de Nouméa*, 2 de junio de 2000

52 Alland, Denis. “Consécration d'un paradoxe: primauté du droit interne sur le droit international. Réflexions à vif à propos de l'arrêt du Conseil d'Etat Sarran, Levacher et autres...”, *Revue française de droit administratif*, 1998, pp. 1094-1104.

vista existencial: “*tenant son investiture de la règle européenne le juge européen ne peut que choisir celle-ci, d’autant plus qu’il en a été érigé en gardien. Pour la raison symétrique, parce que son investiture procède du droit national et en dernière analyse de la Constitution, le juge ne peut qu’accorder la primauté à la règle constitutionnelle*”⁵³.

Así mismo, en términos de competencia, “los jueces ordinarios no pueden controlar la conformidad a la Constitución de las estipulaciones convencionales: ese control está en manos de las autoridades competentes para ratificar o autorizar la ratificación [de los tratados internacionales], y al Consejo Constitucional”⁵⁴ en el marco del control preventivo de constitucionalidad, es decir antes de la ratificación del tratado internacional, según el artículo 54 de la Constitución de 1958.

Conclusión

La experiencia francesa permite diferenciar la primacía convencional de la supremacía constitucional y, al mismo tiempo, saber quién es el juez competente para asegurar cada una de estas funciones normativas. El carácter difuso del control nacional de convencionalidad permite dejar inaplicadas las disposiciones de derecho interno que, en un caso concreto, se muestren contrarias al parámetro de convencionalidad. Esta posibilidad no necesita de la intervención del juez constitucional, debido a que el control no se resuelve bajo un criterio de validez sino de compatibilidad. Este aspecto responde a la lógica del

53 Dubouis, Louis, “Le juge français entre norme constitutionnelle et norme européenne”, in *L’Europe et le droit – Mélanges en hommage à J. Boulouis*, Paris, Dalloz, 1992, p. 214.

54 Maugué, Christine, “Le Conseil Constitutionnel et le droit supranational”, *Revue Pouvoirs*, n° 105, Paris, Le Seuil, 2003, p. 68.

derecho internacional de asegurar su primacía en el ámbito interno, garantizando la efectividad de sus disposiciones y evitando de paso la responsabilidad internacional del Estado. Aunque no exista una norma de habilitación explícita que otorgue al juez ordinario la competencia de ejercer el control de convencionalidad, ésta podría derivarse eventualmente del carácter supralegislativo, aunque infraconstitucional, del derecho internacional, interpretándolo como una metaregla de resolución de conflictos normativos en la aplicación del derecho.

En todo caso, hay que decir que el control interno de convencionalidad parece imperfecto por al menos dos razones. En primer lugar, dicho instrumento no es apto para resolver los problemas normativos que enfrenten a la Constitución nacional con las disposiciones de derecho internacional. Por el momento, no vemos ninguna disposición normativa que habilite al juez interno de convencionalidad a inaplicar su propia Constitución nacional, salvo en los casos donde se reconoce la supraconstitucionalidad. En segundo lugar, el efecto limitado que dicho control tiene en el ámbito interno (e incluso internacional) no permite excluir del ordenamiento jurídico normas declaradas inconvencionales. Aunque dichas normas no se apliquen en un caso concreto, no deja de ser molesto que éstas sigan existiendo en el ordenamiento jurídico nacional. Sin embargo, difícilmente podríamos esperar de un solo instrumento que resuelva todos los problemas que puedan surgir de la interacción entre derecho interno y derecho internacional.

Para terminar, debemos subrayar que la separación estricta entre control de convencionalidad y control de constitucionalidad no le permite al juez constitucional, en algunos ordenamientos jurídicos, jugar un rol protagónico en la implementación del derecho internacional. La dificultad estriba en que, al ser un órgano estatal, éste no podría ser ajeno a los mandatos del derecho

convencional, a riesgo de comprometer con su indiferencia la responsabilidad internacional del Estado al que pertenece. Sin embargo, no hay que olvidar que el juez constitucional dispone de herramientas propias muy importantes para proteger los derechos fundamentales. La intervención del juez nacional no es subsidiaria⁵⁵, como si lo es la labor de los órganos regionales de Derechos Humanos. Por esta razón, la protección progresiva de estos derechos está (y siempre ha estado) en el ámbito nacional y no en el ámbito internacional.

55 En ese sentido, Corte IDH, *Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia*, sentencia de 30 de noviembre de 2012, párr. 142.

El control de convencionalidad y sus desafíos en Ecuador

*Pamela Juliana Aguirre Castro**

Introducción

La interrelación de los jueces y autoridades públicas nacionales con los tribunales internacionales en materia de derechos humanos tiene una dinámica compleja. Precisamente, uno de los pliegues de esa trama interactiva corresponde al control de convencionalidad¹, que ha venido concibiéndose como aquel mecanismo que debe ser ejercitado no solo por jueces internacionales y nacionales, sino también por autoridades públicas locales, a través de la confrontación de disposiciones normativas del derecho nacional, respecto del *corpus iuris* de los derechos humanos.

Con estos antecedentes, es preciso señalar que el control de convencionalidad, no ha sido ajeno al diálogo interjurisdiccional

* Secretaria Técnica Jurisdiccional de la Corte Constitucional del Ecuador, profesora invitada de la Universidad Católica Santiago de Guayaquil, Universidad de Especialidades Espíritu Santo, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador (UASB-E) y Universidad del Azuay. Abogada de los Tribunales de la República del Ecuador. Presea Honorato Vázquez a la mejor egresada, Universidad del Azuay; diploma en Derecho mención Derecho Constitucional, UASB-E; magíster en Derecho mención Derecho Tributario, UASB-E; máster en Argumentación Jurídica, Universidad de Alicante. Doctora en Derecho, Ph.D. por la UASB-E. Doctora Honoris Causa por la Universidad de ICA, Perú.

1 Víctor Bazán, “Control de convencionalidad, aperturas dialógicas e influencias jurisdiccionales recíprocas”, en *Revista europea de derechos fundamentales*, No. 18, ISSN 1699-1524, segundo semestre 2011. Consulta 5 de septiembre de 2016: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/usuario/mxrceho/r16775.pdf>, 67.

que se viene adelantando en el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en adelante SIDH)², concretamente por el desarrollo de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH), lo cual consecuentemente deriva en la necesidad de formular dos temas centrales; el primero relacionado con la evolución del control de convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte IDH, y el segundo atinente a la implementación del control de convencionalidad en los Estados miembros de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH), específicamente en Ecuador.

En este orden de ideas, la presente investigación se ha estructurado de la siguiente manera: la primera parte, atinente a desglosar sumariamente la evolución del *control de convencionalidad* en la jurisprudencia de la Corte IDH, para lo cual se hará referencia, a algunas precisiones dogmáticas para la aplicación del control de convencionalidad desde la jurisprudencia de la Corte IDH; y, a la reflexión sobre la evolución del control de convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte IDH, con el objeto de identificar sus principales características. La segunda parte atinente a la inserción del control de convencionalidad a nivel interno, específicamente en el Ecuador, lo cual permitirá reflexionar sobre el actual estado de la cuestión.

2 “Lo cierto es que este ‘control de convencionalidad’ no sólo se ejercita en el sistema regional correspondiente al área de los derechos humanos, sino también que dicha inspección se cumple desde antiguo en el derecho comunitario, sea por los jueces nacionales como por el propio Tribunal de Luxemburgo”. Juan Carlos Hitters, “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación (criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)”. En: *Estudios constitucionales*, año 7, No. 2, 2009, 112 y 113.

1. Evolución del control de convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte IDH

Previo a examinar las secciones que integran este apartado, resulta preciso determinar que el mecanismo del *control de convencionalidad*, en el marco del SIDH es un instrumento de origen jurisprudencial que la Corte IDH se ha ocupado de construir, con el objeto de edificarlo como una herramienta para garantizar por parte de los Estados miembros de la CADH el efectivo cumplimiento de las obligaciones de respeto, garantía y adecuación de los derechos y libertades contenidas en la citada Convención³, tal y como se desarrollará a continuación.

1.1 Precisiones dogmáticas para la aplicación del control de convencionalidad desde la jurisprudencia de la Corte IDH

Si bien se ha afirmado que el origen del *control de convencionalidad* en el contexto del SIDH se remonta a los desarrollos jurisprudenciales de la Corte IDH, se estima oportuno referir desde el punto de vista dogmático, a cuatro reglas de interpretación del derecho internacional en general, y del derecho internacional de los derechos humanos en particular. Por su importancia⁴, inspiran los métodos de interpretación de la

3 Artículos 1, 2 y 3, *Convención Americana de Derechos Humanos* (1948), arts. 1.1 y 2. Consulta 5 de septiembre de 2016: http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm.

4 Sin perjuicio de reconocer que existen otros autores que se han pronunciado sobre el particular, siguiendo los criterios de *amplitud, actualidad, relevancia y pertinencia y saturación* que proporciona Oscar Sarlo, y que se utilizaron para la elaboración del marco teórico de esta investigación, se concluye que estos cinco referentes, se consolidan como los *autores fuerza* sobre la materia –especialmente por la profundidad con la que abordan los temas y en algunos casos por las reiteradas citas a sus textos por parte de otros autores–. Oscar Sarlo, “El marco

CADH y, en consecuencia la idea recogida por la jurisprudencia interamericana del efectivo cumplimiento de las obligaciones de respeto, garantía y adecuación de los derechos y libertades contenidas en la CADH a través del mecanismo jurisdiccional del *control de convencionalidad*.

1.1.1 Reglas de interpretación del derecho internacional y del derecho internacional de los derechos humanos recogidos por la jurisprudencia de la Corte IDH que inspiran los métodos de interpretación de la CADH

La CADH debe ser interpretada de conformidad con las reglas generales de interpretación que la Convención de Viena⁵ consagra para los tratados internacionales en general⁶, y con las reglas especiales que surgen de su naturaleza misma de ser un tratado sobre derechos humanos, así:

El Presidente de la Corte, el profesor mexicano Sergio García Ramírez, en su Voto Razonado Concurrente a la Sentencia de la Corte de 31 de agosto de 2001 en el *Caso de la Comunidad*

teórico en la investigación dogmática”. En: Christian Courtis ed., *Observar la Ley: Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*, Trotta, Madrid, 2006. Págs. 187-188.

- 5 *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados* (1969). Consulta 5 de septiembre de 2016: <http://www.wipo.int/export/sites/www/wipolex/es/glossary/vienna-convention-es.pdf>.
- 6 “Debe recordarse que los tratados sobre derechos humanos siguen rigiéndose por el derecho internacional, por lo que su incorporación a los ordenamientos jurídicos internos a través de su ratificación, sin perjuicio de la posición jerárquica que puedan ocupar en los mismos, no afecta la manera en que se aplican, interpretan, enmiendan o derogan”. José Pedro Aguirre, *La interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, (2016). Consulta 5 de septiembre de 2016: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/R22853.pdf>, 79.

Mayagna (Sumo) Awas Tingni, declaró que la Corte, en el ejercicio de su jurisdicción contenciosa, está obligada a observar las disposiciones de la Convención y a interpretarlas conforme a las reglas que ella misma previene y a las demás reglas que pudieran ser invocadas conforme al régimen jurídico de los tratados internacionales, que figuran en la Convención de Viena; y que además debe tener en cuenta el principio de interpretación que obliga a considerar el objeto y fin de los tratados (artículo 31.1 de la Convención de Viena), y la regla *pro hómine*, inherente al derecho internacional de los derechos humanos, que conduce a la mayor y mejor protección de las personas, con el propósito último de preservar la dignidad, asegurar los derechos fundamentales y alentar el desarrollo de los seres humanos.

En consecuencia, la Convención debe ser interpretada: i) de buena fe conforme al sentido corriente de sus términos (interpretación gramatical semántica), teniendo en cuenta su contexto (interpretación gramatical semántica e interpretación sistemática) y su objeto y fin (interpretación teleológica o finalista); ii) de manera que se dé eficacia sus disposiciones en su sentido natural u ordinario en el contexto en que ocurren, según su objeto y fin (principio de la efectividad o *effet utile*); iii) de la forma más extensa posible a favor de los seres humanos (interpretación *pro persona*); y iv) de una manera evolutiva (interpretación evolutiva)⁷.

7 Ibid. 86 y 87. Para más información véase las sentencias de la Corte IDH de los casos: *Opinión Consultiva OC-16/99*, de 1 de octubre de 1999; *Opinión Consultiva OC-18/03* de 17 de septiembre de 2003; *de las Masacres de Ituango vs. Colombia*, 1 de julio de 2006. En este caso, la Corte consideró útil y apropiado utilizar otros instrumentos distintos a la Convención, tales como el Convenio No. 29 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Trabajo Forzoso, el Protocolo II de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de conflictos armados de carácter interno y los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos emitidos en 1998 por el Representante del Secretario General de las Naciones Unidas, para interpretar la Convención a la luz de la evolución que ha tenido el derecho internacional de

En virtud de aquello se analizará brevemente cada una de las precitadas reglas de interpretación, con el propósito de constatar al final de su examen, cómo las ha utilizado la Corte IDH desde el plano de la hermenéutica jurídica para darle sustento al mecanismo del control de convencionalidad.

1.1.1.1 La CADH debe ser interpretada de buena fe conforme al sentido corriente de sus términos (interpretación gramatical semántica), teniendo en cuenta su contexto (interpretación gramatical semántica e interpretación sistemática) y su objeto y fin (interpretación teleológica o finalista)

En lo que respecta a esta regla en particular tenemos que la Corte IDH ha determinado:

La Corte ha dicho que la Convención debe interpretarse de buena fe (*pacta sunt servanda*) conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éste y teniendo en cuenta su objeto y fin⁸, lo que puede incluir el examen del tratado en su conjunto, si fuera necesario, y la consideración de los acuerdos e instrumentos formalmente relacionados con él (inciso segundo del artículo 31 de la

los derechos humanos. Consulta 5 de septiembre de 2016: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_148_esp.pdf.

- 8 “El sentido corriente de los términos de un tratado debe relacionarse con su contexto, objeto y fin. La Corte ha considerado que el sentido corriente de los términos ‘... no puede ser una regla por sí misma sino que debe involucrarse dentro del contexto y, en especial, dentro del objeto y fin del tratado’; y que los términos de un tratado internacional de derechos humanos tienen sentido autónomo, por lo que no pueden equipararse al sentido que se les atribuye en el derecho interno”. Aguirre, “La interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, 80.

Convención de Viena), y del sistema dentro del cual se inscribe (inciso tercero del artículo 31 de la Convención de Viena)⁹.

De esta manera, se constata como la consolidación del *control de* convencionalidad tiene como punto de partida la regla de interpretación derivada del principio del *pacta sunt servanda*, en virtud del cual la Corte IDH ha venido expresando que la CADH es un todo integral que debe ser interpretada en su conjunto; y que los órganos del sistema deben garantizar la protección internacional que establece la Convención dentro de la integridad del sistema pactado por los Estados.

1.1.1.2 La CADH debe interpretarse de manera que se dé eficacia a sus disposiciones en su sentido natural u ordinario en el contexto en que ocurren, según su objeto y fin (principio de la efectividad o *effet utile*)

De conformidad con lo señalado por la Corte Internacional de Justicia de la Haya entorno al principio de la efectividad o *effet utile*, los tratados deben interpretarse de manera que se dé eficacia a sus disposiciones en su sentido natural u ordinario en el contexto en que ocurren, según su objeto y fin. Así en la Opinión Consultiva sobre la Competencia de la Asamblea General para la Admisión de un Estado en las Naciones Unidas, el citado tribunal precisó que la función del intérprete está enderezada a dar eficacia a las disposiciones de un tratado en su sentido natural u ordinario en el contexto en el cual ocurren, lo que naturalmente incluye el objeto y el fin, expresado de alguna

9 Ibid., 87. Para más información véase las sentencias de la Corte IDH de los casos: *Caso Tibi vs. Ecuador*, 7 de septiembre de 2004; *Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, 17 de junio de 2005; *de las Masacres de Ituango vs. Colombia*, 1 de julio de 2006; *Opinión Consultiva OC-16/99*, de 1 de octubre de 1999.

manera en el contexto. En este orden de ideas, a este principio de interpretación se le conoce como principio de efectividad¹⁰.

Por su parte la Corte IDH sobre esta regla de interpretación ha señalado:

La Corte proclamó de la siguiente manera el fin último de la Convención: “... *el fin último de la Convención Americana es la protección eficaz de los derechos humanos y, en cumplimiento de las obligaciones contraídas en virtud de la misma, los Estados deben dotar a sus disposiciones de un efecto útil (effet utile), lo cual implica la implementación y cumplimiento de las resoluciones emitidas por sus órganos de supervisión, sea la Comisión y la Corte...*”. Para la Corte, el objeto y fin de la Convención requiere que se interpreten y apliquen sus provisiones de forma tal que los derechos que ella contempla sean práctica y efectivamente protegidos.

El juez Sergio García Ramírez, en su Voto Razonado Concurrente a la Sentencia de la Corte de 31 de agosto de 2001 en el *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*, expresó que el objeto y fin de la Convención se concentran en el reconocimiento de la dignidad humana y de las necesidades de protección y desarrollo de las personas, en la estipulación de compromisos a este respecto y en la provisión de instrumentos jurídicos que preserven aquélla y realicen éstos.

En ese sentido, dicha Corte ha proclamado que las disposiciones de Derecho Interno tienen que ser efectivas, lo que significa que el Estado debe adoptar

10 Corte Internacional de Justicia, *Opinión Consultiva OC-04/84*, de 19 de enero de 1984.

todas las medidas necesarias para que lo establecido en la Convención sea cumplido. Los tribunales internos y los órganos estatales deben asegurar la implementación de la Convención a nivel nacional.

Debe interpretarse la Convención de manera que el régimen de protección de derechos humanos adquiera todos sus efectos propios; su efecto útil (*effet utile*)¹¹.

En este orden de ideas se verifica como la consolidación del control de convencionalidad; también tiene como punto de referencia la regla de interpretación derivada del principio del *effet utile*, en virtud del cual, la Corte IDH ha manifestado que el cumplimiento de las obligaciones de respeto, garantía y adecuación en el SIDH exige además la obligación de un aparato estatal conforme a las normas de derechos humanos, una conducta gubernamental que asegure el *eficaz funcionamiento de dicha estructura*¹². Siguiendo la jurisprudencia de la Corte IDH,

11 Aguirre, “La interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, 88 y 89. Para más información véase las sentencias de los casos: *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, 26 de junio de 1987; *Fairén Garbi y Solís Corrales vs. Honduras*, 26 de junio de 1987; *Godínez Cruz vs. Honduras*, 26 de junio de 1987; *Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*, 29 de marzo de 2006; *Baldeón García vs. Perú*, 6 de abril de 2006; *de las Masacres de Ituango vs. Colombia*, 1 de julio de 2006; *Montero Aranguren y Otros (Retén de Catia) vs. Venezuela*, 5 de julio de 2006; *Montero Aranguren y Otros (Retén de Catia) vs. Venezuela*, 5 de julio de 2006; *Servellón García y Otros*, 21 de septiembre de 2006; *Acevedo Jaramillo y Otros vs. Perú*, interpretación de sentencia, 25 de noviembre de 2006; *Mendoza y Otros vs. Argentina*, medidas provisionales, resolución 22 de noviembre de 2004; *Raxcacó Reyes y Otros*, medidas provisionales, resolución 22 de febrero de 2007; *Opinión Consultiva OC-15/97*, de 14 de noviembre de 1997; *Opinión Consultiva OC-16/99*, de 1 de octubre de 1999.

12 “El profesor Cançado Trindade dijo sobre tal principio lo siguiente: ‘El principio de la efectividad (*ut regis magis valeat quam pereat effect utile*) abarca las normas tanto sustantivas como procesales de los tratados de derechos humanos,

si un Estado manifiesta su intención de cumplir con la CADH, la no derogación de una norma incompatible con ésta y la falta de adaptación de las normas y comportamientos internos por parte de los poderes legislativo y judicial para hacer efectivas dichas normas, determinan que el Estado viole dicho tratado. El hecho de que se trate de leyes internas y que éstas hayan sido adoptadas de acuerdo con lo dispuesto por la Constitución nacional, nada justifica si mediante ellas se violan cualquiera de los derechos o libertades protegidos por la CADH¹³.

1.1.1.3 La CADH debe interpretarse de la forma más extensa posible a favor de los seres humanos (principio *pro persona*)

En este aspecto resulta necesario, previo a examinar esta regla de interpretación en particular, recordar el contenido del artículo 30 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos:

Nada en esta Declaración podrá interpretarse en el sentido de que confiere derecho alguno al Estado, a un grupo o a una persona, para emprender y desarrollar actividades o realizar actos tendientes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamados en esta Declaración¹⁴.

y el carácter objetivo de las obligaciones de protección y la noción de garantía colectiva subyacente a tales tratados tienen primacía sobre restricciones adicionales emanadas del Estado individual...? (...) Deben ignorarse los obstáculos y criterios que impidan o dificulten el despliegue efectivos de las disposiciones de un tratado internacional, de acuerdo con su objeto y fin". Aguirre, "La interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos", 80 y 81.

13 Véase sentencias de la Corte IDH de los casos: *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador*, 12 de noviembre de 1997; *Opinión Consultiva OC-13/93*, de 16 de julio de 1993.

14 *Declaración Universal de Derechos Humanos* (1948). Consulta 5 de septiembre de 2016: <http://www.un.org/es/documents/udhr/>.

De la interpretación de la precitada disposición se colige que no puede interpretarse un tratado de derechos humanos para permitir al Estado, a un grupo o a una persona el desarrollo de actividades o la realización de actos tendientes a la supresión, limitación o exclusión de cualquiera de los derechos y libertades que se proclamen en el tratado de que se trate, en otros tratados en que el Estado sea parte, en las leyes internas del Estado en cuestión, o que sean inherentes al ser humano o que se deriven de la forma democrática representativa de gobierno, ya que:

- a) Las normas sobre derechos humanos deben aplicarse sobre la base del principio *pro persona*. En efecto, éste se relaciona con el artículo 1 de la Convención (obligación de respetar y garantizar los derechos humanos a toda persona sujeta a la jurisdicción del Estado), y el artículo 2 de la misma (deber de adecuar el derecho interno a las normas del Pacto), esto es, con las obligaciones de los Estados de no invocar su derecho interno para incumplir el derecho internacional; y con el principio del efecto útil, según el cual los tratados de derechos humanos están para surtir efectos; para ser cumplidos y aplicados efectivamente por los Estados; y,
- b) El principio *pro persona* es un principio general del sistema interamericano que debe obligar a los órganos del sistema interamericano, y a todos los órganos de aplicación del derecho internacional de los derechos humanos. El sistema existe para los derechos de las personas y no en contra de ellas¹⁵.

15 Fabián Salvioli, “La interpretación *pro homine* y las obligaciones generales de los Estados”. En: *Conferencia dictada el 17 de julio de 2007 durante el XXV Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos, organizado por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 2007. Consulta 5 de septiembre de 2016: http://www.iidh.ed.cr/multic/UserFiles/Biblioteca/IIDH/3_2010/a0c11966-1146-4da5-825b-ce37a26a8a81.pdf.

Con este antecedente, la Corte IDH se ha pronunciado sobre esta regla de interpretación señalando:

Debe recalcar que la Corte ha asentado los siguientes criterios en relación con la aplicabilidad de la norma más favorable para el ser humano: a) si a una situación le son aplicables dos normas distintas, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana; b) si alguna ley del Estado Parte u otro tratado internacional del cual dicho Estado sea parte otorga una mayor protección o regula con mayor amplitud el goce y ejercicio de algún derecho o libertad, el Estado deberá aplicar la norma más favorable para la tutela de los derechos humanos; c) si a una misma situación son aplicables la Convención y otro tratado internacional, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana. Si la propia Convención establece que sus regulaciones no tienen efecto restrictivo sobre otros instrumentos internacionales, tampoco podrán traerse restricciones existentes en esos otros instrumentos, pero no en la Convención, para limitar el ejercicio de los derechos y libertades que ella reconoce¹⁶.

De lo expuesto se deriva que la estructuración del *control de convencionalidad*, también tiene como punto de referencia la regla de interpretación derivada del principio *pro persona*, en virtud del cual la Corte IDH ha venido argumentando que al interpretarse la CADH, debe actuarse de manera tal que no se debilita de ninguna forma el sistema de protección consagrado en el mismo, debiéndose preservar la integridad del mecanismo previsto en el artículo 62.1 de la Convención; mecanismo que no puede subordinarse a restricciones que hagan inoperante el sistema tutelar de los derechos humanos, previsto en la Convención, o la función jurisdiccional de la Corte. (Debe

16 Ibid., 83.

prestarse especial atención a las necesidades de protección del ser humano, destinatario último de las normas contenidas en la Convención)¹⁷.

1.1.1.4 La CADH debe interpretarse de manera evolutiva (principio de interpretación evolutiva)

La orientación según la cual, para la interpretación de la CADH, deben tomarse en cuenta los acuerdos e instrumentos formalmente relacionados con un tratado (inciso segundo del artículo 31 de la Convención de Viena), sino también el sistema dentro del cual se inscribe (inciso tercero del artículo 31 de la Convención de Viena), tiene una particular importancia para el derecho internacional de los derechos humanos, el cual ha avanzado sustancialmente mediante la interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección.

En este orden, la Corte IDH ha señalado:

Cuando la Comisión analiza una denuncia de violación de derechos humanos, ella debe prestar atención a las demás normas pertinentes de derecho internacional aplicables a los Estados miembros, y a la evolución del *corpus iuris gentium* del derecho internacional en materia de derechos humanos a lo largo del tiempo. La evolución del cuerpo del derecho

17 Véase sentencias de la Corte IDH de los casos: *Baena Ricardo y Otros vs. Panamá*, 18 de noviembre de 1999; *de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awastinguí vs. Nicaragua*, 31 de agosto de 2001; *Ricardo Canese vs. Paraguay*, 31 de agosto de 2004; *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, 2 de julio de 2004; *de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, 15 de septiembre de 2005; *de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, 31 de enero de 2006; *López Álvarez vs. Honduras*, 1 de febrero de 2006; *Opinión Consultiva OC-2/82*, de 24 de septiembre de 1982; *Opinión Consultiva OC-04/84*, de 19 de enero de 1984; *Opinión Consultiva OC-6/86*, de 9 de mayo de 1986; *Opinión Consultiva OC-10/89*, de 14 de julio de 1989.

internacional en materia de derechos humanos respecto a la interpretación y aplicación de la Declaración Americana puede extraerse de las disposiciones de otros instrumentos internacionales y regionales de derechos humanos, lo que incluye la Convención, la que puede ser considerada en muchas instancias, junto con sus respectivos protocolos, como el relativo a la abolición de la pena de muerte, representativa de los principios fundamentales establecidos en la Declaración Americana.

Las disposiciones de los instrumentos rectores que conforman el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, incluida la Declaración Americana, deben ser interpretadas y aplicadas en el contexto de los sistemas interamericano e internacional de derechos humanos y en el sentido más amplio a la luz de la evolución del derecho internacional en materia de derechos humanos, ya que tales instrumentos fueron concebidos primero y teniendo debidamente en cuenta otras normas del derecho internacional aplicables a los Estados miembros contra quienes se interpongan debidamente denuncias de violación de derechos humanos¹⁸.

Así, se verifica que la consolidación del *control de convencionalidad*, también tiene como punto de referencia la regla de interpretación derivada del principio de interpretación evolutiva, en virtud del cual la Corte IDH al dar interpretación a un tratado, no sólo toma en consideración los acuerdos e instrumentos formalmente relacionados con éste (inciso segundo del artículo 31 de la Convención de Viena), sino también el sistema dentro del cual se inscribe (inciso tercero de tal artículo); lo cual permite aseverar que el *corpus iuris* del

18 Aguirre, “La interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, 94 y 95.

derecho internacional de los derechos humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales con contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones), cuya evolución dinámica ha ejercido un impacto positivo en el derecho internacional, pues ha afirmado y desarrollado la aptitud de éste para regular las relaciones entre los Estados y los seres humanos en sus respectivas jurisdicciones¹⁹.

En síntesis, a pesar de no haber referido todavía la jurisprudencia interamericana que se encarga de formalizar el mecanismo del *control de convencionalidad* (nos ocuparemos en el siguiente apartado), las reglas de interpretación del derecho internacional y del derecho internacional de los derechos humanos que han sido recogidas por la jurisprudencia de la Corte IDH, y que por supuesto inspiran los métodos de interpretación de la CADH, se consolidan como el *antecedente remoto del control de convencionalidad*, ya que además de reforzar y trazar el rumbo para el efectivo cumplimiento de las

19 Corte IDH, *Caso Suárez Peralta vs. Ecuador*, 21 de mayo de 2013. “En este sentido, la Corte IDH ha señalado en otras oportunidades que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. Asimismo, también ha sostenido que esa interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación establecidas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Al efectuar una interpretación evolutiva, la Corte le ha otorgado especial relevancia al derecho comparado, razón por la cual ha utilizado normativa nacional o jurisprudencia de tribunales internos a la hora de analizar controversias específicas en los casos contenciosos”. Véase también sentencias de la Corte IDH de los casos: “*Niños de la Calle*” (*Villagrán Morales y otros*) vs. *Guatemala*, 19 de noviembre de 1999; *de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*, 08 de julio de 2004; *Tibi vs. Ecuador*, 7 de septiembre de 2004; *de las Masacres de Ituango vs. Colombia*, 1 de julio de 2006; *Bueno Alves vs. Argentina*, 11 de mayo de 2007; *Opinión Consultiva OC-1/82*, de 24 de septiembre de 1982; *Opinión Consultiva OC-10/89*, de 14 de julio de 1989; *Opinión Consultiva OC-16/99*, de 1 de octubre de 1999.

obligaciones de respeto, garantía y adecuación de los derechos y libertades consagrados en la CADH, también fijan las pautas que con posterioridad la Corte IDH irá precisando para referirse a las características particulares del *control de convencionalidad* (noción, sujetos, objeto y clases).

1.2 Evolución del control de convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte IDH: Identificación de sus principales características

Del ejercicio hermenéutico que la Corte IDH ha desarrollado de las reglas de interpretación de la CADH, se desprende la interacción de los principios *pacta sunt servanda*, buena fe, *effet utile* e interpretación evolutiva, en procura de que los Estados cumplan efectivamente las obligaciones de respeto, garantía y adecuación de los derechos y libertades que la inspiran.

A partir de este antecedente, una conclusión que salta a la vista, es que aunque la Corte IDH no se haya referido explícitamente al control de convencionalidad en la jurisprudencia que se inspiró en las reglas de interpretación de la CADH, siempre ha puesto en funcionamiento este mecanismo. No solo verificando que los Estados sean respetuosos de las disposiciones normativas de la CADH, sino también de todo el *corpus iuris* de los derechos humanos.

Sin perjuicio de lo anterior, y como ya se habrá podido advertir, la Corte IDH ha dado un paso más allá para reforzar el cumplimiento de las obligaciones de respeto, garantía y adecuación de la CADH, dedicando importante jurisprudencia para construir el instrumento del control de convencionalidad, buscando que tanto jueces internacionales y nacionales, como

las autoridades públicas locales, a través de la confrontación de disposiciones normativas del derecho nacional y del *corpus iuris* de los derechos humanos, encaminen sus acciones a evitar conductas susceptibles de generar responsabilidad internacional²⁰.

En este orden, a continuación se abordará sumariamente lo que la doctrina²¹ ha catalogado como las *etapas del control de convencionalidad*, lo cual permitirá al final de este apartado dar constancia de las principales características del control de convencionalidad.

20 Bazán, “Control de convencionalidad, aperturas dialógicas e influencias jurisdiccionales recíprocas”, 67.

21 Sin perjuicio de reconocer que existen otros autores que se han pronunciado sobre el particular, nuevamente siguiendo los criterios de *amplitud, actualidad, relevancia y pertinencia y saturación* que proporciona Sarlo, se concluye que estos cinco referentes, se consolidan como los *autores fuerza* sobre la materia –especialmente por la profundidad con la que abordan los temas y en algunos casos por las reiteradas citas a sus textos por parte de otros autores–. Sarlo, “El marco teórico en la investigación dogmática”, 187-188.

Autores fuerza: a) Bazán, “Estimulando sinergias: de diálogos jurisdiccionales y control de convencionalidad”. En: *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, Eduardo Ferrer Mac-Gregor coord., Fundap, Querétaro, 2012, 18; b) Carbonell, “Introducción general al control de convencionalidad”, 75; c) Claudio Nash, *Derecho internacional de los derechos humanos en Chile. Recepción y aplicación en el ámbito interno*, Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile, Santiago de Chile, 2012, 57; d) Corte IDH, “Control de convencionalidad”. En: *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, N.º 7, Corte IDH y Ministerio de Relaciones Exteriores de Dinamarca, San José, s.f.; e) Idrovo, “El control de convencionalidad dentro de la estructura constitucional ecuatoriana: propuesta para su implementación efectiva”, 22-31.

1.2.1 Etapas de evolución del control de convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte IDH y las principales características que se derivan de su reconstrucción

Se puede sintetizar la evolución del *control de convencionalidad* en la jurisprudencia interamericana en cuatro etapas, las cuales se irán reconstruyendo a través de una *línea de tiempo* articulando los distintos planteamientos cronológicamente.

1.2.1.1 Primera Etapa: primeras aproximaciones al control de convencionalidad

a) *Votos concurrentes razonados del ex juez de la Corte IDH Sergio García Ramírez.*

De notoria importancia, resultan los argumentos del juez interamericano García Ramírez, en la consolidación del control de convencionalidad:

Voto concurrente razonado, Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala

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 Internacional²²

22 Corte IDH., *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, 25 de noviembre de 2003, párr. 27.

Voto concurrente razonado, Caso Tibi vs. Ecuador

La Corte Interamericana, por su parte, analiza los actos que llegan a su conocimiento en relación con normas, principios y valores de los tratados en los que funda su competencia contenciosa. Dicho de otra manera, si los tribunales constitucionales controlan la “constitucionalidad”, el tribunal internacional de derechos humanos resuelve acerca de la “convencionalidad” de esos actos. A través del control de constitucionalidad, los órganos internos procuran conformar la actividad del poder público –y, eventualmente, de otros agentes sociales– al orden que entraña el Estado de derecho en una sociedad democrática. El tribunal interamericano, por su parte, pretende conformar esa actividad al orden internacional acogido en la Convención fundadora de la jurisdicción interamericana, y aceptado por los Estados parte en ejercicio de su soberanía²³.

Lo citado, corrobora como el juez interamericano esboza un preámbulo de lo que derivará con posterioridad en el denominado *control de convencionalidad*. En estos dos votos razonados y concurrentes, el ex juez, vincula la responsabilidad estatal junto con la jurisdicción de la Corte IDH y posteriormente realiza una sucinta analogía entre la tarea de los tribunales nacionales y la tarea de control convencional que ejerce la Corte IDH.

Caso Almonacid Arellano vs. Chile

El razonamiento del juez Sergio García, es recogido posteriormente por la Corte IDH en el *caso Almonacid Arellano vs. Chile* a partir del cual se traza las primeras nociones en torno al *control de convencionalidad*:

23 Corte IDH, *Caso Tibi vs. Ecuador*, 7 de septiembre de 2004., párr. 3.

La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana²⁴.

A partir de este hito jurisprudencial, la Corte IDH edifica las primeras nociones alrededor del control de convencionalidad las cuales se resumen en las siguientes ideas²⁵:

- a) Los jueces nacionales deben ejercer *una especie de control de convencionalidad* confrontando la norma interna frente a la norma internacional, por la sencilla razón de que el juez nacional está sometido al imperio tanto de las normas nacionales como de las normas contenidas en los tratados, que hayan sido ratificados por el Estado.

24 Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano vs. Chile*, 26 de septiembre de 2006, párr. 124. Énfasis añadido.

Para más información véase la sentencia del caso *La Cantuta vs. Perú*, 29 de noviembre de 2006, párr. 173.

25 Véase: Idrovo, “El control de convencionalidad dentro de la estructura constitucional ecuatoriana: propuesta para su implementación efectiva”, 25 y 26.

- b) Al realizar dicha especie de *control de convencionalidad*, se debe tener en cuenta el tratado (normativa internacional aplicable al caso concreto) así como la interpretación que la Corte IDH haya realizado de ésta.
- c) La aplicación por parte de agentes estatales (jueces nacionales) de normas violatorias de la CADH produce responsabilidad internacional del Estado.
- d) El *control de convencionalidad* tiene como fundamento las obligaciones contenidas en los artículos 1.1 y 2 de la CADH, fruto de un ejercicio interpretativo por parte de la Corte IDH en armonía con sus atribuciones de intérprete última de la CADH.

1.2.1.2 Segunda Etapa: Avances y nuevos lineamientos que comienzan a clarificar la forma de llevar a cabo el control de convencionalidad

Continuando con la línea de tiempo propuesta, la jurisprudencia relevante en materia de control de convencionalidad está integrada de la siguiente manera:

Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú

La Corte IDH avanza en el desarrollo jurisprudencial del *control de convencionalidad* y plantea nuevos lineamientos que otorgan mayor claridad sobre los sujetos y cómo debe llevarse a cabo dicho control:

Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces están sometidos a ella, lo que les obliga a velar por que el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes

contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de 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 pertinentes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros supuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de este tipo de acciones²⁶.

Caso Boyce y Otros vs. Barbados

La Corte IDH explica de manera concreta de qué forma debe ser implementado el control de convencionalidad en el ámbito interno. Explica que los tribunales nacionales no solo deben limitarse a realizar un examen de constitucionalidad de sus resoluciones, sino también de convencionalidad, así:

La Corte observa que el CJCP [Comité Judicial del Consejo Privado] llegó a la conclusión mencionada anteriormente a través de un análisis puramente constitucional, en el cual no se tuvo en cuenta las obligaciones que tiene el Estado conforme a la Convención Americana y según la jurisprudencia de esta Corte. De acuerdo con la Convención de Viena sobre la Ley de Tratados, Barbados debe cumplir de buena fe con sus obligaciones bajo la Convención Americana y no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación para el incumplimiento de dichas obligaciones convencionales. En el presente caso, el Estado está precisamente invocando disposiciones de su derecho interno a tales fines.

26 Corte IDH, *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, 24 de noviembre de 2006, párr., 128. Énfasis añadido.

El análisis del CJCP no debería haberse limitado a evaluar si la LDCP [Ley de Delitos del Estado contra la Persona] era inconstitucional. Más bien, la cuestión debería haber girado en torno a si la ley también era “convencional”. Es decir, los tribunales de Barbados, incluso el CJCP y ahora la Corte de Justicia del Caribe, deben también decidir si la ley de Barbados restringe o viola los derechos reconocidos en la Convención. En este sentido, la Corte ha afirmado, en otras ocasiones, que “el Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas [...] y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”.

En concordancia con lo expuesto, la Corte ha expresado en otras oportunidades que una “cláusula de exclusión” que se encontraba en la Constitución de Trinidad y Tobago tenía el efecto de excluir del escrutinio judicial ciertas leyes que, de otra forma, serían violatorias de derechos fundamentales. De manera similar, en el presente caso, el artículo 26 de la Constitución de Barbados le niega a sus ciudadanos en general, y a las presuntas víctimas en particular, el derecho de exigir protección judicial contra violaciones al derecho a la vida.

En este sentido, a la luz de la jurisprudencia de la Corte y en tanto que el artículo 26 de la Constitución de Barbados impide el escrutinio judicial sobre el artículo 2 de la Ley de Delitos contra la Persona, que a su vez es violatoria del derecho a no ser privado, arbitrariamente, de la vida, la Corte considera que el Estado no ha cumplido con el deber establecido en el artículo 2 de la Convención en relación con los artículos 1.1, 4.1, 4.2 y 25.1 de dicho instrumento²⁷.

27 Corte IDH, *Caso Boyce y Otros vs. Barbados*, 20 de noviembre de 2007, párrs. 77-80. Énfasis añadido.

Recapitulando los razonamientos de la Corte IDH se puede señalar que en esta etapa:

- a) La Corte IDH no mencionó una especie de control, sino que directamente lo calificó como *control de convencionalidad*, lo que hace presumir que dicha terminología quedó a partir de ese momento anclada a la CADH²⁸.
- b) La Corte IDH realiza un avance significativo al armonizar el ejercicio del control de convencionalidad con la normativa interna de cada Estado, que se traduce en el hecho de manifestar que el control debe hacerse de acuerdo a las competencias y regulaciones procesales propias. Lo que apunta a una Corte IDH que no impone un sistema constitucional determinado, pero sí establece cuáles son las obligaciones que tiene el intérprete, cualquiera sea el diseño constitucional nacional²⁹.

1.2.1.3 Tercera Etapa: Ampliación del espectro del control de convencionalidad

La línea de tiempo que reconstruye jurisprudencialmente esta tercera etapa, está integrada de la siguiente manera:

Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México

La Corte IDH continúa avanzando en el desarrollo jurisprudencial del *control de convencionalidad* y plantea

28 Hitters, “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación (criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)”, 116.

29 Idrovo, “El control de convencionalidad dentro de la estructura constitucional ecuatoriana: propuesta para su implementación efectiva”, 27. Véase también: Nash, “Derecho internacional de los derechos humanos en Chile”, 58.

lineamientos adicionales sobre los sujetos y cómo debe efectuarse dicho control:

Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos judiciales vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

(...) De tal manera, como se indicó en los Casos Radilla Pacheco, Fernández Ortega y Rosendo Cantú, es necesario que las interpretaciones constitucionales y legislativas referidas a los criterios de competencia material y personal de la jurisdicción militar en México, se adecúen a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal que han sido reiterados en el presente caso y que aplican para toda violación de derechos humanos que se alegue hayan cometido miembros de las fuerzas armadas. Ello implica que, independientemente de las reformas legales que el Estado deba adoptar, en el presente caso corresponde a las autoridades judiciales, con base

en el control de convencionalidad, disponer inmediatamente y de oficio el conocimiento de los hechos por el juez natural, es decir el fuero penal ordinario³⁰.

Voto razonado Eduardo Ferrer Mac-Gregor en el Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México

En este voto razonado, el juez ad-hoc se ocupó de desarrollar los modelos y grados de intensidad en que se puede ejercer el control de convencionalidad:

Se trata, en realidad, de un “control difuso de convencionalidad”, debido a que debe ejercerse por todos los jueces nacionales. Existe, por consiguiente, una asimilación de conceptos del Derecho Constitucional, lo cual está presente desde el origen y desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, especialmente al crearse las “garantías” y “órganos” internacionales de protección de los derechos humanos. Se advierte claramente una “internacionalización del Derecho Constitucional”, particularmente al trasladar las “garantías constitucionales” como instrumentos procesales para la tutela de los derechos fundamentales y salvaguarda de la “supremacía constitucional”, a las “garantías convencionales” como mecanismos jurisdiccionales y cuasi jurisdiccionales para la tutela de los derechos humanos previstos en los pactos internacionales cuando aquéllos no han sido suficientes, por lo que de alguna manera se configura también una “supremacía convencional”.

30 Corte IDH, *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, 26 de noviembre de 2010, párr. 225 y 233. Para más información: Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, 26 de septiembre de 2006, párr. 124. Corte IDH, *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*, 31 de agosto de 2009, párr. 219. Corte IDH, *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*, 01 de septiembre de 2010, párr. 202.

Una de las manifestaciones de este proceso de “internacionalización” de categorías constitucionales es, precisamente, la concepción difusa de convencionalidad que estamos analizando, ya que parte de la arraigada connotación del “control difuso de constitucionalidad” en contraposición con el “control concentrado” que se realiza en los Estados constitucionales por las altas “jurisdicciones constitucionales”, teniendo la última interpretación constitucional los Tribunales, Cortes o Salas Constitucionales o en algunos casos, las Cortes Supremas y otras altas jurisdicciones. En este sentido, el “control concentrado de convencionalidad” lo venía realizando la Corte IDH desde sus primeras sentencias, sometiendo a un examen de convencionalidad los actos y normas de los Estados en un caso particular. Este “control concentrado” lo realizaba, fundamentalmente, la Corte IDH. Ahora se ha transformado en un “control difuso de convencionalidad” al extender dicho “control” a todos los jueces nacionales como un deber de actuación en el ámbito interno, si bien conserva la Corte IDH su calidad de “intérprete última de la Convención Americana” cuando no se logre la eficaz tutela de los derechos humanos en el ámbito interno.

(...) Así, en los llamados sistemas “difusos” de control de constitucionalidad donde todos los jueces tienen competencia para dejar de aplicar una ley al caso concreto por contravenir la Constitución nacional, el grado de “control de convencionalidad” resulta de mayor alcance, al tener todos los jueces nacionales la atribución de inaplicar la norma inconvencional. Este supuesto es un grado intermedio de “control”, que operará sólo si no existe una posible “interpretación conforme” de la normatividad nacional con el Pacto de San José (o de algunos otros tratados internacionales como veremos más adelante) y de la jurisprudencia convencional. A través de esta “interpretación conforme” se

salva la “convencionalidad” de la norma interna. El grado de intensidad máximo del “control de convencionalidad” se puede realizar por las altas jurisdicciones constitucionales (normalmente los últimos intérpretes constitucionales en un determinado sistema jurídico) que generalmente tienen además la facultad de declarar la invalidez de la norma inconstitucional con efectos *erga omnes*. Se trata de una declaración general de invalidez por la inconventionalidad de la norma nacional.

En cambio, el grado de intensidad del “control difuso de convencionalidad” disminuirá en aquellos sistemas donde no se permite el “control difuso de constitucionalidad” y, por consiguiente, no todos los jueces tienen la facultad de dejar de aplicar una ley al caso concreto. En estos casos es evidente que los jueces que carecen de tal competencia, ejercerán el “control difuso de convencionalidad” con menor intensidad, *sin que ello signifique que no puedan realizarlo* “en el marco de sus respectivas competencias”. Lo anterior implica que no podrán dejar de aplicar la norma (al no tener esa potestad), debiendo, en todo caso, realizar una “interpretación convencional” de la misma, es decir, efectuar una “interpretación conforme”, no sólo de la Constitución nacional, sino también de la Convención Americana y de la jurisprudencia convencional. Esta interpretación requiere una actividad creativa para lograr la compatibilidad de la norma nacional conforme al parámetro convencional y así lograr la efectividad del derecho o libertad de que se trate, con los mayores alcances posibles en términos del principio *pro homine*.

(...) En caso de incompatibilidad absoluta, donde no exista “interpretación convencional” posible, si el juez carece de facultades para desaplicar la norma, se limitará a señalar la inconventionalidad de la misma o, en su caso, “plantear la duda de inconventionalidad” ante otros órganos jurisdiccionales

competentes dentro del mismo sistema jurídico nacional que puedan ejercer el “control de convencionalidad” con mayor intensidad. Así, los órganos jurisdiccionales revisores tendrán que ejercer dicho “control” y desaplicar la norma o bien declarar la invalidez de la misma por resultar inconvencional.

Lo que no parece razonable y estaría fuera de los parámetros interpretativos de la Corte IDH, es que ningún órgano nacional tenga competencia para ejercer el “control difuso de convencionalidad” con intensidad fuerte, es decir, dejar de aplicar la norma al caso particular o con efectos generales como resultado de la inconvencionalidad de la misma, ya que de lo contrario se produciría una responsabilidad internacional del Estado. No debe perderse de vista lo estipulado en los artículos 1 y 2 de la Convención Americana, relativos a la obligación de respetar los derechos humanos y el deber de adoptar disposiciones de derecho interno. Como lo ha señalado la propia Corte IDH, este último dispositivo tiene también “la finalidad de facilitar la función del Poder Judicial de tal forma que el aplicador de la ley tenga una opción clara de cómo resolver un caso particular” en situaciones que involucren derechos fundamentales. De tal manera que la Corte IDH, precisamente en el Caso Almonacid Arellano que da origen a la doctrina del “control difuso de convencionalidad”³¹.

En conclusión, en lo que concierne a esta etapa puede decirse que la Corte IDH:

31 Corte IDH, *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, voto razonado Eduardo Ferrer Mac-Gregor, 26 de noviembre de 2010, párrs., 21, 22, 36, 37 y 40. Para más información véase las sentencias de la Corte IDH de los casos: *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, 26 de septiembre de 2006, párr. 124; Corte IDH, *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*, 31 de agosto de 2009, párr. 219; *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*, 1 de septiembre de 2010, párr. 202.

- a) Ratifica lo referente a que el control de convencionalidad ejercido por los jueces debe enmarcarse al ámbito de las competencias y regulaciones procesales de cada Estado³².
- c) Incluye los órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, dentro de quiénes deben ejercer el control de convencionalidad, es decir, ya no solo son los jueces los que deben realizar el control sino que amplía el espectro a órganos de cualquier nivel que se encuentren vinculados con la tarea de administrar justicia dentro de un Estado. Asimismo, la Corte IDH señala que el control de convencionalidad no solo implica, que el juez y los demás órganos vinculados a la administración de justicia, tengan en cuenta la normativa del tratado sino que, también forma parte la interpretación que la Corte IDH realice del mismo, teniendo en cuenta que la Corte IDH se erige como intérprete última de la Convención Americana³³.
- d) Aclara y ratifica la implicación que posee la jurisprudencia del tribunal interamericano en el derecho interno de cada Estado y sobre todo la tarea que cumple el control de convencionalidad como mecanismo de garantía de los derechos garantizados por la CADH.
- e) No parece razonable y estaría fuera de los parámetros interpretativos de la Corte IDH, que ningún órgano nacional tenga competencia para ejercer el “control de convencionalidad”, es decir, dejar de aplicar la norma al caso particular o con efectos generales como resultado de la inconvencionalidad de la misma, ya que de lo contrario se produciría una responsabilidad internacional del Estado.

32 Idrovo, “El control de convencionalidad dentro de la estructura constitucional ecuatoriana: propuesta para su implementación efectiva”, 28.

33 Véase las sentencias de la Corte IDH, de los casos: *Gudiel Álvarez y otros (“Diario Militar”) vs. Guatemala*, 20 de noviembre de 2012, párr. 330; *Masacres de Río Negro vs. Guatemala*, 4 de septiembre de 2012, párr. 262.

1.2.1.4 Cuarta Etapa: Continuación de la ampliación del espectro del control de convencionalidad

La cuarta etapa jurisprudencial está integrada de la siguiente manera:

Caso Gelman vs. Uruguay

La Corte IDH sigue avanzando en el desarrollo jurisprudencial del control de convencionalidad y señala lineamientos adicionales sobre los sujetos y cómo debe efectuarse dicho control:

La sola existencia de un régimen democrático no garantiza, *per se*, el permanente respeto del Derecho Internacional, incluyendo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo cual ha sido así considerado incluso por la propia Carta Democrática Interamericana. La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad, está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo “susceptible de ser decidido” por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un “control de convencionalidad” que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial.

En este sentido, la Suprema Corte de Justicia ha ejercido, en el *Caso Nibia Sabalsagaray Curutchet*, un adecuado control de convencionalidad respecto de la Ley de Caducidad, al

establecer, *inter alia*, que “el límite de la decisión de la mayoría reside, esencialmente, en dos cosas: la tutela de los derechos fundamentales (los primeros, entre todos, son el derecho a la vida y a la libertad personal, y no hay voluntad de la mayoría, ni interés general ni bien común o público en aras de los cuales puedan ser sacrificados) y la sujeción de los poderes públicos a la ley”. Otros tribunales nacionales se han referido también a los límites de la democracia en relación con la protección de derechos fundamentales³⁴.

Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname

A pesar de que el voto razonado del juez ad-hoc Eduardo Ferrer Mac-Gregor en el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, se ocupó de desarrollar los modelos y grados de intensidad en que se puede ejercer el control de convencionalidad, la Corte IDH fue enfática en manifestar que la CADH no impone un modelo determinado de control:

Finalmente, en relación con los argumentos del representante y de la Comisión [...] sobre la vulneración del derecho a la protección judicial con motivo de la ausencia de un Tribunal Constitucional, si bien la Corte reconoce la importancia de éstos órganos como protectores de los mandatos constitucionales y los derechos fundamentales, la Convención Americana no impone un modelo específico para realizar un control de constitucionalidad y convencionalidad. En este sentido, la Corte recuerda que la obligación de ejercer un control de convencionalidad entre las normas internas y la Convención Americana le compete a todos los órganos del Estado, incluidos sus jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles³⁵.

34 Corte IDH, *Caso Gelman vs. Uruguay*, 24 de febrero de 2011, párr. 239. Énfasis añadido. Para más información véase la resolución del *Caso Gelman vs. Uruguay*, supervisión de cumplimiento de sentencia, 20 de marzo de 2011, párr. 72.

35 Corte IDH, *Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname*, 30 de enero de 2014, párr. 124.

Opinión Consultiva OC-21/14 “Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional”

De notoria relevancia resulta lo manifestado por la Corte IDH en el marco de su competencia no contenciosa o consultiva, consagrada en el artículo 64 de la CADH:

Del mismo modo, la Corte estima necesario recordar que, conforme al derecho internacional, cuando un Estado es parte de un tratado internacional, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dicho tratado obliga a todos sus órganos, incluidos los poderes judicial y legislativo, por lo que la violación por parte de alguno de dichos órganos genera responsabilidad internacional para aquél. Es por tal razón que estima necesario que los diversos órganos del Estado realicen el correspondiente control de convencionalidad, también sobre la base de lo que señale en ejercicio de su competencia no contenciosa o consultiva, la que innegablemente comparte con su competencia contenciosa el propósito del sistema interamericano de derechos humanos, cual es, “la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos”. A su vez, a partir de la norma convencional interpretada a través de la emisión de una opinión consultiva, todos los órganos de los Estados Miembros de la OEA, incluyendo a los que no son Parte de la Convención pero que se han obligado a respetar los derechos humanos en virtud de la Carta de la OEA (artículo 3.1) y la Carta Democrática Interamericana (artículos 3, 7, 8 y 9), cuentan con una fuente que, acorde a su propia naturaleza,

Énfasis añadido. Para más información: Corte IDH, *Caso Gelman vs. Uruguay*, supervisión de cumplimiento de sentencia, 20 de marzo de 2011, párr. 72. Corte IDH, *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*, 31 de agosto de 2009, párr. 219. Corte IDH, *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*, 1 de septiembre de 2010, párr. 202.

contribuye también y especialmente de manera preventiva, a lograr el eficaz respeto y garantía de los derechos humanos y, en particular, constituye una guía a ser utilizada para resolver las cuestiones sobre infancia en el contexto de la migración y así evitar eventuales vulneraciones de derechos humanos³⁶.

En resumen, en lo que concierne a esta etapa puede decirse que la Corte IDH:

- a) La Corte IDH dispone que el ejercicio del control de convencionalidad compete y es una obligación propia de todo poder, órgano o autoridad del Estado miembro de la CADH, los cuales deben controlar que los derechos humanos de las personas sometidas a su jurisdicción sean respetados y garantizados³⁷.
- b) La CADH no impone un determinado modelo de control de convencionalidad.
- c) Los diversos órganos del Estado que realicen el correspondiente control de convencionalidad, también deben realizarlo sobre la base de lo que señale la Corte IDH en ejercicio de su competencia no contenciosa o consultiva.

El recorrido efectuado a través de esta *línea dogmática de tiempo* que se ha planteado –articulando los planteamientos de distintos autores y jurisprudencia interamericana, que inspiraron este segmento de la investigación–, permite dar cuenta que desde el *caso Almonacid Arellano vs. Chile*, la Corte IDH ha ido precisando el contenido y alcance del concepto de *control de convencionalidad* en su jurisprudencia, para llegar a un

36 Corte IDH, *Opinión Consultiva OC-21/14*, 19 de agosto de 2014, párr. 31. Énfasis añadido.

37 Para más información, ver: Corte IDH, *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*, 28 de agosto de 2014, párr. 497. Corte IDH, *Caso Rochac Hernández y otros vs. El Salvador*, 14 de octubre de 2014, párr. 213 y 294.

concepto complejo que comprende los siguientes elementos o características:

- a) Consiste en verificar la compatibilidad de las normas y demás prácticas internas con la CADH, la jurisprudencia de la Corte IDH y los demás tratados interamericanos de los cuales el Estado sea parte.
- b) Es una obligación que corresponde a toda autoridad pública en el ámbito de sus competencias.
- c) Para efectos de determinar la compatibilidad con la CADH, no sólo se debe tomar en consideración el tratado, sino que también la jurisprudencia de la Corte IDH, los demás tratados interamericanos de los cuales el Estado sea parte y las opiniones consultivas.
- d) Es un control que debe ser realizado *ex officio* por toda autoridad pública (incluye jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles).
- e) Su ejecución puede implicar la supresión de normas contrarias a la CADH o bien su interpretación conforme a la CADH, dependiendo de las facultades de cada autoridad pública.
- f) La CADH no impone un determinado modelo de control de convencionalidad.

2. Inserción del bloque de convencionalidad a nivel interno

Como se mencionó existen dos maneras por las que se puede realizar el control de convencionalidad concentrado y difuso. La primera es el control *concreto* de convencionalidad; la segunda es el control *abstracto* de convencionalidad. Estas

dos formas de control se dirigen a dos tipos de disposiciones: el control *concreto* se realiza sobre normas o leyes que han sido aplicadas a casos particulares y en los que se considera existe una violación de derechos por la aplicación de la norma. En tanto que el control *abstracto* se realiza sobre normas o leyes que aún no han sido aplicadas a un caso concreto, pero que se considera vulneran derechos por su simple existencia. En este orden de ideas, es importante subrayar que tanto la Corte IDH, como las instancias internas de los Estados pueden ejecutar un control de convencionalidad concreto y abstracto, en este último caso, siempre en consonancia con las competencias de los órganos internos de cada Estado.

En efecto, en el control difuso con la forma de control *concreto*, los jueces deben revisar las leyes, reglamentos y conductas de sus autoridades al momento en que son utilizados con los individuos de un Estado, para asegurarse de que éstos cumplan con los parámetros convencionales de derechos humanos. Esto lo hace de la misma manera la Corte IDH al realizar esta forma de control *concreto*, desde la perspectiva del control *concentrado* de convencionalidad.

En lo que respecta al control *abstracto*, la Corte IDH ha reconocido esta forma de control desde 1996, primero a partir de un voto disidente en el Caso *Amparo vs. Venezuela*, en el que la Corte decidió no resolver sobre la presunta inconvencionalidad de la ley venezolana, en virtud de que los artículos de la ley que se impugnaba no habían sido aplicados a ningún caso en concreto. Sin embargo, el juez Cançado Trindade en su voto razonado señaló:

... la propia existencia de una disposición legal puede *per se* crear una situación que afecta directamente los derechos protegidos por la Convención Americana. Una ley puede

ciertamente violar estos derechos en razón de su propia existencia, y, en la ausencia de una medida de aplicación o ejecución, por la *amenaza* real a la(s) persona(s), representada por la situación creada por dicha ley³⁸.

El principal argumento del juez, es que para realizar el control de convencionalidad no es necesario esperar a que la norma se aplique para determinar que es contraria a los derechos humanos de una persona, ya que si tuvieran que esperar a que se lesionen los derechos, el *deber de prevención* se estaría dejando de lado. Así, una ley puede entonces ser contraria a la convención *por su sola existencia*.

El criterio del juez Cançado fue adoptado por la Corte IDH un año después, en la sentencia del Caso Suárez Rosero vs. Ecuador, en la cual se impugnaba una disposición del Código Penal por ser contraria a derechos humanos de los acusados por conductas relacionadas con sustancias estupefacientes y psicotrópicas. En esta sentencia, la Corte consideró que la norma "... despojaba a parte de la población carcelaria de un derecho fundamental... y... lesionaba intrínsecamente a todos los miembros de dicha categoría de inculpad³⁹". Razón por la cual, esta categoría violaba por sí misma el artículo 2 de la Convención Americana, por lo que podía declararse responsable al Estado.

El control *abstracto* también está a cargo de los jueces estatales a través del control *difuso de convencionalidad*. La Corte ha considerado que como los Estados parte están obligados a adaptar la Convención Americana y adecuarla a su sistema interno, realizando una especie de control de convencionalidad

38 Voto disidente Cançado Trindade, Sentencia de reparaciones y costas del Caso El Amparo vs. Venezuela, 14 de septiembre de 1996.

39 Corte IDH, Sentencia del Caso Suárez Rosero vs. Ecuador, 12 de noviembre de 1997.

abstracto para cumplir con esta obligación, a partir de la misma lógica de prevención de vulneraciones a los derechos humanos. En este caso, se denomina *control difuso de convencionalidad* puesto que se encuentra a cargo de las autoridades de cada uno de los Estados parte.

Como ya se mencionó, estas dos formas de realizar el control de convencionalidad –concreto y abstracto–, y los dos tipos de control de convencionalidad –difuso y concentrado–, siguen ciertos parámetros con los que se revisan las disposiciones internas para determinar si las conductas de los órganos del Estado son o no convencionales.

2.1 Parámetros para determinar si una conducta es o no convencional

El control de convencionalidad, debe hacerse siguiendo los parámetros de la CADH y otros tratados que den competencia a la Corte IDH; no obstante, la convencionalidad no se circunscribe solamente a estos instrumentos, sino que va más allá. En efecto, la propia Corte ha establecido que al momento de hacer la revisión del derecho interno, debe contrastarse además con los tratados que dan competencia a la misma Corte; con la jurisprudencia que ha emitido al interpretar la Convención Americana; y también con los protocolos adicionales a la Convención, las opiniones consultivas de la Corte, las medidas provisionales y las interpretaciones realizadas en todas ellas, como parte del *corpus iuris* interamericano.

2.2 Aplicación del control de convencionalidad en Ecuador

La Corte Constitucional ecuatoriana (en adelante CCE) respecto del control de convencionalidad ha señalado:

En virtud de la irradiación constitucional que experimenta el ordenamiento jurídico ecuatoriano, dentro del cual no solo existe un reconocimiento expreso de la supremacía constitucional, sino también de la jerarquía de los instrumentos internacionales de derechos humanos, el control de convencionalidad se constituye en un mecanismo básico para la garantía de los derechos, en tanto permite que los órganos jurisdiccionales no se limiten a un análisis de sus disposiciones internas, sino que además recurran a los instrumentos internacionales y la interpretación efectuada de estos, a fin de dotar de contenido integral a los derechos, por ende a la dignidad humana, de lo que se deriva un control integral sobre el respeto a los derechos constitucionales/humanos⁴⁰.

Con este razonamiento la CCE ha realizado control abstracto y concreto de convencionalidad en las distintas decisiones que ha adoptado. En efecto, abstracto cuando ha ejercido competencias de control de constitucionalidad, y concreto cuando ha utilizado criterios convencionales en la resolución de garantías jurisdiccionales de los derechos⁴¹. No obstante, de reconocer que la CCE ha realizado control de constitucionalidad, un tema pendiente de resolución por parte de este alto organismo es el

40 Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 003-13-SIN-CC, casos No. 012-13-IN y acumulados.

41 Corte Constitucional del Ecuador, sentencias Nos. 001-10-SIN-CC; 001-12-DTI-CC; 001-14-DRC-CC; 002-16-DEE-CC; 003-14-DTI-CC; 003-14-SIN-CC; 004-14-SCN-CC; 005-13-DTI-CC; 005-16-DEE-CC; 007-14-DTI-CC; 008-14-DTI-CC; 009-09-DTI-CC; 012-13-DTI-CC; 080-13-SEP-CC; 102-13-SEP-CC; entre otras.

relacionado con el tipo de control convencional existente en el Ecuador, en virtud que su dilucidación, se convierte en vinculante y de obligatoria observancia a nivel interno, esto en virtud de lo dispuesto en el artículo 436.1 de la Constitución y lo manifestado en su propia jurisprudencia⁴².

Y es que este tema genera, no solo en Ecuador, sino en todos los países que han suscrito la competencia contenciosa de la Corte IDH, una *paradoja insuperable* dado que, por un lado el derecho internacional es supremo en el ordenamiento jurídico internacional, de forma tal que los Estados deben cumplir con sus obligaciones internacionales de buena fe, atendiendo al objeto y fin de dichas obligaciones, y que no pueden invocar el derecho interno como justificación para incumplir con sus obligaciones internacionales; mas, por otro lado, en el derecho interno la supremacía del derecho internacional se ve relativizada por el principio de supremacía constitucional.

Así con la finalidad de consolidar un sistema complementario⁴³ de protección de los DDHH, la Corte IDH en su más reciente

42 Corte Constitucional del Ecuador, sentencias Nos. 001-10-PJO-CC; 001-14-PJO-CC; 001-16-PJO-CC; 002-16-SEP-CC; entre otras.

43 "... implica que recae en los Estados –a través de sus órganos y autoridades internas– la responsabilidad primaria de respetar y garantizar en el ámbito de su jurisdicción los derechos humanos recogidos en las normas internacionales de protección y cumplir con las obligaciones internacionales que de ellas se derivan. Antes bien, los garantes en primera línea de la protección de los derechos humanos están llamados a ser los tribunales y autoridades nacionales. En principio los operadores nacionales son los mejor situados para conocer, valorar y resolver sobre las presuntas violaciones a los derechos humanos. Los operadores internacionales no intervienen sino ahí donde el Estado ha fallado en el cumplimiento de sus obligaciones internacionales. En consecuencia el principio de subsidiariedad establece un mecanismo adecuado para definir los límites de la jurisdicción internacional y las obligaciones de las autoridades nacionales". Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*, 26 de mayo de 2010. Consulta 16 de junio de 2016: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_213_esp.pdf, párr. 9.

jurisprudencia ha señalado que el control de convencionalidad al que se encuentran obligados los Estados depende de las competencias asignadas a nivel interno a las autoridades estatales, mas enfatizó en la obligación estatal de designar al menos un órgano que cumpla con esta atribución.

En este orden de ideas, corresponde entonces dilucidar si en el Ecuador las autoridades estatales tienen o no competencia para inaplicar normas contrarias a la CADH⁴⁴. Así, en la lógica de la *paradoja insuperable*, respecto a la supremacía constitucional, la CCE ha determinado a partir de un ejercicio hermenéutico que “en el Ecuador existe un sistema de control concentrado”⁴⁵, concluyendo que no existe la posibilidad que un juez inaplique una norma que considere contraria a la Constitución, puesto que de conformidad con el artículo 428 de la Constitución lo que procede es que realice la consulta a la CCE⁴⁶.

Razón por la cual determinó mediante reglas que:

Dado que la incorporación de la “duda razonable y motivada” como requisito del artículo 142 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional no ha brindado mayor certeza respecto al alcance, es obligación de esta Corte dotar de contenido a este requisito legal para así garantizar su adecuada

44 Por CADH hacemos referencia al concepto utilizado en este trabajo en el apartado 2.1.

45 Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 001-13-SCN-CC, caso 0535-12-CN y 055-10-SEP-CC, caso 0213-10-EP

46 “Art. 428.- Cuando una jueza o juez, de oficio o a petición de parte, considere que una norma es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional, que en un plazo no mayor a cuarenta y cinco días, resolverá sobre la constitucionalidad de la norma. Si transcurrido ese plazo previsto la Corte no se pronuncia, el perjudicado podrá interponer la acción correspondiente”. Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial No. 499, 20 de octubre de 2008.

comprensión y evitar dilaciones innecesarias de justicia ante consultas de norma que no cumplen con los requisitos legales y constitucionales. De este modo, para que una consulta de norma dentro del control concreto de constitucionalidad pueda considerarse adecuadamente motivada, deberá contener al menos los siguientes presupuestos:

1. Identificación del enunciado normativo pertinente cuya constitucionalidad se consulta: (...)
2. Identificación de los principios o reglas constitucionales que se presumen infringidos: (...)
3. Explicación y fundamentación de la relevancia de la norma puesta en duda, respecto de la decisión de un caso concreto: (...)⁴⁷.

La CCE señaló que la duda razonable debe surgir ante la imposibilidad de establecer dentro de la sustanciación de una causa, una interpretación constitucional de la disposición normativa, es decir, cuando el juez, en razón de los efectos de irradiación de la Constitución, no ha logrado adaptar la disposición normativa a los principios y reglas constitucionales. Esta interpretación encuentra sustento constitucional, precisamente en la aplicación directa de la Constitución, en la supremacía constitucional, en la fuerza normativa de la Constitución y en la obligación de motivar todas las resoluciones de los poderes públicos, como verdadero derecho constitucional de los usuarios del sistema de administración de justicia, asegurando que los juzgadores no suspendan la tramitación de sus causas sin que exista una razón de relevancia constitucional de por medio⁴⁸. Por esta razón, la CCE en su jurisprudencia subrayó:

47 Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 001-13-SCN-CC, caso No. 0535-12-CN.

48 Pamela Aguirre Castro, “Consulta de norma: Garantía de tutela judicial efectiva”.

“Hay que destacar que el empleo de la consulta normativa debe ser un ejercicio minucioso del operador de justicia que solicita el pronunciamiento de la Corte Constitucional, evitando evadir la sustanciación de una causa o dilatar una decisión judicial”⁴⁹, razonamiento que se ha resaltado en varios pronunciamientos señalando que:

... la consulta de constitucionalidad no puede tomarse en un mecanismo de dilación de justicia y vía de escape de las juezas y jueces del país. Bajo esta consideración, la consulta debería proceder única y exclusivamente cuando existe una motivación razonada de por qué acude a la consulta, pues, un proceder contrario deviene en jueces pasivos, no comprometidos con la protección de derechos, ya que estos se desatienden de la resolución de la causa sin un legítimo motivo constitucional⁵⁰.

Entonces de conformidad con lo señalado por los recientes criterios de la Corte IDH, el control de convencionalidad que rige en el Ecuador, de acuerdo con las competencias de los juzgadores es únicamente concentrado puesto que no podría inaplicar la norma por considerarla contraria a los instrumentos internacionales de DD.HH. Ahora bien, esta interpretación no impide que los jueces puedan realizar interpretaciones del ordenamiento interno a la luz de las normas convencionales en aplicación de un principio de interpretación *pro homine*, así como tampoco que en el caso de ausencia de normas internas

En: Jorge Benavidez Ordoñez y Jhoel Escudero Soliz, Coord., *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional de la Corte Constitucional del Ecuador. Quito, 2013, 309-311.

49 Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 031-13-SCN-CC, caso No. 0020-09-CN,

50 Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 0036-13-SCN-CC, caso No. 0047-11-CN; Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 0030-13-SCN-CC, caso No. 0697-12-CN.

se apliquen directamente los estándares establecidos en la jurisprudencia de la Corte IDH. En otras palabras, los citados criterios jurisprudenciales de la CCE dan cuenta del control de convencionalidad existente en el Ecuador, a cargo de la CCE a partir de la consulta de norma efectuada por los jueces del país, y el control que realice en el ejercicio de las otras competencias asignadas constitucionalmente. Ciertamente una solución polémica pero al menos clara que se encuentra en la jurisprudencia constitucional ecuatoriana.

Ahora bien, un tema sin resolución clara, es el control de constitucionalidad a cargo de las autoridades administrativas, que manteniendo la lógica del esquema propuesto en líneas anteriores, tiene implicaciones respecto al control de convencionalidad a cargo de las autoridades estatales no jurisdiccionales. En efecto, a partir de una interpretación que efectivice la vigencia de los DD.HH., sobre la base de los principios de supremacía de los derechos constitucionales y humanos, las autoridades deben siempre realizar la interpretación que más favorezca a su efectiva vigencia; sin embargo, en caso de una clara contradicción de una norma interna con la CADH no existe un criterio de la CCE de cómo deberían proceder dichas autoridades. Ciertamente este es un tema pendiente que requiere una solución óptima, en el marco de los estándares internacionales del control de convencionalidad, dado que los derechos humanos contenidos en la CADH deben irradiar su protección principalmente en el derecho interno de cada uno de los Estados.

Reflexiones finales

En esencia, el control de convencionalidad dota de una herramienta a todas las autoridades estatales –especialmente al Poder Judicial– para garantizar el cumplimiento de las

obligaciones de respeto y garantía de los derechos humanos protegidos por la CADH, y la obligación de adoptar disposiciones de derecho interno para hacer efectivos dichos derechos, las cuales son obligaciones que derivan de los artículos 1.1 y 2 de la propia Convención.

Trayendo al debate la reflexión de Víctor Bazán “las posibilidades de éxito de la tesis del ‘control de convencionalidad’ están cifradas en el grado de receptividad de la misma en los derechos internos, la labor de los respectivos operadores jurídicos involucrados y la voluntad política de los Estados”⁵¹, resulta claro que si bien la Corte IDH se ha ocupado formalmente desde el año 2006 (*caso Almonacid Arellano vs. Chile*) de desarrollar en su jurisprudencia, el mecanismo jurisdiccional del control de convencionalidad, sin duda el compromiso por parte de los Estados miembros de la CADH y de todas las autoridades públicas que permiten el movimiento de las funciones que integran el poder público, es vital para impulsar y efectivizar la aplicación del control de convencionalidad y en consecuencia, del *corpus iuris interamericano*.

Desde luego, tampoco hay que olvidar la labor de difusión que permanentemente debe realizar la Corte IDH sobre el control de convencionalidad, ya que como ha quedado demostrado a lo largo de este estudio, la identificación de sus características precisa de una rigurosa reconstrucción jurisprudencial y permanente análisis del *corpus iuris interamericano*, que en muchos casos y sin que sea una excusa, por la congestión administrativa y judicial que impera en la mayoría de los Estados miembros de la CADH, resulta de difícil seguimiento: “El Derecho Internacional de los Derechos Humanos precisa de una interconexión con el Derecho Constitucional Nacional y/o Derecho Constitucional Internacional, lo cual implica necesariamente, una capacitación y actualización permanente

51 Bazán, “Control de convencionalidad, aperturas dialógicas e influencias jurisdiccionales recíprocas”, 73.

de los jueces nacionales sobre la dinámica de la jurisprudencia convencional⁵². En correspondencia con este predicamento, resulta importante resaltar la labor de difusión del *corpus iuris interamericano* que la Corte IDH viene realizando a través de sus sesiones extraordinarias.

La importancia que el control de convencionalidad reviste para el efectivo cumplimiento de las obligaciones de respeto, garantía y adecuación de la CADH, en tanto que su implementación y desarrollo por parte de los Estados miembros, genera un interesante influjo entre la Corte IDH y las autoridades públicas nacionales que propicia el necesario *diálogo jurisprudencial*. Diálogo que incide en la debida articulación y creación de estándares en materia de protección de los derechos humanos en el continente americano o, por lo pronto, en los países signatarios de la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH⁵³.

Finalmente, en el caso ecuatoriano existiría de conformidad con los precedentes de la CCE un control de convencionalidad a cargo de la Corte Constitucional que operaría ante la duda razonable y motivada, que la realicen los jueces, de conformidad con el artículo 428 de la Constitución de la República del Ecuador, lo cual nos llevaría a solventar de alguna manera la “paradoja insuperable” respecto al control de convencionalidad de funcionarios jurisdiccionales; mas, en el caso de las autoridades estatales no jurisdiccionales el tema no está claro. No obstante lo anotado, es fundamental recordar que tanto jueces, como autoridades administrativas tienen la obligación de interpretar todas las normas a la luz de la CADH y de los derechos constitucionales con la finalidad de lograr su efectiva vigencia.

52 Corte IDH, *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, voto razonado Eduardo Ferrer Mac-Gregor, 26 de noviembre de 2010, párr. 31.

53 Ver *ibid.*

Aplicación del control de convencionalidad del *corpus iuris* interamericano de los derechos humanos

*Victor Hugo Rodas Balderrama**

Introducción

El control de convencionalidad representa un gran reto para todas las autoridades públicas sometidas al *corpus iuris interamericano*. Sus características y matices recién están siendo explorados, motivo por el cual todavía existen diversos ámbitos de incertidumbre respecto de su aplicación. En este sentido, el presente artículo pretende aportar a la discusión académica respecto los efectos normativos del control de convencionalidad, así como de las autoridades competentes para determinarlos. Para esto desarrollaré un recuento de la evolución que ha tenido esta figura en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, para posteriormente abordar dicho control desde la teoría del sistema jurídico, la cual consideramos que puede reforzar el entendimiento en dicha temática.

* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Políticas por la Universidad Mayor de San Simón, con sede en Cochabamba, Estado Plurinacional de Bolivia. Especialista en Derecho Internacional Público por la Universidad Nacional Autónoma de México y Maestro en Derecho por la misma universidad. Actualmente se desempeña como Jefe del Departamento de Contenidos para la Formación Profesional en Derechos Humanos de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal.

1. Control de convencionalidad

El control de convencionalidad es la expresión normativa del principio *pacta sunt servanda*, conforme al cual, las obligaciones internacionales asumidas soberanamente por los Estados deben cumplirse de buena fe y respetando el efecto útil de los instrumentos internacionales que las estipulan¹. En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el control de convencionalidad se estableció a través de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH)². Dicho control puede ser ejercido en dos niveles diferentes: 1) el control de convencionalidad, ejercido por cualquier autoridad pública local, denominado control primario de convencionalidad; y, 2) el control de convencionalidad desarrollado por la misma Corte IDH, denominado control complementario o subsidiario de convencionalidad³. Analicemos cada uno de ellos.

- 1 El principio *pacta sunt servanda* se encuentra estipulado en el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969. La Corte IDH ha aplicado dicho principio en diferentes resoluciones entre las cuales podemos mencionar: *Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (Arts. 1 y 2, Convención Americana Sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994, Serie A, No. 14, párr. 35; *Almonacid Arellano vs. Chile*, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, N° 154, párrafo 125, p. 53; *Rosendo Radilla Pacheco vs. México*, Sentencia de 23 de noviembre de 2009, Excepciones preliminares, Reparaciones y costas, Serie C, N° 209, párrafo 24, p. 9; entre otras.
- 2 Véase, Pedro Néstor Sagüés, “El control de convencionalidad en el sistema interamericano, y sus anticipos en el ámbito de los Derechos Económicos-Sociales. Concordancias y diferencias con el sistema europeo”. En: Armin Von Bogdandy, et al. (Coord.), *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales, México*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, p. 383.
- 3 Véase, Corte IDH, *Gelman vs. Uruguay*, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 20 de marzo de 2013, Supervisión de cumplimiento de sentencia, considerando 87; e Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *Manual auto-formativo para la aplicación del control de convencionalidad*

1.1 Control primario de convencionalidad

El ejercicio del control primario de convencionalidad es obligación de todas las autoridades públicas locales en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes⁴. Consiste en la realización de un examen de compatibilidad entre: 1) las disposiciones normativas y actos internos; y, 2) el *corpus iuris interamericano* y la jurisprudencia de la Corte IDH⁵, a efectos de: armonizar⁶, invalidar⁷ o inaplicar⁸ las primeras.

dirigido a operadores de justicia, San José, IIDH, 2015, pp. 45-109.

4 Véase, *Corte IDH, Gelman vs. Uruguay*, Sentencia de 24 de febrero de 2011, Fondo y Reparaciones, Serie C, N° 221, párrafo 239, p. 69.

5 Véase, Corte IDH, *Gudiel Álvarez y otros (“Diario Militar”) vs. Guatemala*, Sentencia de 20 noviembre de 2012, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 253, párrafo 233 y 330, pp. 81 y 118; y, García Ramírez Sergio, “El control judicial de convencionalidad interno”, IUS Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, México, 2011, núm. 28 julio-diciembre, pp. 134-136.

6 Véase, *Corte IDH, Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*, Sentencia de 23 de noviembre de 2009, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, N° 209, párrafo 338-340, pp. 92-93.

7 Si bien la Corte IDH no se ha referido a la invalidez de las normas contrarias al *corpus iuris interamericano*, sí ha mencionado en su jurisprudencia que dichas normas “carecen de efectos jurídicos”, lo que desde la teoría general del derecho equivale a la invalidez normativa. Al respecto véase: Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Heliodoro Portugal vs. Panamá*, Sentencia de 12 de agosto de 2008, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, N° 186, párrafo 180, pp. 49 y 50; *Almonacid Arellano vs. Chile*, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, N° 154, párrafo 124, p. 53; *Gelman vs. Uruguay*, Sentencia de 24 de febrero de 2011, Fondo y Reparaciones, Serie C, N° 221, párrafo 246, p. 73. Véase también: Sagüés, Néstor Pedro, “El control de convencionalidad en el sistema interamericano, y sus anticipos en el ámbito de los Derechos Económicos-Sociales. Concordancias y diferencias con el sistema europeo.”, op. cit., p. 385.

8 Véase, *Corte IDH, Almonacid Arellano vs. Chile*, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, N° 154, párrafo 123, pp. 52 y 53.

El Control Primario de Convencionalidad se formuló de forma expresa en la sentencia dictada en el caso Almonacid Arellano contra Chile en el año 2006; sin embargo, diversas sentencias y resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos dan cuenta de sus características. Veamos brevemente algunas de ellas.

- **Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina.** Resuelto por la Corte Interamericana el 2 de febrero de 1996, versa sobre la desaparición forzada de Adolfo Argentino Garrido Calderón y Raúl Baigorria Balmaceda, los cuales de acuerdo con los hechos narrados en la demanda, fueron vistos por última vez después de haber sido detenidos por personal policial de la provincia de Mendoza, Argentina, el 28 de abril de 1990⁹. En el procedimiento ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el Estado aceptó su responsabilidad, motivo por el cual la Corte dispuso que el Estado, los familiares de las víctimas y la Comisión, se pusieran de acuerdo en lo referente a las reparaciones y costas. Al no poder llegar a un acuerdo, la Corte dictó sentencia el 27 de agosto de 1998. En dicha sentencia la Corte refirió que:

68. En el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha celebrado un convenio internacional, debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de las obligaciones asumidas. Esta norma aparece como válida universalmente y ha sido calificada por la jurisprudencia como un principio evidente (“principe allant de soi”; Echange des populations grecques et turques, avis consultatif, 1925, C.P.J.I., serie B, no. 10, p. 20). En este orden de ideas, la Convención

9 Véase, Corte IDH, *Garrido y Baigorria vs. Argentina*, Sentencia de 2 de febrero de 1996, Fondo, Serie C, N°26, considerando 10, p. 4.

Americana establece la obligación de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención, para garantizar los derechos en ella consagrados.

69. Esta obligación del Estado Parte implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas. Esto significa que el Estado ha de adoptar todas las medidas para que lo establecido en la Convención sea realmente cumplido en su orden jurídico interno. Y esas medidas son efectivas cuando la comunidad, en general, adapta su conducta a la normativa de la Convención y, en el caso de que así no sea, cuando se aplican efectivamente las sanciones previstas en ella¹⁰.

- **Caso La Última Tentación de Cristo, Olmedo Bustos y otros vs. Chile.** Los hechos que dieron origen a este caso ocurrieron el 29 de noviembre de 1988 cuando el Consejo de Calificación Cinematográfica de Chile rechazó la exhibición de la película *La Última Tentación de Cristo*, decisión que fue ratificada por la Corte Suprema de Justicia¹¹. Entre las diversas peticiones de la Comisión, se solicitó que el Estado chileno adecuara sus normas constitucionales y legales a la Convención Americana a objeto de eliminar la censura previa¹². La Corte determinó que la censura de la película violaba el derecho a la libertad de pensamiento y expresión, así como el deber de adaptar el derecho interno a los parámetros

10 Corte IDH, *Garrido y Baigorria vs. Argentina*, Sentencia de 28 de agosto de 1998, Reparaciones y Costas, Serie C, N° 39, considerando 68 y 69, p. 16 y 17. Énfasis añadido.

11 Véase, Corte IDH, *La última tentación de Cristo vs. Chile*, Sentencia de 5 de febrero de 2001, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, N°73, considerando 60, p. 21.

12 *Ibidem*, considerando 3, p. 2.

establecidos por la Convención. En razón de este argumento y siguiendo la línea jurisprudencial del caso Garrido y Baigorria explicado anteriormente, la Corte determinó que:

97. Respecto del artículo 13 de la Convención, la Corte considera que *el Estado debe modificar su ordenamiento jurídico* con el fin de suprimir la censura previa, para permitir la exhibición cinematográfica y la publicidad de la película “La Última Tentación de Cristo”, ya que está obligado a respetar el derecho a la libertad de expresión y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción.

98. En relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención, las normas de derecho interno chileno que regulan la exhibición y publicidad de la producción cinematográfica todavía no han sido adaptadas a lo dispuesto por la Convención Americana en el sentido de que no puede haber censura previa. Por ello el Estado continúa incumpliendo los deberes generales a que se refieren aquéllas disposiciones convencionales. *En consecuencia, Chile debe adoptar las medidas apropiadas para reformar, en los términos del párrafo anterior, su ordenamiento jurídico interno de manera acorde al respeto y el goce del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión consagrado en la Convención*¹³.

- **Caso Almonacid Arellano contra Chile.** Al resolver este caso la Corte estableció la responsabilidad internacional del Estado chileno por la falta de investigación y sanción de los responsables de la ejecución extrajudicial del señor Almonacid

13 *Ibidem*, considerando 97 y 98, pp. 37 y 38. Énfasis añadido.

Arellano¹⁴. El conflicto se centró en la aplicación del decreto Ley N° 2191, que declaraba la amnistía de los responsables de diversos delitos cometidos durante el periodo de la dictadura militar. La Corte estimó que el incumplimiento de la convención y la consecuente responsabilidad del Estado, no solo se debían a la Ley N° 2191, sino también a la aplicación de ésta por los tribunales nacionales, puesto que es obligación de dichos tribunales, enmendar los errores del órgano legislativo inaplicando las leyes contrarias a la Convención, aprobadas por este órgano. En este sentido la Corte expresó:

123. Sin embargo, cuando el Legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, el Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella. El cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado, y es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el sentido de que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados, según el artículo 1.1 de la Convención Americana.

124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en

14 Véase, Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano vs. Chile*, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, Serie C, N°154, considerando 3, p. 2.

el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. *En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.* En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana¹⁵.

- **Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú.** El 4 de febrero de 2005 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos presentó a la Corte Interamericana una demanda contra la República del Perú. En dicha demanda se alegaba la vulneración de los derechos a la protección y garantías judiciales de 257 personas que trabajaban en el Congreso Nacional de Perú. Dichos trabajadores fueron cesados en sus funciones por la reorganización de este órgano¹⁶. El 24 de noviembre de 2006, la Corte emitió su fallo en el cual estableció que:

128. Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus

15 *Ibidem.*, párrafo 123 y 124, p. 53. Énfasis añadido.

16 Corte IDH, *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*, Sentencia de 24 de noviembre de 2006, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, N° 158, párrafo 1 y 2, p. 2.

jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. *En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes.* Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones¹⁷.

- **Caso Rosendo Radilla Pacheco vs. México.** Resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 23 de noviembre de 2009, el caso Radilla versa sobre la desaparición forzada del señor Rosendo Radilla Pacheco. En la demanda, la Comisión solicitó que la Corte ordene la reforma del artículo 13 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ya que la interpretación que se hacía de dicho artículo era contraria a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, puesto que permitía que miembros del servicio militar mexicano, sean juzgados en el fuero militar por violaciones a los derechos humanos contra la población civil¹⁸. Si bien la Corte no ordenó la modificación del texto constitucional mexicano, puesto que éste en sí mismo no era incompatible con la Convención, sí aclaró que la interpretación

17 *Ibidem.*, párrafo 128, p. 47. Énfasis añadido.

18 Corte IDH, *Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*, *op. cit.*, párrafo 337, p. 92.

de los tribunales y jueces de las normas internas de un Estado deben ser conforme a los parámetros establecidos por la Convención. En este tenor, la Corte manifestó que:

338. Para este Tribunal, no sólo la supresión o expedición de las normas en el derecho interno garantizan los derechos contenidos en la Convención Americana, de conformidad a la obligación comprendida en el artículo 2 de dicho instrumento. *También se requiere el desarrollo de prácticas estatales conducentes a la observancia efectiva de los derechos y libertades consagrados en la misma. En consecuencia, la existencia de una norma no garantiza por sí misma que su aplicación sea adecuada. Es necesario que la aplicación de las normas o su interpretación, en tanto prácticas jurisdiccionales y manifestación del orden público estatal, se encuentren ajustadas al mismo fin* que persigue el artículo 2 de la Convención. En términos prácticos, la interpretación del artículo 13 de la Constitución Política mexicana debe ser coherente con los principios convencionales y constitucionales de debido proceso y acceso a la justicia, contenidos en el artículo 8.1 de la Convención Americana y las normas pertinentes de la Constitución mexicana.

339. En relación con las prácticas judiciales, este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las

disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. 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 Americana¹⁹.

- **Caso Gelman vs. Uruguay.** Los hechos del presente caso versan sobre la desaparición forzada de María Claudia García Iruretagoyena Casinelli y su esposo Marcelo Ariel Gelman Schubaroff. María Claudia García y Marcelo Gelman fueron llevados a un centro de detención clandestino, donde permanecieron juntos algunos días y posteriormente fueron separados. Marcelo Gelman fue torturado y posteriormente ejecutado en 1976, sus restos fueron descubiertos en 1989. María Claudia García fue trasladada a Montevideo-Uruguay de forma clandestina por autoridades estatales, donde dio a luz a una niña. A finales de diciembre de 1976, María Claudia García fue separada de su hija recién nacida. El paradero de María todavía se desconoce. Los hechos del caso no fueron investigados en virtud de Ley No. 15.848 o Ley de Caducidad, promulgada en 1986 por el gobierno democrático del Uruguay²⁰. Al resolver el caso, la Corte señaló que:

239. La sola existencia de un régimen democrático no garantiza, *per se*, el permanente respeto del Derecho

19 *Ibidem.*, párrafo 338 y 339, pp. 92 y 93. Énfasis añadido.

20 Véase, Corte IDH, *Gelman vs. Uruguay*, *op cit.*, párrafo 2, p. 4.

Internacional, incluyendo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo cual ha sido así considerado incluso por la propia Carta Democrática Interamericana. La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo “susceptible de ser decidido” por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un “control de convencionalidad”, que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial. En este sentido, la Suprema Corte de Justicia ha ejercido, en el Caso Nibia Sabalsagaray Curutchet, un adecuado control de convencionalidad respecto de la Ley de Caducidad, al establecer, *inter alia*, que “el límite de la decisión de la mayoría reside, esencialmente, en dos cosas: la tutela de los derechos fundamentales (los primeros, entre todos, son el derecho a la vida y a la libertad personal, y no hay voluntad de la mayoría, ni interés general ni bien común o público en aras de los cuales puedan ser sacrificados) y la sujeción de los poderes públicos a la ley”²¹.

- **Caso Gudiel Álvarez y otros (“Diario Militar”) vs. Guatemala.** Al resolver este caso, la Corte estableció la

21 *Ibidem.*, párrafo 239.

responsabilidad internacional del Estado de Guatemala por la falta de investigación de la desaparición forzada de 24 personas, la ejecución extrajudicial de Rudy Gustavo Figueroa Muñoz y la detención y tortura de la niña Wendy Santizo Méndez. En la sentencia de fondo, la Corte estipuló que:

233. Además, la Corte considera pertinente señalar que la obligación de investigar, juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables de hechos violatorios de los derechos humanos no se deriva solamente de la Convención Americana, en determinadas circunstancias y dependiendo de la naturaleza de los hechos, también se desprende de otros instrumentos interamericanos que establecen la obligación a cargo de los Estados Partes de investigar las conductas prohibidas por tales tratados. En relación con los hechos del presente caso, el Tribunal observa que, conforme a la Convención Interamericana contra la Tortura, los Estados tienen el deber de investigar todo acto que pudiera constituir tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes que ocurran en su jurisdicción. Dichas disposiciones especifican y complementan las obligaciones que tiene el Estado con respecto al respeto y garantía de los derechos consagrados en la Convención Americana, así como “el *corpus juris internacional* en materia de protección de la integridad personal”²².

Si bien la línea jurisprudencial sobre el control primario de convencionalidad abarca aproximadamente 31 resoluciones de la Corte IDH²³, las descritas anteriormente son las que han

22 Corte IDH, *Gudiel Álvarez y otros (“Diario Militar”) vs. Guatemala*, op. cit., párrafo 233 y 330, pp. 81 y 118.

23 Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *Manual auto-formativo para la aplicación del control de convencionalidad dirigido a operadores de justicia*,

delimitado sus características, mismas que explicaremos a continuación.

A. Autoridades obligadas a ejercer el control primario de convencionalidad

Como vimos en el caso *Gelman vs. Uruguay*, la Corte IDH ha establecido que el ejercicio del control primario de convencionalidad es una obligación de todas las autoridades públicas, en el marco de su competencia y las regulaciones procesales correspondientes²⁴. Esto permitiría inferir que, conforme a la interpretación de la Corte, el control primario de convencionalidad debe tener carácter difuso. Al respecto, Sergio García Ramírez sostiene que dicha obligación recae en aquellas autoridades que tengan la función de promover, respetar y garantizar los derechos humanos reconocidos en el *corpus iuris interamericano*²⁵. Dicha labor, obviamente incluye a los jueces y tribunales internos, los cuales según Eduardo Ferrer Mac-Gregor, se convierten en jueces interamericanos, no importando la materia o la jerarquía de estos²⁶.

op. cit., p. 125 y 126.

24 Corte IDH, *Gelman vs. Uruguay*, *op. cit.*, párrafo 239.

25 Véase, García Ramírez, Sergio. *El control judicial de convencionalidad interno*, IUS Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, México, 2011, núm. 28 julio-diciembre, p. 126.

26 Véase, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, “Interpretación Conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”. En: Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (Coord.), *La reforma constitucional en materia de Derechos Humanos: un nuevo paradigma*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie doctrina jurídica, núm. 609, México, 2011. p. 187.

B. Carácter *ex officio*

Establecido por la Corte en la sentencia del caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú, el carácter *ex officio* del control primario de convencionalidad se refiere a la obligatoriedad de las autoridades de desarrollar el control de convencionalidad sin la necesidad de que sea solicitado por las personas sujetas a la jurisdicción de los Estados²⁷. Dicho carácter se establece como una garantía de cumplimiento de *obligaciones nacionalmente aceptadas y colectivamente establecidas*²⁸. Ahora bien, como menciona Sergio García Ramírez, tomando en cuenta la pluralidad de operadores que asumirán la función del control de convencionalidad, debe destacarse que el mismo debe comprometerse con la justicia y la seguridad jurídica, quedando el margen de apreciación nacional, acotado por las definiciones de la Corte Interamericana y la interpretación vinculante contenida en su jurisprudencia²⁹.

C. Corpus iuris interamericano

En relación al espectro normativo sobre el cual recae la obligación de ejercer el control interno de convencionalidad, la Corte estableció en el caso Gudiel Álvarez y otros (“Diario Militar”) vs. Guatemala, que el control debe ejercerse respecto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el resto de normas del sistema interamericano que le otorgan competencia contenciosa a la Corte Interamericana (Protocolo de San Salvador en lo que respecta a los derechos de asociación laboral y de acceso a la educación: artículos 8.1.a y 13; la Convención

27 Corte IDH, *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*, *op. cit.*, párrafo 128.

28 Véase, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, *op. cit.*, p. 128.

29 *Ídem*.

para Prevenir y Sancionar la Tortura; la Convención contra la Desaparición Forzada de Personas y la Convención para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer Convención de Belém do Pará) y la jurisprudencia de la Corte Interamericana, contenida en las sentencias de casos contenciosos, opiniones consultivas y los criterios derivados de las medidas provisionales y la supervisión del cumplimiento de sentencias. También debe tomarse en cuenta con criterio orientador, los instrumentos internacionales de alcance universal, así como la jurisprudencia de otros tribunales de alcance internacional³⁰.

D. Efectos del control de convencionalidad

Aunque no queda claro aún cuales son los efectos normativos del control de convencionalidad, puesto que la Corte IDH solo ha señalado que dicho control debe desarrollarse en el marco de las atribuciones y regulaciones procesales propias de la autoridad que realice dicho control, es posible advertir al menos tres efectos de una norma u acto que resultare contrario a las obligaciones establecidas en el *Corpus Iuris Interamericano*. Así, las normas u actos que sean inconvencionales, deben invalidarse, inaplicarse o armonizarse. En *Almonacid Arellano* por ejemplo, la Corte IDH estableció que el órgano legislativo del Estado chileno falló en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana y que el órgano judicial de dicho Estado debió abstenerse de aplicar dichas leyes³¹. En este caso es posible advertir tanto la obligación de invalidar como la de inaplicar aquellas normas contrarias al *corpus iuris interamericano*. Ahora bien, con respecto a la armonización esta se refiere a la obligación de interpretar las normas locales en conformidad con

30 *Ibidem.*, pp.134-136.

31 Véase, Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano vs. Chile*, *op cit.*, considerando 123.

el *corpus iuris interamericano*. La referencia a dicha obligación puede observarse en Pacheco Radilla vs. México, en la cual la Corte explica que la existencia de una norma no garantiza que su aplicación sea adecuada. En este sentido establece que la aplicación de las normas o su interpretación debe ajustarse a la Convención Americana sobre Derechos Humanos³².

Con respecto al control primario de convencionalidad llevado a cabo por los órganos jurisdiccionales, Sergio García Ramírez explica que cuando los tribunales nacionales despliegan el control de convencionalidad en ausencia de definiciones de la Corte Interamericana, dichas decisiones tienen efecto *inter partes*³³. Por otro lado, cuando el control primario de convencionalidad supere el estándar interamericano contenido en la jurisprudencia de la Corte, este debe prevalecer, puesto que como sostiene el autor citado, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos es el piso y no el techo de los derechos³⁴.

Como pudimos observar, el control de convencionalidad nace de la necesidad de garantizar el cumplimiento de las obligaciones internacionales asumidas de forma soberana. Éste tipo de control implica la determinación de cualquier acto u omisión imputable al Estado como inconvencional, cuando es contrario a lo establecido por el *corpus iuris interamericano*.

32 Véase, Corte IDH, *Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*, *op. cit.*, párrafo 338, p. 92.

33 Véase, García Ramírez Sergio, *op. cit.*, nota 141, p. 128.

34 *Ibidem.*, p. 139.

1.2 Control complementario o subsidiario de convencionalidad

En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos el control complementario o subsidiario de convencionalidad es llevado a cabo por la Corte IDH desde el comienzo de sus funciones. De manera similar al control primario de convencionalidad, consiste la realización de un examen de compatibilidad entre: 1) las disposiciones normativas y actos internos; y, 2) el *corpus iuris interamericano* y su jurisprudencia, a objeto de ordenar a los Estados que aceptaron la competencia contenciosa de la Corte IDH la invalidación, inaplicación o armonización de las primeras. Dicho control se asemeja al control de constitucionalidad llevado a cabo por los Tribunales y Cortes Constitucionales, así, mientras los Tribunales y Cortes Constitucionales controlan la constitucionalidad de los actos del Estado, la Corte IDH resuelve acerca de su convencionalidad³⁵.

Si bien la Corte se refiere expresamente al control complementario o subsidiario de convencionalidad en su resolución de supervisión de sentencia en el Caso *Gelman vs. Uruguay*³⁶ puede encontrarse diversos antecedentes de sus características en la jurisprudencia interamericana anterior a dicha resolución. Veamos brevemente algunas de las resoluciones en las que la Corte sienta las bases de este tipo de control.

35 Véase los votos concurrentes de Sergio García Ramírez en: Corte IDH, *Tybi vs. Ecuador*, Sentencia de 7 de septiembre de 2004, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, N° 114, considerando 3, p. 1 y; *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, Sentencia de 25 de noviembre de 2003, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, N° 101, considerando 27, p. 7.

36 Véase, Corte IDH, *Gelman vs. Uruguay*, Supervisión de cumplimiento de sentencia, *op. cit.*, considerando 87.

- **Opinión Consultiva OC-6/86.** La Corte determinó que el procedimiento legislativo de un Estado no impide “que una ley aprobada por el Parlamento llegue a ser violatoria de los derechos humanos, posibilidad que reclama la necesidad de algún régimen de *control posterior*”³⁷.
- **Opinión Consultiva OC-13/93.** La Corte analizó si la Comisión IDH era competente para evaluar la compatibilidad de las normas de derecho interno con la Convención. Al emitir resolución, la Corte señaló que un Estado puede violar un tratado internacional y, específicamente, la Convención, cuando omite dictar las normas a que está obligado por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) o también cuando dicta disposiciones que no estén en conformidad con lo que de él exigen sus obligaciones dentro de la Convención, dicho de otro modo, de acuerdo a la Corte IDH, el hecho de que se trate de leyes internas y de que estas hayan sido adoptadas de acuerdo con lo dispuesto por la Constitución, nada significa si mediante ellas se violan cualesquiera de los derechos o libertades protegidos en el orden interamericano³⁸.
- **Opinión Consultiva OC-14/94.** La Corte se pronunció sobre los efectos jurídicos de una ley que viola manifiestamente las obligaciones que un Estado ha contraído al ratificar la Convención. La Corte manifestó que posee facultad para analizar y determinar la compatibilidad de las normas internas con la Convención Americana sobre Derechos

37 Corte IDH, *La expresión “Leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Opinión Consultiva OC-6/86, Serie A, N°6, considerando 22, p. 6. Énfasis añadido.

38 Véase, Corte IDH, *Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, Opinión Consultiva OC-13/93, Serie A, N°13, considerando 26 y 27, p. 8.

Humanos y otros tratados de la materia que sean vinculantes, sin que deba importar la jerarquía de las normas analizadas, consecuentemente una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado al ratificar o adherirse a la Convención constituye una violación de ésta y, en caso de que dicha violación afecte derechos y libertades protegidos respecto de individuos determinados, genera responsabilidad internacional para el Estado³⁹.

- **Voto disidente juez Cançado Trindade, Sentencia de Reparaciones y Costas, Caso “El Amparo vs. Venezuela”.** En la investigación del caso por la muerte de catorce pescadores de la localidad “El Amparo”, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos encontró que diversas disposiciones del Código de Justicia Militar de Venezuela eran incompatibles con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, motivo por el cual recomendó al Estado venezolano su modificación. Dentro de las medidas de reparación solicitadas a la Corte, pidió que ésta declare dichas disposiciones como contrarias a la Convención y consecuentemente se ordene al Estado su adecuación⁴⁰. La Corte ordenó que las medidas de reparación sean acordadas entre el Estado y la Comisión en razón de que el Estado había aceptado su responsabilidad, y señaló que, en caso de no poder llegar a un acuerdo, la Corte determinará las medidas de reparación⁴¹. Al no poder llegar a un acuerdo respecto de las reparaciones, la Corte emitió sentencia de reparaciones y costas el 14 de septiembre de 1996. Con relación a la

39 Véase, Corte IDH, *Responsabilidad Internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención*, Opinión Consultiva OC-14/94, Serie A, N°14, considerando 1, 49 y 50, pp. 2-15.

40 Corte IDH, *El Amparo vs. Venezuela*, Sentencia de 18 de enero de 1995, Fondo, Serie C, N° 19, considerando 4 inciso 5, p. 2.

41 *Ibidem.*, considerando 20 y 21, p. 5.

solicitud de la Comisión de declarar diversas disposiciones normativas del Código de Justicia Militar como contrarias a la Convención, la Corte se abstuvo de pronunciarse sobre su compatibilidad o incompatibilidad con la Convención, debido a que dicha norma no se había aplicado en dicho caso y consecuentemente no existían víctimas concretas de la supuesta incompatibilidad⁴². El juez Cançado Trindade emitió voto disidente respecto de la abstención de la Corte. En dicho voto manifestó lo siguiente:

El señalamiento por la Corte de que lo dispuesto en el artículo 54(2) y (3) del Código de Justicia Militar “no ha sido aplicado en el presente caso” (párrafo 58), *no la priva de su competencia para proceder a la determinación de la incompatibilidad o no de aquellas disposiciones legales con la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En mi entendimiento, la propia existencia de una disposición legal puede per se crear una situación que afecta directamente los derechos protegidos por la Convención Americana. Una ley puede ciertamente violar estos derechos en razón de su propia existencia, y, en la ausencia de una medida de aplicación o ejecución, por la amenaza real a la(s) persona(s), representada por la situación creada por dicha ley.*

No me parece necesario esperar la ocurrencia de un daño (material o moral) para que una ley pueda ser impugnada; puede serlo sin que esto represente un examen o determinación in abstracto de su incompatibilidad con la Convención. Si fuera necesario aguardar la aplicación efectiva de una ley ocasionando un daño, no habría como sostener el deber de prevención. *Una ley puede,*

42 Corte IDH, *El Amparo vs. Venezuela*, Sentencia de 14 de septiembre de 1996, Reparaciones y Costas, Serie C, N° 28, considerando 60, p.15.

*por su propia existencia y en la ausencia de medidas de ejecución, afectar los derechos protegidos en la medida en que, por ejemplo, por su vigencia priva a las víctimas o a sus familiares de un recurso efectivo ante los jueces o tribunales nacionales competentes, independientes e imparciales, así como de las garantías judiciales plenas (en los términos de los artículos 25 y 8 de la Convención Americana)*⁴³.

Como puede apreciarse, la principal diferencia entre éste tipo de control y el control primario de convencionalidad, radica en que este debe sujetarse a los parámetros establecidos en la jurisprudencia establecida por la Corte IDH.

2. El Control de Convencionalidad desde la Teoría del Sistémica Jurídico

Desde una perspectiva general el control de convencionalidad puede ser entendido como un mecanismo de depuración de conflictos normativos, en el cual siempre debe prevalecer la norma más protectora de los derechos humanos de las personas sujetas a la jurisdicción de un Estado. Dicho posicionamiento nos lleva ineludiblemente al estudio del sistema jurídico y las teorías que lo explican, pues en éstas encontraremos los principales elementos para su aplicación.

El sistema jurídico puede ser entendido como un conjunto de normas que se interrelacionan jerárquicamente a través de una norma fundamental. Dicho concepto es relativamente nuevo, pues la teoría general del Derecho, se había enfocado tradicionalmente en el estudio y naturaleza de la norma jurídica con el fin de

43 *Ibidem.*, Voto Disidente, A. A. Cançado Trindade, considerado 1-3, p. 1. Énfasis añadido.

diferenciarla de otro tipo de normas (morales, éticas, etc.), descuidando su naturaleza sistémica⁴⁴. Por este motivo, la teoría del sistema jurídico pretende cambiar el enfoque tradicional del estudio del Derecho *como norma* y sustituirlo por el estudio del Derecho como *sistema de normas*. Como señala Abelardo de la Torre:

... el derecho positivo de un Estado, no es un conjunto de normas yuxtapuestas, destinadas a resolver cada una distintos casos de la vida social, sin que exista entre ellas vinculación alguna. Por el contrario, esa pluralidad de normas, según lo ha establecido el pensamiento *ius filosófico más reciente y lo confirma la experiencia, constituye un todo ordenado y jerarquizado, es decir, un sistema*⁴⁵.

2.1 El Sistema Jurídico y las teorías que lo abordan

Joseph Raz en su libro *El Concepto de Sistema Jurídico*, propone que una teoría completa sobre el sistema jurídico debe abordar los siguientes problemas:

- **El problema de la existencia.** Se tratar de determinar cuáles son los criterios de existencia de un sistema jurídico, es decir, cuándo y bajo qué condiciones un sistema jurídico existe o ha dejado de existir.
- **El problema de identidad y membresía.** Busca resolver la interrogante relativa a qué normas forman parte de un

44 Véase, Bobbio, Norberto, *Teoría General del Derecho*, 2ª edición, Bogotá, Temis, 2005, p. 141.

45 Torre, Abelardo de la, *Introducción al Derecho*, 13ª edición, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2002, p. 253.

determinado sistema jurídico y qué criterios determinan esa pertenecía.

- **El problema de estructura.** Encaminado a determinar la estructura común de los sistemas jurídicos o los patrones de coincidencia entre los sistemas.
- **El problema de contenido.** El cual busca determinar la existencia de normas comunes en todos los sistemas jurídicos, es decir, si existen contenidos comunes en los diferentes sistemas jurídicos⁴⁶.

Si bien todavía es poca la doctrina sobre el sistema jurídico – *en comparación a otras áreas de conocimiento jurídico*– existen notables avances en los trabajos de Austin, Kelsen y Hart, los cuales proponen soluciones para la mayoría de las interrogantes planteadas por Raz.

a) John Austin

Considerado como el fundador de la jurisprudencia analítica en Inglaterra⁴⁷, la teoría del sistema jurídico de Austin se encuentra implícita en su definición de disposición jurídica, la cual, según este autor, constituye un *mandato general de un soberano a sus súbditos*⁴⁸. De esta manera, el sistema jurídico en la teoría de Austin, está constituido por todos los mandatos del soberano hacia sus súbditos. Al respecto Austin, citado por Rolando Tamayo y Salmorán, afirma: “... toda norma jurídica positiva o toda norma estrictamente así llamada, es un mandato directo o indirecto del (...) soberano, emitiéndola en su carácter

46 Véase, Raz, Joseph, *El concepto de sistema jurídico*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1986, p.18.

47 Véase, Bodenheimer, Edgar, *Teoría del Derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 1942, p. 314.

48 Véase, *Ibidem.*, pp. 315 y 316; Raz, Joseph, *op. cit.*, nota 39, p. 23.

de superior político: es decir un mandato directo o indirecto de un soberano dirigido a una persona o a unas personas en estado de sujeción con respecto a su autor⁷⁴⁹.

Con relación a los problemas inherentes al sistema jurídico, Raz sostiene que la teoría del Derecho de Austin, lleva implícitas respuestas a los problemas de identidad, membresía y existencia, los cuales son un subproducto de su definición de disposición jurídica. Dichas respuestas son expuestas a continuación:

- **Problema de existencia.** Un sistema jurídico existe, si el legislador común de sus disposiciones es un soberano, es decir, que un sistema jurídico existe si las disposiciones jurídicas emitidas son generalmente obedecidas, en otras palabras, un sistema jurídico existe si éste es eficaz⁵⁰.
- **Problema de identidad y membresía.** Un sistema jurídico contiene todas y sólo las disposiciones jurídicas emitidas por una persona o cuerpo de personas. Consecuentemente las disposiciones jurídicas o normas, pertenecen al sistema jurídico del legislador que las emitió⁵¹.

Como puede observarse, la definición de disposición jurídica propuesta por Austin, gira en torno al concepto de soberanía⁵², la cual conforme dicho autor, se basa en los siguientes argumentos:

49 Austin John, *The Province of Jurisprudence Determined*, 2ª edición, Nueva York, Burt Franklin, 1861, p. 121, cit. por Tamayo y Salmorán, Rolando, "La teoría del Derecho de John Austin" en *Anuario Jurídico*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Año jurídico XI, N° 11, 1984, p. 571.

50 Véase, Raz, Joseph, *op. cit.*, nota 39, p. 24.

51 *Ibidem.*, p. 23.

52 Véase, Tamayo y Salmorán, Rolando, *op. cit.*, nota 42, p. 572.

- 1) La soberanía no se deriva ni se explica en referencia con la moral o con principios morales. La soberanía se basa exclusivamente en el hecho social del hábito de obediencia.
- 2) Los conceptos de hábito de obediencia y de obediencia personal, esto es, de obediencia a una persona específica o a un grupo específico, se convierten en los conceptos claves en el análisis de la soberanía⁵³.

Consecuentemente la soberanía tiene como características el no ser *subordinada*, es decir que la facultad para crear normas no es conferida por ninguna disposición jurídica y por lo tanto tampoco puede ser revocada por ninguna; ser *ilimitada*, ya que el poder para crear normas no se encuentra regulado y por lo tanto puede legislar cualquier disposición jurídica; ser *única*, por cuanto en un sistema jurídico solo puede existir un poder legislativo no subordinado e ilimitado; y ser *unitaria*, ya que el poder legislativo se encuentra en las manos de una persona o grupo de personas⁵⁴.

Ahora bien, para Austin soberano es el legislador directo o indirecto de todas las disposiciones jurídicas de un sistema. De esta manera existe un sólo soberano con dos tipos de facultades legislativas, una directa y otra indirecta. La legislación directa es aquella ejercida por el legislador último o soberano, el cual adquiere tal calidad por ser superior a los demás, en cuanto no se encuentra sometido a las disposiciones por él creadas. En cambio, la legislación indirecta, es ejercida por el legislador secundario, que es aquella persona o grupo de personas, competentes para crear una disposición jurídica, si, y sólo si, existe una disposición jurídica anterior que les confiera tal facultad⁵⁵.

53 Raz, Joseph, *op. cit.*, nota 39, p. 25.

54 *Ibidem.*, p. 26.

55 *Ibidem.*, p. 37.

Según el análisis que de la teoría de Austin realiza Joseph Raz, la principal diferencia entre la legislación hecha por el soberano y la legislación hecha por sus delegados, es que estos últimos tienen que expresar sus deseos en la forma prescrita por las disposiciones jurídicas del legislador directo o soberano⁵⁶.

Como vimos, John Austin basa su teoría del sistema jurídico sobre el concepto de *soberano*, el cual legisla de forma directa cuando crea una disposición jurídica dirigida a los súbditos y legisla de forma indirecta cuando, a través de una disposición jurídica, otorga facultades legislativas a otra persona o grupo de personas. La legislación creada por el legislador no último debe someterse a la legislación del legislador último, consecuentemente las normas emitidas por el legislador último o soberano son jerárquicamente superiores a las normas creadas por el legislador delegado o secundario. En resumen, la jerarquía normativa de un sistema jurídico se basa en el origen de las normas.

b) Hans Kelsen

Kelsen fue el primero en tratar de forma explícita y comprensiva el concepto de sistema jurídico, ya que, si bien los trabajos de Austin contenían una teoría del sistema jurídico, ésta se encontraba implícita. Norberto Bobbio coincide en que uno de los méritos más grandes de Kelsen fue precisamente haber separado los problemas del ordenamiento jurídico de los relativos a la norma jurídica. Al estudio de la norma jurídica aislada, Kelsen la denominó *nomoestática* y al estudio de los ordenamientos jurídicos, *nomodinámica*⁵⁷.

En su teoría, Kelsen propone una solución a los problemas de existencia, identidad y membresía de los sistemas jurídicos, mismos que estudiamos a continuación.

56 *Ibidem.*, p. 38.

57 Véase, Bobbio, Norberto, *op. cit.*, nota 37, p. 143.

- **Problema de existencia. Para Kelsen, un “... sistema jurídico existe si, y sólo si, este alcanza un cierto mínimo de eficacia”⁵⁸.** Consecuentemente, un sistema es eficaz en función de la eficacia de sus disposiciones jurídicas. Cabe hacer notar que en la teoría de Austin, la existencia de un sistema jurídico dependía de la obediencia a un soberano, el cual no se encontraba sometido a disposición jurídica alguna; en cambio, en la teoría de Kelsen se reemplaza la obediencia al soberano por la obediencia a las disposiciones jurídicas, de ahí que la piedra angular para el criterio de existencia sea la eficacia.
- **El problema de identidad y membresía.** Con relación al problema de identidad, Kelsen sostiene que las disposiciones jurídicas forman un sistema en razón de una norma fundamental⁵⁹. De esta manera, a diferencia de Austin que sostiene que las disposiciones jurídicas son parte de un sistema en tanto éstas sean legisladas directa o indirectamente por un soberano, Kelsen afirma que “... un sistema jurídico es el conjunto de todas las disposiciones jurídicas creadas mediante el ejercicio de facultades conferidas, directa o indirectamente por una norma fundamental”⁶⁰. Como se puede observar, con relación al criterio de identidad, Kelsen sustituye al soberano de Austin por la norma fundamental.

Como puntualiza Raz, los criterios de identidad y membresía de un sistema jurídico, son determinados únicamente por los hechos de su creación o de su origen. De esta manera, hay dos conceptos elementales sobre los cuales se fundamenta el criterio de identidad de Kelsen: el de norma fundamental, mencionado

58 Raz, Joseph, *op. cit.*, nota 39, p. 122.

59 Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho*. En: *Hans Kelsen Obras, Clásicos del Derecho*, México, Asociación Nacional del Notariado Mexicano, 2000, p. 119.

60 Raz, Joseph, *op. cit.*, nota 39, p.123.

anteriormente y el de cadena de validez que estudiaremos a continuación.

Al momento de explicar la pertenencia de una disposición jurídica a un sistema, Kelsen introduce además del concepto de norma fundamental, el concepto de validez normativa y junto a este concepto establece un criterio de jerarquización normativa: “El fundamento de validez de una norma sólo puede encontrarse en la validez de otra norma. La norma que representa el fundamento de validez de otra es caracterizada, metafóricamente como una norma superior en relación con una inferior”⁶¹.

Es precisamente esta afirmación la que conduce a Kelsen a establecer el concepto de norma fundamental, pues la cadena de validez debe comenzar necesariamente con una norma que no le deba su validez a ninguna otra. De esta manera Kelsen continúa explicando que:

...la búsqueda del fundamento de validez de una norma no puede proseguir hasta el infinito, como la búsqueda de la causa de un efecto. Tiene que concluir en una norma que supondremos, la última, la suprema. Como una norma suprema tiene que ser presupuesta, dado que no puede ser impuesta por una autoridad cuya competencia tendría que basarse en una norma aún superior. Su validez no puede derivarse ya de una norma superior, ni puede volver a cuestionarse el fundamento de su validez. Una norma semejante, presupuesta como norma suprema, será designada... como norma fundante básica. Todas las normas, cuya validez pueda remitirse a una y misma norma fundante básica, constituyen un sistema de normas, un orden normativo⁶².

61 Kelsen, Hans. *Teoría Pura del Derecho*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1982, p. 202.

62 *Ídem*.

En síntesis, al igual que en la teoría de Austin, en la teoría de Kelsen la jerarquía normativa está determinada por el origen de las normas. Merkl, discípulo de Kelsen, comparó la jerarquización de las normas en un sistema jurídico con una pirámide, por lo que tradicionalmente se suele hablar de pirámide de Kelsen para mostrar la jerarquía normativa de un sistema jurídico. Esta jerarquización piramidal tiene en su vértice a la norma fundamental, mientras que en la base se encuentran los actos de ejecución jurídica, de forma tal que, si vemos la pirámide de arriba hacia abajo, veremos una serie de actos de producción normativa, mientras que si vemos la pirámide de abajo hacia arriba veremos una serie de actos de ejecución jurídica⁶³. A manera de ejemplo, Bobbio explica que:

En cuanto a la pirámide que representa el ordenamiento jurídico, desde el momento en que poder y deber son dos términos correlativos, si la consideramos de arriba hacia abajo, veremos una serie de poderes sucesivos: el poder constitucional, el poder legislativo ordinario, el poder reglamentario, el poder jurisdiccional, el poder negocial, etc.; si la consideramos de abajo hacia arriba veremos una serie de deberes sucesivos: el deber del sujeto de ejecutar la sentencia de un magistrado; el deber del magistrado de ceñirse a las Leyes ordinarias; el deber del legislador de no violar la Constitución⁶⁴.

c) Herbert Hart

Considerado uno de los juristas más influyentes de finales del siglo XX, Herbert Lionel Adolphus Hart modificó las bases de las teorías del Derecho de Kelsen y Austin. La crítica que realiza Hart de dichas teorías, se fundamenta en el hecho de que el sistema jurídico no se encuentra formado sólo por normas o

63 *Ibidem.*, p. 163.

64 *Ibidem.*, p. 164.

disposiciones jurídicas respaldadas por la amenaza de sanciones, sino también por normas que confieren potestades⁶⁵. Hart sostiene que un sistema jurídico se encuentra conformado por dos tipos de normas de naturaleza diferente pero que se interrelacionan entre sí al interior del sistema. Consecuentemente señala:

...es necesario distinguir, entre dos tipos diferentes, aunque relacionados, de reglas. Según las reglas de uno de los tipos, que bien puede ser considerado el tipo básico o primario, se prescribe que los seres humanos hagan u omitan ciertas acciones, lo quieran o no, las reglas de otro tipo, dependen en cierto sentido, de las del primero, o son secundarias en relación con ellas. Porque las reglas del segundo tipo establecen que los seres humanos pueden, haciendo o diciendo ciertas cosas, introducir ciertas reglas de tipo primario, extinguir o modificar reglas anteriores, o determinar de diversas maneras el efecto de ellas, o controlar su actuación. Las reglas de primer tipo imponen deberes; las de segundo tipo confieren potestades, públicas o privadas. Las reglas de primer tipo se refieren a acciones que implican movimiento o cambios físicos; las de segundo tipo prevén actos que conducen no simplemente a movimiento o cambios físicos, sino a la creación o modificación de deberes u obligaciones⁶⁶.

Como se puede observar de lo señalado por Hart, las normas primarias constituyen aquellas normas cuyos destinatarios se encuentran obligados a cumplirlas bajo amenaza de sanciones. Por su parte las normas secundarias constituyen aquellas normas que determinan el cómo se introducen, cambian o extinguen las normas primarias y los efectos que estas producen. De esta manera, el sistema jurídico en la teoría de Hart, se encuentra

65 Véase, Hart, Herbert, *El concepto del Derecho*, 2ª ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1961, p. 99.

66 *Ibidem.*, p. 101.

formado por la unión e interrelación de normas primarias y secundarias.

Esta teoría da una particular importancia a las reglas secundarias, pues como sostiene Hart, de estas normas depende el reconocimiento de las demás normas como normas del sistema, así como también, la introducción, modificación y extinción del resto de las normas. Hart clasifica a las normas secundarias en: reglas de reconocimiento; reglas de cambio; y reglas de adjudicación.

Reglas de reconocimiento

Las reglas de reconocimiento son aquellas que especifican las características que deben poseer las normas para considerarse como pertenecientes al sistema jurídico⁶⁷. Consecuentemente las reglas de reconocimiento fijan los parámetros de validez de las normas jurídicas, puesto que afirmar que una determinada norma es válida, equivale a afirmar que dicha norma satisface los requisitos establecidos por una regla de reconocimiento⁶⁸. De forma contraria a la teoría de Kelsen, Hart sostiene que la validez de la regla de reconocimiento última (norma fundamental), no debe ser supuesta, es decir, que no debe darse por admitida la validez de dicha regla, aunque dicha validez no pueda ser demostrada. Hart sostiene que la existencia de la regla de reconocimiento última es una cuestión de hecho en razón de que los operadores jurídicos la reconocen como tal, motivo por el cual los criterios de validez o invalidez, no se aplican a ella⁶⁹.

67 *Ibidem.*, p. 117.

68 *Ibidem.*, p. 129.

69 *Ibidem.*, pp.133-137.

Reglas de cambio

Las reglas de cambio son aquellas reglas que tiene por finalidad introducir, modificar o extinguir las normas del sistema jurídico, asegurando de esta manera la evolución constante del sistema, mediante su adecuación a las necesidades de la sociedad. Como menciona Hart, la forma más simple de este tipo de reglas se puede ejemplificar en las reglas que confieren a una persona o cuerpo de personas facultades legislativas o derogatorias⁷⁰.

Reglas de adjudicación

Por último las reglas de adjudicación, son aquellas reglas que confieren potestades jurisdiccionales y establecen los procedimientos para hacer cumplir las reglas primarias. La importancia de estas reglas radica en que ellas deben garantizar la observancia de las normas del sistema jurídico, dotándolo de eficacia⁷¹.

La teoría del sistema jurídico de Hart, basada en la unión e interrelación de normas primarias de obligación y normas secundarias de reconocimiento, cambio y adjudicación, ofrece respuestas a los problemas propuestos por Raz.

- **Problema de existencia.** La existencia de un sistema jurídico se determinará en razón de la obediencia generalizada de sus normas primarias, así como también de la aceptación de las normas secundarias por los funcionarios y operadores jurídicos⁷².

70 *Ibidem.*, pp.118 y 119.

71 *Ibidem.*, p. 120.

72 *Ibidem.*, p. 145.

- **Problema de identidad y membresía.** La pertenencia de una norma a un determinado sistema jurídico, se determina por el cumplimiento de los requisitos estipulados en la regla de reconocimiento última.
- **Problema de estructura.** El sistema jurídico se encuentra compuesto por normas primarias y secundarias.
- **Problema de contenido.** El contenido común en todos los sistemas jurídicos, está dado por la existencia de normas secundarias, ya que, si bien las normas primarias serán diferentes de sistema a sistema, las normas secundarias, siempre establecerán los parámetros de reconocimiento, cambio y adjudicación.

Hart sostiene que las normas secundarias son superiores a las normas primarias pues éstas tienen por finalidad la regulación de la verificación, creación, modificación, extinción y aplicación de dichas normas. Consecuentemente, las normas secundarias: "... se encuentran en un nivel distinto que las reglas primarias porque son acerca de éstas; en otros términos, mientras las reglas primarias se ocupan de las acciones que los individuos deben o no hacer, estas reglas secundarias se ocupan de las reglas primarias. Ellas especifican la manera en que las reglas primarias pueden ser verificadas en forma concluyente, introducidas, eliminadas, modificadas y su violación determinada de manera incontrovertible"⁷³.

73 *Ibidem.*, p. 117.

3. Consideraciones finales. Ejercicio del Control de Convencionalidad desde la Teoría del Sistema Jurídico

Como podemos apreciar, la teoría del sistema jurídico nos brinda elementos para una mejor comprensión del control de convencionalidad, sea este primario o secundario. En este sentido, conforme a las teorías estudiadas, podemos advertir que el ejercicio del control de convencionalidad supone un mecanismo de garantía de la validez de las normas que integran el sistema jurídico denominado *Corpus Iuris Interamericano*. Dicho sistema tiene en su cúspide a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la cual se constituye en su norma fundamental o regla de reconocimiento.

Siguiendo esta línea argumentativa, es posible afirmar que el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, es un sistema jurídico constituido sobre la base de la voluntad soberana de los Estados que lo integran, consecuentemente, cuando un Estado ratifica o se adhiere a la CADH y reconoce la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH, delega parte de su soberanía, para que, a nombre de éste, la Corte establezca una legislación secundaria. En otras palabras, las normas establecidas en el *corpus iuris interamericano* y la Jurisprudencia de la Corte IDH constituyen las normas secundarias de reconocimiento, cambio y adjudicación sobre las cuales todos los Estados que integran dicho sistema deben establecer sus normas primarias.

En el mismo tenor todas las autoridades públicas sometidas a dicho sistema están obligadas a ejercer dicho control en los términos establecidos por la jurisprudencia interamericana la cual constituye el parámetro de validez de las normas y actos de los Estados parte de dicho sistema.

El Caso Artavia Murillo vs. Costa Rica: control de convencionalidad en el proceso de cumplimiento de obligaciones internacionales

*Viviana Benavides Hernández**

*Marvin Carvajal Pérez***

Introducción

Los Estados, como parte que son de una comunidad de naciones, han aceptado en forma soberana, someterse a un amplio y complejo sistema de reglas e instituciones destinados a resguardar a la persona humana y su dignidad: el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (en adelante, DIDH).

* Viviana Benavides Hernández es licenciada en Derecho por la Universidad de Costa Rica con mención en Formación de Jueces. Actualmente cursa la Maestría en Derecho Comunitario y Derechos Humanos de la Universidad de Costa Rica. Asesora Legal de la Presidencia de la República de Costa Rica. Agente del Estado de Costa Rica en los casos Artavia Murillo vs. Costa Rica y Gómez Murillo vs. contra Costa Rica. vivi.benavidesh@gmail.com, viviana.benavides@presidencia.go.cr.

** Marvin Carvajal Pérez es licenciado en Derecho por la Universidad de Costa Rica. Doctor en Derecho Constitucional por la Universidad de São Paulo, Brasil. Pos título en Derechos Humanos y Juicio Justo por la Universidad de Chile. Director Jurídico de la Presidencia de la República de Costa Rica. Agente del Estado de Costa Rica en los casos Artavia Murillo vs. Costa Rica y Gómez Murillo vs. Costa Rica. Profesor asociado de Derecho Constitucional de la Universidad de Costa Rica. marvincarvajal@gmail.com, marvin.carvajal@presidencia.go.cr.

Así como la supremacía constitucional constituye un mecanismo de aseguramiento del respeto de los preceptos fundamentales en el seno de una sociedad, el control de convencionalidad cumple análoga función en el ámbito internacional. Los Estados (todos los poderes públicos y todas las personas particulares) deben aplicar en forma directa las normas del DIDH, así como las decisiones emitidas por los órganos jurisdiccionales supranacionales.

Costa Rica es apreciada en el plano internacional como un Estado defensor de los derechos humanos. Pese a ello, en el año 2000 cayó en un estado de violación de los derechos de sus habitantes, en particular, de los atinentes a la salud sexual y a la salud reproductiva de las personas infértiles.

Su deber, como parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, es acatar en forma plena las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH), haciendo uso de todos los mecanismos a su alcance para garantizar y tutelar los derechos de sus habitantes.

Este breve trabajo pretende describir el proceso que conllevó la supervisión de cumplimiento del Caso *Artavia Murillo vs. Costa Rica*, así como todas las circunstancias que favorecieron y perjudicaron el pleno acatamiento de las reparaciones ordenadas por la Corte IDH en ese caso. Lo anterior a la luz de las obligaciones contraídas por el país como parte del Sistema y como ente obligado a desarrollar mecanismos efectivos y constantes de control de convencionalidad.

1. El control de convencionalidad por parte de las autoridades estatales

En la abundante doctrina que existe en torno al control de convencionalidad, es posible extraer elementos comunes en la construcción de su definición. Se trata de un mecanismo atribuido, originalmente, a la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el ejercicio de sus competencias contenciosa y consultiva, mediante el cual se realiza un *examen de confrontación*¹ entre la norma o el acto interno del Estado y el *corpus iuris* interamericano².

En su tesis primaria, la Corte IDH estableció que el control de convencionalidad constituye un medio efectivo para velar por las obligaciones internacionales adquiridas por un Estado al ratificar un tratado internacional. Bajo esa concepción, la primera autoridad llamada a ejercer del control de convencionalidad era el Poder Judicial, en todas sus instancias y espacialidades³.

Tiempo después, la misma Corte se encargó de ampliar la concepción anterior al explicar que todos los actores del Estado están llamados a ejercer el control de convencionalidad en el

1 Rey Cantor, Ernesto, citado por Miranda Bonilla, Haideer. *Derechos Fundamentales en América Latina*. Editorial Jurídica Continental, Costa Rica, 2015. Pág. 106.

2 En la concepción inicial del control de convencionalidad, sea en el Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, en la sentencia del 26 de septiembre de 2006, la Corte Interamericana estableció como principal parámetro del control a la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Sin embargo, con la evolución jurisprudencial de esta figura, la Corte amplió el parámetro de convencionalidad a otros tratados de derechos humanos interamericanos, tal como lo desarrolla en el Caso Gudiel Álvarez y otros vs. Guatemala, sentencia del 20 de noviembre de 2012.

3 Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Sentencia de excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas del 26 de septiembre de 2006. Párrafo 124.

ámbito de sus competencias. En la sentencia de fondo del Caso Gelman vs. Uruguay del 24 de febrero de 2011, la Corte consideró que cuando se trata de la restitución de derechos humanos debido a violaciones graves, cualquier autoridad pública está en la obligación de poner en práctica el control de convencionalidad⁴.

Mediante la activación del control de convencionalidad, el agente estatal vela por el cumplimiento de las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, en el Estado de Derecho. El acatamiento de este deber es oficioso, de manera que en el ejercicio de su función pública, la autoridad no puede limitarse a sus tareas judiciales o administrativas ordinarias, sino que está comprometido a aplicar, oportunamente, el control de convencionalidad para garantizar la protección más amplia de los derechos esenciales⁵.

Los anteriores elementos o características del control de convencionalidad, fueron enfatizados por parte de la Corte IDH en la resolución del 26 de febrero de 2016, emitida en el proceso de supervisión de cumplimiento de sentencia del Caso Artavia Murillo vs. Costa Rica, al indicar lo siguiente:

Las obligaciones convencionales de los Estados Parte vinculan a todos los poderes y órganos del Estado, es decir, que todos los poderes del Estado (Ejecutivo, Legislativo, Judicial u otras ramas del poder público) y otras autoridades públicas o estatales, de cualquier nivel, incluyendo a los más altos tribunales de justicia de los mismos, tienen el deber de cumplir de buena fe con el derecho internacional⁶.

4 Corte IDH. Caso Gelman y otros vs. Uruguay. Sentencia de fondo y Reparaciones del 24 de febrero de 2011. Párrafo 139.

5 Corte IDH. Caso Aguado Alfaro y otros vs. Perú. Sentencia de excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas del 24 de noviembre de 2006. Párrafo 128.

6 Corte IDH. Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica. Proceso de supervisión

Para asegurar el acatamiento de deberes internacionales en materia de derechos humanos, es necesario que los órganos que conforman el Estado ejerzan el control de convencionalidad con respecto a sus actuaciones internas. De verificar su compatibilidad, la autoridad pública tiene, según corresponda a su competencia, la potestad de suprimir la acción estatal o de enmendarla, en caso de presentarse un roce con respecto a determinadas obligaciones convencionales.

Sin embargo, cuando se trata del cumplimiento de una sentencia interamericana, el primer parámetro para el control de convencionalidad es la sentencia de fondo y reparaciones, de modo que es a partir de las consideraciones y la parte resolutive de dicha resolución que se debe valorar el acto interno del Estado, sin dejar de lado demás los instrumentos interamericanos.

Lo anterior conlleva que en el proceso de cumplimiento de responsabilidades internacionales, no solo interviene la autoridad que emitió el acto, sino también aquella que puede ejercer algún tipo de control interno de validez, cual sea su naturaleza. La realización del control de convencionalidad constituye un medio para garantizar el adecuado respeto de las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos y evitar ilícitos u omisiones que perpetúen el quebrando a tales derechos.

2. La sentencia 2000-02306 de la Sala Constitucional de Costa Rica

El 15 de marzo de 2000, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica resolvió sobre la validez del Decreto Ejecutivo número 24029-S, dictado el 3 de febrero de

1995 por el Poder Ejecutivo y que estaba destinado a regular la práctica de la fecundación in vitro (en adelante, FIV), en el país.

En aquella ocasión, la Sala Constitucional determinó que la FIV contrariaba el principio de reserva legal, por entender que implicaba una restricción del derecho fundamental a la vida, reconocido en el artículo 21 de la Constitución Política. Asimismo, entendió que el propio procedimiento médico atentaba contra a la vida, por propiciar el desecho de embriones. Tal proceso judicial concluyó con la anulación del Decreto en mención y con esta decisión, resultó imposible aplicar esta técnica de reproducción asistida dentro del territorio costarricense.

De forma concreta, la Sala Constitucional sostuvo que:

IX. Conclusiones: B).- En relación con lo expresado, cabe concluir que tales prácticas atentan claramente contra la vida y la dignidad del ser humano. A juicio de este Tribunal no basta con establecer las restricciones que contiene el Decreto, pues la aplicación de la Técnica de Fecundación In Vitro y Transferencia Embrionaria, aún con ellas, atenta contra la vida humana. El embrión humano es persona desde el momento de la concepción, por lo que no puede ser tratado como objeto, para fines de investigación, ser sometido a procesos de selección, conservado en congelación, y lo que es fundamental para la Sala, no es legítimo constitucionalmente que sea expuesto a un riesgo desproporcionado de muerte. (...) Por contravenir la técnica, considerada en sí misma, el derecho a la vida, debe dejarse expresa constancia de que, ni siquiera por norma de rango legal es posible autorizar legítimamente su aplicación, al menos, se insiste, mientras su desarrollo científico permanezca en el actual estado y signifique el daño consciente de vidas humanas⁷.

7 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, sentencia

Esta decisión de la Sala Constitucional implicó la inmediata suspensión de todos los tratamientos de FIV en Costa Rica, al entenderse que la sentencia estableció una prohibición al uso de la técnica, al eliminar la regulación existente y generar un vacío normativo.

Aplaudido y criticado por diversos sectores de la población, el pronunciamiento de la Sala Constitucional propició que, posteriormente, el Estado de Costa Rica fuera llevado ante los estrados de la Corte IDH. Luego de un proceso que inició en el año 2001 y concluyó en 2012, en el Caso Artavia Murillo vs. Costa Rica, la Corte Interamericana determinó que el Estado había transgredido varios derechos convencionales y dictó una serie de reparaciones y garantías de no repetición, destinadas a restablecer los derechos esenciales quebrantados en el año 2000.

Además de constituir un importante precedente para el Sistema Interamericano, la sentencia del caso Artavia Murillo también generó un impacto interno en la realidad jurídica, política y social de Costa Rica. Son las consecuencias de ese fallo internacional objeto de análisis en este artículo.

3. La sentencia interamericana del 28 de noviembre de 2012

Con la sentencia constitucional número 2000-02306, Costa Rica se unió al reducido grupo de países que no aceptaban la realización de la FIV en sus territorios. La anulación del Decreto Ejecutivo número 24029-S impuso, tácitamente, la prohibición de practicar esta técnica de reproducción asistida.

Esta situación fue objeto del Caso Artavia Murillo vs. Costa Rica. En el ejercicio de sus potestades, la Corte IDH analizó, de forma pormenorizada, el artículo 4.1⁸ de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, CADH). En el ejercicio de sus competencias contenciosas, la Corte se dio a la tarea de interpretar el alcance del derecho a la vida y su relación con el caso sometido a su conocimiento.

Empleando una exégesis evolutiva, el Tribunal regional determinó que en la mayoría de los Estados signatarios de la Convención Americana no existía una regulación específica relativa a la FIV, sin que esto impidiera la aplicación de esta técnica en tales países. Esta práctica regional reflejaba la no contradicción entre la FIV y el contenido del Pacto de San José de Costa Rica⁹.

La Corte IDH enfatizó que la protección al embrión debe darse de modo gradual. La pérdida embrionaria es un riesgo presente en el embarazo natural y en las técnicas de reproducción asistida, de bajo o alto impacto, indistintamente. Es un factor propio del proceso gestacional, no así un derivado de la aplicación de la FIV. Por lo anterior, un resguardo absoluto al embrión por medio de la prohibición de la FIV resultaba desproporcionado e irrazonable frente a una ponderación necesaria de los derechos que asisten a las personas con infertilidad.

8 “(...) *toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente (...)*”.

9 Párrafo 256: “(...) *El Tribunal considera que estas prácticas de los Estados se relacionan con la manera en que interpretan los alcances del artículo 4 de la Convención, pues ninguno de dichos Estados ha considerado que la protección al embrión deba ser de tal magnitud que no se permitan las técnicas de reproducción asistida o, particularmente, la FIV. En ese sentido, dicha práctica generalizada está asociada al principio de protección gradual e incremental –y no absoluta– de la vida prenatal y a la conclusión de que el embrión no puede ser entendido como persona (...)*”.

Luego de estudiar los diferentes hechos del proceso, la Corte estimó que la interrupción de dicho tratamiento vulneraba la esfera de la vida privada y familiar de las personas infértiles que requerían de la FIV para tener hijos biológicos. Conjuntamente, consideró que se quebrantaba el ejercicio de la autonomía de la voluntad, la salud sexual y reproductiva, el derecho a disfrutar de los avances del progreso científico y tecnológico, así como al principio de no discriminación, por razones de género, discapacidad y condición económica.

Como consecuencia de la violación a los artículos 5.1, 7, 11.2 y 17.2 con relación al artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Corte IDH dictó contra el Estado de Costa Rica una serie de medidas destinadas a reparar la situación de incumplimiento de los deberes internacionales.

Pese a la trascendencia de la totalidad de las disposiciones emitidas, es necesario destacar algunas de ellas. La primera garantía de no repetición de la vulneración, dispuesta por la Corte IDR, ordenó dejar sin efecto la prohibición de practicar la FIV y así, garantizar el acceso a dicha técnica en Costa Rica. De seguido, se dispuso el deber de normar los aspectos necesarios para la implementación de este tratamiento, por medio de una regulación que contemplara sistemas de inspección y control de calidad de las instituciones o profesionales calificados para desarrollar el método.

De igual forma, para asegurar el acceso igualitario a esta técnica de reproducción asistida, la Corte Interamericana dictó el deber de incluir la disponibilidad de la FIV en el servicio de salud público brindado por la Caja Costarricense de Seguro Social¹⁰ como autoridad estatal competente para atender la infertilidad.

10 De conformidad con el artículo 1° de la Ley Constitutiva de la Caja Costarricense de Seguro Social, número 17 (1943): “*La institución creada para aplicar los seguros sociales obligatorios se llamará Caja Costarricense de Seguro Social (...). La Caja es una institución autónoma a la cual le corresponde el gobierno y la administración de los seguros sociales. Los fondos y las reservas de estos seguros no podrán ser transferidos ni empleados en finalidades distintas de las que motivaron su creación*”.

Adicionalmente, el Tribunal Interamericano ordenó ofrecer atención psicológica en favor de las víctimas del proceso, de forma gratuita y a cargo de las instituciones públicas capacitadas para este servicio de salud. No se puede dejar de mencionar la orden vinculada con la “implementación de programas y cursos permanentes de educación y capacitación en derechos humanos, derechos reproductivos y no discriminatorios, dirigidos a funcionarios judiciales”¹¹.

Con apego al numeral 63 de la Convención Americana, la Corte cumplió con su deber de garantizar la restitución del pleno goce de los derechos y libertades conculcados con la prohibición de la FIV en Costa Rica. Ahora, debido al carácter definitivo e inapelable la sentencia y a la obligación de cumplir con la decisión del Tribunal regional, el Estado costarricense tenía el compromiso ineludible de ejecutar, mediante los procesos internos pertinentes, las medidas compensatorias ordenadas.

Para reforzar las disposiciones giradas, la Corte IDH consignó en la misma sentencia del 28 de noviembre de 2012 la potestad de supervisar el cumplimiento íntegro de su pronunciamiento. Este ejercicio de supervisión, deber y atribución, reconocidos en diversas normas del ordenamiento interamericano, representa un mecanismo ulterior vital para asegurar la restitución de los derechos humanos ante el posible margen de incumplimiento. En el Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica, se contempló tal supervisión. Ello fue esencial para lograr el aseguramiento de lo ordenado por la Corte Interamericana.

11 Sentencia Artavia Murillo vs. Costa Rica. Disposición número 7.

4. Emisión del Decreto Ejecutivo número 39210-MP-S

El 21 de diciembre de 2012, la Corte IDH notificó al Estado de Costa Rica el citado fallo. Para la ejecución de las órdenes, diversos actores estatales intervinieron dentro de sus respectivos marcos de competencia. Los primeros extremos acatados fueron la atención psicológica y el pago de las indemnizaciones. De igual forma, se logró implementar en el Poder Judicial el taller denominado “Derechos Humanos, Sexuales y Reproductivos”, de carácter permanente, basado en el enfoque por competencias y dirigido funcionarios y funcionarias de todas las dependencias de dicha institución.

En lo concerniente al levantamiento de la prohibición para aplicar la FIV en Costa Rica, su regulación e implementación, las actuaciones del Estado se avocaron a la presentación, convocatoria y seguimiento de proyectos de ley destinados a normar dicha técnica de reproducción asistida. Es así que ante la Asamblea Legislativa de Costa Rica se sometieron a estudio cuatro propuestas para acatar la orden de la Corte IDH, los expedientes legislativos número 18.057 (denominado Ley sobre fecundación in vitro y transferencia de óvulos fecundados)¹², 18.151 (denominado Ley sobre fecundación in vitro y transferencia embrionaria y creación del Depósito Nacional de Gametos)¹³, 18.738 (denominado Ley de fecundación in vitro y transferencia de embriones humanos)¹⁴ y 18.824 (denominado Ley marco de fecundación in vitro)¹⁵. De estos, solamente el proyecto 18.824 logró avanzar en el trámite legislativo hasta llegar a conocimiento del Plenario a finales del año 2015; empero, no se ha concretado su aprobación.

12 Promovido el 4 de abril de 2011, por varios diputados.

13 Planteado el 20 de junio de 2011, por varios legisladores.

14 Formulado por el Poder Ejecutivo el 3 de abril de 2013.

15 Presentado el 1º de julio de 2013, por un diputado.

Debido a la falta de acatamiento de las principales disposiciones de la sentencia, la Corte IDH convocó a las partes del proceso para una audiencia de supervisión de cumplimiento. En el momento de la convocatoria, el Estado de Costa Rica no había logrado levantar el impedimento para practicar la FIV y no se contaba con la regulación necesaria. Para el 3 de septiembre de 2015, fecha de la comparecencia, el Estado debía informar al Tribunal Regional sobre las acciones adoptadas para restituir los derechos quebrantados.

Ante la mora del Estado en dejar sin efecto el impedimento para realizar la FIV en Costa Rica por la vía de una reforma a la ley formal, el Poder Ejecutivo tomó la decisión de emitir un decreto que devolviera a las personas infértiles la oportunidad de acceder a la técnica.

Las autoridades ejecutivas actuaron respaldadas por sus potestades constitucionales, así como en función del artículo 2° de la Convención Americana, el cual consigna el deber de los actores estatales de adoptar todas las acciones necesarias, de índole legislativa o de otro carácter, para adaptar el derecho interno a los estándares convencionales.

Respetando la división constitucional de poderes, el Poder Ejecutivo emitió el Decreto Ejecutivo número 39210-MP-S del 10 de septiembre de 2015. Mediante este acto conjunto de la Presidencia de la República, el Ministerio de la Presidencia y el Ministerio de Salud, se buscó garantizar los derechos humanos lesionados, así como dar cumplimiento a la orden internacional pendiente.

El Decreto de autorización para la realización de la técnica de reproducción asistida de fecundación in vitro y transferencia embrionaria encuentra su fundamento en la sentencia del Caso Artavia Murillo vs. Costa Rica, la cual le sirvió de guía al poder

reglamentario para diseñar un mecanismo acorde con su deber de hacer cumplir las normas internacionales y de acatar las decisiones de la Corte IDH. Conformado por cuatro capítulos, este reglamento reconoce la FIV como un tratamiento médico para atender la infertilidad, destinado a la pareja o a la mujer sin pareja.

El derecho reconoce varios derechos humanos de las personas beneficiarias de la FIV, como la protección de la dignidad de los pacientes, la confidencialidad de la información derivada del tratamiento, el consentimiento libre e informado, la atención médica interdisciplinaria, entre otros.

También regula aspectos propiamente técnicos en la materia, tales como los tipos de FIV homóloga y heteróloga, el régimen general de los establecimientos médicos autorizados para efectuar el tratamiento, la cantidad de ovocitos por inseminar, el número de óvulos fecundados por transferir a la cavidad uterina, la crioconservación y la donación de gametos. Lo anterior, con la finalidad de asegurar la aplicación de la FIV bajo los estándares más actuales de la ciencia. Es importante subrayar que este reglamento contempla un estricto régimen de prohibiciones en torno al tratamiento de los óvulos inseminados, el cual contempla la imposibilidad de desechar, comercializar, experimentar, seleccionar genéticamente, fisionar, alterar genéticamente, clonar, realizar inseminaciones *post mortem* y destruir los óvulos fecundados.

Asimismo, contempla lineamientos administrativos necesarios para garantizar la adecuada ejecución de la técnica, a saber, las funciones del Ministerio de Salud, como órgano rector y competente para ejercer el control e inspección de los centros médicos; de la Caja Costarricense de Seguro Social, como institución encargada de brindar el tratamiento en el ámbito

público, y del Colegio de Médicos y Cirujanos de Costa Rica, que debe velar por el ejercicio ético y eficaz de sus agremiados.

Con la emisión del citado reglamento, el Estado dio un paso firme hacia el cumplimiento pleno de las órdenes contenidas en la sentencia del año 2012. El espíritu de esta norma reposa en la convicción de dotar al ordenamiento jurídico nacional de los lineamientos básicos necesarios para la aplicación de la FIV, bajo los estándares internacionales de la ciencia y de modo que se garanticen los derechos humanos de las personas con discapacidad para procrear.

5. La acción de inconstitucionalidad contra el Decreto Ejecutivo número 39210-MP-S

Tanto solo diez días después de su emisión, el Decreto número 39210-MP-S fue impugnado ante la Sala Constitucional. El 22 de septiembre de 2015, un grupo de diputados y diputadas costarricenses, junto con otras personas, formularon la acción de inconstitucional número 15-013929-0007-CO, con la finalidad de que el máximo órgano interno garante de la supremacía constitucional y del respeto de los derechos humanos, valorara la validez de la norma.

La parte accionante consideró que ese Decreto quebrantaba los principios de separación de poderes y reserva de ley, así como la autonomía de la Caja Costarricense de Seguro Social. Estimaron que se lesionaba el derecho a la vida y paralelamente, se irrespetaban diversas obligaciones contraídas por el Estado de Costa Rica en la CADH y en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

El 9 de octubre de 2015, la Sala Constitucional, por votación dividida de cuatro votos contra tres, admitió la acción formulada contra el Decreto Ejecutivo número 39210-MP-S y con ello, dio inicio al proceso de control de constitucionalidad, cuyo primer acto consistió en suspender la puesta en práctica de la FIV, hasta tanto se resolviera dicha acción. Quienes votaron en contra de la admisión, estimaron que por existir un proceso abierto de supervisión de cumplimiento ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Sala se debía abstener de tramitar la demanda de constitucionalidad.

Luego de menos de cuatro meses de su interposición, la autoridad judicial costarricense, por votación dividida de cinco a dos, emitió su veredicto final en torno al reglamento. Mediante la sentencia número 2016-01692 del 3 de febrero de 2016, la Sala Constitucional determinó que la norma estudiada violentaba el principio de reserva de ley, ya que mediaba el derecho a la vida de la mujer y de los embriones. Asimismo, concluyó que la modificación al ordenamiento interno que dispone el artículo 2° de la CADH, solo podría darse por medio de ley formal. Ante estas consideraciones, el Decreto fue declarado inconstitucional y por ende, se dispuso su anulación. Después de dieciséis años, la historia se repitió.

Las razones en que se basaron los dos votos disidentes fueron similares a las expuestas en la resolución de admisibilidad de la acción. Entendieron la magistrada y el magistrado que salvaron el voto, que la Sala debía abstenerse de resolver el fondo de la cuestión hasta tanto no hubiera una decisión de la Corte IDH en torno al cumplimiento de la sentencia de 2012, así como que debía propiciar un efectivo control de convencionalidad y así evitar replantear aspectos jurídicos ya sentados por la mencionada sentencia.

6. Las actuaciones de la Sala Constitucional frente al fallo de fondo de la Corte IDH

Hay al menos tres aspectos llamativos acerca de las decisiones adoptadas por la Sala Constitucional luego de emitida la sentencia de fondo por parte de la Corte IDH en el año 2012, en el ya mencionado Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica.

En primer término, con respecto a la decisión de la Sala Constitucional costarricense de dar trámite a la acción de inconstitucionalidad contra el Decreto 39210-MP-S, mediante auto de las 09:27 horas del 09 de octubre de 2015, cabe preguntarse si la existencia de un proceso abierto para la supervisión de cumplimiento de la sentencia de la Corte IDH, le impedía –o al menos desaconsejaba– dictar el curso de la acción, hasta tanto contara con una resolución por parte de la Corte que se pronunciara sobre la efectividad del reglamento impugnado como mecanismo de cumplimiento de la sentencia del 28 de noviembre de 2012. Como se dijo, esta última fue la tesis de la magistrada y los dos magistrados que emitieron un voto disidente y ordenaron rechazar de plano la acción. La mayoría de la Sala, compuesta por cuatro jueces, dispuso dar curso a la demanda de inconstitucionalidad.

A partir de la prevalencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el carácter supranacional de la Corte IDH, la decisión válida hubiese sido, probablemente, la de evitar dictar una decisión que pudiera generar o propiciar una prolongación del incumplimiento del Estado de Costa Rica. En otras palabras, esperar a que la Corte Interamericana se pronunciara acerca del cumplimiento del fallo de 2012, revisara el medio de cumplimiento invocado por Costa Rica, como fue la emisión del Decreto, y determinara si dicha norma constituía una herramienta eficaz para eliminar la prohibición a la práctica de la FIV en el país y regular en forma adecuada dicha técnica.

En lo que atañe a la suspensión liminar de los efectos del Decreto impugnado, el análisis de esta decisión también resulta de interés. De acuerdo con el artículo 82 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional: “En los procesos en trámite no se suspenderá ninguna etapa diferente a la de dictar la resolución final, salvo que la acción de inconstitucionalidad se refiera a normas que deban aplicarse durante la tramitación”.

Esta norma ha sido tradicionalmente entendida en el sentido de establecer, como regla general, que la admisión de las acciones no suspende la vigencia de la norma impugnada, sino que tan solo impide el dictado de sentencias o actos administrativos finales¹⁶. Como excepción se tiene a las normas meramente procesales, cuya aplicación sea necesaria antes de la emisión de actuaciones definitivas.

En este caso, sin embargo, la Sala entendió que la norma que regula la FIV es una de tipo procesal y ordenó –también por votación dividida de cuatro a tres– la suspensión del Decreto, al menos en cuanto a la imposibilidad de realizar procedimientos médicos de dicho tipo, mientras no existiera una sentencia constitucional definitiva. Esta última particularidad permitió que el Ministerio de Salud y la Caja Costarricense de Seguro Social continuaran desarrollando, respectivamente, la Norma Técnica para la aplicación de la FIV y los protocolos de atención de las personas infértiles.

No obstante, resulta cuestionable la posibilidad de suspender la norma impugnada en este caso, la cual es una norma sustantiva, que regula el ejercicio de determinados derechos humanos y no se trata de una regla de simple aplicación procesal (adjetiva).

16 Cfr. sentencias 1991-00881 y 1991-01650.

En relación con el tercero de los puntos mencionados, se pueden plantear dudas similares respecto de la procedencia de emitir un fallo final anulatorio –como dispuso la Sala Constitucional por votación de cinco a dos– estando pendiente la emisión de una resolución de la Corte IDH relativa al cumplimiento de su sentencia. Más aun si se considera que ante la falta de una respuesta pronta y efectiva por parte del órgano legislativo, el Decreto impugnado constituía, precisamente, el objeto principal del análisis para determinar la conformidad entre el actuar del Estado y el fallo de la Corte Interamericana.

El voto de cinco de los integrantes de la Sala Constitucional en la sentencia número 2016-01696, además, supuso una decisión de fondo basada –prácticamente– en los mismos argumentos esgrimidos en 2000 para la anulación del Decreto Ejecutivo número 24029-S. Ello resulta especialmente significativo si se considera que, en la sentencia de 28 de noviembre de 2012, la Corte IDH, esbozando una interpretación sistemática y evolutiva de los artículos 2, 4 y 29 de la CADH, entendió que el criterio empleado por la Sala en 2000 propiciaba que el Estado transgrediera varios derechos humanos reconocidos en el Pacto de San José de Costa Rica.

La Corte IDH determinó que el inicio de la vida humana, a los efectos de la protección que ofrece el artículo 4 de la CADH, se debe entender desde la implantación del óvulo fecundado en la cavidad uterina. Asimismo, que la FIV no supone una lesión del derecho a la vida, por lo que el Estado debe regularlo, para garantizar a las personas que padezcan de infertilidad, un trato no discriminatorio, que les permitiera disfrutar en forma plena de su libre determinación, mediante al acceso a los avances científicos en materia de salud sexual y reproductiva.

Pese a la contundencia de los fundamentos de la sentencia de la Corte IDH, la Sala Constitucional se volvió a basar en el concepto de vida desde la concepción, para entender que la FIV suponía una materia cuya regulación estaba reservada a la ley formal. Argumentos que fueron base esencial para que la Corte entendiera que en el 2000 se había operado una injerencia indebida en la vida privada de las personas que requieren el mencionado método de reproducción asistida, truncando su proyecto de vida y lesionando varios de sus derechos convencionales.

La consecuencia esencial de la sentencia 2016-01696 fue la de restablecer el estado de incumplimiento por el que Costa Rica transitó desde 2000 hasta la emisión del Decreto número 39210-MP-S. Supuso, además, la paradójica circunstancia de un Poder Ejecutivo comprometido con el cumplimiento del DIDH y el respeto de las decisiones de la Corte interamericana, frente a un órgano jurisdiccional que emitió diversas decisiones que propiciaron la desatención del control de convencionalidad.

7. La resolución de la Corte IDH en el proceso de supervisión de cumplimiento de sentencia

El 26 de febrero de 2016, con el voto disidente de uno de sus jueces, la Corte IDH emitió una resolución acerca del procedimiento de supervisión de cumplimiento de la sentencia del Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica. En su parte dispositiva, la referida decisión estableció, por cinco votos a uno, en lo conducente:

(...) 3. Declarar que, en lo que respecta al cumplimiento del punto dispositivo segundo de la Sentencia y conforme a lo indicado en el Considerando 26, la prohibición de la FIV no

puede producir efectos jurídicos en Costa Rica ni constituir un impedimento al ejercicio del derecho a decidir sobre si tener hijos biológicos a través del acceso a dicha técnica de reproducción asistida. En consecuencia, debe entenderse que la FIV está autorizada en Costa Rica y, de forma inmediata, se debe permitir el ejercicio de dicho derecho tanto a nivel privado como público.

4. Disponer que, en lo que respecta al cumplimiento del punto dispositivo tercero de la Sentencia y conforme a lo indicado en el Considerando 36 de esta Resolución, se mantenga vigente el Decreto Ejecutivo 39210-MP-S de 11 de septiembre de 2015, sin perjuicio de que el órgano legislativo emita alguna regulación posterior en apego a los estándares indicados en la Sentencia. (...).

A manera de síntesis, la Corte IDH partió del carácter inmanente de los derechos humanos, al entender que, no solamente no se requiere de una ley formal para regular la FIV en Costa Rica, sino que por tratarse de un mecanismo que favorece el disfrute de los derechos sexuales y reproductivos de su población, ni siquiera es necesaria su regulación por vía de una norma infralegal. Descarta así la tesis sostenida por la Sala Constitucional en las citadas sentencias 2000-02306 y 2016-01692, en cuanto a que se trata de materia reservada a la ley.

En su decisión, la Corte destaca la obligatoriedad de sus sentencias para los Estados Partes, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 68.1 de la CADH. Subraya que los Estados tienen la obligación de implementar todas las medidas necesarias para hacer efectiva la decisión, so pena de incurrir en un ilícito internacional¹⁷. En lo que atañe a Costa Rica, menciona que el artículo 27 del Convenio de Sede de la Corte IDH dispone en

17 Párrafo 7.

forma precisa que las resoluciones de la Corte tendrán la misma fuerza ejecutiva y ejecutoria que las emanadas de los tribunales costarricenses¹⁸.

Por otra parte, señala que el Estado ha tenido varias oportunidades para dar efectivo cumplimiento a la sentencia dictada en el Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica. Recalca que, al menos hasta antes de la audiencia de supervisión de cumplimiento realizada, el Estado había condicionado el acatamiento a la emisión de una ley formal¹⁹. Si bien, como se dijo, la Asamblea Legislativa ha recibido varios proyectos de ley tendientes a regular la FIV, ninguno de ellos ha sido definitivamente aprobado.

Asimismo, considera que la Sala Constitucional pudo haber tenido un papel trascendental en el cumplimiento de la referida sentencia. Dicho tribunal conoció de varios procesos de amparo y control de constitucionalidad²⁰, en muchos de los cuales se buscaba hacer efectivo lo resuelto por la Corte IDH. No obstante, la Sala en sus decisiones reiteró la reserva de ley en la materia y afirmó que no le corresponde ordenar la ejecución de la sentencia de la Corte, ni suplir la supervisión de cumplimiento de estas²¹.

Al respecto, la Corte IDH concluyó que la Sala pudo haber dejado sin efecto su decisión del año 2000 y que, pese a ello, reiteró los criterios esbozados en aquel momento, dictando varias resoluciones que dificultaron el célere cumplimiento de la sentencia del 28 de noviembre de 2012²².

18 Párrafo 8.

19 Párrafo 10.

20 Cfr. sentencias número 2013-10712, 2014-02413, 2014-03715, 2014-03968.

21 Párrafos 11 y 12.

22 Párrafo 14.

De acuerdo con la Corte IDH, es con la emisión del Decreto Ejecutivo número 39210-MP-S que el Estado dio un paso significativo en el cumplimiento de su sentencia. Así lo reconoce en forma expresa, al calificar dicho acto como una manifestación clara y concreta de acatamiento²³. Pese a ello, destaca que la Sala Constitucional anuló el referido Decreto el 3 de febrero de 2016, con lo que truncó el único acto de regulación dictado por una autoridad costarricense para el efectivo cumplimiento, en los tres años que sucedieron a la decisión de 2012, y mantuvo la prohibición de practicar la FIV en Costa Rica²⁴. Concluye que tal estado de cosas impidió el acatamiento de lo ordenado y, por ende, implicó una prolongación de la violación a los derechos humanos de las víctimas²⁵.

Asimismo, subrayó la Corte que en las reparaciones, no se indicó que el cumplimiento se debía dar por medio de un tipo específico de norma, de modo que el Decreto Ejecutivo constituyó una forma efectiva de acatamiento. Es por esta razón que dispuso mantener la vigencia del reglamento, hasta tanto no sea dictada una norma de rango legal que cumpla los mismos objetivos y lo haga también en estricto apego a los estándares establecidos por la mencionada sentencia²⁶.

Con su decisión, la Corte Interamericana reafirmó la primacía del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, recordó al Estado de Costa Rica que el deber de efectuar control de convencionalidad lo es de todas sus agencias públicas y que las decisiones de dicha Corte deben ser acatadas en forma plena y con prontitud.

23 Párrafo 17.

24 Párrafos 20 y 23.

25 Párrafo 26.

26 Párrafos 35 y 37.

Los años transcurridos desde la anulación del Decreto Ejecutivo número 24019-S, en el año 2000, sin duda produjeron efectos irreversibles en las víctimas del Caso Artavia Murillo vs. Costa Rica, cuyos ciclos naturales podrían haberse agotado sin concretar un proyecto de vida que incluyera la procreación de un hijo biológico, debido a la persistencia de la prohibición mencionada.

Si bien es claro que el Estado incumplió normas convencionales y con ello trasgredió los derechos humanos de las personas afectadas, la actuación decidida del Poder Ejecutivo, al emitir el Decreto número 39210-MP-S y la orden contundente de la Corte IDH, al ponerlo en vigencia pese a su anulación por parte de la Sala Constitucional, abren una ventana de oportunidades para generar un efectivo cumplimiento de lo ordenado por el Tribunal Interamericano en la sentencia de 2012.

8. Pasos posteriores para la implementación de la FIV en Costa Rica

La decisión adoptada por la Corte IDH permitió al Estado costarricense continuar con el proceso de implementación de la FIV. Con apego a las disposiciones dadas en la sentencia del 28 de noviembre de 2012 y en la resolución del 26 de febrero de 2016, el Estado de Costa Rica emitió los Decretos Ejecutivos número 39616-S y 39646-S, con la finalidad no solo de regular la temática del proceso médico y su aplicación de FIV, sino también de crear un sistema apto para dar seguimiento y controlar el accionar de los centros médicos que efectúan dicha técnica.

Gracias a las referidas normas, el Estado de Costa Rica goza ahora de un adecuado sistema de control e inspección de los establecimientos médicos habilitados para efectuar la FIV. El

procedimiento de fiscalización asignado al Ministerio de Salud garantiza la supervisión de la calidad de la aplicación de la técnica. Actualmente, solo se ha formulado una solicitud de habilitación ante el Ministerio de Salud por parte del establecimiento privado denominado Centro Fecundar Costa Rica-Panamá. Por medio de la resolución número DGASS-D-0618-2016 del 30 de mayo del año en curso, la autoridad nacional citada otorgó el certificado correspondiente para la aplicación de la FIV, por un período de cinco años.

En cuanto a la prestación de la FIV como parte de los servicios públicos de salud, la Caja Costarricense de Seguro Social ha venido desarrollando diversas acciones para el paulatino y progresivo cumplimiento de lo dispuesto en el Decreto 39210-MP-S, tales como la conformación del equipo técnico encargado de brindar el servicio de atención a los pacientes infértiles; la elaboración del documento denominado *Protocolo de atención clínica para el diagnóstico de la pareja infértil o mujer infértil sin pareja y tratamiento con técnicas de alta complejidad en la Red de Servicios de Salud de la CCSS*; la definición del recurso humano y la formación que este deberá recibir para la aplicación de las técnicas de reproducción asistida de alta complejidad; la realización del estudio actuarial para determinar la estimación de los costos de la aplicación de la técnica en cuestión; la priorización del proyecto de construcción del laboratorio de FIV; el diseño y la validación del manual de procedimientos de atención de los pacientes infértiles con técnicas de alta complejidad; y el reforzamiento de la organización actual del proceso de atención de infertilidad con técnicas de baja complejidad²⁷.

Las actuaciones descritas evidencian la voluntad firme del Estado de Costa Rica de acatar las disposiciones dictadas por la

27 Estado de Costa Rica. Informe de cumplimiento del caso Artavia Murillo vs. Costa Rica. 5 de septiembre de 2016.

Corte IDH. Demuestran que la emisión del Decreto 30210-MP-S constituyó un primer e importante paso en el largo y complejo proceso de asegurar el acceso de la FIV a las mujeres y parejas infértiles, en forma equitativa y eficaz.

Conclusión

Los hechos que se han sucedido en relación con el Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica, reflejan con claridad lo complejo que es, en los Estados nacionales, lograr que el discurso –siempre favorable a la garantía de los derechos humanos– sea congruente con sus acciones concretas. Pone de manifiesto, asimismo, que el principio de unidad del Estado frente al Derecho Internacional Público, no impide que en la práctica, los poderes internos se encuentren separados y tutelados por relaciones de independencia e indelegabilidad, lo que lleva a que –en ocasiones– tales órganos puedan actuar en forma diversa o incluso contradictoria.

Costa Rica, país con una sólida –y auténtica– tradición de respeto de los derechos humanos, lugar de suscripción de la CADH y sede de la Corte IDH, no puede permitirse incumplir las decisiones de dicho Tribunal. Sin importar cuán complejo pueda resultar el logro de consensos en temas polémicos y que suscitan acalorados debates meta jurídicos, el deber del Estado frente al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y las instituciones creadas para llevarlo a la práctica, es de respeto pleno, de obediencia incondicional.

El país tuvo amplias oportunidades para acatar el fallo de la Corte IDH del año 2012. Pudo el órgano legislativo regular la FIV en forma adecuada y respetuosa de la dignidad humana. Pudo la justicia interna adoptar decisiones que propiciaran el

cumplimiento y con este, el restablecimiento del estado de plena vigencia de los derechos convencionales. La actuación del Poder Ejecutivo fue la única que en forma palpable y consistente, constituyó un claro paso hacia el cumplimiento, y tuvo que ser la Corte Interamericana la que reivindicó su relevancia e idoneidad.

Con el sinuoso devenir de este caso, resulta potenciado el control de convencionalidad como deber ineludible de todos los órganos del Estado. Asimismo, queda claro que la aceptación de la competencia contenciosa de la Corte IDH constituye un acto de plena soberanía, que a su vez vincula a los Estados, al crear una instancia supranacional revestida de poder jurisdiccional pleno para hacer valer la vigencia de la CADH en nuestro continente.

La fuerza normativa de los derechos humanos, el respeto de la dignidad de las personas y el sometimiento a la justicia internacional han prevalecido en este caso. Quizás ello sirva de ejemplo y se convierta en un precedente que evite que, en el futuro, se cuestione o entorpezca el carácter imperativo de las resoluciones del más alto tribunal del continente americano.

Instituto Interamericano de Derechos Humanos

Asamblea General

(Composición 2016)

Presidencia Honoraria

Thomas Buergenthal
Pedro Nikken
Sonia Picado

Claudio Grossman
Presidente

Rodolfo Stavenhagen
Vicepresidente

Margaret E. Crahan
Vicepresidenta

Allan Brewer-Carías
Antonio A. Cançado Trindade
Ariel E. Dulitzky
Carlos Basombrío
Carlos M. Ayala Corao
Carlos Portales
César Barros Leal
Douglass Cassell
Eduardo Bertoní
Elizabeth Odio Benito
Fabián Salvioli
Héctor Fix-Zamudio
Hernán Salgado Pesantes
José Antonio Aylwin Oyarzún
José Antonio Viera Gallo
Juan E. Méndez
Line Bareiro
Lloyd G. Barnett
Lorena Balardini
María Elena Martínez Salgueiro
Mark Ungar
Mayra Alarcón
Mitchell A. Seligson
Mónica Pinto
Nina Pacari
Renato Zerbini Ribeiro Leao
Robert K. Goldman
Santiago A. Cantón
Suzana Cavenaghi
Víctor Rodríguez Rescia
Wendy Singh

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

James L. Cavallaro
Francisco José Eguiguren Praeli
Margarette May Macaulay
José de Jesús Orozco Henríquez
Paulo Vannuchi
Esmeralda Arosemena de Troitiño
Enrique Gil Botero

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Roberto de Figueiredo Caldas
Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot
Eduardo Vio Grossi
Humberto Antonio Sierra Porto
Elizabeth Odio Benito
Eugenio Raúl Zaffaroni
Patricio Pazmiño Freire

José Thompson J.
Director Ejecutivo

Los programas y actividades del Instituto Interamericano de Derechos Humanos son posibles por el aporte de agencias internacionales de cooperación, fundaciones, organizaciones no gubernamentales, agencias del sistema de Naciones Unidas, agencias y organismos de la Organización de los Estados Americanos, universidades y centros académicos. Las diferentes contribuciones fortalecen la misión del IIDH, reforzando el pluralismo de su acción educativa en valores democráticos y el respeto de los derechos humanos en las Américas.

REVISTA **IIDH**

La Revista IIDH es una publicación semestral
del Instituto Interamericano de Derechos Humanos