

El impacto que produce en el derecho interno el control de convencionalidad

Oswaldo A. Gozáini

SUMARIO: I. Concepto de convencionalidad. II. Alcance del control de convencionalidad. III. Obligación de acatamiento general. IV. El régimen local de recepción de jurisprudencia. V. Órganos encargados del control de convencionalidad. VI. ¿Qué se fiscaliza en el control de convencionalidad? VII. Activismo y control del juez local.

I. Concepto de convencionalidad

1.1. La incorporación a un sistema jurisdiccional supone contraer obligaciones que surgen del mismo pacto o convención celebrada. Cuando la inscripción se realiza por adhesión, se acepta que el adherente formule reservas que dejen fuera alguna de las disposiciones o efectos que el tratado conlleva.

La recepción en el derecho interno de normas internacionales proviene bajo dos modalidades. Algunas veces se acuerdan entre Estados o grupos de ellos dando lugar a un régimen consensuado, que suma al ordenamiento jurídico local normas privadas o públicas según el caso. En otras ocasiones, la admisión es producto de una resolución soberana que por ley interna del Estado decide sumarse a un orden jurídico de carácter transnacional, como es en el caso, el derecho internacional de los derechos humanos proveniente de la Convención Americana.

De este modo, el control de convencionalidad puede ser analizado como un deber implícito en la Convención Americana, y alojarse entre lo indisponible para los Estados parte; o bien, quedar interpretado como una actividad de los tribunales locales que tendrán que orientarse con las decisiones adoptadas por los órganos del Sistema IDH, sin que ello deriva en un régimen de acatamiento absoluto.

Para Carlos Ayala Corao [...]

Los Estados partes de los tratados sobre derechos humanos como es el caso de la CADH, asumen la obligación internacional de "respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna". Estas obligaciones de respeto y garantía de los derechos reconocidos en la CADH, se complementa con la obligación internacional específica de cada Estado, de adoptar las disposiciones necesarias en su derecho interno, para que tales derechos sean efectivos. En este sentido, de conformidad con la CADH, si en el

ejercicio de esos derechos no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, 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".

Se trata por tanto, de una obligación *totalizante*, ya que comprende y compete a todos los órganos del poder público del Estado, ello es, tanto legislativos, como de gobierno, administrativos y judiciales. De esta manera, todos los órganos del Estado deben respetar y garantizar los derechos reconocidos en los tratados sobre derechos humanos, como es la CADH. Pero además, si por cualquier razón no lo han hecho así (ya sea que por acción errada, por negligencia, omisión o ineficacia), los Estados deben entonces adoptar las medidas necesarias para hacer efectivos dichos derechos.

Estas medidas necesarias para asegurar los derechos convencionales, pueden ser por tanto de diversa naturaleza, ya sean constitucionales, legislativas, reglamentarias, administrativas, electorales, judiciales o de cualquier otra, dependiendo del reparto competencial contenido en las constituciones de cada Estado. Se trata por tanto de una obligación de resultado, es decir, de "hacer efectivos tales derechos", que debe emprender el Estado de buena fe en el marco de sus compromisos internacionales.¹

La posición del experto jurista venezolano presenta una visión propia de quienes enfocan el tema desde el derecho internacional, asumiendo como punto de partida que el concepto de soberanía está aislado del criterio tradicional.

El problema radica en que las Constituciones, y especialmente la Argentina, afinan el principio de autodeterminación y consagra en el artículo 31 de la Carta Fundamental, el principio de supremacía constitucional.

De ello se deriva que los jueces deben resolver caso por caso; interpretar en cada uno la teoría del mejor rendimiento a los preceptos constitucionales, y en cuestiones no reguladas, regirse por los derechos implícitos y de cuanto surge del conjunto de derechos fundamentales que se incorporaron en el artículo 75.22 como un bloque de constitucionalidad.

Ahora bien, dentro del conjunto normativo sumado en este acumulado están los Tratados y Convenciones sobre Derechos Humanos, que tienen un sistema propio de interpretación mediante los organismos que lo componen (Comisión y Corte IDH), ofreciendo al mismo tiempo, la posibilidad que sean los tribunales locales los que realicen, también, una lectura propia adaptada a cuanto dicen las normas o los órganos que le dan inteligencia de aplicación a lo convencional.

En consecuencia, entre el control constitucional local y el control de convencionalidad se puede encontrar un conflicto de jerarquías y de opiniones eventualmente contrarias.

¹ AYALA CORAO, Carlos, *Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, núm. 72, Editorial Porrúa, México, 2013, pp. 104 y ss.

1.2. El Sistema Interamericano de protección a los derechos humanos es producto de una convención internacional que crea organismos de ejecución e interpretación a los que cada Estado parte puede, o no, reconocerles jurisdicción.

Precisamente, como es un ordenamiento jurídico que se agrega al derecho interno por adhesión, quien lo toma solo puede formular reservas sobre aspectos muy puntuales, sin que ello pueda llevar a obstruir el conjunto normativo dispuesto.

El control de convencionalidad es una forma de proyectar la obligatoriedad del sistema adscripto, pero al ser una función consecuencia de la actividad que los organismos cumplen, se plantea el dilema de aceptar cuanto ellos dicen y aplican, en toda la extensión que resuelven.

La Corte Interamericana, a sabiendas de este compromiso, ha dicho que:

La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que 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.²

1.3. La voz "control de convencionalidad", fue aplicada por vez primera en el año 2003 en el caso "Myrna Mack Chang", a través del voto razonado del juez Sergio García Ramírez.³ Es cierto que lo hace como "al pasar", porque el jurista mexicano quiere significar la importancia de encontrar un criterio coincidente para que las reparaciones sean acordes con el mejor sistema de justicia para el hombre.

El párrafo que aludimos dice:

Para los efectos de la Convención Americana y del ejercicio de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, el Estado viene a cuentas en forma integral, como un todo. En este orden, la responsabilidad es global, atañe al Estado en su conjunto y no puede quedar sujeta a la división de atribuciones que señale el Derecho interno. No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte sólo a uno o algunos de sus órganos, entregar a éstos la representación del Estado en el juicio -sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto- y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del "control de convencionalidad" que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional.

² Corte IDH. Caso *Almonacid Arellano vs. Chile*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006 (párr. 124).

³ Corte IDH. Caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. Sentencia de 25 de noviembre de 2003, Serie C N° 101.

Tiempo después, en el citado caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, la Corte IDH refiere a una “especie” de control de convencionalidad, poniendo entre las obligaciones del derecho interno, la actuación conforme al Pacto de San José y de cuanto de ella haya interpretado la jurisprudencia del tribunal.

Pero no va a ser sino hasta el caso *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*, cuando el voto de García Ramírez explica el significado y contenido del control de convencionalidad. Esta vez lo hace con fundamentos ampliados, claros y concretos:

En la especie, la Corte Interamericana ha tenido a la vista la aplicabilidad y aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José. Sin embargo, la misma función se despliega, por idénticas razones, en lo que toca a otros instrumentos de igual naturaleza, integrantes del *corpus juris convencional* de los derechos humanos de los que es parte el Estado: Protocolo de San Salvador, Protocolo relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, Convención para Prevenir y Sancionar la Tortura, Convención de Belém do Pará para la Erradicación de la Violencia contra la Mujer, Convención sobre Desaparición Forzada, etcétera. De lo que se trata es de que haya conformidad entre los actos internos y los compromisos internacionales contraídos por el Estado, que generan para éste determinados deberes y reconocen a los individuos ciertos derechos.

Es perfectamente conocida la cadena jurisdiccional de medios de control de actos de autoridad, que bajo diversos criterios competenciales —y no siempre conforme a un sistema de instancias que represente nuevas etapas de un mismo proceso—, procura ajustar a derecho los actos de las autoridades. Esto se hace, en el ámbito que ahora me interesa invocar, cada vez que se realiza un juicio de legalidad (en el sentido de adhesión del acto analizado a la norma que debe presidirlo, en los diversos planos de la jerarquía normativa): por el órgano de alzada en relación con el órgano de primera instancia; por la autoridad de casación acerca de la decisión judicial cuestionada; por el Tribunal Constitucional a propósito de actos de diversas autoridades nacionales, y por el tribunal internacional en lo que respecta a hechos atribuibles a un Estado que ha reconocido la competencia de aquél para resolver asuntos contenciosos surgidos en el ámbito interno.

[...] En el desarrollo de la justicia constitucional ha aparecido una jurisprudencia de principios y valores —principios y valores del sistema democrático— que ilustra el rumbo del Estado, brinda seguridad a los particulares y establece el derrotero y las fronteras en el quehacer de los órganos del Estado. Desde otro ángulo, el control de constitucionalidad, como valoración y decisión sobre el acto de autoridad sometido a juicio, se encomienda a un órgano de elevada jerarquía dentro de la estructura jurisdiccional del Estado (control concentrado) o se asigna a los diversos órganos jurisdiccionales en lo que respecta a los asuntos de los que toman conocimiento conforme a sus respectivas competencias (control difuso).

De manera semejante a la descrita en el párrafo anterior, existe un “control de convencionalidad” depositado en tribunales internacionales —o supranacionales—, creados por convenciones de aquella naturaleza, que encomienda a tales órganos de la nueva justicia regional de los derechos humanos interpretar y aplicar los tratados de esta materia y pronunciarse sobre hechos supuestamente violatorios de las obligaciones estipuladas en esos convenios, que generan responsabilidad internacional para el Estado que ratificó la convención o adhirió a ella.

[...] Este “control de convencionalidad”, de cuyos buenos resultados depende la mayor difusión del régimen de garantías, puede tener —como ha sucedido en algunos países—

carácter difuso, es decir, quedar en manos de todos los tribunales cuando éstos deban resolver asuntos en los que resulten aplicables las estipulaciones de los tratados internacionales de derechos humanos. Esto permitiría trazar un sistema de control extenso —vertical y general— en materia de juridicidad de los actos de autoridades —por lo que toca a la conformidad de éstos con las normas internacionales sobre derechos humanos—, sin perjuicio de que la fuente de interpretación de las disposiciones internacionales de esta materia se halle donde los Estados la han depositado al instituir el régimen de protección que consta en la CADH y en otros instrumentos del *corpus juris* regional. Me parece que ese control extenso —al que corresponde el “control de convencionalidad”— se halla entre las más relevantes tareas para el futuro inmediato del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos”.

1.4. El razonamiento aportado se aleja de aquella comparación entre el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad que se había hecho en el caso *Tibi vs. Ecuador*, explicado por Hitters:⁴

El 7 de diciembre de 2004 en el caso *Tibi*,⁵ García Ramírez volvió a poner la Pica en Flandes sobre esta problemática, sosteniendo, con buen tino, que la tarea de los jueces transnacionales se asemeja a la de los Tribunales Constitucionales, ya que estos últimos inspeccionan los actos impugnados —disposiciones de alcance general— a la luz de las reglas, los principios y 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 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 partes en ejercicio de su soberanía”.⁶

La especialidad del control no supone trazar un paralelo con el Tribunal Constitucional, porque la Corte IDH no puede, ni lo debe pretender, traer ante sí todos los casos en que se cuestione la supralegalidad de actos y normas

Un tribunal internacional de derechos humanos no aspira —mucho menos todavía que el órgano nacional— a resolver un gran número de litigios en los que se reproduzcan violaciones previamente sometidas a su jurisdicción y acerca de cuyos temas esenciales ya ha dictado sentencias que expresan su criterio como intérprete natural de las normas que está llamado a aplicar, esto es, las disposiciones del tratado internacional que invocan

⁴ HITTERS, Juan Carlos, “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación y criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Estudios Constitucionales*, año 7, número 2, 2009, pp. 109 y ss.

⁵ Corte IDH, Caso *Tibi vs. Ecuador*, Sentencia de 7 de septiembre de 2004, Serie C N° 114.

⁶ Corte IDH, Caso *Tibi*, *cit.*, voto concurrente razonado del Juez Sergio García Ramírez, párr. 3.

los litigantes. Este designio, que pone de manifiesto una función de la Corte, sugiere también las características que pueden tener los asuntos llevados a su conocimiento.⁷

En suma, concluye Hitters, señalando que cuanto expresa, significa que en el ámbito regional, el país debe tener en cuenta *la jurisprudencia* de ese órgano supranacional y poner en marcha tales criterios en el campo doméstico.

En el caso *Raxcacó Reyes*⁸ la Corte IDH, llevando a cabo el *control de convencionalidad*, entre el Pacto de San José y el Código Penal guatemalteco, consideró que este último infringía los postulados de aquél, por lo que dispuso que el país debería modificar esta norma punitiva, que permite la pena de muerte en determinadas circunstancias, y que mientras que no se cumpla con tal mandato jurisdiccional: El Estado deberá abstenerse de dictar la pena de muerte y ejecutar a los condenados por el delito de plagio y secuestro.⁹

En el año 2006 en el asunto *López Álvarez*¹⁰ el juez García Ramírez, volvió sobre esta temática cuando le tocó analizar el 'plazo razonable' (arts. 7.5 y 8.1 del Pacto), sosteniendo que "el *control de convencionalidad* debe explorar las circunstancias *de jure* y *de facto* del caso. Es posible que el análisis jurídico sea relativamente sencillo, una vez establecidos los hechos acerca de los cuales se ha producido el litigio, pero éstos pueden ser extraordinariamente complejos y hallarse sujetos a pruebas difíciles, necesariamente prolongadas o de complicada, costosa, azarosa o tardía recaudación. También puede suceder lo contrario: relativa claridad y sencillez de los hechos, en contraste con problemas severos en la apreciación jurídica o en la calificación de aquéllos: pareceres encontrados, jurisprudencia cambiante, legislación incierta, razones atendibles en sentidos diferentes o discrepantes".¹¹

En el caso *Almonacid Arellano*¹² —ahora— la Corte 'en pleno' se ocupó de tal problemática —refiriéndose a delitos de lesa humanidad—, sosteniendo que es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley, y obligados por ende a aplicar las normas vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando el Estado ha ratificado un Tratado, como el Pacto de San José, 'sus jueces' "como parte del aparato Estatal, también están sometidos a ella",¹³ lo que les obliga a velar para que los efectos de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas jurídicas contrarias a su objeto y fin. En otras palabras "el Poder Judicial debe ejercer una especie de 'control de convencionalidad' entre las normas jurídicas internas, que aplican a 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 IDH, intérprete última de la Convención".¹⁴

Repárese que en el asunto referido el Tribunal Interamericano —en pleno— utilizó por primera vez la frase '*control de convencionalidad*'. En el caso *Vargas Areco* fallado en septiembre de 2006, nuevamente el Juez Sergio García Ramírez en su Voto Razonado trabajó sobre esta álgida cuestión hablando de '*control de convencionalidad*'.¹⁵ Tales expresiones del Magistrado aludido apuntan a noticiar que la Corte IDH debe confrontar las circunstancias internas, tales como actos administrativos, leyes, resoluciones judiciales, etc.; con las normas de la Convención y resolver si existe congruencia —examen de compatibilidad— entre aquéllos y éstas.¹⁶

Desde esa vertiente, no debemos olvidar que la lógica del modelo tutelar del Pacto de Costa Rica, reside en la necesidad de apreciar la racionalidad, oportunidad, necesidad, pertinencia y proporcionalidad de determinados hechos desde la perspectiva de los derechos humanos; esto es evidente y de ello se ha ocupado la jurisprudencia de la Corte Interamericana, cuando se trata de considerar los límites y restricciones para el ejercicio de los derechos o la suspensión de las obligaciones del Estado en esta materia. Cabe decir otro tanto del régimen de garantía establecido por la Convención —e inherente a las obligaciones naturales de un Estado en este ámbito—, al que también se pueden y deben aplicar aquellos patrones de apreciación para estimar su existencia y eficacia, y en este sentido, su correspondencia con la propia Convención.¹⁷

OMISSIS CASO TRABAJADORES CESADOS DEL CONGRESO VS. PERU, REFERENCIADO ANTERIORMENTE

[...] El 20 de septiembre de 2007, en el caso *Boyce*,¹⁸ la Corte se ocupó nuevamente de esta temática, observando que en la jurisdicción interna se había hecho un análisis puramente constitucional de la cuestión litigiosa en la cual no se tuvieron en cuenta las obligaciones que tiene el Estado conforme al Pacto de San José. Se dijo allí que de acuerdo con la Convención de Viena sobre los Tratados (art. 26), el Estado debió cumplir de buena fe con sus obligaciones convencionales, y no podrá invocar disposiciones de su derecho interno como justificación para el incumplimiento de dichas obligaciones convencionales. Ejemplificando, y con un tono docente se señaló allí que la jurisdicción interna no se debió limitar a evaluar si la norma local era constitucional o no, ya que la Corte de Justicia del Caribe (último órgano doméstico), debió también decidir si la ley de Barbados, esgrimida en las sentencias locales, violó o no la Convención.¹⁹

⁷ Corte IDH, Caso *Tibi*, cit., voto concurrente razonado del Juez Sergio García Ramírez, párr. 4.

⁸ Corte IDH, Caso *Raxcacó Reyes Vs. Guatemala*, Sentencia de 15 de septiembre de 2005, Serie C N° 133.

⁹ Corte IDH, Caso *Raxcacó Reyes*, cit., párr. 145, subpuntos 5, 6, 7 y 8. Se le había impuesto al señor Roland Raxcacó Reyes la pena de muerte por la comisión del delito de plagio y secuestro, pese a que dicha sanción no se encontraba prevista en la ley al momento que Guatemala ratificó la Convención Americana, sólo se admitía cuando como consecuencia de tales hechos, falleciera la persona secuestrada, que no era el caso juzgado.

¹⁰ Corte IDH, Caso *López Álvarez Vs. Honduras*, Sentencia de 1 de febrero de 2006, Serie C N° 141.

¹¹ Corte IDH, Caso *López Álvarez*, cit., voto concurrente razonado del Juez Sergio García Ramírez, párr. 30.

¹² Corte IDH, Caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C N° 154, párr. 124.

¹³ Corte IDH, Caso *Almonacid Arellano*, cit., párr. 124.

¹⁴ Corte IDH, Caso *Almonacid Arellano*, cit., párr. 124.

¹⁵ Corte IDH, Caso *Vargas Areco vs. Paraguay*, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C N° 155.

¹⁶ Corte IDH, Caso *Vargas Areco*, cit., voto concurrente razonado del Juez Sergio García Ramírez, párr. 7.

¹⁷ Corte IDH, Caso *Vargas Areco*, cit., voto concurrente razonado del Juez Sergio García Ramírez, párr. 8.

¹⁸ Corte IDH, Caso *Boyce y otros vs. Barbados*, Sentencia de 20 de noviembre de 2007, Serie C N° 169.

¹⁹ Corte IDH, Caso *Boyce*, cit., párr. 77.

En el Caso *Heliodoro Portugal*,²⁰ en un asunto referido a la desaparición forzada de personas, el Tribunal de cita adunó que a través de lo que se denomina 'control de convencionalidad', cada juzgador debe velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales, por ende, el derecho doméstico —tal cual ya lo dijimos— debe adecuar sus normas al Pacto de San José.

La Corte ha interpretado que la 'adecuación' de los preceptos locales 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 criterio que ya había sido fijado con anterioridad.²¹

II. Alcance del control de convencionalidad

2.1. Una vez instalado el tema del control de convencionalidad, la Corte se encontró con un fenómeno de impacto que quizás no había imaginado. Si bien era lógico suponer que la protección de los derechos humanos debía ser fomentada y alentada en cada Estado parte; y que para ello no era suficiente acomodar el derecho interno con las normas convencionales, lo cierto fue que se abrieron varios frentes de ataque contra el alcance que significaba tener que cumplir la Convención tal como la jurisprudencia supranacional lo dijera.

En el caso "*La Cantuta vs. Perú*"²² replantea lo dicho en *Almonacid Arellano vs. Chile* ampliando conceptos sobre el deber de cumplimiento y la responsabilidad emergente para el Estado.

Allí sostiene que:

En la Convención, este principio es recogido en su artículo 2, que establece la obligación general de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de la misma, para garantizar los derechos en ella consagrados, la cual implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio de *effet utile*). Ciertamente el artículo 2 de la Convención no define cuáles son las medidas pertinentes para la adecuación del derecho interno a la misma, obviamente por depender ello del carácter de la norma que la requiera y las circunstancias de la situación concreta. Por ello, 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.

El Tribunal ha entendido que la obligación de la primera vertiente se incumple mientras la norma o práctica violatoria de la Convención se mantenga en el ordenamiento jurídico

²⁰ Corte IDH. Caso *Heliodoro Portugal vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C N° 186, párrs. 180/181.

²¹ HITTERS, *op. cit.*, pp. 109 y ss.

²² Corte IDH. Caso *La Cantuta vs. Perú*. Sentencia de 29 de noviembre de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas) Serie C N° 162.

y, por ende, se satisface con la modificación, la derogación, o de algún modo anulación, o la reforma de las normas o prácticas que tengan esos alcances, según corresponda.

2.2. La obligación que difunde desde estos fallos, le genera un deber de esclarecer la idea que surgía de abrir en el derecho interno un poder jurisdiccional de aplicación, antes que de interpretación. De algún modo se despojaba de aquella mención doctrinaria sobre el diálogo jurisprudencial orientativo, para comenzar a imponer cuanto ella sostenía.

Tal como había ocurrido en su tiempo cuando Kelsen y Schmitt discutían si la Constitución debía ser defendida evitando que sus disposiciones fueran interpretadas; o en su caso, si el control de aplicación permitía al tribunal constitucional tener una lectura especializada de las normas fundamentales; ahora el control de convencionalidad provoca el espejismo de una cuarta instancia.

Pero la Corte IDH no tiene competencia para convertirse en una "nueva y última instancia" para resolver los planteamientos originales de las partes en un proceso nacional. Esto lo tiene claro el Tribunal Interamericano como no puede ser de otra manera. Cobran relevancia las lúcidas reflexiones de un destacado juez interamericano al referirse precisamente sobre esta cuestión.²³

La Corte Interamericana, que tiene a su cargo el "control de convencionalidad" fundado en la confrontación entre el hecho realizado y las normas de la Convención Americana, no puede, ni pretende —jamás lo ha hecho—, convertirse en una nueva y última instancia para conocer la controversia suscitada en el orden interno. La expresión de que el Tribunal interamericano constituye una tercera o cuarta instancia, y en todo caso una última instancia, obedece a una percepción popular, cuyos motivos son comprensibles, pero no corresponde a la competencia del Tribunal; a la relación jurídica controvertida en éste, a los sujetos del proceso respectivo y a las características del juicio internacional sobre derechos humanos.

El voto razonado de Eduardo Ferrer Mac Gregor en el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*²⁴ comprende el encuadre formulado, explayando en forma didáctica la doctrina y posiciones muy importantes.

2.3. En consecuencia, el alcance que definimos desde el título pretende razonar la actuación que tiene la Corte IDH cuando resuelve un caso. En primer lugar no es un órgano que participe del proceso originario tramitado ante los jueces del Estado que corresponda. El tribunal no es una alzada y su margen de incidencia se reduce al correcto ejercicio del "control de convencionalidad", que supone realizar el test de compatibilidad de la actuación nacional a la luz de la Convención Americana

²³ Párr. 3 del voto razonado formulado por el juez Sergio García Ramírez, a propósito de la sentencia emitida en el Caso *Vargas Areco vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas, de 26 de septiembre de 2006. Serie C N° 155.

²⁴ Corte IDH. Caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Sentencia de 26 de noviembre de 2010 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas).

sobre Derechos Humanos, de sus Protocolos adicionales y de su propia jurisprudencia convencional.

El artículo 33 de la CADH precisa el límite para conocer “de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados partes” y en general, tiene el objetivo de aplicar e interpretar las normas del Pacto de San José con carácter obligatorio para los Estados Partes que se hayan sometido a su jurisdicción.

Esta obligación, o deber de acatamiento, se extiende a todos los poderes del Estado y, es por esto que, Ferrer Mac-Gregor indica:

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.²⁵

2.4. En segundo término, la doctrina que emana del control de convencionalidad se debe diferenciar del control de constitucionalidad, porque si bien es cierto en un primer momento la Corte IDH sostiene que su actuación es una “especie” de fiscalización sobre el principio de supremacía, después debió cambiar lo afirmado en la medida que entre una y otra forma de control, hay diferencias de métodos y sistemas, tanto como los hay en orden a los derechos que se tutelan.

Una asimetría manifiesta aparece con la mención del destinatario, toda vez que el control de constitucionalidad es función judicial, mientras que el control de convencionalidad se dirige a todos los niveles del poder.

Otra disparidad se suscita en algunos sistemas de control de constitucionalidad que impiden trabajar sobre ello si no hay petición expresa de partes; mientras que el control de convencionalidad se dispone como un deber propio del oficio de cualquiera que aplique derechos humanos.

2.5. Otra manifestación a resolver, que se proyecta desde el mensaje de actuar por *todos los jueces*, escala en la organización política del Estado. Por ejemplo, si la Constitución dice que los jueces deben actuar solamente en casos concretos estando prohibido que declare la inconstitucionalidad normativa, desde que solo pueden resolver la inaplicabilidad de la ley cuestionada: ¿qué pasa con el poder de intervenir

²⁵ Cfr. Caso *Ximenes Lopes vs. Brasil*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C N° 149, párr. 172; y Caso *Baldeón García vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C N° 147, párr. 140.

ción en cuestiones de convencionalidad donde la contradicción entre una norma local y otra proveniente de la CADH permitiría declarar la inconvencionalidad?

Inclusive, en legislaciones que afincan el control de constitucionalidad en Tribunales concentrados parecería contradictorio darle a todos los jueces un poder que desde la Norma Fundamental no tienen.

En *Cabrera García y Montiel Flores* el voto razonado de Ferrer explica:

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.²⁶

III. Obligación de acatamiento general

3.1. Veamos, entonces, cada uno de estos interrogantes o planteos que se presentan con el control de convencionalidad.

Entre los antecedentes jurisprudenciales de nuestro país, el caso “*Girolodi*”²⁷ advierte que el grado de influencia de la Convención, aun admitiéndole jerarquía constitucional, lo era en las condiciones de su vigencia, que significa dar preferencia a la interpretación jurisprudencial de los tribunales internacionales competentes.

Ahora bien, esta lectura no ensambla la obligación de actuar con el acatamiento absoluto, sino más bien, trabaja la cuestión con estándares diferentes de articulación y cooperación, en lo que puede llevar a cierta confusión entre el control constitucional, propiamente dicho, y el control de convencionalidad.

Dicho esto porqué la función tiene particularidades distintas aunque laboren con un material de similar contexto. Los derechos humanos tienen esa fisonomía transversal que evita interpretaciones unilaterales o aplicaciones desiguales, desde que la unidad de intelección está en la igualdad para todos.

La protección internacional se configura como una protección complementaria que no sustituye a la nacional sino que ambas se presentan como parte de una

²⁶ Cfr. FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, “El control difuso de convencionalidad en el Estado constitucional”, en FIX-ZAMUDIO, Héctor y VALADÉS, Diego (coords.), *Formación y perspectiva del Estado mexicano*, México, El Colegio Nacional-UNAM, 2010, pp. 151-188.

²⁷ Fallos, 318:514.

compleja maquinaria de garantía de derechos en una sociedad abierta y global. Estas dos dimensiones (nacional e internacional) de la protección de los derechos humanos determinan los nuevos entendimientos entre el derecho constitucional e internacional que requieren necesariamente de una "rehabilitación" del Estado en el escenario mundial, así como del fortalecimiento de las instancias supranacionales.²⁸

Ahora, cuando la técnica de interpretación deduce una conclusión en la sede supranacional, la aplicación no tiene fronteras, sino intelectos que deben seguir ese criterio, u orientarse con el mismo. Quizás algunos hasta disientan con esas conclusiones, dando al control de convencionalidad una suerte de acertijo que va a depender, en mucho, de la política de integración que el Estado resuelva.

3.2. La dificultad, entonces, pone énfasis en las cuestiones que se deben resolver como operativas. Algunos podrán colegir que todos los jueces adquieren un poder inesperado de interpretación que puede llegar a ser superior al que tienen los tribunales superiores de un Estado.

La Suprema Corte de Justicia de México ha señalado que todos los jueces deben llevar a cabo un control de convencionalidad *ex officio* en un modelo de control difuso de constitucionalidad. Con la obligación de seguir el control difuso de constitucionalidad, todos los jueces podrían entonces interpretar y revisar la constitucionalidad de las normas o de actos cuya resolución sólo implica efectos *inter partes*, esto es, efectos para el caso concreto. De esta manera, con las nuevas obligaciones de control de convencionalidad, todos los jueces bajo el sistema de control difuso deberían realizar el mismo ejercicio del control de constitucional, pero con los parámetros de convencionalidad de los actos o normas de un caso específico.

En la sentencia *Radilla Pacheco*, sobre el control de constitucionalidad y convencionalidad, en conjunto con las disposiciones que ahora establece el artículo 1º constitucional, la SCJN determinó que el artículo 1 constitucional debe leerse junto con el artículo 133 constitucional para determinar el marco dentro del que debe realizarse el control de convencionalidad [...]. El marco en que debe realizarse el control de convencionalidad es el mismo que utiliza un juez al aplicar el control difuso de constitucionalidad, pues realiza una interpretación conforme al bloque de constitucionalidad y si este se encuentra conformado por el bloque de convencionalidad, en el mismo ejercicio el juez realiza el control difuso de convencionalidad. En otras palabras, el control de constitucionalidad debe atender el control de convencionalidad, esto es, que las normas constitucionales sobre derechos humanos deben interpretarse también de conformidad con los tratados internacionales y con la jurisprudencia convencional.²⁹

²⁸ DEL TORO HUERTA, Mauricio, "La apertura constitucional al derecho internacional de los derechos humanos en la era de la mundialización y sus consecuencias en la práctica judicial", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, número 112, México 2005.

²⁹ BUSTILLO MARÍN, Roselia, *El control de convencionalidad: La idea del bloque de constitucionalidad y su relación con el control de constitucionalidad en materia electoral*, México, Tribunal Federal Electoral, 2012, pp. 1-75.

Otros no le darán tanto vuelo al juez ordinario ni al tribunal constitucional obligándolos a seguir la jurisprudencia de la Corte IDH.

En Colombia, la Corte Constitucional afirma que no es juez de convencionalidad, esto significa que, no está llamada a verificar la concordancia abstracta de la legislación nacional con los tratados internacionales que obligan al Estado.

En efecto [...]: "La confrontación de una ley con un tratado internacional no puede dar lugar a una declaratoria automática de constitucionalidad o inconstitucionalidad, ya que es necesario, a su vez, interpretarla sistemáticamente con el texto de la Constitución". Como se indicó, el fundamento normativo de las disposiciones internacionales que se integran al bloque se deriva de cláusulas constitucionales expresas en las que se efectúan remisiones directas a dichas normas y principios, incorporándolos al ordenamiento interno con rango constitucional para efectos de precisar y complementar el sentido de las mismas.³⁰

En estos casos, la cuestión será resolver si la jurisprudencia es una guía o un régimen a seguir sin más alternativas. En Colombia, cuando se planteó el problema constitucional de entender a la homosexualidad como falta disciplinaria de un educador, o si tal decisión afectaba la intimidad, la igualdad y el libre desarrollo de la personalidad de los docentes, la Corte Constitucional se orientó por la interpretación jurisprudencial de tribunales supraestatales y dijo:

Conforme a la Constitución y a los tratados de derechos humanos, es claro que la homosexualidad no puede ser considerada una enfermedad, ni una anormalidad patológica, que deba ser curada o combatida, sino que constituye una orientación sexual legítima, que constituye un elemento esencial e íntimo de la identidad de una persona, por lo cual goza de una protección constitucional especial, tanto en virtud de la fuerza normativa de la igualdad como por la consagración del derecho al libre desarrollo de la personalidad. Todo lenguaje tendiente a estigmatizar a una persona por su orientación sexual es entonces contrario a la Carta y es explícitamente rechazado por esta Corporación. En ese mismo orden de ideas, toda diferencia de trato fundada en la diversa orientación sexual equivale a una posible discriminación por razón de sexo y se encuentra sometida a un control constitucional estricto.

En síntesis, conforme a la Constitución y a los tratados de derechos humanos, es claro que la homosexualidad no puede ser considerada una enfermedad, ni una anormalidad patológica, que deba ser curada o combatida, sino que constituye una orientación sexual legítima, que constituye un elemento esencial e íntimo de la identidad de una persona, por lo cual goza de una protección constitucional especial, tanto en virtud de la fuerza normativa de la igualdad como por la consagración del derecho al libre desarrollo de la personalidad (CP arts 13 y 16). Todo lenguaje tendiente a estigmatizar a una persona por su orientación sexual es entonces contrario a la Carta y es explícitamente rechazado por esta Corporación. En ese mismo orden de ideas, toda diferencia de trato fundada en la diversa orientación sexual equivale a una posible discriminación por razón de sexo y se encuentra sometida a un control constitucional estricto. Ahora bien, conforme a los criterios desarrollados por esta Corporación y por otros tribunales constitucionales y de derechos humanos, para que un trato diferente satisfaga los estándares de un escrutinio

³⁰ Sentencia C 941/2010 (Colombia).

estricto es necesario (i) no sólo que la medida estatal pretenda satisfacer un interés legítimo sino que es menester que se trate de una necesidad social imperiosa. Además, (ii) el trato diferente debe ser no sólo adecuado para alcanzar ese objetivo trascendental sino que debe ser estrictamente necesario, esto es, no debe existir ninguna otra medida alternativa fundada en otros criterios de diferenciación; y (iii), finalmente, debido a que se trata de un escrutinio estricto, la Corte debe evaluar con severidad la proporcionalidad misma de la medida, esto es, debe aparecer de manera manifiesta que el trato diferente permite una realización sustantiva de la necesidad que se pretende satisfacer sin afectar intensamente a la población afectada por la medida de diferenciación. Con ese estándar, entra la Corte a analizar la legitimidad de la consagración de la homosexualidad como falta disciplinaria en el ejercicio docente.³¹

También podrán darse supuestos de resistencia que lleven a desconocer la regla de convencionalidad. Es el caso de *Venezuela* que en la sentencia del Tribunal Supremo impide la ejecución de una sentencia de la Corte IDH diciendo:

En un mensaje directo a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos exigió el “control de convencionalidad” y la aplicación de las interpretaciones que ese órgano realiza sobre la Convención Americana, al señalar: “Sin perjuicio de ello, conforme lo ha establecido en su jurisprudencia previa, este Tribunal recuerda 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 y demás órganos vinculados a la administración de justicia, 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, 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, intérprete última de la Convención Americana.

(...omissis...)

En conclusión, independientemente de las reformas legales que el Estado deba adoptar (*supra* párr. 225), con base en el control de convencionalidad, es necesario que las interpretaciones judiciales y administrativas y las garantías judiciales se apliquen, adecuándose a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal que han sido reiterados en el presente caso.³²

³¹ Sentencia C 481/98 (Colombia).

³² La sentencia dictada en el expediente 11-1130 de fecha 26 de septiembre de 2011 sostiene que es “inejecutable el fallo de la Corte IDH, de fecha 1 de septiembre de 2011, en el que se condenó al Estado Venezolano, a través “de los órganos competentes, y particularmente del Consejo Nacional Electoral (CNE),” a asegurar “que las sanciones de inhabilitación no constituyan impedimento para la postulación del señor López Mendoza en el evento de que desee inscribirse como candidato en procesos electorales”; anuló las Resoluciones del 24 de agosto de 2005 y 26 de septiembre de 2005, dictadas por el Contralor General de la República, por las que inhabilitaron al referido ciudadano al ejercicio de funciones públicas

3.3. Es evidente así, que la oscilación o alternancia en seguir la interpretación de la CADH por los órganos encargados por el Sistema para cumplir esa misión, pone en juego la eficacia de la protección general a los derechos humanos.

Claro está que la afirmación no significa creer en la infalibilidad de la Corte, ni sostener que ella tiene una injerencia directa en el derecho interno. Pero, al mismo tiempo, no confiar en un mecanismo al que se llega voluntariamente, supone obrar en contra de los propios actos, constituyendo para el Estado una acción que se expone en abierta contradicción con la confianza que en otros despierta con su actitud de incorporarse a una supremacía que, en el caso, proviene de la propia Convención.

La doctrina promueve una inteligencia depuradora de conceptos, tanto como la unificación de criterios en orden a como leer y aplicar los Tratados y Convenciones que, en conjunto, constituyen el derecho internacional de los derechos humanos.

Es cierto que hay dificultades, pero también lo es que no se puede actuar conforme estándares de conveniencia o acomodados a intereses particulares. De hacerlo, se estaría violando el principio fundamental de igualdad.

Para Ernesto Jিনesta:

El control de convencionalidad implica la necesidad de despojarse de una serie importante de lastres histórico-dogmáticos muy arraigados en la ciencia jurídica, derribar una serie de mitos (*v. gr.*: la supremacía exclusiva de la Constitución) y, en definitiva, un nuevo paradigma del Derecho Público de los países del sistema interamericano.

Debe reconocerse que tratándose de los Tribunales y Salas Constitucionales, en cuanto se acepta que dictan sentencias vinculantes y con efectos *erga omnes* que declaran la nulidad de una norma o disposición local por contrariar el parámetro de convencionalidad, expulsándola del ordenamiento jurídico con autoridad de cosa juzgada constitucional, el control de convencionalidad difuso ejercido por estos órganos suele ser más incisivo y de mayor alcance que aquél otro que pueden ejercer los jueces ordinarios. En efecto, los jueces de legalidad, únicamente, pueden desaplicar, para el caso concreto y con limitados o relativos efectos jurídicos o *inter partes* la norma o disposición local “inconvenional” al carecer de las competencias que ostentan los Tribunales y Salas constitucionales.³³

IV. El régimen local de recepción de jurisprudencia

4.1. En Argentina la jurisprudencia obligatoria no existe en el orden federal. La justicia trabaja solo en casos concretos, conflictos entre partes conocidas y sujetas al principio dispositivo donde la cosa juzgada solo alcanza a quienes han sido partes.

por el período de 3 y 6 años, respectivamente; y se condenó a la República Bolivariana de Venezuela al pago de costas y a las adecuación del artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y el Sistema Nacional de Control Fiscal. Para así resolver consideró que el ciudadano Leopoldo López Mendoza gozaba de los derechos políticos consagrados en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, por tratarse solo de una inhabilitación administrativa y no política.

³³ JINESTA, Ernesto, “Control de convencionalidad ejercido por los Tribunales y Salas Constitucionales”, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coord.), *El control difuso de convencionalidad (Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces locales)*, México, FUNDAp, 2012, pp. 269-288.

El antecedente no suele influir en procesos iguales salvo en lo que podríamos denominar como “doctrina legal” que es la interpretación consistente y reiterada sobre la orientación que deben seguir algunas disposiciones de fondo o de orden procesal.

Se recibe la influencia de la sentencia pronunciada por la Corte Suprema de EEUU en el famoso caso “*Marbury vs. Madison*” (1803) cuando se afirmó que si una ley resulta contraria a la Constitución, o se encuentra en conflicto con la constitucional, al punto de tener que desestimar una u otra, era deber de ese cuerpo superior de justicia determinar el derecho aplicable, por ser una función esencial del poder de la jurisdicción. De este modo, sin crear ninguna justicia especializada, permitió a todos los jueces concretar en cada proceso la fiscalización de la supremacía de la norma fundamental. La característica común de ellos es que activan un control “*a posteriori*”, a diferencia del control *a priori* o preventivo que permiten otros modelos.

La función del juez en este mecanismo depende de sus decisiones, porque puede ser prudente y precavido eludiendo el compromiso de interpretar la ley con argumentos posibles como la ausencia de petición expresa, las cuestiones políticas, o directamente aplicar la política de la autorrestricción. O, en su caso, propiciar el activismo responsable y tomar entre sus funciones esenciales el desarrollo de la interpretación constitucional.

Aquí poco se puede agregar, porque como advierte Peter Häberle:

Hay fases y sentencias particulares en las que un tribunal constitucional nacional o europeo interviene ampliamente en el espacio político (se hallan ejemplos tanto en los EE.UU. como en Alemania); hay fases en las que uno de ellos, por ejemplo el Tribunal Constitucional alemán, quizás también bajo la presión de la ciencia, se retracta algo (por ejemplo, respecto de la libertad de reunión) o debería hacerlo (por ejemplo, la relación de la libertad de opinión respecto de la protección del honor). Mucho hay que agradecer aquí al tacto y delicadeza, a la sensibilidad política del juez constitucional, pero también a las necesidades del bien común y a los postulados de la justicia (lo último, por ejemplo, justifica las grandes decisiones fiscales del Tribunal Constitucional alemán: porque el Parlamento ha fallado a lo largo de décadas).³⁴

4.2. Este planteo preliminar supone introducir una variable en la forma como se toma la jurisprudencia que no se genera en el país. Algunos lo llaman *diálogo jurisprudencial* donde se trata de compatibilizar la fuente jurídica que interpreta la Corte IDH con las normas que usa el juez local procurando un efecto útil de la inteligencia que hace el tribunal internacional.

Dice Bazán que:

Tal mandato de *interpretación conforme* con aquellas fuentes jurídicas debe ser leído no en términos de una vinculación jerárquica, sino en función del deber de decantarse por

³⁴ HÄBERLE, Peter, “La jurisdicción constitucional en la fase actual de desarrollo del Estado Constitucional”, en KONRAD, Hesse y HÄBERLE, Peter, *Estudios sobre la jurisdicción constitucional (con especial referencia al Tribunal Constitucional alemán)*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, núm. 3, México, Editorial Porrúa, 2005, pp. 145 y 146.

la interpretación de la norma más favorable y efectiva hacia la protección de los derechos, garantías y libertades (principio *pro persona* o *favor libertatis*), en la línea de sentido del art. 29 de la CADH.

La Constitución Política de un Estado, con el vigor normativo que les inherente, y los instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos, como las disposiciones contenidas —*inter alia*— en la CADH y los estándares hermenéuticos que a su respecto traza la Corte IDH, dan forma a un bloque jurídico que orienta su vigencia hacia un idéntico sustrato axiológico: *la defensa y la realización de los Derechos Fundamentales*.³⁵

Pero la cuestión aparece en nuestro país, con un debate interno que debe resolver si es posible tener jurisprudencia obligatoria ajena a nuestra jurisdicción, cuando no se tiene en el ámbito local.

Recordemos, al efecto, que el sistema difuso amplía las potestades de intervención e interpretación hacia todos los jueces, y sobre sus sentencias solo hay un control de revisión jerárquica que, en materia constitucional, se relaciona con las cuestiones federales que se deben fiscalizar a través del principio dispuesto en el artículo 31 de la Constitución Nacional, que es el régimen de la supremacía.

4.3. No obstante, como en el régimen madre del sistema que llega de Estados Unidos de Norteamérica, admite el precedente bajo la forma del *stare decisis*, alguna doctrina entiende que no hay incompatibilidad entre el control difuso y la aplicación de jurisprudencia vinculante.

Pero es éste un problema de influencia interna de la jurisprudencia de los tribunales superiores; aquí lo que se debe analizar es si puede tomarse como obligatoria la interpretación que de la CADH hace la Corte IDH.

En consecuencia, no será un problema de peso o influencia de jurisprudencia, sino de aplicación directa del sentido y criterio que hace el órgano encargado de darle inteligencia de aplicación a las normas convencionales.

En todo caso, la proximidad con el derecho interno puede estar en sitios donde la ejecución de normas constitucionales está en tribunales especiales. Quizás con este parentesco, en los primeros tiempos del control de convencionalidad se dijo que era una especie del control de constitucionalidad. Pero actualmente, esta visión es al menos diferente.

4.4. La asimetría proveniente del origen donde la jurisprudencia se forma. Se puede cumplir con un régimen signado por precedentes únicos o repetidos; o esperar situaciones como lo hace el modelo francés de control de legalidad y el que tiene como objetivo el control de constitucionalidad, aunque entre valores diversos o divergentes, pueden encontrarse aspectos complementarios e integrados de la misma función.³⁶

³⁵ BAZÁN, Víctor, “Estimulando sinergias: De diálogos jurisdiccionales y control de convencionalidad”, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, *op. cit.*, pp. 13-14.

³⁶ Así explica Michele Taruffo, quien agrega [...]: “Como ha sido considerado recientemente, la Casación entiende la *nomofilaquia* más que como una actuación del *ius litigatoris* que del *ius constitutionis*,

Por ejemplo, si bien es cierto que los Tribunales Constitucionales se ocuparon de la interpretación constitucional provocando una fisura en el poder de interpretación judicial que aún persiste, pues a pesar de la potestad que mantiene la magistratura ordinaria para continuar siendo custodios de la Constitución, no está en las posibilidades del juez europeo la declaración de inconstitucionalidad. También lo es que el control de convencionalidad le otorga al que no tiene poderes específicos de control constitucional, un margen ampliado notablemente a través del permiso de interpretar los derechos fundamentales convencionalizados.

Las cortes constitucionales son guardianes de la Carta Fundamental según el criterio tradicional, y tienen como función esencial, interpretar y desarrollar los conceptos jurídicos indeterminados (tutela judicial, retroactividad, igualdad, medio ambiente, etc.) que portan las Constituciones. De ello se irradia la importancia directa que tiene la actuación de los operadores judiciales para no solo conocer y aplicar la normativa constitucional, sino también las interpretaciones que la Corte hace de la Constitución. Así la doctrina y la jurisprudencia constitucional tiene importancia suprema y exclusiva.³⁷

4.5. El control de constitucionalidad en materia de normas fundamentales y derechos humanos; como la fiscalización del principio de legalidad, no admiten hoy distinciones ni sutilezas, porque el esquema de fuentes ya no es sumiso a la voluntad del legislador ni al imperio de las normas; todo lo contrario, ellas serán legitimadas con el control de aplicación libre y sin condicionamientos que el juez pueda realizar en cada caso concreto.

Esto no se obstaculiza por la existencia de una interpretación vinculante. Vale decir, no se altera ni afecta la independencia judicial cuando ha sido una fuente obligatoria por adhesión el que ha desenvuelto una sentencia orientativa o forzosa.

En ambas situaciones, es decir, tanto en la jurisdicción ordinaria como para la Constitucional, y aun entre ellas, es un precedente que deberá aplicarse, teniendo en cuenta que la producción de fuentes puede llegar, inclusive, del derecho transnacional.³⁸

privilegiando precisamente las exigencias de justicia del caso concreto sobre aquellas de la uniforme interpretación de la ley. En esta dirección operan diversos factores concomitantes y conexos, que van desde la tendencia de las partes a buscar en la Casación una victoria no conseguida en los grados de mérito antes que la exacta interpretación de la ley, hasta la incapacidad de la misma Corte de dar a la propia función un ordinario desarrollo, privilegiando cuestiones de mayor importancia y elaborando "políticas de la interpretación" de las normas de significado muy dudoso. En sustancia, no pudiendo elaborar líneas interpretativas generales, coherentes y orgánicas, la Casación transforma su propio rol en el de un tercer juez de la justicia del caso concreto" (TARUFFO, Michele, *El vértice ambiguo. Ensayos sobre la Casación Civil*, Biblioteca de Derecho Procesal, número 2, colección dirigida por Juan Monroy Gálvez y Juan José Monroy Palacios, Lima, Palestra, 2005, pp. 156-157).

³⁷ BHRUNIS LEMARIE, Roberto, *Jurisprudencia constitucional vinculante*, Quito, Cevallos, 2011, p. 41.

³⁸ Dicha esta conclusión en el marco que vinculaba la independencia judicial con la influencia en ella de jurisprudencia vinculante; pues nos hemos pronunciado, antes de ahora, sobre lo pernicioso que significa el modelo en el sistema de control de constitucionalidad difuso que caracteriza nuestro país. Si

V. Órganos encargados del control de convencionalidad

5.1. De lo expuesto se colige una primera conclusión: *el control de convencionalidad es interpretación normativa antes que un precedente jurisprudencial*.

Esta lectura se ajusta al progreso reseñado por la doctrina, cuando señala que del diálogo jurisprudencial se va al control de convencionalidad.³⁹

En ese orden de cosas, es que en el marco de una interpretación más garantista y/o tuitiva de los derechos humanos "para efectos del parámetro del "control de convencionalidad", por "jurisprudencia" se debe comprender toda interpretación que la Corte IDH realice a la Convención Americana, a sus protocolos adicionales, y a otros instrumentos internacionales de la misma naturaleza que sean integradas a dicho *corpus juris interamericano*, materia de competencia del tribunal interamericano. Las interpretaciones a esta normatividad convencional no sólo comprenden las realizadas en las sentencias en los "casos contenciosos", sino también las interpretaciones efectuadas en las demás resoluciones. Así, quedan compendiadas las interpretaciones realizadas al resolver "sobre medidas provisionales"; sobre "supervisión de cumplimiento de sentencias" o, incluso, sobre la instancia de "solicitud de interpretación de la sentencia" en términos del artículo 67 del Pacto de San José.

obligamos a los jueces a respetar y seguir los fallos de los tribunales superiores estaríamos privando al mecanismo difuso de su "quintaesencia", porque ya no habría interpretación alguna; más bien, existiría un actividad mecánica de adecuación que nos parece impropia en la tarea jurisdiccional. Asimismo, el principio jurídico que postula el *iura novit curia*, según el cual el juez conoce del derecho y lo aplica sin necesidad de seguir las pretensiones de las partes, también quedaría sin respaldo suficiente, por cuanto tampoco el juez aplicaría el derecho que "le corresponde a su saber y entender", sino el que otros le indican debe utilizar. Si aquel estuviese errado, o su interpretación fuese fugitiva del ordenamiento jurídico, las instancias de apelación solucionarían el equívoco o la arbitrariedad, dando una vez más seguridad e igualdad al sistema. El proceso mismo en su sistemática de llevar garantía a los justiciables, se enfrentaría con un sustancial perjuicio en los derechos que son actuales y presentes, al tener que aplicar situaciones distintas con sus soluciones. La misma norma considerada en abstracto, tendría idéntica aplicación aun cuando los casos no fuesen absolutamente idénticos. Y bien sabemos que en cuestiones de derecho, cada problema es un mundillo de alternas posibilidades de pacificación.

Un nuevo interrogante: ¿no estaría el juez que aplica el precedente dando efectos retroactivos a la ley individual que aplica al presente?

En la pirámide ideal que Kelsen imaginara, las sentencias individuales son las leyes del caso concreto, no las que se crean y proyectan con alcances generales. Es evidente que el *stare decisis* obraría en contra de los términos anteriores, dando permanente actualidad a una situación que, en los hechos, devino abstracta. De igual modo, un contingente procesal también se pone en cuestión cuando se lo extiende incausadamente. La cosa juzgada, con sus efectos y alcances no puede alcanzar a terceros que no fueron parte en los hechos, de manera que resolver extensivo a ellos la situación de derecho creada para otro caso, violenta y sacrifica esta forma de dar seguridad y justicia. De todos modos, el problema de la uniformidad de la jurisprudencia, que es en definitiva el problema a resolver y que inspira la sistemática del "precedente obligatorio", no se resuelve -entendemos- prohibiendo a los jueces interpretar como el sistema difuso los autoriza; en todo caso será hora de abordar la temática a partir de la necesidad de verdaderos tribunales de casación e interpretación constitucional (Gozáini, Osvaldo Alfredo, *Respuestas Procesales*, Segunda Parte, Buenos Aires, Ediar, 1999, pp. 341 y ss.).

³⁹ AYALA CORAO, Carlos, *Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad*, op. cit.

Asimismo, deben comprender las interpretaciones derivadas de las "opiniones consultivas" a que se refiere el artículo 64 del citado pacto, debido, precisamente, a que tiene como finalidad "la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos. Se forma de esta de esta manera un auténtico "bloque de convencionalidad" para ejercer el "control difuso de convencionalidad". Los jueces nacionales deben atender a este "bloque", lo que implica, por parte de ellos, una permanente actualización de la jurisprudencia de la Corte IDH y propicia una "viva interacción" entre las jurisdicciones nacionales y la interamericana, con la finalidad última de establecer estándares en nuestra región para la protección efectiva de los derechos humanos".⁴⁰

Claro está que no hay resentimiento de la soberanía política de los Estados, a quienes la aplicación de criterios les llega para facilitar la ejecución del Pacto, antes que para imponerles obligaciones.

Tampoco se trata de unificar con la creación indirecta de un *corpus iuris commune*, sino de compatibilizar el derecho interno poniendo los mejores esfuerzos para que se consiga, al menos, un estándar de plenitud y eficacia para los derechos humanos.

De allí que no se pueda ver en la sentencia transnacional una ejecución forzosa del pronunciamiento, el que en todo caso, se circunscribe a las modalidades dispuestas para la reparación dejando lo puramente normativo en el cuadro de lo indefectible o vinculante.

5.2. La particularidad del control de convencionalidad surge de dos situaciones diferentes. Por un lado, cuando la Corte IDH ha realizado la interpretación; y cuando no lo ha hecho.

En el primer caso, se trata de la más pura realización del principio de autoridad jurisdiccional, porque la decisión obliga a los jueces y tribunales internos a seguir el sentido asignado al precepto, que en caso de contradicción manifiesta con la normativa local, pone en cabeza de las autoridades del Estado el deber de compatibilidad.

En el caso *Ximenes López vs. Brasil*,⁴¹ se puede ver con claridad el impacto que tiene una decisión interpretativa:

En el ámbito de dicha Convención, las obligaciones contenidas en sus artículos 1.1 y 2 constituyen la base para la determinación de responsabilidad internacional de un Estado. El artículo 1.1 de la Convención pone a cargo de los Estados Partes los deberes fundamentales de respetar y de garantizar los derechos, de tal modo que todo menoscabo a los derechos humanos reconocidos en la Convención que pueda ser atribuido, según las reglas del derecho internacional, a la acción u omisión de cualquier autoridad

⁴⁰ FERRER MAC GREGOR, Eduardo, "Reflexiones sobre el control difuso de convencionalidad. A la luz del caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 131, mayo-agosto, México, UNAM, 2011, p. 943.

⁴¹ Corte IDH. Caso *Ximenes Lopes vs. Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006.

pública, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad en los términos previstos por la misma Convención. A su vez, el deber general del artículo 2 de la Convención Americana implica la adopción de medidas en dos vertientes. Por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención, y por la otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías.⁴²

En relación con personas que se encuentran recibiendo atención médica, y dado que la salud es un bien público cuya protección está a cargo de los Estados, éstos tienen la obligación de prevenir que terceros interfieran indebidamente en el goce de los derechos a la vida y a la integridad personal, particularmente vulnerables cuando una persona se encuentra bajo tratamiento de salud. La Corte considera que los Estados tienen el deber de regular y fiscalizar toda la asistencia de salud prestada a las personas bajo su jurisdicción, como deber especial de protección a la vida y a la integridad personal, independientemente de si la entidad que presta tales servicios es de carácter público o privado.

La falta del deber de regular y fiscalizar genera responsabilidad internacional en razón de que los Estados son responsables tanto por los actos de las entidades públicas como privadas que prestan atención de salud, ya que bajo la Convención Americana los supuestos de responsabilidad internacional comprenden los actos de las entidades privadas que estén actuando con capacidad estatal, así como actos de terceros, cuando el Estado falta a su deber de regularlos y fiscalizarlos. La obligación de los Estados de regular no se agota, por lo tanto, en los hospitales que prestan servicios públicos, sino que abarca toda y cualquier institución de salud.

En la segunda situación, ante la inexistencia de pronunciamientos concretos sobre la norma del Pacto que se debe aplicar, la Corte IDH autoriza a que sean los jueces locales quienes realicen el "control difuso de convencionalidad". Inclusive, argumenta que esa es la función primera porque su intervención solamente es subsidiaria.

Cabe advertir que la Corte Interamericana aclara que los jueces y tribunales ordinarios deben ejercer el "control de convencionalidad" "en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales pertinentes", con lo que les otorga un margen de discrecionalidad judicial limitado por el ordenamiento jurídico interno o local. Obviamente, en los sistemas iberoamericanos que cuentan con una Sala especializada de la Corte Suprema de Justicia, esto es, adscrita al Poder Judicial o una Corte Suprema de Justicia, encargadas del control de constitucionalidad, es evidente que el concepto de jueces y tribunales alcanza a tales Salas Constitucionales y Cortes Supremas. La duda podría surgir cuando el sistema jurídico tiene un Tribunal Constitucional independiente de la estructura y organización del Poder Judicial, por cuanto, podría entenderse, pese a la exhortación de la Corte Interamericana de ejercer un control de constitucionalidad —que resulta válido en un modelo

⁴² Cfr. Caso *Gómez Palomino*, supra nota 21, párr. 91; Caso *de la Masacre de Mapiripán*, supra nota 21, párr. 109; y Caso *Lori Berenson Mejía*. Sentencia 25 de noviembre de 2004. Serie C N° 119, párr. 219.

difuso o desconcentrado— y de convencionalidad, que no se refiere, explícitamente, a los Tribunales Constitucionales de carácter independiente o autónomo.⁴³

Cuando es el tribunal nacional quien concreta el control de convencionalidad que no tiene expresión concreta de la Corte IDH, sus definiciones no tienen alcance *erga omnes*. Es decir, puede fijar criterios provisionales, *inter partes*, sujetos a control nacional inmediato (a través de un régimen de “cuestiones de inconventionalidad”, que constituye una alternativa atendible, entre otras) e invariablemente condicionados a definiciones supranacionales.⁴⁴

5.3. De este modo, existiendo interpretación, el control de aplicación del sentido acordado le corresponde a todos los poderes del Estado encargados de dar operatividad y ejecución.

En el caso *Gelman vs. Uruguay*,⁴⁵ se consideraban las leyes de amnistía dispuestas por el gobierno, que impedían investigar y sancionar las graves violaciones de derechos humanos sufridas por las víctimas y sus familiares. Uruguay debió derogar dicha normativa.

A la luz de las obligaciones generales consagradas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, los Estados Parte tienen el deber de adoptar providencias de toda índole para que nadie sea sustraído de la protección judicial y del ejercicio del derecho a un recurso sencillo y eficaz, en los términos de los artículos 8 y 25 de la Convención y, una vez ratificada la Convención Americana corresponde al Estado, de conformidad con el artículo 2 de la misma, adoptar todas las medidas para dejar sin efecto las disposiciones legales que pudieran contravenirla, como son las que impiden la investigación de graves violaciones a derechos humanos puesto que conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, además que impiden a las víctimas y a sus familiares conocer la verdad de los hechos.

La incompatibilidad respecto de la Convención incluye a las amnistías de graves violaciones de derechos humanos y no se restringe sólo a las denominadas “autoamnistías” y ello en atención, más que al proceso de adopción y a la autoridad que emitió la ley de amnistía, a su *ratio legis*: dejar impunes graves violaciones al derecho internacional cometidas. La incompatibilidad de las leyes de amnistía con la Convención Americana en casos de graves violaciones de derechos humanos no deriva de una cuestión formal, como su origen, sino del aspecto material en cuanto violan los derechos consagrados en los artículos 8 y 25, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención.

⁴³ JINESTA, Ernesto, *Control de convencionalidad ejercido por los Tribunales y Salas Constitucionales*, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, *op. cit.*, 269-288.

⁴⁴ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “El control judicial interno de convencionalidad”, en *Revista IUS*, vol. 5, número 28, julio-diciembre, México, 2011, pp. 123-159.

⁴⁵ Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. Sentencia de 24 de febrero de 2011 (Fondo y Reparaciones).

En el caso de la *Corte Suprema de Justicia de Ecuador*,⁴⁶ la Comisión IDH había solicitado que se ordenara al Estado la adopción de medidas de no repetición, incluyendo las que fueran necesarias para que la normativa interna y la práctica relevante obedezcan a criterios claros y aseguren garantías en la designación, permanencia y remoción de jueces y juezas, conforme a las normas establecidas en la Convención Americana.⁴⁷

La Corte concluyó que los magistrados de la Corte Suprema fueron destituidos mediante una resolución del Congreso Nacional dictada sin competencia, y violando el debido proceso, por lo que se vulneró el artículo 8.1 en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana, en perjuicio de las veintisiete (27) víctimas del presente caso, por haber sido cesadas en sus funciones por un órgano incompetente que no les dio la oportunidad de ser oídos.

Por otra parte, la Corte declara la violación del artículo 8.1 en relación con el artículo 23.1.c y el artículo 1.1 de la Convención Americana, por la afectación arbitraria a la permanencia en el ejercicio de la función judicial y la consecuente afectación a la independencia judicial.

La situación obligaba, como se había dado en el caso *Apitz Barbera vs. Venezuela*, a una reforma legal que no se cumplió totalmente.

En el Caso *Apitz Barbera y otros vs. Venezuela*, la Corte IDH conoció de la destitución de los exjueces provisorios de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, por haber incurrido en un error judicial inexcusable al conceder un amparo cautelar que suspendió los efectos de un acto administrativo que había negado el registro de una compraventa. En el caso, el Tribunal Interamericano observó que los Estados están obligados a asegurar que los jueces provisorios sean independientes y, por ello, debe otorgarles cierto tipo de estabilidad y permanencia en el cargo, puesto que la provisionalidad no equivale a libre remoción. Asimismo, la provisionalidad no debe significar alteración alguna del régimen de garantías para el buen desempeño del juzgador y la salvaguarda de los propios justiciables.⁴⁸ De hecho, para la Corte IDH algunas formas de garantizar la independencia de los jueces son un adecuado proceso de nombramiento y una duración establecida en el cargo.

⁴⁶ Corte IDH. *Caso de la Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) vs. Ecuador*. Sentencia de 23 de agosto de 2013 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas).

⁴⁷ En similar sentido, en el *Caso Apitz vs. Venezuela* se estableció que “teniendo en cuenta que la garantía de permanencia o estabilidad en el cargo de todo juez, titular o provisional, debe operar para permitir el reintegro a la condición de magistrado de quien fue arbitrariamente privado de ella, el Tribunal considera que como medida de reparación el Estado deberá reintegrar a las víctimas al Poder Judicial, si éstas así lo desean, en un cargo que tenga las remuneraciones, beneficios sociales y rango equiparables a los que les correspondería el día hoy si no hubieran sido destituidos”. *Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela*, párr. 246.

⁴⁸ *Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C N° 182, párr. 43.

Cuando se afrontan estas situaciones, el problema no es el control de convencionalidad, sino la ejecución en el derecho interno de los pronunciamientos de una jurisdicción internacional reconocida.

La interpretación no es contraria a la Constitución, como algunas veces se arguye como argumento para desconocer cuanto se debe aplicar. En todo caso, el dilema es articular la deducción practicada en sede internacional con las disposiciones del derecho interno.

5.4. Las formas de aplicar la deducción alcanzada por la Corte IDH, se desenvuelve en acciones concretas de los poderes encargados de llevarlo a cabo. Puede ser la *administración pública*, cuando es advertida sobre un déficit normativo que genera desigualdad o violación directa en alguno de los derechos del hombre; o tiene que hacerlo el *legislador* directo (el Congreso) o indirecto (por decretos, reglamentos, etc.) cuando se trata de disposiciones de carácter general.

A veces, es la propia Corte IDH quien delega la actuación correspondiente en el Estado, indicando cual si fuera una sentencia normativa por exhortación del tipo que pronuncian los tribunales constitucionales.⁴⁹

El tribunal se ha pronunciado otras veces sobre ordenamientos que pudieran entrar en conflicto con las disposiciones de la Convención, tomando en cuenta que es deber de los Estados Parte, conforme a los artículos 1 y 2 de la propia Convención, respetar los derechos y libertades contenidos en ese instrumento internacional, garantizar su libre y pleno ejercicio y adoptar las medidas necesarias para hacerlos efectivos. Asimismo, es deber de dichos Estados abstenerse de adoptar medidas que contradigan el objeto y fin de la Convención.⁵⁰ Estas consideraciones se refieren, desde luego, al ámbito del Derecho internacional, no a los efectos de la norma local en el orden interno del Estado interesado.⁵¹

Sergio García Ramírez ha dicho:

Sobre este asunto, considero que la decisión de la Corte no implica, en modo alguno, el desconocimiento de la conveniencia y necesidad de dictar normas de amnistía que contribuyan al restablecimiento de la paz, en condiciones de libertad y justicia, al cabo de conflictos internos que se pretende resolver con medidas de esta naturaleza, entre otros. Por el contrario, es plausible que se lleve adelante un esfuerzo de este género, encauzado por los principios aplicables del Derecho internacional y nacional, alentado por la participación de los sectores involucrados y asumido en el marco de las instituciones democráticas [...].

En suma, he considerado pertinente señalar que, en mi concepto, el pronunciamiento de la Corte en el presente caso no pugna con los esfuerzos que se hagan para favore-

⁴⁹ Cfr. GOZAINI, Osvaldo A., *Teoría de la sentencia constitucional*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional (en prensa).

⁵⁰ Cfr. *Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos* (arts. 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-13/93 del 16 de julio de 1993. Serie A N° 13, párr. 26; y *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 N° 14, párrs. 32, 33, 50 y 58.1.

⁵¹ Cfr. OC-14/94, cit., párr. 34.

cer la paz interna y la reconciliación entre sectores de la comunidad nacional, aun cuando desde luego toma en cuenta las características que el Derecho internacional, la jurisprudencia y la doctrina recientes consideran indispensables para que ese propósito se obtenga en forma compatible con el respeto a los derechos humanos, causa común de los Estados Parte en la Convención Americana.⁵²

5.5. Otra proyección sobre el interrogante acerca de cuáles son los órganos encargados de aplicar y realizar el control de convencionalidad, estriba en ciertas situaciones que solo admiten la intervención judicial.

En este caso, solamente le corresponde a jueces y tribunales (ordinarios o constitucionales) y se suscita según la interpretación se realice de manera genérica, o en algún caso concreto.

En los primeros tiempos la Corte IDH afirmaba que no podía interpretar un texto de la Convención que no se hubiera alegado en el derecho interno; de este modo, pedía que la posibilidad de articulación debía ser introducida en el proceso local y desde allí generar la revisión por el proceso transnacional.⁵³

La tendencia fue cambiando y en el caso *El Amparo vs. Venezuela*⁵⁴ el voto en disidencia de Cançado Trindade abrió una brecha en la sólida jurisprudencia precedente, donde dejó en claro que la infracción convencional se produce por el sólo hecho de que la norma doméstica esté vigente (aunque no haya sido aplicada).⁵⁵

Después del caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, fue señalado 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. 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.⁵⁶

⁵² Voto concurrente del juez Sergio García Ramírez en relación con la sentencia de reparaciones dictada por la Corte IDH. Corte IDH. *Castillo Páez vs. Perú*. Sentencia de 3 de noviembre de 1997 (Fondo).

⁵³ Corte IDH. *Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua*, Excepciones Preliminares, Serie C N° 21, párr. 50.

⁵⁴ Corte IDH. *Caso El Amparo vs. Venezuela*. Sentencia de 14 de septiembre de 1996, Serie C N° 28, Voto Disidente del Juez Cançado Trindade, párr. 3. Agregó dicho magistrado que [...] "un individuo puede, bajo determinadas condiciones, reivindicar ser víctima de una violación de derechos humanos perpetrada por la simple existencia de medidas permitidas por la legislación, sin que hayan sido a él aplicadas..." (párr. 5).

⁵⁵ Cfr. HITTERS, Juan Carlos, "Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación", en *La Ley*, 2009, p. 1205.

⁵⁶ Corte IDH. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*. Sentencia de 24 de noviembre de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

En síntesis, el cuadro siguiente esquematiza el control de convencionalidad respecto de los órganos encargados de aplicarla.

Control de Convencionalidad	}	*Internacional (Corte IDH)	↗ Control concreto
			↘ Control abstracto
	*Local (todos los jueces [control difuso])	Control concreto	
	*A pedido de parte		
	*De oficio		

VI. ¿Qué se fiscaliza en el control de convencionalidad?

6.1. El interrogante se relaciona con la diferencia entre hacer control de constitucionalidad y practicar control de convencionalidad. Recordemos que la Corte IDH habló de cierto paralelo entre ambas funciones, considerando que lo actuado en la instancia supranacional era una "especie" de control constitucional.

En este tiempo, toda norma contraria al Pacto de San José se reputaba violatoria y opuesta a los derechos humanos consagrados, debiendo el Estado dictar normas de adecuación conforme el mandato impuesto en el artículo 2 de la CADH.

En el caso de la exposición del film "*La Última Tentación de Cristo*", se había probado que en Chile había un sistema de censura previa para la exhibición y publicidad de la producción cinematográfica y que el Consejo de Calificación Cinematográfica prohibió en principio la difusión de la película, y luego, al recalificarla, permitió que se hiciera solo para mayores de 18 años.

Esta censura era contraria al Pacto y la Corte dijo [...]

Esta Corte entiende que la responsabilidad internacional del Estado puede generarse por actos u omisiones de cualquier poder u órgano de éste, independientemente de su jerarquía, que violen la Convención Americana. Es decir, todo acto u omisión, imputable al Estado, en violación de las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, compromete la responsabilidad internacional del Estado. En el presente caso ésta se generó en virtud de que el artículo 19 número 12 de la Constitución establece la censura previa en la producción cinematográfica y, por lo tanto, determina los actos de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial.

A la luz de todas las consideraciones precedentes, la Corte declara que el Estado violó el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión consagrado en el artículo 13 de la Convención Americana, en perjuicio de los señores Juan Pablo Olmedo Bustos, Ciro Colombara López, Claudio Márquez Vidal, Alex Muñoz Wilson, Matías Insunza Tagle y Hernán Aguirre Fuentes.⁵⁷

La disposición contraria, primero pensada como confrontación simple entre una norma y la contenida en la Convención, no tuvo en cuenta las reservas que el Estado podía formular al adherir al Sistema y reconocer la jurisdicción de la Corte.

Era posible que esas reservas pudieran esconder el uso de normativa opuesta al sentido tuitivo que el Pacto genera.

La Corte sentó criterio en cuanto a la interpretación de reservas a la Convención.⁵⁸ Primero, consideró que se debía aplicar un análisis estrictamente textual. Segundo, había que considerar debidamente el objeto y propósito del tratado correspondiente⁵⁹ que, en el caso de la Convención Americana, implica "la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos".

Además, se debe interpretar la reserva de conformidad con el artículo 29 de la Convención, según el cual no se debe interpretar una reserva a fin de limitar el goce y el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención a un mayor alcance que aquél dispuesto en la reserva misma.⁶⁰

En el caso *Boyce vs. Barbados* la Corte tiene que resolver esta situación y proclama una ampliación sobre el contenido comparatista que antes se efectuaba:

[...]

Textualmente, el primer párrafo de la reserva en cuestión específicamente refiere al artículo 4.4 de la Convención, el cual excluye la aplicación de la pena de muerte por delitos políticos ni comunes conexos con los políticos. En este sentido, el Estado expresó en forma explícita en el texto de su reserva el propósito y el alcance de ésta, declarando que "desea hacer una reserva sobre este punto, ya que en ciertas circunstancias podría considerarse que la traición es delito político y cae dentro de los términos del [artículo 4.4 de la Convención]. El segundo párrafo de la reserva se enfoca, del mismo modo, a la preocupación especial del Estado sobre el artículo 4.5 de la Convención respecto de la aplicación de la pena de muerte a personas menores de 16 y mayores de 70 años.

⁵⁷ Corte IDH. Caso "*La Última Tentación de Cristo*" (*Olmedo Bustos y otros*) vs. Chile. Sentencia de 5 de febrero de 2001 (Fondo, Reparaciones y Costas).

⁵⁸ Cfr. *El Efecto de las Reservas sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos* (arts. 74 y 75). Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A N° 2, párr. 35, y Restricciones a la Pena de Muerte (arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-3/83 del 8 de septiembre de 1983. Serie A N° 3, párrs. 60/66.

⁵⁹ Cfr. artículo 75 de la Convención Americana y artículo 19 de la Convención de Viena sobre la Ley de Tratados (en el cual se indica que las reservas a un tratado deben ser compatibles con el objeto y el propósito del tratado).

⁶⁰ Cfr. *Restricciones a la Pena de Muerte* (arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos), supra nota 7, párr. 66.

La Corte ha considerado, en otras ocasiones, que una reserva a la Convención "no reserva más de lo expresado textualmente en la misma".⁶¹ En este caso, el texto de la reserva no afirma, explícitamente, si la imposición de pena de muerte es obligatoria para el delito de homicidio y tampoco expresa si la legislación de Barbados permite la imposición de otras penas u otros métodos para llevar a cabo la pena de muerte en relación con dicho delito. En este sentido, la Corte considera que una interpretación textual de la reserva hecha por el Estado de Barbados al momento de su ratificación de la Convención Americana claramente indica que el propósito de la reserva no fue excluir de la competencia de la Corte el análisis de la naturaleza obligatoria de la pena de muerte ni su forma particular de ejecución por medio de la horca. Por lo tanto, el Estado no puede acogerse a su reserva para tales efectos en el presente caso.

6.2. El avance que promueve este caso, va delineando la distancia entre hacer control de constitucionalidad interno, donde la tarea de confrontar tiene como espejo donde reflejarse a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de modo que si la norma no coincide con los parámetros convencionales es inconstitucional.

Y lo es porque se considera al Pacto y demás tratados sobre derechos humanos, dentro del bloque de constitucionalidad expresamente agregado a la Constitución con igual jerarquía (como el caso de Argentina a través del artículo 75.22).

La inconstitucionalidad es producto de la inconventionalidad, que en este período se toma como un cuerpo intangible e inmodificable, porque sus cláusulas se coligen de una vez y para siempre.

El desarrollo jurisprudencial progresivo y constante fue cambiando la fisonomía. La protección de la CADH en términos de comparación no permitía la flexibilidad de criterios o la insinuación de un perfil necesario en orden a las circunstancias donde los derechos se debían aplicar.

Es decir, cuando en *Boyce* se aventura un panorama más amplio que confrontar lo que se tiene en el derecho interno, permitiendo proyectar lo que éste necesita para adecuar su regulación a las normas convencionales, se instala un permiso para inaplicar toda norma opuesta. Esto se consagra en *Almonacid Arellano* y avanza en *Trabajadores Cesados* cuando la Corte admite el control de convencionalidad de oficio. Es dable afirmar que, permite a los jueces locales invocar la CADH como fundamento de sus decisiones, sin necesidad de que las partes lo pidan.

Con el mencionado caso *Radilla Pacheco*, y sobre todo en el voto razonado de Eduardo Ferrer Mac Gregor en el caso *Cabrera García - Montiel Flores vs. México* se construye la teoría del control de convencionalidad dejándolo emplazado.

6.3 De este modo, el objeto que fiscaliza la actuación se razona sobre tres pilares que la propia jurisprudencia supranacional fue elaborando.

Primero, el principio de la *pacta sunt servanda*, proveniente del derecho internacional, según el cual cuando un Estado asume compromisos internacionales, contrae el deber de cumplirlos aunque su derecho interno le oponga reparos.

Segundo, se introduce el *efecto útil* de la Convención propiciando que los Estados partes pongan sus mejores esfuerzos por darle eficacia al Sistema Interamericano.

Y tercero, se subraya la importancia de conseguir un *Corpus Iuris Americano*, que se visualiza con mayor acierto cuando vemos que los fallos de la Corte IDH rara vez se apoyan en las decisiones de su homónimo Tribunal Europeo, dando entender que el control de convencionalidad es una posición propia y elaborada sobre fundamentos y razones debidamente establecidos.

Para Sagüés [...]

El juez local tendría que comenzar su análisis de la norma nacional a partir del *Pacto de San José* y de la aludida jurisprudencia, antes que iniciar el entendimiento de ella con los insumos jurídicos nacionales (v. gr.: antecedentes y propósitos de la cláusula bajo examen). Eso se explica por el realmente muy importante proceso de adaptación y de conformación con la regla interna con los parámetros externos, que deben iluminar y guiar la comprensión y la efectivización de las normas locales.

Por último, pareciera que el juez nacional, ya como órgano represivo, ya como órgano constructivo, en cualquiera de estas dos facetas actúa fundamentalmente como *aplicador* de directrices previamente enunciadas o por el Pacto de San José, o por la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Y es cierto que, con frecuencia, así ocurrirá.⁶²

6.4. La función tiene riesgos inevitables cuando no hay disposiciones claras de la Convención, o sobre ellas u otras, no exista jurisprudencia esclarecedora.

El activismo que se promueve con el control difuso de convencionalidad permite a todos los operadores dar una lectura particular a las normas del Pacto. Inteligencia que, como en todos los sistemas de control difuso, puede generar alternancia, diversidad de enfoques, sentimientos contradictorios, y tantas cuestiones más propias de un mecanismo poco previsible.

Aun con el control de revisión interno, en modelos constitucionales como el Argentino que tiene en la Corte Suprema de Justicia de la Nación el órgano de cierre de la interpretación final y única de la Constitución Nacional, la gravedad es mayor, porque la interpretación de la CADH quizás no llegue a la máxima instancia, y la solución acordada en instancias menores, tendrá aplicación *inter partes*, es cierto; no tendrá efectos *erga omnes*, también es verdad, pero habrá construido una doctrina legal de tipo convencional que no creemos sea del modelo que el Sistema IDH aspira tener.

Dice García Ramírez:

El control de convencionalidad entraña la aplicación del orden supranacional, nacionalmente aceptado y colectivamente formulado, en lo que toca a definiciones de derechos y libertades, asignación de responsabilidades y consecuencias jurídicas de los hechos ilícitos contraventores de aquel orden. El control se acoge a lineamientos que le confieren congruencia en el examen de todas esas cuestiones. Además, representa esto mismo:

⁶¹ Cfr. *Restricciones a la Pena de Muerte* (arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos), supra nota 7, párr. 69.

⁶² 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", en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, pp. 421-453.

congruencia, no ocurrencia con propósito puramente innovador o protagónico; puede ser el fruto de un activismo bien entendido, pero no podría (no debería) comprometerse con un activismo desbocado. Así las cosas, el control de constitucionalidad no dispersa ni atomiza, sino reúne y sistematiza.

En su propia vertiente, el control que ahora examino se halla al servicio de la justicia y la seguridad jurídica. Parece innecesario decirlo, pero es conveniente insistir en ello: no debe culminar en siembra de injusticia ni de inseguridad general o particular. Existe el riesgo de que así ocurra cuando se carece de encaminamiento razonable, preciso, sistemático, y aparecen, sin concierto, ensayos de control que no obedecen a un conocimiento profundo y una conducción armoniosa de la interpretación jurisdiccional en esta materia [...].

Diré, finalmente, que el control de convencionalidad, desplegado con seriedad, competencia y acierto, favorece y fertiliza el diálogo jurisprudencial (o bien, jurisdiccional) interno e internacional. Contribuye a erigir, detallar, enriquecer, e impulsar la cultura jurídica común, conforme al proyecto favorecedor del ser humano y conductor del poder público.⁶³

6.5. Pero también es alarmante que el control de convencionalidad se permita a todos aquellos que ejerzan una autoridad pública reglamentaria. Esta apertura que se concreta en el caso *Cabrera García-Montiel Flores vs. México* agrega en la obligación de realizar el control, además de todos los jueces, a cualquier órgano vinculado a la administración de justicia en todos los niveles (quienes están obligados a actuar de oficio).

La ampliación puede encontrar lecturas polivalentes. De algún modo lo que se trata de indicar es que cuando están en juego derechos humanos, el órgano encargado de resolver la situación práctica (que se puede dar en un caso concreto, o ante una situación hipotética) tiene que aplicar los estándares convencionalizados. Si éstos han sido interpretados por los órganos del Sistema, habrá que guiarse por estos postulados; si no lo han hecho, tendrán que actuar haciendo interpretación conforme al Pacto, dejando de lado el derecho interno.

Por ello, algunos podrán colegir que “lo convencional” es aquello que los jueces o funcionarios competentes del derecho local interpreten, pudiendo así desvirtuar el contenido.

Por ejemplo en *Castillo Petruzzi vs. Perú*,⁶⁴ el Estado asumió la posición de:

[...]

a) Invaldar y ordenar la modificación de normas constitucionales y legales, que escapa a su competencia establecida en los artículos 63.1 y 64.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los cuales sólo facultan al Tribunal para pronunciarse sobre la compatibilidad del derecho interno con dicha Convención, siempre que un país lo solicite;

b) que como la Corte no puede ordenar al Perú la modificación de sus normas, si éste iniciara un nuevo proceso tendría que aplicar las normas vigentes, las que ordenan el juzgamiento en el fuero militar. En consecuencia, la Corte Interamericana podría declarar la nulidad del proceso y la libertad de los procesados;

c) que si se cumpliera la sentencia de la Corte se crearía la posibilidad de que otros individuos puedan acudir al sistema interamericano, a pesar de haber transcurrido el plazo de caducidad de seis meses establecido en el artículo 46.1.b de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, para presentar las denuncias ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos;

d) que la “orden” de la Corte de modificar la Constitución Política del Perú y su derecho interno, afecta la soberanía del Estado, ya que esta “orden” obliga a los Congresistas a votar en determinado sentido [...].

Situaciones semejantes han generado interpretaciones contrarias en Venezuela, Ecuador, Perú y México entre los más evidentes, y hasta existen segundas intenciones (debilitar el sistema) en los agrupamientos de países que persiguen cambios estructurales y normativos en el Sistema.

Por ello, debería crearse una suerte de interpretación conforme a la CADH con pautas menos elásticas que las actuales, que tiendan a fortalecer el mecanismo sustancial y procesal de defensa y promoción de los derechos humanos.

Otras críticas provienen de aquellos que acusan de “neopunitivista”, “antidemocrática” y “antiliberal” a la Corte Interamericana. Según estas posturas, en aras de garantizar los derechos de las víctimas, el Tribunal ha desarrollado estándares que minimizan garantías procesales de los imputados, particularmente en temas tan sensibles como la aplicación retroactiva de leyes penales, el desconocimiento del plazo razonable de investigación y el derecho a no ser juzgado dos veces por los mismos hechos.⁶⁵ Estas críticas caracterizarían al “derecho penal de los derechos humanos” como un ejemplo más de la utilización y expansión del sistema penal para solucionar todos los males sociales a partir de la restricción de garantías a los procesados, quienes deben ser “condenados de cualquier manera”.⁶⁶

VII. Activismo y control del juez local

7.1. El activismo judicial se ha promovido con la intención de hacer efectivo el ejercicio de la función de juzgar, recreando con inteligencia y eficacia, en el marco de la solución justa, la ausencia de normas orientadoras o la aplicación de ellas en el sentido de darle el mejor rendimiento.

En los primeros tiempos de verificación de la incidencia de la jurisprudencia supranacional en el derecho interno, fue evidente que la confrontación se realizó sobre el texto pétreo de la Convención. Vale decir, el juez local que no contaba con

⁶³ PASTOR, Daniel, *La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos*. Buenos Aires, Nueva Doctrina Penal, 2005, pp. 73-114. Malarino, Eduardo, “Activismo judicial, punitivización y nacionalización: Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en PASTOR, Daniel, *El sistema penal en las sentencias recientes de los órganos interamericanos de protección de los derechos humanos*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2009, pp. 21-61.

⁶⁶ PARA VERA, Oscar, “La jurisprudencia de la Corte Interamericana respecto a la lucha contra la impunidad: algunos avances y debates”, en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, año 13, número 1, noviembre, 2012, pp. 5-51.

⁶³ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *El control judicial interno de convencionalidad*, op. cit., pp. 123-159.

⁶⁴ Corte IDH. Caso *Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*. Resolución de 17 de noviembre de 1999 (Cumplimiento de Sentencia).

la opinión expresada en forma consultiva o deservuelta en la jurisdicción contenciosa por la Corte IDH, espejaba el derecho interno con el Pacto y procuraba, antes que interpretar en forma creativa, aplicar la norma convencional con el fin de evitar incompatibilidades.

Cuando la jurisprudencia se desarrolló, y la Corte multiplica sus decisiones, comienza un período de transición con diversidades, donde existieron acatamientos voluntarios y resistencias manifiestas.

Esta fase que se ha dado en llamar de *diálogo jurisprudencial*, era propio para un sistema de protección internacional de los derechos humanos que se asienta en el principio de complementariedad (subsidiariedad). Dicho en otros términos, la jurisprudencia transnacional marca un camino, sin cuestionar las decisiones internas.

7.2. Y esto fue lógico porque la Corte IDH no es un tribunal de casación; ni genera una instancia de revisión de la cosa juzgada. No juega con la soberanía del Estado y sus instituciones jurisdiccionales, desde que la misión pura del Sistema es promover y proteger derechos humanos.

Este período focaliza el control en una mera tarea de compatibilidad o incompatibilidad, sin que se desenvuelvan proyecciones internas en declaraciones de inconstitucionalidad, o de inaplicabilidad legal.

Para Nogueira Alcalá:

Un primer tipo de diálogo se desarrolla inserto en el seno de un sistema jurídico en que el Estado es parte de un ordenamiento internacional o supranacional al que se vincula y tiene el aspecto de verticalidad en la medida que toma cuerpo entre un juez interno y un juez internacional, siendo este último el cual tiene la última palabra en las materias en que el Estado parte se ha sometido a su jurisdicción vinculante, en el ámbito de su competencia. La participación de los estados como partes de ordenamientos convencionales que aseguran y garantizan derechos humanos establecen restricciones procesales específicas en relación a los órdenes jurídicos internos que van a obligar a los jueces domésticos a dialogar necesariamente con los jueces internacionales, como asimismo a coordinar y armonizar la jurisprudencia nacional con la de la Corte Internacional, debiendo asegurar el juez interno al menos el estándar mínimo común o "protección equivalente" a la que brinda la jurisprudencia de la Corte Internacional respectiva.⁶⁷

7.3. Pero el control de convencionalidad significa mucho más que interpretar conforme. El ajuste puede estar basado en la jurisprudencia; aplicarlo sobre estándares incuestionables; o bien, apoyarse en la inteligencia deducida de las normas convencionales.

El primer caso es tema ya largamente explicado. Se trata de verificar si las decisiones de la Corte IDH son obligatorias en el derecho interno y, en su caso, si obligan a todos los poderes del Estado a realizar obligaciones sin necesidad de recurrir al sistema jurisdiccional de la ejecución de sentencias.

⁶⁷ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, "Diálogo interjurisdiccional, control de convencionalidad y jurisprudencia del Tribunal Constitucional en el período 2006-2011", en *Estudios constitucionales*, vol. 10, núm. 2, Santiago, 2012, pp. 57 y ss.

Aquí la duda que se plantea parte de considerar que, si es la propia Corte quien admite su función complementaria o subsidiaria, no se debiera, entonces, cuestionar que los jueces locales se aparten de sus decisiones.

7.4. El segundo se podría presentar dentro del espacio del activismo judicial desde el cual los jueces nacionales tienen que compatibilizar el derecho interno con la CADH, y —como dice Ferrer Mac Gregor— [...] "siempre atendiendo a la Convención Americana, especialmente para valorar lo que podríamos denominar el "debido proceso convencional" (en sentido amplio).⁶⁸ Dicho análisis, por consiguiente, no puede constituir una "cuestión preliminar", sino fundamentalmente representa una "decisión de fondo", donde precisamente se analizaría, *inter alia*, si un determinado ejercicio del "control de convencionalidad" por parte de los tribunales nacionales resultó compatible con las obligaciones contraídas por el Estado demandado y a la luz de la propia jurisprudencia interamericana.

Aquí, ahora, cambia la orientación por la verticalidad. El juez local está atado a una construcción de principios y debe juzgar con ese alcance.

De este sentido son el derecho a la verdad; el deber de investigación; el uso de principios especiales como el *favor libertatis*, *pro homine*, entre otros.

En este ámbito de diálogo vinculado y con cierto carácter vertical, debe tenerse presente las resistencias provocadas por pre-conceptos, prejuicios y paradigmas mentales, producto de una formación jurídica que no consideró en su momento la apertura de los sistemas jurídicos al derecho y a las judicaturas internacionales y supranacionales, lo que requiere abrirse a la nueva jurídica y la asimilación de ellas por los jueces domésticos, respecto de lo cual el tiempo debe hacer su trabajo con el objeto de que los tribunales y cortes nacionales se acostumbren al derecho integrado y acepten todas las consecuencias procedimentales del mismo, sin perjuicio de la incorporación de estas nuevas perspectivas a los planes de estudio de las Facultades de Derecho, en pre y posgrado y en las escuelas o academias judiciales, las

⁶⁸ Si bien no existe de manera expresa referencia al "debido proceso" en la Convención Americana, el conjunto de derechos del propio Pacto y el desarrollo jurisprudencial de la Corte IDH, ha creado, en su conjunto, lo que podría denominarse el "debido proceso convencional", integrado por diversos derechos. En un interesante voto concurrente, Sergio García Ramírez advierte que "[...] Entre los temas examinados con mayor frecuencia por la Corte Interamericana se halla el llamado debido proceso legal, concepto deservuelto por la regulación y la jurisprudencia angloamericana. El Pacto de San José no invoca, literalmente, el "debido proceso". Con otras palabras, sin embargo, organiza el sistema de audiencia, defensa y decisión entrañado en aquel concepto. Cumple esta misión -esencial para la tutela de los derechos humanos- con diversas expresiones y en distintos preceptos, entre ellos el artículo 8º, que figura bajo el rubro de "Garantías judiciales". Lo que se pretende con ello es asegurar al individuo que los órganos del Estado llamados a determinar sus derechos y deberes -en múltiples vertientes- lo harán a través de un procedimiento que provea a la persona con los medios necesarios para defender sus intereses legítimos y obtener pronunciamientos debidamente motivados y fundados, de manera que se halle bajo el amparo de la ley y al abrigo del arbitrio" (Párr. 3, del voto razonado que formuló, en relación con la Sentencia del *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C N° 151).

cuales han tenido en la materia una reacción tardía, mientras otras aún ignoran y no dan cuenta del problema ni de la materia.⁶⁹

7.5. La tercera manifestación del control tiene un espacio más grande para actuar. En este, los jueces locales interpretan como partícipes del control difuso de convencionalidad.

Cuanto interesa destacar aquí es la intensidad de los efectos que se procuren. El asunto *Gelman vs. Uruguay* antes citado, da testimonio de cuánto se puede realizar. En el caso,⁷⁰ el poder judicial uruguayo había hecho control difuso declarando la *incompatibilidad* de la ley de amnistía con el derecho a la verdad que estaba implícito en la convención. Pero esta declaración no se consideró suficiente porque la norma conservaba validez desde que la *inaplicación* se había declarado en el caso concreto, sin darle efectos *erga omnes*.

Lo interesante es observar que, aun actuando en el derecho jurisdiccional local el control de convencionalidad que se reclama, pueden existir interpretaciones que confunden y entorpecen la vigencia efectiva de los derechos.

En síntesis, las implicancias del control de convencionalidad están excelentemente resumidas por Carlos Ayala Corao,⁷¹ en las siguientes:

a) En primer lugar el *objeto* de este control son todos los actos y conductas del Estado, incluidas sus políticas públicas. De allí que todo el ordenamiento jurídico del Estado, comenzando por la propia Constitución, y siguiendo con las leyes, actos administrativos, sentencias y demás actos, están sujetos al examen de compatibilidad con la CADH (art. 1º) y demás normas convencionales.

b) En segundo lugar, los *órganos responsables* de ejercer este control en el derecho interno, son todos los poderes públicos del Estado. Así, tanto el Poder Legislativo, como el Ejecutivo, el Judicial y los demás poderes públicos, deben adoptar las medidas necesarias que permitan el ejercicio efectivo de los derechos reconocidos en las normas convencionales (art. 2, CADH). Y en caso de que exista algún acto

⁶⁹ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *Diálogo interjurisdiccional, control de convencionalidad y jurisprudencia del Tribunal Constitucional en el periodo 2006 - 2011*, Estudios constitucionales vol.10 n° 2 Santiago 2012, pp. 57 y ss.

⁷⁰ Los hechos alegados por la Comisión se refieren a la desaparición forzada de María Claudia García Iruretagoyena de Gelman desde finales del año 1976, quien fue detenida en Buenos Aires, Argentina, mientras se encontraba en avanzado estado de embarazo. Se presume que posteriormente fue trasladada al Uruguay donde habría dado a luz a su hija, quien fuera entregada a una familia uruguayo, actos que la Comisión señala como cometidos por agentes estatales uruguayos y argentinos en el marco de la "Operación Cóndor", sin que hasta la fecha se conozcan el paradero de María Claudia García y las circunstancias en que su desaparición tuvo lugar. Además, la Comisión alegó la supresión de la identidad y nacionalidad de María Macarena Gelman García Iruretagoyena, hija de María Claudia García y Marcelo Gelman y la denegación de justicia, impunidad y, en general, el sufrimiento causado a Juan Gelman, su familia, María Macarena Gelman y los familiares de María Claudia García, como consecuencia de la falta de investigación de los hechos, juzgamiento y sanción de los responsables, en virtud de la Ley N° 15.848 o Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado (en adelante "Ley de Caducidad"), promulgada en 1986 por el gobierno democrático del Uruguay.

⁷¹ AYALA CORAO, Carlos, *Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad*, op. cit., pp. 158/9.

incompatible con las normas convencionales que impida el goce y ejercicio efectivo de esos derechos, todos los órganos del poder público, en el ámbito de sus competencias, están obligadas a adoptar las medidas necesarias para que dicho acto sea reformado, suprimido, derogado, revocado o anulado, según sea el caso. Se trata en definitiva, del deber de adoptar las medidas necesarias para suprimir los efectos de los actos del Estado incompatibles con las normas convencionales.

c) En tercer lugar, si bien todos los órganos del Estado tienen el deber de ejercer el control de convencionalidad, los jueces y tribunales tienen una obligación especial de garantizarlo a través del control judicial interno de la convencionalidad. Ello, en virtud de la obligación de los jueces y tribunales de proteger de manera efectiva a toda persona, contra los actos que violen sus derechos reconocidos en la CADH, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúan en ejercicio de sus funciones oficiales (art. 25).

d) En, cuarto lugar, el parámetro del control de convencionalidad de los actos estatales son: la CADH y las demás normas convencionales de conformidad con las interpretaciones dadas a su contenido y alcance por la Corte IDH, como intérprete último y auténtico de dichas normas.

e) Por otro lado, no es dable confundir el control judicial de la convencionalidad con otros mecanismos procesales de derecho interno, como es el control de constitucionalidad. El hecho de que se haya declarado judicialmente que en acto es conforme al derecho interno declarando expresamente su constitucionalidad, es indiferente para los efectos convencionales.

f) En quinto lugar, el control de convencionalidad debe ser realizado por los órganos del Estado incluidos los jueces, en el marco de sus competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. No obstante, dichos órganos tienen esa obligación de ejercer el control de convencionalidad, aun de oficio (*ex officio*).

g) En sexto lugar, el resultado del control de convencionalidad debe ser efectivo. Ello quiere decir, que el control debe resultar en garantizar la no aplicación ("privar de sus efectos") *ab initio* y con carácter general (*erga omnes*) de las normas incompatibles con la CADH y demás normas convencionales. En este sentido, como lo hemos afirmado, las técnicas de control convencional deben garantizar dicho resultado de manera general y con efectos desde el momento en que se dictó el acto, para privarlo de sus efectos y consecuencias. De allí el problema que pueden representar algunos sistemas judiciales de control difuso de la convencionalidad, carentes de estas características correctivas incluido el efecto vinculante obligatorio del precedente.

h) Y en sexto lugar, el no ejercicio del control de convencionalidad por parte de los órganos del Estado, para privar de sus efectos jurídicos a un acto incompatible con la CADH conforme a las interpretaciones dadas por la Corte IDH, genera *per se* la responsabilidad internacional del Estado.