

TÍTULO NOVENO

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD E INCONVENCIONALIDAD POR OMISIÓN

CAPÍTULO

I

**CONTROL DE
CONVENCIONALIDAD**

I. Consideraciones introductorias

En general, y entre otros tópicos relacionados, se examinará la importancia y los retos que afronta el “control de convencionalidad” a cargo de los magistrados nacionales (y demás autoridades públicas), que consiste en verificar la adecuación de las normas jurídicas internas que aplican en casos concretos a la CADH y a los estándares interpretativos forjados por la Corte IDH.

Para desandar parte importante del camino propuesto, retrataremos diversos aspectos complejos de la cuestión central que aquí se aborda.

En esa dirección, contextuaremos el control de convencionalidad; formularemos un deslinde conceptual del mismo; reseñaremos sucintamente la evolución de la doctrina jurisprudencial de la Corte IDH a su respecto; indagaremos sobre su objetivo genérico, el parámetro para efectuarlo, su ámbito de cobertura y la viabilidad de desarrollarlo de oficio.

A su tiempo, nos detendremos en la praxis de algunos órganos de cúspide de la justicia constitucional latinoamericana (específicamente en nuestro país y también en Colombia y México), para indagar cómo ha sido receptado y qué impacto ha producido el control de convencionalidad en los respectivos escenarios jurídicos que serán puestos en foco.

Posteriormente, y antes de ingresar al sector del epílogo, nos ocuparemos de la relevancia de trazar líneas de cooperación entre los tribunales internos y la Corte IDH y de intensificar un “diálogo jurisprudencial” entre ambas jurisdicciones, en orden a que las cortes locales lleven adelante una interpretación conforme a la CADH y a los pronunciamientos de la Corte IDH, pero que correlativamente ésta tenga presente las observaciones que desde los contextos jurisdiccionales nacionales se formulen a sus criterios jurisprudenciales.

Ello así para fortalecer cualitativamente la tutela multinivel de los derechos humanos y disminuir los riesgos de acrecimiento de dificultades en el empleo práctico del control de convencionalidad.

Evidentemente, toda esta rica y polifacética problemática representa una de las imágenes asociadas al fuerte crecimiento de los espacios de interacción del derecho procesal constitucional, el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos, ante el protagonismo que cobran los *tribunales de cierre de la justicia*

*constitucional*⁴⁷³ en cada Estado Parte del sistema interamericano y su relacionamiento con la *Corte IDH*, en tanto copartícipes jurisdiccionales de un objetivo convergente, tan amplio como sensible y trascendente: *la protección y la realización de los derechos en el área interamericana*.

Como tendremos ocasión de verificar, la aconsejable colaboración entre ambas instancias (interna e interamericana) no apunta a una relación jerárquica entre ellas, sino a una coexistencia coordinada en la hermenéutica *pro persona* de los derechos esenciales.

El presente capítulo se elabora e incluye aquí por cuanto el control de convencionalidad resulta de fundamental importancia precisamente en el Estado *Constitucional y Convencional* actual y porque además nos servirá como plataforma de lanzamiento para adentrarnos, ya en el capítulo siguiente, en la problemática de la *inconvencionalidad por omisión*.

II. Apreciaciones contextuales

La creciente trascendencia de la intersección del derecho nacional y el derecho internacional de los derechos humanos exige una articulación de tal binomio de fuentes mediante su retroalimentación y complementariedad, en aras del afianzamiento real y no sólo declamado del sistema de derechos y garantías.

En tal escenario resalta la medular cuestión de los derechos humanos, que es una incumbencia concurrente o compartida entre las jurisdicciones estatales e internacional. En otras palabras, la temática de los derechos fundamentales hace mucho tiempo ha dejado de ser una preocupación exclusiva de los Estados o de estar relegada sólo al derecho doméstico.

Ciertamente, no se nos escapa que la dimensión interamericana (al menos en el aspecto jurisdiccional) ostenta una naturaleza convencional *coadyuvante o complementaria* de aquellas de los ordenamientos nacionales (cfr. Preámbulo de la CADH, párrafo 2º) y que la pauta de agotamiento de los recursos internos, vinculada al carácter subsidiario del espectro interamericano, está pensada para acordar al

473 Bajo tal expresión involucramos a las cortes supremas de justicia (v. gr., México, Argentina), las salas constitucionales localizadas en cortes o tribunales supremos de justicia (por ejemplo, Costa Rica, Venezuela, Paraguay) y los tribunales o cortes constitucionales (Bolivia, Chile, Colombia, Guatemala, Perú, República Dominicana), ya sea que estén enmarcados en el ámbito del poder, función o rama judiciales, o que hayan sido diseñados como órganos constitucionales extrapoderes o entes constitucionales autónomos.

Estado la posibilidad de remediar internamente sus conflictos sin necesidad de verse enfrentado a un proceso internacional.

Es que, justamente, el desiderátum indica que los Estados deben constituirse en los primeros ámbitos de tutela cabal de tales derechos, pues como se ha afirmado “no es bueno que la protección internacional actúe como sustitutivo de la interna; su función es completar ésta y fomentar su mayor eficacia”⁴⁷⁴.

Convergentemente, GARCÍA RAMÍREZ resalta que *la gran batalla por los derechos humanos se ganará en el ámbito interno, del que es coadyuvante o complemento, no sustituto, el internacional*⁴⁷⁵.

No puede ocultarse que la consolidación de una convergencia sustentable de ambas instancias jurisdiccionales se presenta como una necesidad de primer orden y se convierte en uno de los desafíos centrales a los que se enfrenta la protección integral de los derechos fundamentales, sobre todo cuando, como sucede hoy, la mayoría de los ordenamientos jurídicos latinoamericanos está inmersa⁴⁷⁶, al menos

474 PÉREZ TREMPES, Pablo, “Las garantías constitucionales y la jurisdicción internacional en la protección de los derechos fundamentales”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, N° 10, Universidad de Extremadura, 1992, p. 81.

475 Corte IDH, “Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú”, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 24 de noviembre de 2006, Serie C, N° 158; voto razonado del juez Sergio García Ramírez, párrafo 11.

476 Venezuela escapa de la mayoría de Estados a la que se apunta en el texto, ya que el 10 de septiembre de 2012 comunicó al Secretario General de la Organización de Estados Americanos (OEA) su denuncia de la CADH. Es preciso subrayar que la denuncia venezolana comenzó a producir efectos jurídicos un (1) año después de formulada (10 de septiembre de 2013), en los términos del art. 78.1, *Ibid*.

Sin embargo, la denuncia no se aplica a los casos pendientes durante el año de preaviso, ni tampoco a los que acontezcan durante ese año. Respecto de todos ellos la Corte IDH conserva su competencia bajo la CADH (art. 78.2).

Acerca de la Comisión IDH, incluso después del 10 de septiembre de 2013 y en tanto Estado Miembro de la OEA, Venezuela sigue sujeta a la jurisdicción de aquella y a las obligaciones que le imponen la Carta de la OEA y la DADDH (ambas suscritas por dicho Estado en 1948). Al respecto, el art. 53 de la Carta de la OEA preceptúa que esta Organización realiza sus fines por medio de varios órganos, entre ellos la Comisión IDH, por lo que mientras Venezuela continúe siendo Estado Parte de la OEA, la Comisión deberá seguir cumpliendo su mandato de promoción y supervisión de la situación de derechos humanos en ese país, y tramitando peticiones, casos y medidas cautelares. Es que, como se sabe, la jurisprudencia y la práctica del sistema interamericano han reconocido que la DADDH es fuente de obligaciones legales para los Estados Miembro de la OEA, incluidos, en particular, los que no son parte de la CADH.

Aunque no se trate de una nación latinoamericana, vale evocar que antes de Venezuela, Trinidad y Tobago ya había denunciado la Convención, luego de trascendentes sentencias emitidas por la Corte IDH en torno a la aplicación de la pena de muerte en dicho país. Tal denuncia entró en vigor el 26 de mayo de 1999 y la Corte IDH continuó entendiendo en casos contra dicho Estado, en los términos de los arts. 78 y 62.1 de la CADH, en relación con violaciones a los derechos humanos acaecidas en el país durante el tiempo en que era Estado Parte de la Convención (acerca de lo mencionado en los dos últimos párrafos de esta nota, ver el Comunicado de Prensa “CIDH manifiesta su profunda preocupación por efecto de la denuncia de la Convención Americana por parte de Venezuela”, Comisión IDH, 10 de septiembre de 2013; fuente: www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2013/064.asp).

desde el plano discursivo, en un modelo de justicia internacional de derechos humanos.

En el espacio de interacción jurisdiccional que mencionábamos, vale tener presente que tanto en la etapa inicial de un proceso en el que se investigue la eventual violación de derechos humanos, cuanto —en su caso— en la fase de ejecución de una sentencia de condena internacional de la Corte IDH⁴⁷⁷, la intervención de los órganos competentes nacionales resulta ineludible.

Como es de sobra conocido, en principio constituye recaudo esencial para franquear el acceso inicial al sistema interamericano⁴⁷⁸, el ya señalado agotamiento previo de los recursos internos (ante la existencia de una violación de derechos humanos no resuelta, o no reparada integralmente, en el espacio nacional) y, análogamente, luego de un pronunciamiento de condena de un Estado por la Corte IDH que aquel no cumpla en tiempo y forma, sobrevendrá para la víctima y/o sus familiares, la posibilidad de ejecutar ese decisorio ante los tribunales internos del demandado remiso, sin perjuicio de las facultades de supervisión que al respecto ostenta el Tribunal Interamericano en esta última etapa de exigencia compulsiva de sus decisorios.

Así, se torna irrecusable asumir la imprescindibilidad de la protección de los derechos humanos para legitimar tanto el Estado Constitucional y Convencional, como el sistema internacional en general e interamericano en particular. Asimilar tal premisa es un punto de partida básico en todo proceso hermenéutico que los aborde, desde que no puede pasarse por alto que algunos importantes ribetes del derecho internacional de los derechos humanos hacen parte del *ius cogens*, delineado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados⁴⁷⁹ (CVDT) de 1969, en los arts. 53 y 64.

La primera de dichas cláusulas lo conceptúa⁴⁸⁰ determinando que “una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”. Por su parte, la segunda

477 Cfr. art. 68.2 de la CADH.

478 Cfr. art. 46.1.ª de la CADH.

Fuera del sistema interamericano, también, por ejemplo, en el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 5.2.b).

479 U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, suscrita el 23 de mayo de 1969 y en vigor desde el 27 de enero de 1980.

480 Establece además, en su parte inicial, que “[e]s nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general”.

enfoca lo que se ha denominado el *ius cogens superviniente*, al disponer que “[s]i surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará”.

Desde una perspectiva genérica, es posible observar que tanto el art. 38 del Estatuto del Tribunal Permanente de Justicia Internacional de la Sociedad de las Naciones cuanto el mismo número de artículo correspondiente al Estatuto de la actual Corte Internacional de Justicia de la ONU (que sucedió a aquel Tribunal Permanente), han establecido la aplicación —*inter alia*— de “los principios generales del Derecho reconocidos por las naciones civilizadas” (concepto que hoy debe leerse a la luz del postulado de igualdad soberana de los Estados) y que —en definitiva— son los aceptados *in foro domestico* por los diferentes sistemas jurídicos internos⁴⁸¹.

Como se sabe, los principios estructurales y los valores jurídicos fundamentales del ordenamiento internacional hacen parte del núcleo indiscutido del *ius cogens*, es decir, de las normas imperativas, generando obligaciones *erga omnes* y los correspondientes derechos, también *erga omnes*, para asegurar su respeto⁴⁸².

Si bien en un principio el *ius cogens* estuvo asociado al derecho de los tratados, con el correr del tiempo fue expandiendo su radio de cobertura para alcanzar al derecho internacional general y abarcar todos los actos jurídicos, manifestándose en el derecho de la responsabilidad internacional de los Estados e incidiendo en los propios fundamentos del orden jurídico internacional⁴⁸³.

Específicamente en lo que atañe al plano tutelar de los derechos humanos en el área interamericana, la Corte IDH ha contribuido al proceso de evolución del contenido material del *ius cogens*. La aserción puede corroborarse, por ejemplo, cuando argumenta que aquel cobija al principio de *igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación*; a la *proscripción de tortura y de tratos crueles, inhumanos o degradantes*; y al *derecho de acceso a la justicia* en los ámbitos nacional e internacional.

En definitiva, los principios de *ius cogens* son postulados aceptados por las naciones en el ámbito interno. Consiguientemente, todos los Estados que integran la comunidad internacional deben cumplir tales pautas y las normas de derecho

481 Ver RODRÍGUEZ CARRIÓN, Alejandro J., *Lecciones de Derecho Internacional Público*, 6ª ed., 2ª reimpres., Tecnos, Madrid, 2009, pp. 154-155.

482 Cfr. *mutatis mutandis*, GONZÁLEZ CAMPOS, Julio, SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, Luis y ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, Paz, *Curso de Derecho Internacional Público*, 4ª ed. revis., Thomson - Civitas, Navarra, 2008, pp. 148-151.

483 Vid. Corte IDH, Opinión Consultiva O.C.-18/03, “Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados”, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, 17 de septiembre de 2003, Serie A, N° 18, párrafos 98 y 99.

convencional y consuetudinario que se establezcan sobre la base de aquellas, ya que los principios reconocidos por las “naciones civilizadas” son obligatorios para todos los Estados *incluso fuera de todo vínculo convencional*.

Todo ello explica por qué debe dirigirse la mirada hacia la interacción de los tribunales nacionales y los internacionales en materia de derechos humanos, que se mueve al compás de una lógica compleja y que en no pocas ocasiones origina una urdimbre de relaciones conflictivas.

III. Acerca del control de convencionalidad

1. Ámbito de análisis

En primera medida, corresponde enunciar ciertos elementos jurídica y axiológicamente significativos para contextualizar el tema específico del control de convencionalidad, que se muestran asociados a los factores relevados en el apartado anterior.

Aludimos al notable nivel de desarrollo que ha adquirido el derecho internacional de los derechos humanos, la envergadura de los instrumentos internacionales en dicha materia frente al derecho local y la valía que cobran los informes, las decisiones y las opiniones consultivas de los órganos protectorios en las instancias internacionales (principalmente de la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos), a cuyos repertorios de precedentes (en el caso de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos —Comisión IDH—) y jurisprudencia (en el de la Corte IDH) *deben adaptarse las soluciones jurisdiccionales (también las legislativas y administrativas) dispensadas en los escenarios judiciales locales*.

Es claro que para justificar el incumplimiento de las obligaciones surgidas de los instrumentos internacionales que los Estados suscriban o de las sentencias de condena de la Corte IDH, no valen excusas cimentadas en el vacío argumento de la *soberanía estatal absoluta*. Es que, además de que dicho concepto ha quedado superado desde hace mucho tiempo (e incluso el propio BODINO⁴⁸⁴ reconocía como límite al “Derecho

484 El citado teórico francés reconoció expresamente que el *poder soberano está vinculado por el Derecho divino, natural y de gentes*; y nunca pretendió que el Estado sea el ordenamiento jurídico supremo, limitándose sólo a sostener que constituye la *potestas* suprema, es decir, la instancia temporal suprema con relación a sus súbditos y ciudadanos.

Al respecto, CARPIZO expresa que la primera sistematización del concepto de soberanía se encuentra

de gentes”), basta recordar a los Estados renuentes que es precisamente por conducto de un acto de *soberanía* que han firmado, aprobado y ratificado o adherido (según corresponda) a los instrumentos internacionales y aceptado la jurisdicción contenciosa de aquel Tribunal Interamericano. Huelga afirmar que la doctrina de los propios actos o *estoppel* (además de los principios fundamentales que surgen de los arts. 26, 27 y 31.1 de la citada CVDI) se encargaría de desvirtuar radicalmente un intento argumentativo semejante⁴⁸⁵.

En resumen, la importancia de las líneas interpretativas marcadas por la Corte IDH excede los perfiles meramente especulativos o académicos, y se vincula con cuestiones concretas y exigencias prácticas que —como adelantábamos— impone el Estado Constitucional y Convencional en el marco del aseguramiento de la cobertura tuitiva integral del ser humano.

2. Aproximación conceptual

Recogiendo los datos que proporciona la praxis del sistema interamericano, pueden reconstruirse ciertos perfiles de dicho control, teniendo en cuenta que éste transita por dos vertientes, según veremos a continuación.

A) *Ámbito internacional*

Una de las modalidades se desarrolla en el *plano internacional* y se deposita en la Corte IDH que la ha venido desplegando desde el comienzo efectivo de su práctica contenciosa, aunque sólo en época reciente la ha bautizado como “control de convencionalidad”.

Tal tarea consiste en juzgar en casos concretos si un acto o una normativa de derecho interno resultan incompatibles con la CADH, disponiendo en consecuencia

en *Los seis libros de la República*, de Juan BODINO, quien estudió una realidad nueva y trató de definirla, concibiendo a la soberanía como un poder absoluto y perpetuo. Sin embargo, CARPIZO advierte que BODINO tuvo en claro que “el príncipe tenía que respetar las leyes comunes a todos los pueblos, es decir, que tenía que respetar el Derecho internacional (inter-gentes)” (CARPIZO, Jorge, “La soberanía del pueblo en el derecho interno y en el internacional”, *Revista de Estudios Políticos*, Nueva Época, N° 28, julio-agosto de 1982, CEC, Madrid, pp. 196-198).

Por su parte, FLORES OLEA ha indicado que “la expresión *legibus solutus* no significa arbitrariedad del soberano, porque los príncipes de la tierra están sujetos a las leyes de Dios, de la naturaleza y al Derecho de gentes. BODINO distingue, nitidamente, entre *Derecho y Ley*, entre *principio y precepto*, y el soberano, a quien le compete *dar las leyes a los hombres*, no está sujeto, precisamente, a la Ley, aunque sí al *Derecho divino, natural y de gentes*” [cursivas del original] (FLORES OLEA, Víctor, *Ensayo sobre la soberanía del Estado*, UNAM, México, D.F., 1969, pp. 64-65; aludido por CARPIZO, Jorge, op. cit. en párrafo anterior, p. 197 y nota 4 a pie de página).

485 Ver para ampliar el libro de BAZÁN, Víctor, *Jurisdicción constitucional y control de constitucionalidad de los tratados internacionales. Una visión de derecho comparado*, Porrúa, México, D.F., 2003, *passim*.

—v. gr.— la reforma o la abrogación de dicha práctica o norma, según corresponda, en orden a la protección de los derechos humanos y la preservación de la vigencia suprema de tal convención y de otros instrumentos internacionales fundamentales en este campo.

Igualmente procede en el supuesto de que el Estado no haya cumplido con el deber de adoptar disposiciones de derecho interno (art. 2 de la CADH) para garantizar efectivamente el ejercicio de los derechos humanos reconocidos en la Convención, para lo cual la Corte, por vía jurisdiccional, impone al Estado tomar medidas legislativas o de otro carácter para satisfacer semejante finalidad (asunto que retomaremos).

B) Contexto interno

La restante tipología se despliega en *sede nacional*, se encuentra a cargo de los magistrados locales (involucrando también a las demás autoridades públicas) y consiste en la obligación de verificar la adecuación de las normas jurídicas internas que aplican en casos concretos a la CADH (y otros instrumentos internacionales esenciales en el área de los derechos humanos) y a los patrones interpretativos que el Tribunal Interamericano ha acuñado a su respecto, en aras de la cabal tutela de los derechos básicos.

En resumen, se efectúa una interpretación de las prácticas internas a la luz o al amparo del *corpus iuris*⁴⁸⁶ capital en materia de derechos humanos, acerca del cual aquel ejerce competencia material.

Desde este ángulo, el control de convencionalidad es un dispositivo que, en principio y siempre que sea adecuadamente empleado, puede contribuir a la aplicación armónica, ordenada y coherente del derecho vigente en el Estado, abarcando a sus fuentes internas e internacionales.

Ciertamente, aquel mecanismo no es inocuo, sino que plantea diferentes retos y en no pocas ocasiones genera inconvenientes operativos en los espacios jurídicos nacionales. Por su parte, aunque obvio, su ejercicio exige implícitamente que los operadores jurídicos *conozcan* el citado bloque de derechos humanos y el acervo jurisprudencial de la Corte IDH y, paralelamente, aunque ya en ejercicio introspectivo, se despojen de vacuos prejuicios de *chauvinismo normativo* a la hora de concretarlo.

486 Se ha señalado que la expresión “*corpus juris* de los derechos humanos” es un aporte de la Corte IDH a la doctrina internacional (ver O’DONNELL, Daniel, *Derecho internacional de los derechos humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*, 2ª ed., Oficina Regional para América Latina y el Caribe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Santiago de Chile, 2007, p. 57).

3. La visión de la doctrina de la Corte IDH en torno al control de convencionalidad

Realizadas las precedentes referencias descriptivas, recrearemos —por supuesto, no taxativamente— la secuencia que el uso *expressis verbis* de la locución “control de convencionalidad” ha tenido en el seno de la Corte Interamericana y de la magnitud preceptiva que paulatinamente se ha ido asignando a tal modalidad fiscalizadora.

Todo indica que fue el hoy expresidente de la Corte IDH, Sergio García Ramírez, en su voto concurrente razonado emitido en el “Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala”⁴⁸⁷, quien en el marco de ese Tribunal supraestatal utilizó por vez primera la expresión “control de convencionalidad” que trae consigo la jurisdicción de la Corte. Aunque es preciso consignar que el citado exjuez centraliza el contenido semántico de aquella locución en el ámbito de despliegue funcional de la Corte IDH, a la que concibe —*mutatis mutandis*— como una suerte de tribunal constitucional (o convencional) supranacional.

Retomando el hilo secuencial de las referencias que el nombrado jurista realiza al “control de convencionalidad”, ya con mayor grado de detalle y por medio de un voto concurrente razonado en el “Caso Tibi vs. Ecuador”⁴⁸⁸, explicó que el Tribunal Interamericano *analiza los actos que llegan a su conocimiento en relación con normas, principios y valores de los tratados en los que funda su competencia contenciosa, resolviendo acerca de la convencionalidad de tales actos*, pretendiendo “conformar esa actividad al orden internacional acogido en la convención fundadora de la jurisdicción interamericana y aceptado por los Estados Partes en ejercicio de su soberanía” (párrafo 3°).

En un voto razonado elaborado en el “Caso López Álvarez vs. Honduras”⁴⁸⁹ y al analizar la duración razonable del proceso penal, García Ramírez indicó que la Corte IDH, que verifica la compatibilidad entre la conducta del Estado y las disposiciones de la Convención —es decir, el órgano que practica el “control de convencionalidad”—, debe explorar las circunstancias *de iure* y *de facto* del caso (párrafo 30).

A su tiempo, en el voto razonado pronunciado en el “Caso Vargas Areco vs. Paraguay”⁴⁹⁰ (resuelto el mismo día que el “Caso Almonacid Arellano y otros

487 Corte IDH, “Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 25 de noviembre de 2003, Serie C, N° 101, párrafo 27.

488 Corte IDH, “Caso Tibi vs. Ecuador”, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 7 de septiembre de 2004, Serie C, N° 114.

489 Corte IDH, “Caso López Álvarez vs. Honduras”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 1 de febrero de 2006, Serie C, N° 141.

490 Corte IDH, “Caso Vargas Areco vs. Paraguay”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 26 de septiembre de 2006, Serie C, N° 155.

vs. Chile”, del que nos ocuparemos *infra*), el citado exmagistrado del Tribunal Interamericano precisó que éste “tiene a su cargo el ‘control de convencionalidad’ fundado en la confrontación entre el hecho realizado y las normas de la Convención Americana” (párrafo 6°), pudiendo sólo “confrontar los hechos internos —leyes, actos administrativos, resoluciones jurisdiccionales, por ejemplo— con las normas de la Convención y resolver si existe congruencia entre aquéllos y éstas, para determinar, sobre esa base, si aparece la responsabilidad internacional del Estado por incumplimiento de sus obligaciones de la misma naturaleza” (párrafo 7°).

Vale recordar que la Corte IDH, ya utilizando plenariamente la expresión “control de convencionalidad”, ha transmitido una señal a los magistrados internos de los Estados Parte de la CADH, en lo tocante a la faceta del examen de convencionalidad practicable en sede interna.

Se trata del anunciado “Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, en el que se ha pronunciado en los siguientes términos: “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 mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, *el Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana*”⁴⁹¹.

Dicho Tribunal ha ido más allá, determinando que tal *control de convencionalidad por la magistratura local debe ejercerse incluso de oficio*. Así, en el “Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú”, puso de manifiesto que “los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también ‘de convencionalidad’ *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes”⁴⁹², tópico que retomaremos.

491 Corte IDH, “Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 26 de septiembre de 2006, Serie C, N° 154, párrafo 124.

También lo ha expresado, v. gr., en el “Caso La Cantuta vs. Perú”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 29 de noviembre de 2006, Serie C, N° 162, párrafo 173.

492 Corte IDH, “Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú”, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, op. cit., párrafo 128.

Asimismo, si confrontamos los fallos pronunciados en los casos “Almonacid Arellano y otros vs. Chile” y “Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú”, se hace notorio el mayor nivel de determinación jurídica en torno a la naturaleza y la preceptividad del control de convencionalidad que exhibe este último respecto de lo verbalizado en el primero de los decisorios nombrados.

En efecto, mientras que en aquel la Corte expresó un tanto genéricamente que el Poder Judicial debe ejercer una *especie de ‘control de convencionalidad’*, en el “Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú” puntualizó que los órganos del Poder Judicial deben realizar *no sólo un control de constitucionalidad, sino también ‘de convencionalidad’*. En síntesis, ya no se refirió laxamente a una “*especie de control de convencionalidad*”, sino que aludió explícitamente a la obligación judicial de llevar adelante, además del control de constitucionalidad, *un control de convencionalidad*.

Y si a ello le adicionamos que, como quedó anunciado y luego ampliaremos, en el mismo caso determinó que los magistrados deben efectivizar el control de convencionalidad incluso *de oficio* (por supuesto, también a pedido de parte), *es indudable que la Corte IDH ha apostado por reforzar la carga imperativa de tal fiscalización de convencionalidad*.

4. Objetivo genérico

A) *Prolegómeno*

En la dinámica interactiva de los tribunales locales y la Corte IDH, el control de convencionalidad se vincula con el establecimiento por ésta de patrones hermenéuticos generales que deben ser observados por aquellos para pugnar por que los actos internos se conformen a los compromisos internacionalmente asumidos por el Estado y evitar que éste incurra en responsabilidad internacional, además de concurrir razones de economía procesal y hasta de preservación de la sustentabilidad del propio sistema protectorio interamericano.

Puede resultar ilustrativo traer aquí la justificación que de ello proporciona García Ramírez (en su voto razonado en el mencionado “Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú”), para quien, dentro de la lógica jurisdiccional que sustenta la creación y la operación de la Corte IDH, “no cabría esperar que ésta se viese en la necesidad de juzgar centenares o millares de casos sobre un solo tema convencional —lo que entrañaría un enorme desvalimiento para los individuos—, es decir, todos los litigios que se presenten en todo tiempo y en todos los países, resolviendo uno a uno

los hechos violatorios y garantizando, también uno a uno, los derechos y libertades particulares⁴⁹³.

Añadió que “[l]a única posibilidad tutelar razonable implica que una vez fijado el ‘criterio de interpretación y aplicación,’ éste sea recogido por los Estados en el conjunto de su aparato jurídico: a través de políticas, leyes, sentencias que den trascendencia, universalidad y eficacia a los pronunciamientos de la Corte constituida —insisto— merced a la voluntad soberana de los Estados y para servir a decisiones fundamentales de éstos, explícitas en sus constituciones nacionales y, desde luego, en sus compromisos convencionales internacionales⁴⁹⁴.

B) Dinámica jurisprudencial de la Corte IDH en el particular

En definitiva, como vimos *supra* y con mayor o menor dosis de contundencia léxica, en los citados casos “Almonacid Arellano y otros vs. Chile” y “Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú”, la Corte IDH impuso a los poderes judiciales de los Estados la obligación de concretar el *control de convencionalidad* de las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos *vis-à-vis* la CADH, tomando en consideración al efecto no sólo la literalidad de dicho pacto sino la lectura que del mismo ha realizado el Tribunal Interamericano que, como se sabe, es el intérprete último de aquel.

Sólo por traer a colación un pionero ejemplo de recepción del control de convencionalidad en las jurisdicciones constitucionales nacionales, en “Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ Recurso de casación e inconstitucionalidad⁴⁹⁵, de 13 de julio de 2007, la CSJN argentina —por mayoría⁴⁹⁶— aportó un relevante enfoque institucional en torno a la invalidez constitucional de la atribución presidencial de emitir indultos que beneficien a sujetos acusados de cometer delitos de lesa humanidad (ver, por ejemplo, el consid. 31 de la moción mayoritaria).

Para conformar tal matriz argumental recibió expresamente la pauta adoptada por la Corte IDH en el párrafo 124 de la sentencia recaída en el “Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, siendo al efecto particularmente relevante el consid. 21 de la posición triunfante del Máximo Tribunal nacional en punto al deber del poder judicial local de realizar el *control de convencionalidad*, lo que —añadimos por nuestra parte— significa discernir si una norma interna *es o no convencional*.

493 Corte IDH, “Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú”, op. cit., voto razonado del juez García Ramírez, párrafo 8°.

494 Ídem.

495 *Fallos*, 330:3248.

496 Los alineamientos fueron: por la mayoría, los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Maqueda y Zaffaroni; en disidencia se expidió el ministro Fayt y en disidencia parcial lo hizo la jueza Argibay.

Como el Tribunal Interamericano dejó en claro en el “Caso Boyce y otros vs. Barbados”, ello significa que no alcanza con limitarse a evaluar si una norma es inconstitucional, sino que la cuestión debe girar en torno a si la misma también es “convencional”, o sea, debe además el órgano jurisdiccional en cuestión decidir si ella restringe o viola los derechos reconocidos en la CADH⁴⁹⁷.

Ya en el “Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México”, la Corte IDH amplió la plataforma de vinculatoriedad de los sujetos encargados de llevar adelante la fiscalización de coherencia convencional en el derecho interno. En tal sentido, precisó que: “*Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un ‘control de convencionalidad’ entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes*” (párrafo 225)⁴⁹⁸.

Respecto del panorama someramente descrito, es útil traer a colación otro ingrediente de importancia sustancial. En efecto, por medio de la sentencia de 24 de febrero de 2011 dictada en el “Caso Gelman vs. Uruguay”, la Corte IDH ha expandido fuertemente las fronteras de operatividad del control de convencionalidad y entronizado la tutela de los derechos fundamentales como límite a las mayorías en el despliegue de la vida democrática. Sostuvo en esa ocasión que “particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo ‘susceptible de ser decidido’ por parte de las mayorías en instancias democráticas, *en las cuales también debe primar un ‘control de convencionalidad’ [...], que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial*” (párrafo 239)⁴⁹⁹.

En breves palabras, la Corte IDH ha involucrado *expressis verbis* en la obligación de realizar control de convencionalidad a *cualquier autoridad pública*, lo que representa un mandato con un tenor tal de generalidad que, de no ser debidamente delimitado por aquella en futuros pronunciamientos, es posible intuir que traerá aparejadas dificultades operativas en el plano interno.

A su tiempo, en un nuevo movimiento en la dirección indicada, el Tribunal Interamericano expresó en el “Caso López Mendoza vs. Venezuela”⁵⁰⁰ y en el “Caso

497 Corte IDH, “Caso Boyce y otros vs. Barbados”, Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 20 de noviembre de 2007, Serie C, N° 169, párrafo 78.

498 Corte IDH, “Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México”, Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 26 de noviembre de 2010, Serie C, N° 220.

499 Corte IDH, “Caso Gelman vs. Uruguay”, Sentencia de Fondo y Reparaciones, 24 de febrero de 2011, Serie C, N° 221.

500 Corte IDH, “Caso López Mendoza vs. Venezuela”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 1 de septiembre de 2011, Serie C, N° 233, párrafo 228.

Atala Riffo y Niñas vs. Chile⁵⁰¹ que, 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 su jurisprudencia.

De su lado, en los casos “Masacre de Santo Domingo vs. Colombia” y “Gelman vs. Uruguay”, resolución esta última de 20 de marzo de 2013 en el marco del proceso de supervisión de cumplimiento de la sentencia antes referenciada, la Corte IDH puntualizó que es “obligación propia de todo poder, órgano o autoridad del Estado Parte en la Convención, los cuales deben, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, controlar que los derechos humanos de las personas sometidas a su jurisdicción sean respetados y garantizados”, adquiriendo, así, “sentido el mecanismo convencional, el cual obliga a todos los jueces y órganos judiciales a prevenir potenciales violaciones a derechos humanos, las cuales deben solucionarse a nivel interno teniendo en cuenta las interpretaciones de la Corte Interamericana y, sólo en caso contrario, pueden ser considerados por ésta, en cuyo supuesto ejercerá un control complementario de convencionalidad⁵⁰²”.

Para cerrar este segmento y procurar compendiar la secuencia creciente de destinatarios involucrados en el deber de desplegar el control de convencionalidad en el ámbito interno y del crecimiento del alcance material de tal test de compatibilidad convencional, se observa que pueden identificarse hasta el momento los siguientes eslabones:

- i) El Poder Judicial debe realizar una “especie” de control de convencionalidad (“Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile”).
- ii) Los órganos del Poder Judicial deben desarrollar no sólo un control de constitucionalidad sino también de convencionalidad, incluso de oficio (“Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú”).
- iii) El test de convencionalidad involucra a jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles (“Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México”).
- iv) Cualquier autoridad pública y no sólo el Poder Judicial deben llevar adelante la fiscalización convencional (“Caso Gelman vs. Uruguay”).

501 Corte IDH, “Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 24 de febrero de 2012, Serie C, N° 239, párrafo 284.

502 Corte IDH, “Caso de la Masacre de Santo Domingo vs. Colombia”, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones, 30 de noviembre de 2012, Serie C, N° 259, párrafo 144; y “Caso Gelman vs. Uruguay”, Supervisión de cumplimiento de sentencia, Resolución de 20 de marzo de 2013, párrafo 72.

- v) Se impone la *adecuación de las interpretaciones judiciales y administrativas y de las garantías judiciales a los principios establecidos en la jurisprudencia de la Corte IDH* (casos “López Mendoza vs. Venezuela” y “Atala Riffo y Niñas vs. Chile”).
- vi) Existe la *obligación de las autoridades internas (y fundamentalmente de todos los jueces y órganos judiciales)* de realizar lo que figurativamente nos permitimos llamar un control de convencionalidad preventivo teniendo en cuenta las interpretaciones de la Corte Interamericana y, en caso de que no se logre adecuada solución a la cuestión en el plano doméstico, esta última llevará a cabo un control *complementario* de convencionalidad (casos “Masacre de Santo Domingo vs. Colombia” y “Gelman vs. Uruguay”, tratándose en este último asunto de una resolución de 20 de marzo de 2013, en el contexto del proceso de supervisión del cumplimiento de la sentencia de fondo).

5. ¿Cuál es el parámetro del control de convencionalidad?

Nos aventuramos a plantear que el material de cotejo para desarrollar el control de convencionalidad no se agota en la CADH, sino que puede involucrar también a los restantes instrumentos internacionales que conforman el *corpus iuris* básico en materia de protección de los derechos humanos y de la interpretación que de ese plexo jurídico haya elaborado la Corte IDH. En otras palabras, alcanza a los documentos internacionales respecto de los cuales este último Tribunal ejerce competencia material.

En torno al tema, en su voto razonado emitido en el varias veces nombrado “Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú”, el entonces magistrado García Ramírez puntualizó que al referirse al control de convencionalidad si bien el Tribunal ha tenido a la vista la aplicabilidad y la aplicación de la CADH, tal función se despliega “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” (párrafo 2°).

En tal sentido, en la Opinión Consultiva O.C.-16/99⁵⁰³, específicamente en el párrafo 115, el Tribunal Interamericano sostuvo: “El *corpus juris* del Derecho

503 Corte IDH, Opinión Consultiva O.C.-16/99, “El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal”, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, 1 de octubre de 1999, Serie A, N° 16.

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

Para cerrar esta esquemática reseña, se aprecia en línea convergente que en la Opinión Consultiva O.C.-17/2002⁵⁰⁴, el Tribunal Interamericano manifestó que “los Estados tienen la obligación de reconocer y respetar los derechos y libertades de la persona humana, así como proteger y asegurar su ejercicio a través de las respectivas garantías (artículo 1.1), medios idóneos para que aquéllos sean efectivos en toda circunstancia, *tanto el ‘corpus iuris’ de derechos y libertades como las garantías de éstos, son conceptos inseparables del sistema de valores y principios característico de la sociedad democrática*” (párrafo 92)⁵⁰⁵.

6. Espectro de cobertura

Comenzamos esta breve aproximación con un interrogante: ¿las constituciones nacionales pueden ser susceptibles de control de convencionalidad?

La respuesta afirmativa se impone, aunque debe admitirse que la cuestión no está exenta de dificultades operativas en su aplicación.

Necesariamente debemos acudir —una vez más— al art. 27 de la CVDT, que proscribe al Estado alegar su *derecho interno* para dejar de cumplir una obligación de carácter internacional. Y en tal expresión “derecho interno” naturalmente queda comprendida la Constitución del Estado.

En ese sentido, la Corte IDH en su Opinión Consultiva O.C.-4/84 de 11 de enero de 1984⁵⁰⁶, consideró que el término “leyes internas” sin calificar en forma alguna esa expresión o sin que de su contexto resulte un sentido más restringido, “es para toda la legislación nacional y para todas las *normas jurídicas de cualquier naturaleza, incluyendo disposiciones constitucionales*” (párrafo 14).

504 Corte IDH, Opinión Consultiva O.C.-17/02, “Condición jurídica y derechos humanos del niño”, solicitada por la Comisión IDH, 28 de agosto de 2002, Serie A, N° 17.

505 Ciertamente, resultan muy significativas las apreciaciones vertidas por el exjuez Cañado Trindade en su voto concurrente a la O.C.-17/2002, por ejemplo, en los párrafos 18, 31 y 50; además de los párrafos 37, 53 y 54, estos tres últimos específicamente sobre “el *corpus juris* de los derechos del niño”.

506 Corte IDH, Opinión Consultiva O.C.-4/84, “Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización”, solicitada por Costa Rica, 19 de enero de 1984, Serie A, N° 4.

En el marco de este sintético acercamiento al punto, puede apreciarse que, de hecho, la Corte IDH ha ejercido en más de una ocasión control de convencionalidad sobre reglas constitucionales consideradas contrarias a la CADH. Baste como ejemplo traer a colación aquí el fallo pronunciado en el “Caso ‘La Última Tentación de Cristo’ vs. Chile”⁵⁰⁷, donde decidió que el Estado debía “*modificar su ordenamiento jurídico interno, en un plazo razonable, con el fin de suprimir la censura previa*” (pto. resolutivo 4). Concluyó que aquel había incurrido en responsabilidad internacional en virtud de que el art. 19, núm. 12, de la Constitución establecía la censura previa en la producción cinematográfica y, por lo tanto, determinaba los actos de los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial (párrafo 72), violando así el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión consagrado en el art. 13 de la CADH (párrafo 73).

Ya desde el perfil del control de convencionalidad de disposiciones constitucionales operable *ad intra*, habrá que analizar en el contexto del Estado en cuestión quién/es recepta/n la competencia para desplegarlo y, en su caso, qué efectos tendría semejante declaración de inconvencionalidad, asuntos, todos, no precisamente sencillos ni de importancia menor.

Sea como fuera, en el varias veces citado “Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú”, la Corte IDH parece clarificar la incógnita —al menos en abstracto— al enfatizar en el también nombrado párrafo 128 que “los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también ‘de convencionalidad’ *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana”.

Hemos remarcado *ex professo* la expresión “normas internas”, por cuanto ello permite interpretar que el material de derecho interno que se somete a fiscalización de compatibilidad convencional *vis-à-vis*, entre otros instrumentos, la CADH envuelve a las *disposiciones constitucionales* que indudablemente quedan inmersas en aquel enunciado genérico.

Por lo demás, en el aludido párrafo 128 de la sentencia, la Corte IDH no ha excluido *expressis verbis* del análisis exigido a la categoría de normas constitucionales, lo que añade algún peso adicional al intento propositivo que formulamos.

7. Sobre el control de convencionalidad de oficio

La aplicación oficiosa de tal modalidad de control, que supone una manifestación de la observancia por los jueces locales (y demás autoridades públicas) de la

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

jurisprudencia internacional, puede *inter alia* explicarse —empleando *mutatis mutandis* las palabras de JIMENA QUESADA— “por una correcta puesta en práctica del principio *jura novit curia*, esto es, cuando el juez interno aplique la jurisprudencia internacional para resolver los casos sobre los que se vea llamado a pronunciarse pese a que las partes procesales no hayan invocado dicha jurisprudencia internacional, que a la postre sea determinante para la resolución de dichos casos [, ya que] la aplicación de las normas internacionales por los jueces nacionales y los demás operadores jurídicos se considera la ‘piedra de toque’ del cumplimiento efectivo del derecho internacional como tal”⁵⁰⁸.

La propia Corte IDH ha abierto el espacio para una interpretación extensiva en tal sentido, pues —basándose en el citado principio *iura novit curia*— al desarrollar su tarea jurisdiccional en casos contenciosos, no se ha autolimitado a las alegaciones que expresamente hubiera realizado la Comisión IDH en el escrito de demanda⁵⁰⁹ o la víctima y/o sus representantes en las presentaciones que articulan. Por el contrario, ha reivindicado con firmeza su competencia, a la luz de la CADH y sobre la plataforma del mencionado principio (el que, según afirma, se encuentra sólidamente respaldado en la jurisprudencia internacional), “para estudiar la posible violación de las normas de la Convención que no han sido alegadas en los escritos presentados ante ella”⁵¹⁰.

508 JIMENA QUESADA, Luis, “La vinculación del juez a la jurisprudencia internacional”, en REVENGA SÁNCHEZ, Miguel (coord.), *El Poder Judicial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 542.

Para su afirmación, aquel autor busca apoyo en CONFORTI, Benedetto (*International Law and the Role of Domestic Legal Systems*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1993, p. 9) y pasa luego a agregar: “Cabalmente, cuanto mayor éxito tenga la tarea de difusión de la jurisprudencia internacional entre los operadores jurídicos internos, menos operativo resultará el principio *jura novit curia*, pues la mayor formación de los abogados comportará una elaboración más cuidada y perfeccionada de sus pretensiones y, por lo tanto, menor margen de discrecionalidad interpretativa en manos de los jueces” (“La vinculación del juez a la jurisprudencia internacional”, op. cit., pp. 542-543 y nota 96 a pie de página).

509 Ello por supuesto responde al esquema anterior a las modificaciones reglamentarias en la Comisión y la Corte IDH operadas en 2009. En el caso de la Comisión, la innovación fue aprobada durante su 137º Período Ordinario de Sesiones, celebrado del 28 de octubre al 13 de noviembre de 2009 (luego retocado el 2 de septiembre de 2011). Respecto de la Corte IDH, la enmienda en cuestión se produjo durante su LXXXV Período Ordinario de Sesiones, desarrollado del 16 al 28 de noviembre de 2009.

En el escenario actual se aprecia una mutación del rol de la Comisión en el ámbito del desenvolvimiento de la jurisdicción contenciosa de la Corte. En función de ello, ha desaparecido la calificación que antes se adjudicaba a aquella como “parte procesal”.

Se explica entonces que en los términos del art. 35 del Reglamento de la Corte IDH *la Comisión no inicie el procedimiento con la presentación de una demanda, sino con la remisión de su informe de fondo, emitido conforme al art. 50 de la CADH, presentando además los fundamentos que la llevaron a someter el caso al Tribunal*.

510 Cfr., entre numerosos precedentes, Corte IDH, “Caso Godínez Cruz vs. Honduras”, Sentencia de Fondo, 20 de enero de 1989, Serie C, Nº 5, párrafo 172; “Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 31 de enero de 2006, Serie C, Nº 140, párrafo 54; “Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y

Siendo así y si los jueces nacionales (y demás autoridades competentes) tienen el *deber* de realizar el control de convencionalidad al aplicar la normativa interna a los casos concretos que resuelvan, pocas alternativas quedan para obturar discursivamente la posibilidad de que lo hagan *ex officio*, esto es, aun cuando las partes no lo hubiesen planteado.

La declaración de anticonvencionalidad *es una cuestión de derecho y no de hecho*, por lo que su resolución de oficio no quiebra la igualdad de las partes en el proceso ni afecta la garantía de defensa en juicio, la que no podría ser argüida frente al *derecho aplicable* para dirimir la contienda.

Tampoco implica que el juez falle *extra petita* ni soslaye el principio de congruencia, en tanto el sentenciante se atiene a las cuestiones planteadas y a las circunstancias fácticas invocadas en el proceso y, para dilucidar la *litis*, sólo sujeta la selección del derecho aplicable a su concordancia con la CADH (que, cuando menos, debería ostentar cotización constitucional), tarea en la que válidamente podría moverse con independencia de las pretensiones de las partes⁵¹¹.

Al solo efecto ilustrativo, se aprecia que la CSJN argentina *in re* “Videla, Jorge Rafael y Massera, Emilio Eduardo s/ Recurso de casación”⁵¹², de 31 de agosto de 2010, se apoyó en la doctrina de la Corte IDH en el nombrado “Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú”, recordando que dicho Tribunal Interamericano “ha subrayado que *los órganos del Poder Judicial debían 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” (consid. 10).

Ello marca de manera ostensible la expresa recepción del control de convencionalidad de oficio por parte del Máximo Tribunal argentino, al tiempo que hace perceptible el mensaje que éste transmite a los órganos judiciaarios inferiores (y, agregamos por nuestra parte, al resto de las autoridades públicas) para que se conduzcan en sentido convergente.

Costas, 29 de marzo de 2006, Serie C, N° 146, párrafo 186; y “Caso Kimel vs. Argentina”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 2 de mayo de 2008, Serie C, N° 177, párrafo 61.

511 Para redactar este párrafo, tomamos en parte y *mutatis mutandis* lo expresado respecto del control de constitucionalidad de oficio por BIDART CAMPOS, Germán J., *La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional*, Ediar, Buenos Aires, 1987, p. 155.

512 *Fallos*, 333:1657.

Votaron de modo coincidente los ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco, Maqueda y Zaffaroni.

IV. El control de convencionalidad en la visión de ciertos órganos máximos de justicia constitucional de Latinoamérica

Despojados naturalmente de cualquier inalcanzable propósito de exhaustividad, recorreremos la praxis de algunos tribunales de clausura de la justicia constitucional en Latinoamérica para observar el grado de desarrollo que exhiben en cuanto a la recepción del constructo “control de convencionalidad”, las fórmulas que utilizan al respecto y el impacto que éste ha ocasionado en los ordenamientos internos.

En esa línea y más allá de reiterar condensadamente el criterio jurisprudencial de la CSJ argentina, nos detendremos en los casos de la Corte Constitucional de Colombia y la Suprema Corte de Justicia de México.

1. CSJN argentina

Para ponderar el tenor de permeabilidad del Máximo Tribunal nacional acerca del control de convencionalidad diseñado por la Corte IDH, acabamos de anticipar el temperamento adoptado en las citadas causas “Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ Recurso de casación e inconstitucionalidad”, de 13 de julio de 2007, y “Videla, Jorge Rafael y Massera, Emilio Eduardo s/ Recurso de casación”, de 31 de agosto de 2010.

Ese tándem de sentencias testimonia cómo la Corte ha sido pionera en Latinoamérica al acoger explícitamente, ya desde 2007, el deber paulatinamente cimentado por la Corte IDH (preponderantemente a partir de 2006) en torno a la fiscalización convencional.

Así, en “Mazzeo” denota el acatamiento de los primeros rasgos bosquejados por el Tribunal Interamericano en la materia, mientras que en “Videla” patentiza la absorción e internalización de instrucciones más definidas y demandantes de aquel, como la referida al ejercicio incluso *ex officio* de tal fiscalización convencional.

Más recientemente, la CSJN ha emitido una sentencia que gira en torno de una cuestión de intensa complejidad relativa a la interpretación del art. 86, inc. 2º, del Código Penal de la Nación (C.P.N.), sobre distintos aspectos del supuesto de aborto no punible por ser fruto de una violación. Se trata del ya nombrado caso “F. A. L. s/ Medida autosatisfactiva”, de 13 de marzo de 2012.

Aunque tangencialmente, pero de cara a futuros pronunciamientos sobre otras temáticas, un punto interesante del decisorio se conecta con el empleo por la

CSJN de construcciones jurídico-gramaticales como: la *interpretación de normativa constitucional y convencional y el carácter federal* que reviste el planteo (consid. 7° de la mayoría); *garantías y principios constitucionales y convencionales que son ley suprema de la Nación* (*Ibid.*, consid. 19, *in fine*); o, reconstruyendo la afirmación de la Corte para adaptarla a lo que aquí deseamos resaltar, en cuanto a que la *primordial función del poder judicial es velar por la plena vigencia de las garantías constitucionales y convencionales* (*Ibid.*, consid. 23).

Ello denota que continúan permeando en el lenguaje cortesano los influjos de las ineludibles obligaciones surgidas del control de convencionalidad que, como adelantábamos, ya acogiera en “Mazzeo” y “Videla”.

Lo propio sucede con un caso más reciente aún. Aludimos a “Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c/ Ejército Argentino s/ Daños y perjuicios”⁵¹³, dirimido el 27 de noviembre de 2012.

Entre otros puntos de interés que ofrece esta sentencia, en ella se zanja definitivamente la viabilidad del control de constitucionalidad de oficio, para lo cual se sustenta en la obligación de llevar adelante el control de convencionalidad *ex officio*.

Es que, tal como la mayoría⁵¹⁴ del Tribunal razonó en el consid. 12, párrafo 3°, la jurisprudencia de la Corte IDH no deja lugar a dudas de que los órganos judiciales de los países que han ratificado la CADH están obligados a ejercer, de oficio, el control de convencionalidad, descalificando las normas internas que se opongan a dicho tratado⁵¹⁵. De tal manera, resultaría “*un contrasentido aceptar que la Constitución Nacional que, por un lado, confiere rango constitucional a la mencionada Convención (art. 75, inc. 22), incorpora sus disposiciones al derecho interno y, por consiguiente, habilita la aplicación de la regla interpretativa —formulada por su intérprete auténtico, es decir, la Corte Interamericana de Derechos Humanos— que obliga a los tribunales nacionales a ejercer de oficio el control de convencionalidad, impida, por otro lado, que esos mismos tribunales ejerzan similar examen con el fin de salvaguardar su supremacía frente a normas locales de menor rango*”.

513 *Fallos*, 335:2333.

514 La mayoría estuvo integrada por los ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco, Maqueda y Zaffaroni; por su voto se pronunció el juez Fayt; y en disidencia lo hizo el ministro Petracchi.

515 La Corte Suprema se encarga de recordar que la exigencia del control de convencionalidad *ex officio*, además de otros casos anteriores, fue reiterada por el Tribunal Interamericano en un asunto contra nuestro país (consid. 12, párrafo 2°, de la mayoría).

Nos referimos al “Caso Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 29 de noviembre de 2011, Serie C, N° 238, párrafo 93.

2. Corte Constitucional de Colombia

A) *La Sentencia C-442/2011 y otros precedentes a los que remite*

Nos concentraremos en un relativamente reciente pronunciamiento, sin perjuicio de efectuar alusiones a otros decisorios de importancia en referencia a la magnitud que la Corte Constitucional (C.C.) asigna a los fallos de la Corte IDH.

En la Sentencia C-442⁵¹⁶ de 25 de mayo de 2011 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto), la Sala Plena de la C.C. aludió expresamente al “control de convencionalidad”.

En el caso se había planteado una acción pública (art. 241 de la Constitución Política) denunciando en definitiva la inconstitucionalidad de los arts. 220 a 228 (tipificación penal de los delitos de injurias y de calumnias) de la Ley N° 599 de 2000 —por la cual se expide el Código Penal—, por vulnerar los arts. 20, 29 y 93 constitucionales y los arts. 9 y 13 de la CADH.

Para conformar su argumentación, la C.C. evocó su posición —forjada en decisiones anteriores— en torno a que la jurisprudencia de la Corte IDH “es un criterio relevante para fijar el parámetro de control de las normas que hacen parte del ordenamiento interno colombiano, precisamente porque establece el alcance de distintos instrumentos internacionales de derechos humanos los cuales a su vez resultan relevantes al examinar la constitucionalidad de disposiciones de rango legal al hacer parte del bloque de constitucionalidad” (cfr. ap. II. “Consideraciones”, pto. 7. “El precedente sentado en el ‘Caso Kimel vs. Argentina’⁵¹⁷). En esa línea y en idéntico subapartado II.7., apuntó que “la jurisprudencia de la Corte IDH contiene la *interpretación auténtica* de los derechos contenidos en la CADH, instrumento internacional que integra el parámetro de control de constitucionalidad”⁵¹⁸ [énfasis del original].

Convergentemente, ya en la Sentencia C-228 de 3 de abril de 2002⁵¹⁹, la Sala Plena de la C.C. había destacado la importancia de valorar la doctrina sentada por la Corte IDH, en punto a que las medidas legislativas que impidieran a las víctimas de violaciones de derechos humanos conocer la verdad de los hechos, resultaban contrarias a la CADH, para efectos de estudiar la constitucionalidad del art. 137 de la Ley N° 600 de 2000⁵²⁰, demandado en aquella ocasión (id. subap.).

516 Su texto puede verse en: www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2011/C-442-11.htm.

517 Caso citado en nota 510.

518 En este punto la C.C. cita las Sentencias C-360 de 2005 y C-936 de 2010 (ver nota N° 53 del fallo analizado).

519 Fueron sus Magistrados Ponentes (MM.PP.) Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett.

520 Ley por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal.

Asimismo, en la Sentencia C-370 de 18 de mayo de 2006⁵²¹, al analizar distintas disposiciones de la Ley N° 975 de 2005⁵²² relacionadas con los derechos de las víctimas de graves violaciones de derechos humanos, la Sala Plena de la C.C. reconoció el carácter vinculante de la jurisprudencia de la Corte IDH “por tratarse de decisiones que expresan la interpretación auténtica de los derechos protegidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos” (id. subap.).

En la nota N° 54 de la Sentencia C-442/11, localizada al finalizar el párrafo que acabamos de transcribir parcialmente, la C.C. señaló que en definitiva la línea argumentativa adoptada “resulta concordante con la postura de la Corte IDH, la cual en distintas sentencias ha señalado el carácter vinculante de su jurisprudencia como interpretación auténtica de la CADH”, lo que el Tribunal Interamericano ha realizado en el “Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile” (párrafo 124) y en el “Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú” (párrafo 128).

Ya refiriéndose al “Caso Kimel vs. Argentina”⁵²³ de la Corte IDH, la C.C. indicó que “aunque constituye un precedente significativo en torno al alcance de la libertad de expresión y del principio de legalidad en la tipificación de los delitos de injuria y calumnia, esta decisión no puede ser trasplantada automáticamente al caso colombiano en ejercicio de un *control de convencionalidad* que no tenga en cuenta las particularidades del ordenamiento jurídico interno, especialmente la jurisprudencia constitucional y de la Corte Suprema de Justicia que han precisado notablemente el alcance de los elementos normativos de estos tipos penales” (id. subap.).

En definitiva y con salvamento de voto del entonces Presidente de la Corporación, Dr. Juan Carlos Henao Pérez, y de la magistrada María Victoria Calle Correa, la C.C. declaró exequibles los citados arts. 220 a 228 de la nombrada Ley N° 599 de 2000.

B) Recapitulación

Más allá de la decisión puntual adoptada por la C.C. en la sentencia centralmente enfocada, consideramos que la misma exhibe algunos perfiles dignos de destacar:

- i) Pone de resalto su visión y convicción en cuanto a que la jurisprudencia de la Corte IDH contiene la *interpretación auténtica* de los derechos contenidos en la CADH y en punto a que dicha jurisprudencia ostenta “carácter vinculante”.

521 Actuaron como MM.PP. Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Álvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández.

522 Ley por cuyo intermedio “se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios”. Es comúnmente conocida como “Ley de Justicia y Paz”.

523 Caso individualizado en nota 510.

ii) Utiliza explícitamente la expresión “control de convencionalidad”.

iii) Cita, bien que en nota, los fallos de la Corte IDH recaídos en el “Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile” (párrafo 124) y en el “Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú” (párrafo 128), lo que —luego de anudar tal referencia a los otros puntos aquí colacionados— permite inferir que acepta las emanaciones de vinculatoriedad y pertinencia del ejercicio de semejante modalidad de examen convencional, incluso *ex officio*.

Una última puntualización. Pese a lo dicho, corresponde evocar que en la Sentencia C-941/2010, de 24 de noviembre (Sala Plena, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio), el Tribunal había sostenido: “*La Corte Constitucional no es juez de convencionalidad*, esto es, no está llamada a verificar la concordancia abstracta de la legislación nacional con los tratados internacionales que obligan al Estado” [énfasis del original], dejando en claro que la CADH se integra al bloque de constitucionalidad pero ello no significa que adquiera el rango de norma supraconstitucional (ver sobre esta última afirmación alusiva al Tribunal Interamericano, la nota 19 a pie de página del fallo al que referimos).

3. Suprema Corte de Justicia de México

A) El “Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos” y su impacto “sísmico”

Básicamente a partir del “Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos”⁵²⁴, el asunto del control de convencionalidad convulsionó a la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), desencadenando fuertes movimientos y debates internos en orden a encauzar la búsqueda de los medios adecuados e idóneos para dar cumplimiento al aludido pronunciamiento internacional.

Completan el cuarteto de sentencias del período 2009-2010 de la Corte IDH referidas a la obligatoriedad del control de convencionalidad, las condenas contra México pronunciadas en el “Caso Fernández Ortega y otros”⁵²⁵, el “Caso Rosendo Cantú y otra”⁵²⁶ y el nombrado “Caso Cabrera García y Montiel Flores”⁵²⁷.

524 Corte IDH, “Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos”, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 23 de noviembre de 2009, Serie C, N° 209.

525 Corte IDH, “Caso Fernández Ortega y otros vs. México”, Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 30 de agosto de 2010, Serie C, N° 215.

526 Corte IDH, “Caso Rosendo Cantú y otra vs. México”, Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 31 de agosto de 2010, Serie C, N° 216.

527 Corte IDH, “Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México”, op. cit. en nota 498.

Retomando el tema del “Caso Radilla Pacheco” y sus implicancias, durante 2010 el entonces Ministro Presidente de la SCJN, Guillermo I. Ortiz Mayagoitia, presentó una consulta a trámite para determinar cuáles eran las obligaciones para el Poder Judicial de la Federación derivadas de aquella sentencia de condena de la Corte IDH, cuyo proyecto fue confeccionado por el Ministro José Ramón Cossío Díaz, aunque luego del debate (llevado a cabo los días 31 de agosto y 2, 6 y 7 de septiembre de aquel año) fue rechazado por exceder los términos de la consulta planteada.

Dicha desestimación generó el Expte. “Varios” 489/2010, del que fue ponente la Ministra Margarita Beatriz Luna Ramos, cuyo proyecto fue debatido en el Tribunal pleno en diversas sesiones de julio de 2011 y resuelto el 14 de julio de dicho año. Vale recordar que el encargado del “engrose” de la decisión fue el Ministro José Ramón Cossío Díaz.

En apretada e incompleta síntesis, entre otras, en el Expte. “Varios” 912/2010 dentro del Expte. “Varios” 489/2010, se fijaron las siguientes pautas:

- i) Las sentencias condenatorias de la Corte IDH en las que el Estado mexicano sea parte son obligatorias *en sus términos* para el Poder Judicial de la Federación.
- ii) Los jueces deberán llevar a cabo un control de convencionalidad *ex officio* en un modelo de control difuso de constitucionalidad.
- iii) Existe un modelo de control concentrado en los órganos del Poder Judicial de la Federación con vías directas de control: acciones de inconstitucionalidad, controversias constitucionales y amparo directo e indirecto; y en segundo término, el control por parte del resto de los jueces del país en forma incidental durante los procesos ordinarios en los que son competentes, esto es, sin necesidad de abrir un expediente por cuerda separada.
- iv) Todas las autoridades del país en el ámbito de sus competencias tienen la obligación de aplicar las normas correspondientes haciendo la interpretación más favorable a la persona para lograr su protección más amplia, sin tener la posibilidad de inaplicar o declarar la incompatibilidad de las mismas.

Asimismo, la SCJN ha determinado que el control de convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos debe ser acorde con el modelo general de control establecido constitucionalmente, pues no puede entenderse un control como el que se ordena en aquella sentencia si no se parte de un control de constitucionalidad general que se desprende del análisis sistemático de los arts. 1 y 133 de la Constitución federal y que es parte de la esencia de la función judicial.

A ese fin se estableció que tal tipo de interpretación de parte de los jueces supone cumplir los siguientes pasos⁵²⁸:

- i) *Interpretación conforme en sentido amplio*, que significa que se debe interpretar el orden jurídico a la luz y conforme a los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales, favoreciendo en todo tiempo la protección más amplia a las personas.
- ii) *Interpretación conforme en sentido estricto*, para casos en los que existen varias interpretaciones jurídicamente válidas de un determinado precepto, supuesto en el que los jueces deben, partiendo de la presunción de constitucionalidad de las leyes, preferir aquella interpretación que hace a la ley acorde con los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales.
- iii) *Inaplicación de la ley cuando las alternativas anteriores no son posibles*.

Lo dispuesto en el aludido Expte. “Varios” 912/2010 debe ser puesto en contexto para ponderar su verdadero nivel de vigencia. Es que posteriormente a su resolución, la SCJN dirimió la muy importante Contradicción de Tesis 293/2011, de 3 de septiembre de 2013 (dilucidada después de que se retirara un primer proyecto debatido entre el 12 y el 13 de marzo de 2012, que naufragó por falta de consenso al interior del Tribunal).

En ella se aclaró que si bien en el Expte. “Varios” 912/2010 se esgrimieron diversas consideraciones acerca de la obligatoriedad de las sentencias condenatorias al Estado mexicano emitidas por la Corte IDH, lo allí determinado *no constituía jurisprudencia* por lo que seguía siendo relevante resolver tal cuestión, además de que en dicha decisión no se había definido el tema de la jerarquía de los tratados en materia de derechos humanos.

Por ello, entre otras razones, la Suprema Corte argumentó que el estudio de los asuntos encapsulados en la Contradicción de Tesis le permitiría construir criterios jurisprudenciales con respecto al carácter orientador u obligatorio de la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana y también realizar pronunciamientos novedosos acerca de la jerarquía de los tratados internacionales en materia de derechos humanos.

En síntesis, los dos temas salientes abordados fueron: *i*) la posición jerárquica de los tratados internacionales en materia de derechos humanos en relación con la

528 Acerca del tópico ver CABALLERO OCHOA, José Luis, *La interpretación conforme. El modelo constitucional ante los tratados internacionales sobre derechos humanos y el control de convencionalidad*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, N° 90, Porrúa - Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, México, D.F., 2013.

Constitución; y **ii**) el carácter de la jurisprudencia en materia de derechos humanos emitida por la Corte IDH.

Se arribó a las siguientes conclusiones:

- Acerca de la *primera cuestión*, dijo: *los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, pero cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de aquellos, se debe estar a lo que establece el texto constitucional* (este punto conclusivo se aprobó por mayoría de diez —10— votos, con la solitaria posición en contrario del Ministro Cossío Díaz).
- Sobre la *segunda cuestión*, sostuvo: *la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos es vinculante para los jueces mexicanos siempre que sea más favorable a la persona* (este ítem dispositivo se aprobó por mayoría de seis —6— votos, con las posiciones discrepantes de los Ministros Luna Ramos, Franco González Salas, Pardo Rebolledo, Aguilar Morales — quien reconoció que las sentencias que condenan al Estado Mexicano sí son vinculantes— y Pérez Dayán).

B) Control “difuso” de convencionalidad y otras innovaciones sustanciales en el sistema jurídico mexicano

La cuestión suscitada como consecuencia de la búsqueda de bases firmes y sustentables para encaminar el cumplimiento de las imposiciones establecidas en el “Caso Radilla Pacheco” en particular (aunque realmente con valencia que desborda los específicos contornos del mismo), es una de las más trascendentes y complejas en la historia jurisdiccional e institucional reciente de la SCJN.

Entre otros asuntos, ha traído consigo replanteos y modificaciones de gran calado que han llevado a *aggiornar* el sistema de control de constitucionalidad y, por supuesto, el de convencionalidad, para liberar la marcha hacia una modalidad difusa⁵²⁹.

Todo ello en un contexto impactado por la significativa modificación constitucional publicada en el *Diario Oficial de la Federación* (D.O.F.) el 10 de junio de 2011, que ha instilado una clara impronta, originando —*inter alia*— la mutación del paradigma de los derechos humanos y un demandante y reciclado paisaje jurídico para los jueces y magistrados mexicanos y el resto de los operadores del sistema jurisdiccional.

529 En particular sobre el tema del “control difuso de convencionalidad”, sugerimos revisar el voto razonado del Juez *Ad Hoc* Eduardo Ferrer Mac-Gregor, pronunciado en el multicitado “Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México”.

En ese sentido, se impone una relectura del art. 133 de la Constitución⁵³⁰ (no modificado formalmente) a la luz del vigente art. 1, *Ibid.*, esto es, conforme a la versión reformada a la que aludíamos en el párrafo anterior. Básicamente, las tres porciones normativas adicionadas a esta última disposición establecen, respectivamente, que:

- Todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en la Constitución y los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que la Constitución establece (primer párrafo).
- Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con la Constitución y los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia (segundo párrafo).
- Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley (tercer párrafo).

En apretada síntesis de la interpretación que en la apuntada Contradicción de Tesis 293/2011 la SCJN ofreciera respecto de cada uno de tales segmentos del artículo 1 constitucional, pueden entresacarse las siguientes apreciaciones:

- El precepto parte de la necesidad de colocar a *la persona como el eje* en torno al cual se articula la reforma en materia de derechos humanos; el reconocimiento de los derechos por la Constitución y los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte encuentra justificación en los *principios de autonomía, inviolabilidad y dignidad de todas las personas*, lo que tiene como finalidad última posibilitar que todas ellas desarrollen su propio *plan de vida*; y las personas también gozan de las garantías previstas en ambos ordenamientos, lo que permite distinguir entre *garantías internas y externas*, dependiendo del origen de los mecanismos que se encuentren a disposición de aquéllas para exigir la tutela de sus derechos humanos (párrafo primero).
- Asoman dos herramientas interpretativas obligatorias: la *interpretación* de las normas de derechos humanos *de conformidad con* la Constitución y los tratados

530 Dicho art. 133 de la Constitución mexicana está inspirado en el art. VI de la Constitución de EE.UU., tal como sucede con el art. 31 de la Ley fundamental argentina.

internacionales de derechos humanos; y el principio *pro persona*, al que el Poder Reformador otorgó rango constitucional como elemento armonizador y dinámico para la interpretación y aplicación de normas de derechos humanos, tratándose de un criterio hermenéutico que busca resolver los casos de duda que puedan enfrentar los operadores jurídicos frente a la eventual multiplicidad de normas —e interpretaciones disponibles de las mismas— que resulten aplicables respecto de un mismo derecho, adoptando como premisa la inviabilidad de resolver este tipo de situaciones con apoyo en los criterios tradicionales de interpretación y resolución de antinomias (párrafo segundo).

- Sobresalen los siguientes elementos: los principios objetivos de los derechos humanos: *universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad*; las *obligaciones genéricas* de las autoridades estatales para la tutela de los derechos humanos: respeto, protección, promoción y garantía; y las *obligaciones específicas* que forman parte de la obligación genérica de garantía: prevenir, investigar, sancionar y reparar (párrafo tercero).

Evidentemente, tal reforma debe leerse en línea con la también muy relevante innovación constitucional en materia de *amparo* (D.O.F. de 6 de junio de 2011), desarrollada por medio de la ley que reglamenta los arts. 103 y 107 de la Constitución, publicada en el D.O.F. el 2 de abril de 2013, por medio de la cual:

- Se *amplifica la operatividad del amparo* respecto de cualquier norma general, al preverse su procedencia por violaciones a los derechos humanos plasmados en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte.
- Se *incorporan figuras* como el amparo adhesivo y el interés legítimo, tanto individual o colectivo (antes se exigía una afectación de forma directa).
- Se *consagran nuevos conceptos* como el relativo a la violación de derechos por *omisión* de las autoridades y la *declaratoria general* de inconstitucionalidad por la SCJN.

En resumen, las modificaciones introducidas en el escenario jurídico mexicano en sensibles ámbitos como los de la protección de los derechos humanos, la cotización de los tratados internacionales en esta materia *vis-à-vis* la Constitución, los controles de constitucionalidad y convencionalidad, y el necesario *aggiornamento* del proceso de amparo, son cuantitativa y cualitativamente de gran calado.

Por tanto, se requerirá un esfuerzo enorme de parte de todos los operadores jurídicos para que semejantes innovaciones normativas gestadas por el Poder Reformador e interpretativas plasmadas por la SCJN no queden entrampadas en las redes teóricas y verdaderamente adquieran efectiva aplicación en el campo fáctico para la salvaguarda de la dignidad de la persona.

V. LA NECESIDAD DE AFIANZAR UN DIÁLOGO INTERJURISDICCIONAL CRÍTICO

1. Algunos casos testigo

Previo a incursionar específicamente en el tema que se anuncia en el epígrafe de este apartado, es preciso reseñar ciertos casos jurisprudenciales que nos brindarán algún soporte para desarrollar argumentalmente lo que acerca de aquel tópico sostendremos *infra*.

A) *En Argentina*

Nos referiremos a una interesante causa resuelta por la CSJN: “Espósito, Miguel Ángel”⁵³¹, de 23 de diciembre de 2004.

En tal sentencia, al menos por parte de varios de sus componentes, exteriorizó un discurso demostrativo de su permeabilidad a acatar los pronunciamientos de la Corte IDH, al admitir mayoritariamente⁵³² el recurso extraordinario deducido contra una sentencia que había declarado extinta la acción penal por prescripción en una causa abierta por hechos que luego fueron juzgados por aquel Tribunal Interamericano, cuyas decisiones —sostuvo la CSJN— resultan de “cumplimiento obligatorio para el Estado argentino (art. 68.1, CADH)”, por lo cual también ella, en principio, debe subordinar el contenido de sus decisiones a las de dicho tribunal internacional (consid. 6° de la mayoría).

Previamente, había puntualizado que el rechazo de la apelación tendría como efecto inmediato la confirmación de la declaración de prescripción de la acción penal, en contravención a lo decidido por la Corte Interamericana en su sentencia de 18 de septiembre de 2003 en el “Caso Bulacio vs. Argentina”⁵³³, donde se declarara la responsabilidad internacional del país —entre otros puntos— por la deficiente tramitación del expediente en cuestión (consid. 5° del voto triunfante).

Acotó que “en consecuencia, la confirmación de la decisión por la cual se declara extinguida por prescripción la acción penal resultaría lesiva del derecho reconocido en este caso a las víctimas a la protección judicial, y daría origen, nuevamente, a la

531 *Fallos*, 327:5668.

532 Formaron la mayoría los ministros Petracchi y Zaffaroni; por su voto, lo hicieron los jueces Belluscio y Maqueda, conjuntamente, y los ministros Fayt, Boggiano y Highton de Nolasco, de modo individual.

533 Corte IDH, “Caso Bulacio vs. Argentina”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 18 de septiembre de 2003, Serie C, N° 100.

responsabilidad internacional del Estado argentino. *Desde esa perspectiva, el ámbito de decisión de los tribunales argentinos ha quedado considerablemente limitado*”, por lo que correspondía declarar inaplicables al caso las disposiciones comunes de extinción de la acción penal por prescripción en una causa que “en principio, no podría considerarse alcanzada por las reglas de derecho internacional incorporadas a nuestro ordenamiento jurídico en materia de imprescriptibilidad: Convención sobre Desaparición Forzada de Personas y Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad” (consid. 10 de la mayoría).

En síntesis, la CSJN no se privó de exteriorizar su discrepancia respecto de algunas de las cuestiones resueltas por la Corte IDH, ni de puntualizar que “se plantea la paradoja de que sólo es posible cumplir con los deberes impuestos al Estado argentino por la jurisdicción internacional en materia de derechos humanos restringiendo fuertemente los derechos de defensa y a un pronunciamiento en un plazo razonable, garantizados al imputado por la Convención ‘Interamericana’ [sic]. *Dado que tales restricciones, empero, fueron dispuestas por el propio tribunal internacional a cargo de asegurar el efectivo cumplimiento de los derechos reconocidos por dicha Convención, a pesar de las reservas señaladas, es deber de esta Corte, como parte del Estado argentino, darle cumplimiento en el marco de su potestad jurisdiccional*” (consid. 16 de la mayoría).

B) En Colombia

Una mirada interesante en el escenario jurídico colombiano viene proporcionada por GÓNGORA MERA, para quien actualmente “el ejemplo más notable de fijación dialógica de estándares judiciales en materia de derechos humanos como un proceso conjunto” entre la Corte Constitucional (C.C.) y la Corte IDH se aprecia en la evolución jurisprudencial en torno a “derechos de las víctimas de conflicto armado interno, en el marco del proceso de desmovilización de grupos paramilitares”⁵³⁴.

En su recorrido argumental toma como puntos de partida la C-228 de 2002 de la C.C., como “sentencia de relevancia”⁵³⁵ (o sea —en la percepción del autor citado—, aquella por medio de la cual “se reconoce el valor normativo de un estándar judicial interamericano en un asunto constitucional concreto”⁵³⁶), y el “Caso 19 Comerciantes

534 GÓNGORA MERA, Manuel E., “Diálogos jurisprudenciales entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Constitucional de Colombia: una visión coevolutiva de la convergencia de estándares sobre derechos de las víctimas”, en VON BOGDANDY, Armin, FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y MORALES ANTONIAZZI, Mariela (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ‘Ius Constitutionale Commune’ en América Latina?*, Tº II, IJ de la UNAM, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht e Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, México, D.F., 2010, pp. 407-408.

535 *Ibid.*, p. 409.

536 *Ibid.*, p. 408.

vs. Colombia⁵³⁷, como “sentencia de persuasión” por la Corte IDH⁵³⁸ (conceptuado tal tipo de fallo como aquel donde el Tribunal Interamericano “fija su postura y expone sus argumentos sobre un debate colombiano, y de este modo trata de influir tanto a los actores políticos locales” como a la propia C.C.⁵³⁹).

Por último, el autor citado identifica tres tipos de convergencia que pueden apreciarse en las jurisprudencia de ambas Cortes: *i*) convergencia descendente (*Top-down*), en la que la C.C. ha adoptado estándares interamericanos; *ii*) convergencia ascendente (*Bottom-up*), donde la Corte IDH ha adoptado estándares de la C.C. colombiana; y *iii*) convergencia paralela entre los dos tribunales “por la difusión horizontal de estándares consagrados en *soft law* del sistema universal de derechos humanos”⁵⁴⁰.

2. Diálogo jurisprudencial

La sentencia sumariamente colacionada en primer término es sólo una muestra de la tendencia que (no exenta de vaivenes) exhibe la CSJN argentina en cuanto a adoptar en sus fallos una interpretación conforme a la CADH y a receptar los pronunciamientos de la Corte IDH y los estándares valorativos que ésta ha venido perfilando en su trayectoria jurisprudencial, aun cuando no esté de acuerdo con ella y deje verbalizada tal discrepancia en el decisorio.

Juzgamos que dicha tesitura resulta laudable y consistente con los compromisos asumidos internacionalmente y el debido respeto que demandan los principios generales del derecho internacional. En particular, se abastecen las exigencias de las pautas *pacta sunt servanda* (norma fundamental del derecho de los tratados), cumplimiento de buena fe (que recorre transversalmente a todo el derecho internacional) e improcedencia de alegar disposiciones (u *omisiones*, según nuestro criterio) de derecho interno para justificar el incumplimiento de los acuerdos internacionales. Todo ello de conformidad, en lo respectivamente correspondiente, con los citados arts. 26, 31.1 y 27 de la nombrada CVDT, conjunto de reglas medulares en materia de observancia de los tratados internacionales⁵⁴¹.

537 Corte IDH, “Caso 19 Comerciantes vs. Colombia”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 5 de julio de 2004, Serie C, N° 109.

538 Cfr. GÓNGORA MERA, Manuel E., op. cit., “Diálogos jurisprudenciales entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Constitucional de Colombia: una visión coevolutiva de la convergencia de estándares sobre derechos de las víctimas”, p. 409.

539 *Ibid.*, p. 408.

540 *Ibid.*, p. 409. Para el desarrollo de tales tipologías convergentes, ver pp. 411 y ss.

541 Cabe resaltar, en lo tocante al art. 26 de la CVDT y su reflejo en el art. 31.1, *Ibid.*, que al enunciado tradicional en punto a que “los pactos deben ser cumplidos”, la disposición añade “de buena fe”, que naturalmente es un principio general del derecho.

Sin embargo, en un plano general de discusión, ello no nos impide advertir la conveniencia de que se profundice un *diálogo jurisprudencial* entre la Corte IDH y los respectivos órganos de cierre de la jurisdicción constitucional de los Estados que conforman el sistema interamericano, a los fines de que aquella tenga presente las observaciones o discordancias que los mismos formulen a sus criterios jurisprudenciales para coadyuvar al mejoramiento de su labor jurisdiccional.

Naturalmente, todo ello en aras de optimizar el modelo tuitivo de los derechos fundamentales sobre la base de un adecuado funcionamiento de las piezas que lo componen, precisamente *para hacer más efectiva y eficiente la protección de aquellos en nuestro espacio regional*.

Es que, como con agudeza se ha afirmado (en referencia específica al citado caso “Espósito” de la CSJN), “el deber de cumplir con las decisiones de los tribunales internacionales no debería conducir a la aplicación ciega de la jurisprudencia internacional; corresponde también a los jueces nacionales, y en especial a los tribunales superiores, señalar sus disidencias y observaciones a las líneas jurisprudenciales de los órganos del sistema interamericano, que deben tomar debida nota de esas opiniones a fin de ajustar y perfeccionar sus decisiones. La plena integración de la justicia argentina en un orden jurídico internacional requiere, precisamente, del tipo de *diálogo crítico* que la Corte Suprema sugiere a la Corte Interamericana [en ‘Espósito’]. Es indudable que *así como la jurisprudencia constitucional argentina se transforma y modela con los desarrollos del derecho internacional, también la jurisprudencia interamericana debe considerar adecuadamente la jurisprudencia constitucional de los Estados que integran el sistema*”⁵⁴².

Y convergentemente con la línea argumental que aquí esbozamos, también se ha llamado la atención sobre el punto, afirmando que “la meta de que la jurisprudencia interamericana sea norma interpretativa de las reglas convencionales requiere

Pero más allá de encontrarse en el cuerpo normativo de la Convención, tales premisas adquieren un refuerzo axiológico, también jurídico, al haber quedado explícitas también en el Preámbulo de la misma, que en su párrafo 3º reza: “Advirtiendo que los principios del libre consentimiento y de la buena fe y la norma *pacta sunt servanda* están universalmente reconocidos”.

A su tiempo, entre los principios de la ONU, la Carta de esta Organización establece en el art. 2.2. lo siguiente: “Los Miembros de la Organización, a fin de asegurarse los derechos y beneficios inherentes a su condición de tales, *cumplirán de buena fe las obligaciones contraídas por ellos de conformidad con esta Carta*”.

Ver para ampliar DE LA GUARDIA, Ernesto, *Derecho de los tratados internacionales*, Ábaco, Buenos Aires, 1997, pp. 94-95.

542 ABRAMOVICH, Víctor, “Introducción: Una nueva institucionalidad pública. Los tratados de derechos humanos en el orden constitucional argentino”, en ABRAMOVICH, Víctor, BOVINO, Alberto y COURTIS, Christian (comps.), *La aplicación de los tratados de derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*, CELS - Canadian International Development Agency, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2007, pp. VI-VII.

adecuaciones de rol por parte de la Corte IDH. Posiblemente tenga que mirar su propio trabajo con mayor modestia, en algunos casos moderar las ambiciones que se reflejan en los remedios que ordena y evitar el autoelogio en el que incurre a menudo. Así como tenemos que aprender a respetar la jurisprudencia interamericana, debemos acostumbrarnos a la idea de poder criticar su línea y funcionamiento sin que esto sea visto como conspirar contra el afianzamiento y la mejora del sistema interamericano de protección de derechos humanos. *La construcción de reglas en una comunidad de principios se logra a través de[l] diálogo interjurisdiccional, el intercambio y el aprendizaje recíproco. La capacidad y voluntad de crítica es vital en esta construcción*⁵⁴³.

En el fondo y como se adelantaba, las anhelables sinapsis y aperturas dialógicas entre los tribunales internos y la Corte IDH no apuntan a generar una relación de jerarquización formalizada entre esta y aquellos, sino a trazar una *vinculación de cooperación en la interpretación 'pro persona' de los derechos fundamentales*.

Al respecto, se ha advertido que no puede olvidarse que el art. 29.b de la CADH proscribiera a todo tribunal, incluyendo a la propia Corte IDH, “limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados”⁵⁴⁴.

Como lo pusiera de manifiesto el entonces juez García-Sayán en su voto concurrente en el “Caso Cepeda Vargas vs. Colombia” de la Corte IDH⁵⁴⁵, “Altos tribunales latinoamericanos vienen nutriéndose de la jurisprudencia de la Corte en un proceso que podríamos llamar de ‘nacionalización’ del derecho internacional de los derechos humanos. Para que ocurra ese importante proceso de interacción entre tribunales nacionales e internacionales en la región, en el cual los primeros están llamados a aplicar el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y observar lo dispuesto en la jurisprudencia de la Corte Interamericana, es preciso que se continúe incentivando el diálogo sustantivo que lo permita” (párrafo 33).

543 BASCH, Fernando, “Sobre la autoridad interpretativa de la Corte Interamericana y la necesidad de conformar una verdadera comunidad internacional de principios”, borrador del trabajo presentado a las Jornadas “Una Constitución para el Nuevo Siglo”, 18 y 19 de mayo de 2010, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires (<http://igualitaria.org/wp-content/uploads/2010/05/borrador-basch2.doc>).

544 LANDA, César, “Sentencias fundamentales del Tribunal Constitucional peruano”, en BAZÁN, Víctor y NASH, Claudio (eds.), *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. Aportes de Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Perú, Uruguay y Venezuela - 2009*, Programa Estado de Derecho de la Fundación Konrad Adenauer y Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Montevideo, 2010, p. 77.

545 Corte IDH, “Caso Cepeda Vargas vs. Colombia”, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones, 26 de mayo de 2010, Serie C, N° 213.

3. Mensaje final sobre el tema particular

Trayendo *mutatis mutandis* a nuestro contexto de discusión las apreciaciones de JIMENA QUESADA, el diálogo interjurisdiccional que planteamos constituye un desafío que “se ve impregnado por una idea básica: la coexistencia coordinada de un sólido filtro de control de constitucionalidad y de un depurado filtro de control de convencionalidad, puede y debe contribuir a paliar o, cuando menos, aminorar, las disfunciones susceptibles de aflorar en el sistema de fuentes del Derecho y, por tanto, los problemas de articulación en el seno del ordenamiento jurídico, con objeto de que no se resientan principios esenciales del Estado social y democrático de Derecho como, entre otros, la seguridad jurídica o la igualdad”⁵⁴⁶.

Sintetizando al máximo nuestro pensamiento, podemos señalar que la cuestión ya no puede enfocarse exclusivamente como una matriz unidireccional desde la Corte IDH hacia los tribunales o cortes constitucionales o cortes supremas, sino también — como se indicara— haciendo foco en una “construcción transnacional y cooperativa de estándares de derechos humanos, con efectos tanto a nivel nacional como regional, gracias a las interacciones e influencias recíprocas que se están presentando entre las cortes constitucionales nacionales y la Corte Interamericana, e incluso entre las cortes constitucionales entre sí”⁵⁴⁷.

Entre las distintas variantes taxonómicas de “diálogo”, pueden aquí mencionarse la *vertical*, o sea, entre un tribunal internacional y los tribunales nacionales que integran dicho sistema; y la *horizontal*, entre los tribunales que pertenecen a distintos Estados que se encuentran en una relación de parificación ordinamental⁵⁴⁸.

Propiciamos una suerte de “fertilización cruzada” (*crossfertilization*⁵⁴⁹) de aquellas instancias en la línea de su retroalimentación y plausible reciprocidad de influjos, para enriquecer cuantitativa y cualitativamente la tutela y la realización de los derechos humanos por medio del intercambio y el aprendizaje mutuos.

546 JIMENA QUESADA, Luis, “El diálogo entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: a propósito del control de convencionalidad”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, N° 15, Primer Semestre 2010, Editores Fundación Profesor Manuel Broseta e Instituto de Derecho Público de la Universidad Rey Juan Carlos, Valencia, 2010, pp. 41-74.

547 GÓNGORA MERA, Manuel E., op. cit., “Diálogos jurisprudenciales entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Constitucional de Colombia: una visión coevolutiva de la convergencia de estándares sobre derechos de las víctimas”, p. 429.

548 Nos servimos, *mutatis mutandis*, de las reflexiones de DE VERGOTTINI, Giuseppe, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Il Mulino, Bologna, 2010, p. 10.

549 Utilizamos tal término a modo ilustrativo y tomándolo de lo explicado por DE VERGOTTINI, Giuseppe, *Ibid.*, p. 20 y notas a pie de página 10, 11 y 12.

VI. Sucinta recapitulación

1. La vivamente creciente interrelación de los tribunales nacionales y los internacionales en materia de derechos humanos se mueve al compás de una lógica compleja, generando un haz de relaciones no siempre lineales ni pacíficas.

2. Uno de los pliegues de esta trama interactiva corresponde al *control de convencionalidad*, que transita por dos senderos:

- a) Uno en sede *internacional* y se deposita en la Corte IDH que la ha venido desplegando desde hace bastante tiempo aunque sólo en época reciente se la ha identificado como “control de convencionalidad”. Consiste básicamente en la obligación del Tribunal de analizar en casos concretos si una práctica o una normativa de derecho interno resultan congruentes, *inter alia*, con la CADH, disponiendo en caso de ser incompatibles su modificación o abrogación. Paralelamente, tal control convencional deviene procedente en hipótesis en que los Estados no hayan cumplido con el deber de adoptar disposiciones de derecho interno con arreglo al art. 2 de la Convención. En resumen, se concreta una interpretación de las prácticas internas a la luz o al amparo de este instrumento internacional, o de otros respecto de los cuales la Corte IDH ejerce competencia material.
- b) Otro en el contexto *nacional*, está a cargo de los magistrados locales y otras autoridades públicas (vinculados por la jurisprudencia interamericana) y enraíza en su deber de constatar la compatibilidad de las reglas jurídicas internas que aplican en casos concretos con la CADH (y otros instrumentos internacionales básicos en materia de derechos humanos) y los patrones hermenéuticos que la Corte IDH ha elaborado en su trajinar jurisprudencial.

3. Es imprescindible que la dimensión objetiva de las sentencias internacionales (en nuestro caso, principalmente de la Corte IDH) tenga eco en los órganos jurisdiccionales nacionales. En tal sentido, debe hacerse foco en el impacto que esos fallos proyectan con carácter general en el escenario interno, impregnando toda la labor de la jurisprudencia en la aplicación y la interpretación de la normativa interna en materia de derechos humanos.

4. Sin embargo, las posibilidades de éxito de la doctrina del “control de convencionalidad”, por acción u omisión (en cuanto a ésta, como veremos enseguida) están cifradas en su grado de receptividad en los derechos internos, la labor de los respectivos operadores jurídicos involucrados y la voluntad política de los Estados.

5. En un marco caracterizado jurídica, institucional y axiológicamente por el incremento de la circulación de reglas iusinternacionales, cobra realce cualitativo la realización *ad intra* por los jueces (y otras autoridades públicas competentes) del control de compatibilidad convencional de la normativa interna infraconstitucional y constitucional.

6. Es preciso indicar, no obstante, que tal tarea no debe ni puede concretarse mediante una exclusiva lógica unidireccional desde la Corte IDH hacia las jurisdicciones nacionales, sino que es preciso generar las condiciones para progresar en la construcción de un *diálogo jurisprudencial* entre ambos órdenes de tribunales concernidos: interamericano e internos.

7. En otras palabras, debe gestarse a partir de una relación bi o multidireccional en la que se respete el importante emplazamiento institucional de la Corte IDH y la trascendencia de sus estándares, pero que simultáneamente ésta no se desentienda de las particularidades configurativas de las realidades sociales, políticas, jurídicas y culturales de los Estados que integran el sistema regional y además que “escuche” a los tribunales, a las salas constitucionales y a las cortes supremas de justicia de la región.

8. Es tan conveniente como necesario que ambas dimensiones jurisdiccionales convivan en conexión axiológica y jurídicamente cooperativa en la sintonía de una interpretación *pro persona*, en tanto ambas son copartícipes necesarias de un objetivo convergente: *fortalecer cualitativamente la tutela y la realización de los derechos básicos*.

CAPÍTULO

II

**ANTICONVENCIONALIDAD
POR OMISIÓN**

I. Preludio

Nada se descubre al recordar que en la hora actual se multiplican los puntos de contacto entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno, incrementándose la exigencia de lograr una pacífica articulación de tales fuentes mediante su retroalimentación y complementariedad a favor del fortalecimiento del sistema general de derechos, procurando que *el Estado cumpla los compromisos internacionalmente asumidos en la materia y evitar, así, incurrir en responsabilidad internacional por acción u omisión*.

Sirviéndonos de tal premisa y de la plataforma teórica y conceptual delineada en el capítulo anterior, intentaremos construir brevemente un camino de reflexión para plantear la viabilidad del ejercicio del control de convencionalidad respecto de omisiones estatales significativas.

Como advertíamos, por el momento escasean los acercamientos doctrinarios sobre el particular, por lo que la edificación de nuestra argumentación, aunque sucinta, no será tarea sencilla.

En cualquier caso, el objetivo primordial de este sector del trabajo es discurrir sobre un tema novedoso, fundar nuestra posición al respecto e intentar incentivar el debate doctrinario y el despegue de la jurisprudencia en la materia.

II. Ciertos elementos analíticos que sustentan la viabilidad de la inconvencionalidad por omisión

1. Naturaleza de los tratados internacionales sobre derechos humanos

Para un Estado americano, ser parte de la CADH genera tanto un deber de *respeto* por los derechos humanos como un deber de *garantía* de estos. Ello queda inmerso en un escenario jurídico y axiológico particular descrito claramente por la Corte IDH, que ha insistido en que los tratados modernos sobre derechos humanos tienen un carácter especial, cuyos objeto y fin confluyen en un punto común: *la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos*, con independencia de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado cuanto a los restantes Estados contratantes⁵⁵⁰.

550 Ver, por ejemplo, Corte IDH, Opinión Consultiva O.C.-2/82, “El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 74 y 75)”, solicitada por la

En otras palabras, *no son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos para el beneficio mutuo de los Estados contratantes*; por el contrario, cuando los Estados aprueban un tratado sobre derechos humanos quedan sometidos a un ordenamiento legal dentro del cual *asumen diversas obligaciones* en relación con los individuos bajo su jurisdicción y no frente a otros Estados⁵⁵¹.

2. Deber de adecuación de la normativa interna a la CADH

Como adelantábamos, el art. 2 de la CADH enfatiza el *deber estatal de adoptar disposiciones de derecho interno*, en el sentido de que si los derechos y libertades mencionados en el art. 1, *Ibid.* (o sea, los reconocidos en la Convención), no estuvieran ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter, *los Estados Parte se comprometen a adoptar las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacerlos efectivos*.

Dicho de otro modo, lo que se pretende resaltar es que innegablemente la CADH impone a cada Estado Parte la obligación de adecuar el derecho interno a sus disposiciones para garantizar los derechos allí consagrados.

Se trata de una norma consuetudinaria de reconocimiento universal, un “*principe allant de soi*” (un principio evidente), en palabras que hace ya casi noventa años profiriera la hoy desaparecida Corte Permanente de Justicia Internacional⁵⁵².

Siendo así, no parece desacertado pensar que el control preceptivo de convencionalidad no debe agotarse en la fiscalización de prácticas o normas lesivas de la CADH (esto es, conductas activas), sino que es lícito abarcar a las *omisiones estatales que la contraríen* y obturen su objeto y fin.

De su lado, corresponde añadir que el Estado Parte de la CADH no sólo tiene el aludido deber de adoptar las medidas de derecho interno, sino que además está obligado a asegurarse que sean *efectivas*, es decir, cumplidas en el orden jurídico interno. Ello implica que su eficacia se mide en términos de acatamiento por parte de la comunidad, o sea, de adaptación de su conducta a la normativa de la Convención⁵⁵³.

Comisión IDH, 24 de septiembre de 1982, Serie A, N° 2, párrafo 29.

Un acercamiento a tal opinión consultiva puede compulsarse en BAZÁN, Víctor, “La Convención Americana sobre Derechos Humanos y el efecto de las reservas respecto de su entrada en vigencia: a propósito de la OC-2/82 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en AA.VV., *Derechos humanos. Corte Interamericana*, Ediciones Jurídicas Cuyo, T° I, Mendoza (Argentina), 2000, pp. 91/165.

551 Corte IDH, Opinión Consultiva O.C.-2/82, ídem.

552 C.P.J.I., Avis consultatif, “Echange des populations grecques et turques”, 1925, Série B, N° 10, p. 20.

553 Cfr., entre otros, Caso “Garrido y Baigorria vs. Argentina”, Sentencia de Reparaciones y Costas, 27 de agosto de 1998, Serie C, N° 39, párrafo 69.

Como la propia Corte IDH marcara, esa efectividad de las normas *es de fundamental importancia en un orden jurídico y puede ocurrir que la falta de efectividad de una disposición afecte su existencia como norma jurídica*⁵⁵⁴.

3. El efecto útil de los tratados internacionales sobre derechos humanos

La obligación jurisdiccional (y de otras autoridades públicas competentes) de desenvolver la fiscalización convencional no es un espejismo o una ficción para la magistratura, en cuyo reservorio de herramientas analíticas para sustentar sus pronunciamientos no pueden estar ausentes los textos de la CADH y del resto de instrumentos internacionales que conforman el *corpus iuris* básico en materia de derecho fundamentales.

Tampoco debería faltar en el análisis que se realice, la visión que de la letra y el espíritu de tal conjunto normativo internacional haya plasmado la Corte IDH en sus sentencias y opiniones consultivas.

No es precisamente irrelevante que en numerosas ocasiones la Corte IDH haya preconizado la búsqueda del *efecto útil* de los compromisos internacionales sobre derechos humanos en general, y de la CADH en particular.

Sólo por citar uno de tales precedentes: el Caso “La Última Tentación de Cristo’ vs. Chile”, el Tribunal expresó contundentemente:

“En el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que *un Estado que ha ratificado un tratado de derechos humanos debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas*. Esta norma es universalmente aceptada, con respaldo jurisprudencial. *La Convención Americana establece la obligación general de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención, para garantizar los derechos en ella consagrados*. Este deber general del Estado Parte implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio del ‘*effet utile*’). Esto significa que el Estado ha de adoptar todas las medidas para que lo establecido en la Convención sea efectivamente cumplido en su ordenamiento jurídico interno, tal como lo requiere el artículo 2 de la Convención. *Dichas medidas sólo son efectivas cuando el Estado adapta su actuación a la normativa de protección de la Convención*”⁵⁵⁵.

554 *Ibid.*, párrafo 70.

555 Corte IDH, Caso “La Última Tentación de Cristo’ (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, cit., párrafo 87.

En esa línea argumental, la Corte IDH ha resaltado la necesidad de velar por dicho *efecto útil* en relación con el control de convencionalidad, de manera que no quede mermado o anulado por la aplicación de normas o prácticas internas contrarias al objeto y al fin del instrumento internacional o del estándar internacional de protección de los derechos humanos⁵⁵⁶.

4. Principios internacionales básicos (de inexcusable acatamiento) en juego

A todo lo dicho cabría aún adicionar la relevante magnitud que en ciertas latitudes latinoamericanas se ha adjudicado a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, entre los que reluce la CADH.

Baste pensar, por ejemplo, en el nombrado art. 75, inc. 22, párrafo 2º, de la Constitución argentina o en el art. 424, párrafo 2º⁵⁵⁷, de la Constitución del Ecuador, para comprobar la señalada premisa, que tiene un valor jurídico y axiológico que va mucho más allá de lo meramente formal.

Es que semejante temperamento implica dejar verbalizadas en las respectivas normas máximas de sus derechos internos, las obligaciones que esos Estados han asumido internacionalmente en el campo de los derechos fundamentales, lo que refuerza cualitativamente su nivel de compromiso con estos.

Y lo han concretado ya sea parificando jerárquicamente a los documentos internacionales en la materia con la propia Ley fundamental (Argentina), o bien determinando la aplicación preferente de la Constitución o de los tratados internacionales en esta área temática en la medida que reconozcan derechos más favorables al ser humano (Ecuador), lo que implica una reafirmación operativa del principio *pro persona*.

Inter alia, ya lo había expuesto en análogo sentido en los casos “Garrido y Baigorria vs. Argentina”, Sentencia de Reparaciones y Costas, cit., párrafo 68; “Ivcher Bronstein vs. Perú”, Sentencia de Competencia, 24 de septiembre de 1999, Serie C, N° 54, párrafo 37; “Durand y Ugarte vs. Perú”, Sentencia de Fondo, 16 de agosto de 2000, Serie C, N° 68, párrafo 136; además de reiterarlo más tarde, v. gr., en el “Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, de 4 de julio de 2007, Serie C, N° 166, párrafo 56.

556 Cfr. v. gr., Corte IDH, “Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá”, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 12 de agosto de 2008, Serie C, N° 186, párrafo 180; “Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, cit., párrafo 124; “Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú”, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, cit., párrafo 128; y “Caso Boyce y otros vs. Barbados”, Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, op. cit., párrafo 113.

557 Tal tramo del precepto dispone: “La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público”.

Además de las propias normas locales, sin duda importantes, aquí entran en juego principios internacionales insoslayables. En particular, las exigencias de las pautas *pacta sunt servanda* (postulado de prosapia metajurídica⁵⁵⁸, esencial en el derecho de los tratados internacionales); cumplimiento de buena fe e inviabilidad de invocar disposiciones (*u omisiones*, según nuestra mirada) de derecho doméstico para sustentar la falta de acatamiento de los compromisos internacionales.

Sólo por traer aquí una cita para ejemplificar lo expuesto, evocamos que la Corte IDH ha sostenido: “Según el derecho internacional las *obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno. Estas reglas pueden ser consideradas como principios generales del derecho y han sido aplicadas, aun tratándose de disposiciones de carácter constitucional*, por la Corte Permanente de Justicia Internacional y la Corte Internacional de Justicia [...]. Asimismo estas reglas han sido codificadas en los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969”⁵⁵⁹.

Pareciera entonces que no queda demasiado sitio para que el control de convencionalidad que los jueces y demás autoridades públicas en el orden interno *deben llevar adelante*, excluya de su cobertura a las pretericiones o inercias inconventionales, ya que la responsabilidad internacional puede configurarse por acción o *por omisión*.

5. Acerca de la “cláusula federal”

Otro aspecto de interés por reseñar es que, en el supuesto de países con estructuras estadales complejas (como Argentina, Brasil o México), tal conformación política tampoco podría resultar válidamente alegable por el Estado nacional o federal para justificar un incumplimiento internacional por acción u *omisión*.

558 Al respecto y en su voto disidente en el “Caso Caballero Delgado y Santana vs. Colombia” (Sentencia de Reparaciones y Costas, 29 de enero de 1997, Serie C, N° 31, párrafo 8), el exmagistrado y expresidente del Tribunal Interamericano Antônio A. Cançado Trindade, dejó en claro que el principio general *pacta sunt servanda* tiene fuente *metajurídica*, “al buscar basarse, más allá del consentimiento individual de cada Estado, en consideraciones acerca del carácter obligatorio de los deberes derivados de los tratados internacionales”.

559 Cfr. Opinión Consultiva OC-14/94, “Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (arts. 1 y 2)”, 9 de diciembre de 1994, solicitada por la Comisión IDH, Serie A, N° 14, párrafo 35.

Es que, como en diversas ocasiones ha sostenido la Corte IDH (por ejemplo, en el “Caso Penitenciarias de Mendoza”⁵⁶⁰), más allá de la estructura unitaria o federal del Estado Parte en la CADH, frente a la jurisdicción internacional es el Estado como tal el que comparece ante los órganos de supervisión de aquel tratado y es el único obligado a adoptar las medidas, cuya falta de cumplimiento compromete su responsabilidad internacional.

El tema nos conecta, como puede suponerse, con la llamada “cláusula federal” prevista en la CADH, entre otros instrumentos, por ejemplo, la *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*.

En el caso de la CADH, dicha cláusula “impone al gobierno nacional el cumplimiento de todas las obligaciones relacionadas con las materias sobre las que ejerce jurisdicción legislativa y judicial, y el deber de tomar ‘de inmediato’ las medidas pertinentes, conforme a su Constitución y sus leyes, para que las autoridades componentes del Estado federal puedan cumplir con las disposiciones de ese tratado” (art. 28, incs. 1° y 2°).

Ello, aun cuando tal disposición de la CADH haya sido calificada por cierta doctrina como un “anacronismo”⁵⁶¹, desde que no se enrola en la línea descrita por importantes tratados internacionales que no la incorporan, ya que —por caso— no consta en el PIDCP⁵⁶² ni en la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales.

560 Resolución de la Corte IDH, “Caso de las Penitenciarias de Mendoza”, 30 de marzo de 2006, Medidas Provisionales.

Sobre el tema, expresamente dijo: “Que este Tribunal es consciente de que el alivio y corrección de la situación planteada en las penitenciarias de Mendoza es un proceso a corto, mediano y largo plazo, que requiere de un conjunto de acciones por parte de autoridades federales y provinciales, de carácter administrativo, judicial y eventualmente legislativo, en orden a subsanar las condiciones carcelarias y de detención. No obstante, ante la orden de esta Corte de adopción de medidas provisionales, cuyo objeto es la protección de la vida e integridad de las personas detenidas en aquellos centros penitenciarios y de quienes se encuentren al interior de los mismos, *el Estado no puede alegar razones de derecho interno para dejar de tomar medidas firmes, concretas y efectivas en cumplimiento de las medidas ordenadas*, de modo que no se produzca ninguna muerte más. *Tampoco puede el Estado alegar la descoordinación entre autoridades federales y provinciales* para evitar las muertes y actos de violencia que han continuado ocurriendo durante la vigencia de éstas. *Más allá de la estructura unitaria o federal del Estado Parte en la Convención, ante la jurisdicción internacional es el Estado como tal el que comparece ante los órganos de supervisión de aquel tratado y es éste el único obligado a adoptar las medidas. La falta de adopción por el Estado de las medidas provisionales compromete la responsabilidad internacional del mismo*” (párrafo 11).

561 BUERGENTHAL, Thomas, “La cláusula federal de la Convención Americana”, en BUERGENTHAL, Thomas, NORRIS, Robert E. y SHELTON, Dinah, *La protección de los derechos humanos en las Américas*, 1ª ed., reimpres., IIDH - Civitas, Madrid, 1994, p. 85.

562 Que en su art. 50 justamente entroniza el principio opuesto a la cláusula federal.

BUERGENTHAL recuerda que la nombrada premisa se remonta a la era de la Sociedad de las Naciones (como se sabe, antecesora de la ONU) y que fue incluida en la CADH por insistencia de EE.UU., cuya delegación propuso tal artículo para garantizar que no se considere a un Estado federal como asumiendo obligaciones internacionales para impedir violaciones a la Convención con respecto a derechos o actos de la jurisdicción de una entidad gubernamental que no sea el gobierno federal; además de que, al limitar las obligaciones internacionales del Estado federal a materias sobre las cuales *ejerce* su jurisdicción, EE.UU. quería indicar que tal Estado no tiene, según la Convención, ninguna obligación en aquellas situaciones en las cuales el gobierno federal, aun cuando tenga jurisdicción, no la haya ejercido anteriormente⁵⁶³.

Fuera de algunos ingredientes históricos y políticos que figuran en el ADN de dicha pauta normativa, no está de más reiterar que, al interpretarla —estando contenida como se dijo en un *tratado internacional*— deben tenerse en consideración los principios generales del derecho internacional y la jurisprudencia y la práctica internacionales en este campo. Ciertamente, tal cuestión apunta a afianzar la *efectividad* de los instrumentos de derechos humanos en el plano del derecho interno estatal, efectividad que resulta de la propia naturaleza jurídica de aquellos instrumentos, a lo que se debe agregar el imperativo ético y la necesidad de que los Estados compatibilicen su normativa y sentencias a las decisiones de los tribunales internacionales⁵⁶⁴.

Aunque parezca una cuestión superada o sólo de interés especulativo o académico, lo que parece obvio no lo es tanto siempre ni en todos los lugares. Si no, basta con repasar la sentencia de reparaciones y costas dictada por la Corte IDH en el citado “Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina”, que pasamos a transcribir⁵⁶⁵:

“La Comisión solicitó a la Corte que se pronuncie acerca de la cláusula federal (artículo 28 de la Convención Americana) y del alcance de las obligaciones del Estado argentino en la etapa de reparaciones, en relación con dicha cláusula [...]. La Argentina invocó la cláusula federal o hizo referencia a la estructura federal del Estado en tres momentos de esta controversia. En primer lugar, cuando se discutía el fondo del asunto, el Estado sostuvo que la responsabilidad del caso no recaía sobre él, sino en la provincia de Mendoza, en virtud de la cláusula federal. La Argentina desistió luego de este planteamiento y reconoció expresamente su responsabilidad internacional en la audiencia de 1 de febrero de 1996 [...]. El

563 BUERGENTHAL, Thomas, op. cit., “La cláusula federal de la Convención Americana”, pp. 85-86.

564 Ver para ampliar, CANÇADO TRINDADE, António A., *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2001, pp. 380 y ss.

565 Corte IDH, “Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina”, Sentencia de Reparaciones y Costas, cit., párrafos 45 y 46.

Estado pretendió por segunda vez hacer valer la cláusula federal al concertarse el convenio sobre reparaciones de 31 de mayo de 1996. En esa oportunidad, apareció como parte en el convenio la provincia de Mendoza y no la República Argentina, pese a que esta última ya había reconocido su responsabilidad internacional. La Corte decidió entonces que dicho convenio no era un acuerdo entre partes por no haber sido suscrito por la República Argentina, que es la parte en esta controversia [...]. Por último, en la audiencia de 20 de enero de 1998 la Argentina alegó haber tenido dificultades para adoptar ciertas medidas debido a la estructura federal del Estado [...].

“El artículo 28 de la Convención prevé la hipótesis de que un Estado federal, en el cual la competencia en materia de derechos humanos corresponde a los Estados Miembros, quiera ser parte en ella. Al respecto, dado que desde el momento de la aprobación y de la ratificación de la Convención la Argentina se comportó como si dicha competencia en materia de derechos humanos correspondiera al Estado federal, no puede ahora alegar lo contrario pues ello implicaría violar la regla del ‘estoppel’. En cuanto a las ‘dificultades’ invocadas por el Estado en la audiencia de 20 de enero de 1998, la Corte estima conveniente recordar que, según una jurisprudencia centenaria y que no ha variado hasta ahora, un Estado no puede alegar su estructura federal para dejar de cumplir una obligación internacional (Cfr.: sentencia arbitral de 26.VII.1875 en el caso del Montijo, La Pradelle-Politis, *Recueil des arbitrages internationaux*, Paris, 1954, t. III, p. 675; decisión de la Comisión de reclamaciones franco-mexicana del 7.VI.1929 en el caso de la sucesión de Hyacinthe Pellat, U.N., *Reports of International Arbitral Awards*, vol. V, p. 536)”.

Si bien huelgan mayores comentarios en torno a la inviabilidad estatal de alegar normativa, insuficiencias o inconvenientes del derecho interno para incumplir las obligaciones impuestas por la CADH, evocaremos aquí la necesidad de leer conjuntamente los arts. 1.1, 2 y 28 de ésta para dar cumplimiento a aquellas directivas jurisdiccionales.

Es que —como afirma DULITZKY— tal art. 28 “tiene por objeto clarificar, precisar y hacer más determinante, inmediata y directa la exigencia del cumplimiento de la obligación de respetar y garantizar los derechos y libertades en el marco de los Estados federales”, añadiendo que dicha norma “no altera o disminuye el alcance de los arts. 1 y 2 de la Convención sino que los complementa. Una interpretación distinta, carecería de sentido al *privar de efecto útil a la Convención en las unidades componentes de los Estados federales*”⁵⁶⁶.

566 DULITZKY, Ariel E., “La Convención Americana sobre Derechos Humanos y los Estados Federales: algunas reflexiones”, en BAZÁN, Víctor (coord.), *Defensa de la Constitución. Garantismo y controles. Libro en reconocimiento al Doctor Germán J. Bidart Campos*, Ediar, Buenos Aires, 2003, p. 172.

Siendo así, el Estado nacional —único responsable internacionalmente— no podría invocar válidamente para evadirse de su responsabilidad internacional la circunstancia de que la *omisión inconvencional* en cuestión provenga o sea imputable a una provincia, región o estado, según la nomenclatura que la Constitución de cada país utilice.

III. Sumaria referencia a un interesante caso que enlaza la inconstitucionalidad y la inconvencionalidad por omisión

Puede observarse que en el “Caso Apitz Barbera y otros vs. Venezuela”⁵⁶⁷, entre otros elementos argumentales, la Corte IDH consideró que la *omisión legislativa inconstitucional* declarada por la propia Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela⁵⁶⁸ (TSJ) al no haberse dictado el Código de Ética del Juez Venezolano o Jueza Venezolana, *había influido en el caso que el Tribunal Interamericano resolvía*.

Sucedió que los exjueces de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, Ana María Ruggeri Cova, Perkins Rocha Contreras y Juan Carlos Apitz Barbera, fueron destituidos por la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial (CFRSJ), órgano excepcional que carecía de estabilidad definida y cuyos miembros podían ser nombrados o removidos sin procedimientos previamente establecidos y a la sola discreción del TSJ⁵⁶⁹. Debido a ello no existieron las debidas garantías de independencia, lo que constituyó una vulneración del art. 8.1 de la CADH, en relación con los arts. 1.1 y 2 de la misma.

567 Corte IDH, “Caso Apitz Barbera y otros (‘Corte Primera de lo Contencioso Administrativo’) vs. Venezuela”, Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 5 de agosto de 2008, Serie C, N° 182, párrafos 146-148.

568 Sentencia N° 1.048/2006, de 18 de mayo.

569 De acuerdo con el Decreto del Régimen de Transición del Poder Público, de 27 de diciembre de 1999, la CFRSJ sería integrada por los ciudadanos que designara la Asamblea Constituyente hasta el funcionamiento efectivo de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura, de los Tribunales disciplinarios y del Sistema Autónomo de Defensa Pública (art. 28).

La Corte IDH constató que dicho régimen de transición operaba desde 1999, cuando la Constitución preveía que no debía prolongarse más de un año desde el establecimiento de la Asamblea Nacional (cfr. disposición transitoria cuarta, N° 5, de la Constitución).

Además, concluyó que el TSJ tenía absoluta discreción para reorganizar la CFRSJ, sin que existiera ningún procedimiento o mecanismo previamente establecido y respetuoso de las debidas garantías para nombrar o remover a los miembros de aquella Comisión.

En lo que aquí interesa específicamente, la Corte IDH dispuso por unanimidad que el Estado debía adoptar dentro del plazo de un (1) año a partir de la notificación de la sentencia, las medidas necesarias para la aprobación del nombrado Código de Ética del Juez y la Jueza Venezolanos (pto. dispositivo 19), teniendo en cuenta que el propio Poder Judicial había considerado imprescindible que se emitiera dicho Código estimando que el régimen transitorio se había extendido por más de nueve (9) años. Así y teniendo en vista las declaradas violaciones al art. 2 de la CADH, determinó que el Estado debía adoptar tal Código, garantizando “tanto la imparcialidad del órgano disciplinario, permitiendo, *inter alia*, que sus miembros puedan ser recusados, como su independencia, regulando un adecuado proceso de nombramiento de sus integrantes y asegurando su estabilidad en el cargo” (párrafo 253).

En resumen, *partió de la declaración de omisión inconstitucional detectada en sede interna, devenida en preterición inconvencional por violación de la CADH de acuerdo con la visión de la Corte IDH*, y le fijó un plazo al Estado condenado para la emisión de tal cuerpo normativo, acoplándole algunas directrices que necesariamente debía respetar para que el Código en cuestión resultara convencionalmente sustentable.

Es igualmente útil evocar, como elemento que aporta a nuestra argumentación, el criterio que la Corte IDH transfundiera a su Opinión Consultiva, O.C.-13/93⁵⁷⁰, en la que sostuvo, refiriéndose a la CADH: “*Son muchas las maneras como un Estado puede violar un tratado internacional y, específicamente, la Convención. En este último caso, puede hacerlo, por ejemplo, omitiendo dictar las normas a que está obligado por el artículo 2. También, por supuesto, dictando disposiciones que no estén en conformidad con lo que de él exigen sus obligaciones dentro de la Convención. Si esas normas se han adoptado de acuerdo con el ordenamiento jurídico interno o contra él, es indiferente para estos efectos*” (párrafo 26).

IV. Colofón

Encadenando los diversos eslabones argumentales hasta aquí referidos, *es lícito concluir que existe suficiente base jurídica y axiológica legitimante para que el radio de cobertura del contralor de convencionalidad abarque también a las pretericiones estatales que resulten contrarias a la CADH y/o a otros documentos internacionales que integran el ‘corpus iuris’ esencial en la materia.*

570 Opinión Consultiva O.C.-13/93, de 16 de julio de 1993, “Ciertas Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (arts. 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51, Convención Americana sobre Derechos Humanos)”, solicitada por Argentina y Uruguay, Serie A, N° 13.

Primordialmente y entre otras circunstancias, la conclusión que arriesgamos se asienta en que:

- i) Es insoslayable tomar en consideración el deber de honrar los compromisos asumidos internacionalmente y el debido respeto que demandan los principios generales del derecho internacional. Específicamente, las exigencias de las premisas *pacta sunt servanda* (de aplicación no sólo respecto de obligaciones emergentes de tratados internacionales sino también de postulados del derecho consuetudinario), cumplimiento de buena fe e improcedencia de alegar disposiciones u *omisiones normativas* de derecho interno para excusar el incumplimiento de los convenios internacionales (cfr., en lo respectivamente pertinente, el párrafo 3° del Preámbulo y los arts. 26, 31.1 y 27 de la CVDT).
- ii) Los tratados modernos sobre derechos humanos tienen un carácter especial, cuyos objeto y fin convergen en un punto común: *la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos*. No son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes, sino que cuando los Estados aprueban un tratado sobre derechos humanos *se sujetan a un ordenamiento legal dentro del cual adquieren diversas obligaciones con relación a los individuos bajo su jurisdicción*.
- iii) Las constituciones de algunos de los Estados Parte de la CADH (por ejemplo, Argentina) diagraman *significativas cláusulas de apertura internacional*, reflejando —al menos en teoría— la decisión política, institucional y jurídica de equiparar los instrumentos internacionales sobre derechos humanos y la Carta magna nacional, además de someterse voluntariamente a un sistema internacional de justicia como el interamericano.
- iv) La propia CADH destaca en su art. 2 el *deber estatal de adoptar disposiciones de derecho interno* cuando el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el art. 1, *Ibid.*, no estuviera ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter.
- v) La Corte IDH ha subrayado que, *inter alia*, los jueces nacionales *deben* concretar el control de convencionalidad, velando por la pervivencia del *efecto útil de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos*.
- vi) Tal examen convencional (desplegable incluso *ex officio*, al igual que la inspección de constitucionalidad) entraña una obligación insoslayable para los magistrados locales (también para otras autoridades públicas).

- vii) La judicatura interna se ve precisada a aplicar la pauta hermenéutica *pro persona*, lo que le marca un direccionamiento hacia la búsqueda de las soluciones más favorables al ser humano y a la consecución de la efectividad de sus derechos fundamentales, cuando ésta haya quedado bloqueada por acciones o *pretericiones anticonvencionales*.
- viii) La Corte IDH ha interpretado que *los tratados internacionales pueden violarse cuando el Estado omite el dictado de normas a que está obligado*, hipótesis en la cual puede incurrir en responsabilidad internacional. En otras palabras, la responsabilidad internacional no sólo puede configurarse por acción sino también por *omisión*.
- ix) El Estado nacional es el único responsable en sede internacional, por lo que no podría alegar legítimamente para escapar de tal responsabilidad el hecho de que la *omisión inconvencional* en cuestión provenga o sea imputable a una provincia, región o estado, de acuerdo con la terminología que cada Constitución nacional emplee.