

LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS COMO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL*

Laurence BURGORGUE-LARSEN**

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El control de constitucionalidad de los actos*. III. *El control de la distribución de competencias*. IV. *El control de la protección efectiva de los derechos fundamentales*. V. *Perspectivas*.

I. INTRODUCCIÓN

El tema al cual debo referirme supone un ejercicio (complejo) de analogía conceptual. Por ende, surge de inmediato la pregunta acerca del método epistemológico para abordar la cuestión de saber si es posible concebir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte Interamericana, Corte IDH o Corte de San José) como tribunal constitucional. En realidad, el “referente analítico” no puede ser muy variado: tiene que ser el derecho constitucional y, de manera aún más precisa, la justicia constitucional, característica del neoconstitucionalismo que ha otorgado a los derechos fundamentales una preeminencia funcional.

Aún más, el referente analítico impone, de manera indirecta pero muy clara, asimilar el “Sistema Interamericano de Derechos Humanos” a un sistema constitucional, es decir, a un sistema en el cual el “guardián de la Constitución” tiene, en principio, la última palabra para asegurar la coherencia de dicho sistema. Así que, en filigrana, se cuestiona la capacidad de

* Agradezco a Laura Clérico sus constructivos comentarios a raíz de la presentación de este trabajo durante el seminario “Jornada sobre Constitución e impacto de los derechos humanos”, celebrado el día 23 de septiembre de 2013 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

** Catedrática de derecho público de la Facultad de Derecho de La Sorbona (Universidad de París I).

la Corte Interamericana para asegurar la coherencia de lo que se podría llamar un “sistema constitucional” interamericano, formado tanto por la Convención Americana sobre Derechos Humanos como por todos los tratados en los cuales se haya reconocida la competencia de la Corte de San José: el famoso “*corpus iuris* interamericano”.

Dicho esto, son muy variados los caminos epistemológicos para poner en marcha este ejercicio de analogía conceptual. Se podría utilizar una vía “moderna” para pensar el tema, integrándolo en el gran debate que ha ocupado a la doctrina estos últimos años y que se refiere, de manera general, a la “constitucionalización del derecho internacional”.¹ Se podría también hacer uso de los criterios de los autores que han trabajado sobre el tema en lo tocante al Tribunal Europeo —como el politólogo norteamericano Alec Stone Sweet,² por ejemplo, o el jurista francés Jean-François Flauss—,³ transponiendo sus análisis al sistema interamericano. Al elegir uno de estos “ejes”, la plusvalía de mi aporte personal a la problemática sería nula o casi nula. Por tanto, he decidido tomar otro camino, mucho más “estrecho” u “ortodoxo”. Para intentar dar una respuesta más cercana de la realidad (*de lege lata*), absteniéndome de presentar lecturas personales que podrían asimilarse a reflexiones *de lege ferenda*, habría que empezar por preguntarse: ¿cuáles son, a pesar de la diversidad de la justicia constitucional en el mundo, las competencias principales de un tribunal constitucional?

Desde mi punto de vista, este enfoque, enmarcado en los rasgos principales del “*office*” —en francés— de los jueces constitucionales, es quizá el más clásico o estrecho, pero el más idóneo para abordar la problemática, mostrando a los que no están de acuerdo con el hecho mismo de la comparación, que se puede avanzar sobre su terreno de manera “técnica” y no exclusivamente “simbólica” o “pragmática”, utilizando conceptos que pertenecen más a la ciencia del derecho como tal que a la ciencia políti-

¹ Ruiz Fabri, H. y Rosenfeld, M. (dirs.), *Redéfinir le constitutionnalisme à l'ère de la mondialisation*, París, Ed. SLC, 2011 (Collection de l'UMR de droit comparé). Los estudios de A. Peters en la materia son de gran interés; ver entre muchos “Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental Norms and Structures”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 9, 2006, pp. 579-610.

² Según Alec Stone Sweet, (“Sur la constitutionnalisation de la Convention européenne des droits de l'homme: cinquante ans après son installation, la Cour européenne conçue comme une Cour constitutionnelle”, *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, núm. 80, 2009, pp. 923 y siguientes) ningún tribunal constitucional puede incrementar su autoridad sobre su entorno político y jurídico sin la presencia de tres condiciones: la competencia para interpretar la ley; un número de casos suficiente, y, una concepción fuerte del “precedente”.

³ Flauss, J.-F., “La Cour européenne des droits de l'homme est-elle une cour constitutionnelle?”, *Revue Française de Droit Constitutionnel*, 1999, pp. 711-728.

ca. Utilizando este enfoque funcional —o sea, partiendo de las funciones o competencias de los tribunales constitucionales— dejo de manera consciente fuera del análisis cuestiones como las del carácter obligatorio o no de la jurisdicción, así como de la legitimación para acudir a ésta. Se trata, de manera obvia, de temas clave que merecerían un estudio profundo y especializado en términos comparativos con la Corte Interamericana.⁴ Espero, un día, emprender esta tarea.

Como sabemos, un tribunal constitucional ejerce varios tipos de control: 1) el control de constitucionalidad de los “actos” (en general, las leyes); 2) el control de la distribución de competencias, tanto orgánicas (entre los poderes constituidos) como territoriales (entre el centro y las periferias en los estados llamados compuestos), y, *last but not least*, 3) a través de diversos mecanismos en función de las culturas jurídicas propias de cada país, el control del respeto, por parte de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, de los derechos fundamentales tal y como se hallan consagrados en las constituciones, en general en la primera parte de ellas. Vemos aquí que el tema de la protección de los derechos fundamentales puede, más aún, tiene que abordarse desde dos perspectivas. La perspectiva procesal (la manera de acudir al tribunal y las competencias de éste relativas a los demás poderes) y la perspectiva material (la protección sustancial de cada uno de los derechos expresamente protegidos por el texto convencional y la manera en que esta protección se lleva a cabo).

Estos tres puntos —que *grosso modo* corresponden al esquema clásico de las competencias más comunes de los tribunales constitucionales— van a servir como marco analítico para descubrir si la afirmación que consiste en equiparar a la Corte Interamericana a un tribunal constitucional es un

⁴ En efecto, la jurisdicción de la Corte Interamericana (Corte IDH) como tal no es obligatoria —lo que genera una variedad de compromisos estatales en cuanto a ella y a la facultad de cada Estado parte de sustraerse a su competencia mediante la denuncia de la Convención Americana (como lo han hecho Trinidad y Tobago y Venezuela); el acceso del individuo es indirecto (en la medida en que tiene que presentar su petición ante la Comisión y no directamente ante la Corte), y, *last but not least*, su legitimidad puede ser cuestionada considerando el carácter internacional de la Corte IDH y los procesos de nombramiento de los jueces... Sobre estos elementos, intentaremos en un futuro trabajo abordar directamente tales “hard questions”. Se podría reflexionar, entre otras cosas, sobre la legitimidad de la Corte invocando las reflexiones críticas de A. von Bogdandy al respecto. Véase particularmente “¿En nombre de quién? Un estudio sobre la autoridad pública de los tribunales internacionales y su justificación democrática”, en Ferrer Mac-Gregor, E. y Herrera García, A. (coords.), *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*, México, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional-Corte Interamericana de Derechos Humanos-UNAM-Tirant lo Blanch, 2013, pp. 83 y ss.

mero deseo o, por el contrario, algo que se puede sostener de manera viable en el ámbito jurídico.

II. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LOS ACTOS

La función esencial de todo tribunal constitucional consiste en examinar la conformidad con la Constitución —es decir, con el texto supremo del orden jurídico— de todo tipo de actos, tanto legislativos como infra-legislativos. La misión de la Corte Interamericana consiste en examinar la conformidad con el texto de la Convención Americana —como con los demás tratados que forman parte del *corpus iuris* interamericano en los cuales se haya establecido la competencia de la Corte— de toda norma procedente de los Estados Parte que configuran el escalón inferior del “sistema constitucional” interamericano. Así, según este esquema, tendrían que ser controladas las normas con rango constitucional, además de las normas con rango legislativo o infra-legislativo.

¿Que demuestra la práctica? Nos demuestra que tanto a través de la función consultiva (A.) como, sobre todo, a través de su función contenciosa (B.), la Corte IDH está en capacidad de examinar y controlar la conformidad con el “*corpus iuris*” interamericano (esto es, con el “sistema constitucional interamericano”), de todo tipo de actos que provienen del ámbito interno de los países.

1. *La función consultiva*

No obstante que el mecanismo consultivo previsto en el artículo 64, inciso 2, de la Convención Americana se puede equiparar a un mecanismo de control *in abstracto*, veremos al mismo tiempo que la analogía tiene sus límites.

A. *Los elementos claves de la analogía*

El artículo 64, inciso 2, de la Convención Americana es el fundamento jurídico que permite, en efecto, únicamente a los Estados Parte de la Organización de Estados Americanos (OEA) y a algunos de sus órganos (en la práctica, exclusivamente la Comisión Interamericana) pedir —fuera de toda controversia contenciosa, es decir, fuera de todo tipo de proceso— una opinión a la Corte acerca de las leyes internas, para determinar si son conformes tanto con la Convención Americana como con los tratados interna-

cionales de protección de los derechos humanos. Sobre la base de una interpretación extensiva de este fundamento jurídico, la Corte Interamericana ha reconocido su propia competencia para examinar tanto las leyes en vigor como las que están en gestación. Son tres las opiniones consultivas que han permitido a la Corte IDH pronunciarse en la materia (OC 4, 5 y 12). Según la Corte Interamericana, las leyes en vigor son tanto las normas con rango constitucional (OC 4, párr. 14) como las demás de rango inferior, o sea, “la normas de cualquier índole, de cualquier naturaleza”. Por tanto, el elenco es muy amplio.

Sabemos que hay mecanismos constitucionales internos que, *grosso modo*, permiten examinar la constitucionalidad de las leyes ya en vigor. Aquí hay un parentesco evidente entre el procedimiento del artículo 64, inciso 2, de la Convención Americana y los procesos de control *a posteriori* de las leyes activados por las autoridades políticas. Entre los procedimientos de control *a posteriori in abstracto*, se puede citar el artículo 98, inciso a) de la Constitución de Andorra,⁵ el artículo 140, inciso a), de la Constitución austriaca, el recurso de inconstitucionalidad del artículo 161, inciso 1-a) de la Constitución española,⁶ la acción directa de constitucionalidad prevista en el artículo 102, párr. 1-a) de la Constitución Federal de Brasil y el artículo 61, párrafo 2 de la Constitución francesa.⁷

Otro mecanismo procesal para cuestionar la constitucionalidad de las leyes radica en la posibilidad, por parte del llamado juez “ordinario”, de pedir el examen de la constitucionalidad de las leyes mediante el control *a posteriori in concreto*. Se trata del sistema procesal genéricamente llamado “cuestión de inconstitucionalidad”. Así como la consulta pre-judicial de

⁵ Dice lo siguiente: “Le Tribunal Constitutionnel connaît: a) des recours en inconstitutionnalité contre les lois, les décrets pris en vertu d’une délégation législative et le Règlement du Conseil General...” (“El Tribunal constitucional conoce: a) de los recursos de inconstitucionalidad contra las leyes, los decretos expedidos en virtud de una delegación legislativa y el Reglamento del Consell General...”).

⁶ Dice lo siguiente: “El Tribunal Constitucional tiene jurisdicción en todo el territorio español y es competente para conocer: 1. a) Del recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley. La declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de ley, interpretada por la jurisprudencia, afectará a ésta, si bien la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada”.

⁷ Dice lo siguiente: “Aux mêmes fins, les lois peuvent être déférées au Conseil constitutionnel, avant leur promulgation, par le Président de la République, le Premier ministre, le président de l’Assemblée nationale, le président du Sénat ou soixante députés ou soixante sénateurs” (“Para los mismos fines, las leyes pueden ser reenviadas al Consejo Constitucional, antes de su promulgación, por el Presidente de la República, el Primer Ministro, el Presidente de la Asamblea Nacional, el Presidente del Senado o sesenta diputados o sesenta senadores”).

constitucionalidad del artículo 428 de la Constitución ecuatoriana de 2008,⁸ de la cuestión del artículo 163 de la Constitución española,⁹ o del artículo 61-1 de la Constitución francesa, que ha permitido a este país acceder, por fin, al derecho común del neoconstitucionalismo. Aquí, el parentesco es menos evidente, ya que existe un litigio, un proceso a partir del cual la cuestión está activada...

Pronunciarse acerca de las leyes en gestación (OC 4, párr. 26), es también un elemento que permite hacer funcionar la analogía conceptual entre la Corte Interamericana y un tribunal constitucional. Sabemos, por ejemplo, que en Francia el control *a priori* de las leyes se pone en marcha después de la firma y antes de la promulgación de la ley. Se puede deducir de esta regla procesal que las leyes están todavía en gestación sin la promulgación oficial. De manera más significativa, se puede mencionar a la Constitución colombiana que prevé un control previo de los proyectos de leyes estatutarias (artículos 153, 241-8 de la Constitución de 1991 y artículo 39 y siguientes del Decreto 2067 de 1991).¹⁰

Se puede ver, claramente, que la analogía no está totalmente fuera de propósito: funciona bastante bien. No obstante, se tiene que reconocer, al mismo tiempo, que tiene unos cuantos límites.

B. *Los límites de la analogía*

La analogía tiene unos límites iniciales, si se advierte que el papel de la Corte IDH en el ámbito consultivo consiste en dar su punto de vista acerca de una norma interna (en gestación o no), sin tener ningún tipo de poder

⁸ Dice lo siguiente: “Cuando una jueza o juez, de oficio o a petición de parte, considere que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional, que en un plazo no mayor a cuarenta y cinco días, resolverá sobre la constitucionalidad de la norma. Si transcurrido el plazo previsto la Corte no se pronuncia, el perjudicado podrá interponer la acción correspondiente”.

⁹ Se lee así: “Cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la ley, que en ningún caso serán suspensivos”.

¹⁰ En este caso, el presidente del Congreso debe enviar una copia auténtica del proyecto de ley a la Corte Constitucional después de la aprobación del segundo debate y sólo después de la revisión favorable el proyecto puede ser enviado al Presidente de la República para sanción presidencial; de lo contrario, el proyecto será reenviado a la Cámara para su primer debate. Este control es obligatorio, *a priori*, integral y definitivo.

para proceder a la abrogación o anulación de esa norma si se revela contraria a la Convención. El poder de anulación o derogatorio sigue estando en manos de los poderes constituidos de los Estados miembros. Sabemos que esto no coincide con la práctica procesal común en el ámbito constitucional. Los actos declarados inconstitucionales son puestos fuera del ordenamiento jurídico, bien con efectos limitados al caso (efectos *inter partes*), que es la hipótesis de las consecuencias de la cuestión de constitucionalidad, o bien, con efectos generales (*erga omnes*) en el contexto de las declaraciones generales de inconstitucionalidad.

El segundo límite es más bien político en un sentido amplio. Lo que demuestra la jurisprudencia interamericana es que la Corte IDH no quiere ser “instrumentalizada” por los estados a través de su facultad consultiva; en este contexto, se ha negado a contestar a una opinión (OC 12) acerca de un proyecto de ley, en el marco del cual Costa Rica quería, de manera obvia, utilizar el mecanismo consultivo en una “pugna” constitucional interna. Esta capacidad de denegar permite claramente la objetivación del mecanismo consultivo. No se le puede encontrar en el ámbito interno, ya que los mecanismos de control de constitucionalidad —aún los mecanismos *a priori* e *in abstracto*, como en Francia— son una manifestación de las oposiciones políticas, binarias, entre los partidos más influyentes.

2. *La función contenciosa*

Sin embargo, la analogía sigue siendo interesante cuando se analiza la función contenciosa de la Corte Interamericana en aspectos particulares como el alcance del control (1.) y, sobre todo, los efectos del control implementado (2.). Veremos que son numerosos los elementos que hacen pensar en un control de constitucionalidad *a posteriori*.

A. *El alcance del control*

Si continuamos con la analogía, que consiste en asimilar el “*corpus iuris*” interamericano a una Constitución (o sea, a una carta constitucional), nos damos cuenta de que todas las normas “inferiores” (es decir, las de los Estados Parte) pueden ser y han sido controladas, tanto las normas con rango constitucional como las normas con jerarquía de ley.

a. El control de las normas con rango constitucional

El Caso de La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos vs. Chile),¹¹ famoso en el Hemisferio Sur, fue el primer caso juzgado por la Corte Interamericana en materia de censura previa. La prohibición de la película “La Última Tentación de Cristo” fue declarada contraria al artículo 13 de la Convención Americana, relativo a la libertad de expresión, señalando en esa ocasión que la existencia misma de una disposición constitucional (artículo 19.12 de la Constitución chilena de 1980) que autorizaba la censura previa era incompatible con la Convención Americana. Efectivamente, el párrafo 72 de la sentencia contra Chile es excepcional y demuestra que no hay ningún espacio normativo exento del control de la Corte Interamericana. Merece la pena presentarlo en su integralidad:

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

Ahora bien, la Corte Interamericana, después de constatar que el Estado violó el artículo 13 (libertad de expresión) y que de este modo no respetó los artículos 1, incisos 1 y 2, de la Convención Americana, se dirigió al Estado en la fase de determinación de las reparaciones y le instó a proceder en dos etapas. Así, bajo el ángulo del artículo 63, inciso 1, la Corte afirmó lo siguiente:

Respecto del artículo 13 de la Convención, la Corte considera que el Estado debe modificar su ordenamiento jurídico con el fin de suprimir la censura previa, para permitir la exhibición cinematográfica y la publicidad de la película “La Última Tentación de Cristo”, ya que está obligado a respetar el derecho a la libertad de expresión y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción. En relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención, las normas de derecho interno chileno que regulan la exhibición y publicidad de la producción cinematográfica todavía no han sido adaptadas a lo dispuesto por la Convención Americana en el sentido de que

¹¹ Corte IDH, *La Última Tentación de Cristo vs. Chile*, sentencia del 5 de febrero de 2001, fondo y reparaciones, párrs. 97-98.

no puede haber censura previa. Por ello el Estado continúa incumpliendo los deberes generales a que se refieren aquéllas disposiciones convencionales. En consecuencia, Chile debe adoptar las medidas apropiadas para reformar, en los términos del párrafo anterior, su ordenamiento jurídico interno de manera acorde al respeto y el goce del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión consagrado en la Convención.

El punto 4 del dispositivo impone a Chile modificar su derecho interno, o sea, ni más ni menos el artículo 19.12 de la Constitución chilena que consagraba el principio de la censura previa...

Las fórmulas son muy claras y no generan la menor duda en torno a su contenido y alcance. Es menester aquí recordar que esta sentencia no generó la menor resistencia en cuanto a su ejecución. Fue uno de los primeros casos considerados por la Corte Interamericana como definitivamente “cerrados”. En efecto, la Constitución chilena fue modificada para adaptarse al estándar convencional en materia de libertad de expresión...

b. El control de las normas con rango de ley

Las normas con rango de ley son las que, de manera rutinaria, caen bajo el escrutinio convencional. Más precisamente, podemos observar que este control de “derecho común” se asimila a un control *in concreto* de las normas con rango de ley. El sistema interamericano exige la presencia de víctimas que han padecido la aplicación de una norma que, al final del proceso interamericano, será objeto de examen. Sabemos también que la Corte Interamericana —merced a su poder pretoriano— ha desarrollado una jurisprudencia muy audaz que le ha permitido poner en marcha un control *in abstracto* de las leyes, sin que se halle condicionada por la aplicación concreta de la ley dentro del proceso. Aquí, surge la problemática de la inconvencionalidad *per se* de las leyes de amnistía que tienen como meta absolver “graves violaciones” de derecho internacional de los derechos humanos.¹² Su sola existencia vulnera la Convención Americana, en particular, su artículo 2o., que obliga a los Estados adaptar su derecho interno al estándar convencio-

¹² Para un estudio que desarrolla una perspectiva desde el derecho internacional penal, véase Estupiñán Silva, R., “Principios que rigen la responsabilidad internacional penal por crímenes internacionales”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XII, 2012, pp.133-173.

nal. Entre la opinión consultiva núm. 14¹³ y el Caso Suárez Rosero,¹⁴ confirmado magistralmente en el famoso caso Barrios Altos¹⁵ —y precisado en los importantes casos juzgados en el otoño del 2006 contra Chile y Perú, en los famosísimos casos Almonacid Arellano y La Cantuta¹⁶ y cuatro años después (en 2010 y 2011) contra Brasil y Uruguay, en los casos, tan célebres como los demás, Araguaia y Gelman—¹⁷ la evolución de la jurisprudencia interamericana sobre la cuestión de la inconventionalidad *per se* de algunas leyes —las que organizan la amnistía de los autores de violaciones masivas de los derechos humanos— es magistral. La Corte Interamericana ha fijado una jurisprudencia realmente extraordinaria, tanto desde el punto de vista de la lucha contra la impunidad como desde el de las modalidades del control. Dicha jurisprudencia tiene como consecuencia erradicar del ordenamiento jurídico interno toda ley que directa o indirectamente —ya sea que haya sido aprobada o no por el pueblo— decida dar preferencia al olvido en detrimento de la justicia.¹⁸ En este punto, es obvio que la Corte IDH actúa más como un tribunal constitucional que confronta una ley interna con los valores supremos del ordenamiento constitucional que no admiten ser derogados. En consecuencia, el vigor de la Corte Interamericana al declarar la inconventionalidad *per se* de las leyes de amnistía de graves violaciones de derechos humanos se asemeja a la capacidad de los tribunales constitucionales para invalidar (anulándolas en general) todo tipo de normas contrarias a la Constitución.

No obstante, observamos con obvia que una declaración de inconventionalidad no se puede equiparar a una invalidación como tal. En este aspecto, la diferencia en materia de poder de acción sigue siendo evidente.

¹³ Corte IDH, OC 14/94 de 9 de diciembre de 1994, “*Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención*” (artículos 1o. y 2o. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

¹⁴ Corte IDH, *Suárez Rosero vs. Ecuador*, sentencia del 12 de noviembre de 1997, Fondo.

¹⁵ Corte IDH, *Barrios Altos vs. Perú*, sentencia del 14 de marzo de 2001, Fondo.

¹⁶ Corte IDH, *Almonacid Arellano vs. Chile*, sentencia del 26 de septiembre de 2006, Fondo y reparaciones, y *La Cantuta vs. Perú*, sentencia del 29 de noviembre de 2006, Fondo y reparaciones.

¹⁷ Corte IDH, *Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*, sentencia del 24 de noviembre de 2010, Excepciones preliminares, Fondo y Reparaciones, y *Gelman vs. Uruguay*, sentencia del 24 de febrero de 2011, Fondo y Reparaciones.

¹⁸ Burgorgue-Larsen, L., “Le bannissement de l’impunité: décryptage de la politique jurisprudentielle de la Cour interaméricaine des droits de l’homme”, *Revue Trimestrielle des Droits de L’homme*, núm. 89, janvier 2012, pp. 3-42, publicado en español en Dreyzin de Klor, A. (dir.) y C. Harrington (coord.), *El derecho en movimiento. En Homenaje a Elena Highton*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2012, pp. 17-56.

La Corte de San José no tiene el poder de invalidación. Sin embargo, me gustaría ahora intentar demostrar que, en realidad, si observamos la práctica de ambos sistemas —la de los ordenamientos constitucionales al igual que la del ordenamiento convencional— hay un punto de inflexión que permite, de manera bastante evidente, hacer funcionar la asimilación en cuanto a los efectos del control.

B. *Los efectos del control*

Los sistemas jurídicos constitucionales, en su heterogeneidad, no tienen una visión única acerca de los efectos de las declaraciones de inconstitucionalidad. Sin embargo, por regla general una declaración de inconstitucionalidad tiene que desembocar sobre la anulación de la ley (o todo tipo de acto) inconstitucional.¹⁹ La práctica demuestra, por tanto, que ante las graves consecuencias de la anulación —sobre todo cuando tiene un efecto retroactivo en los casos de control *a posteriori* de inconstitucionalidad— muchos jueces constitucionales ponen en marcha la teoría de la interpretación conforme: no se anula la ley, pero se impone a los jueces nacionales interpretar la ley de manera conforme a la interpretación constitucional (e.g., esta práctica es muy común en Alemania).²⁰

Esta tendencia incontestable está presente en muchos países que disponen de un sistema concentrado de justicia constitucional. Se permite así mantener la vigencia la ley y modificar los errores de la producción nor-

¹⁹ No desarrollaremos aquí la temática de los efectos vinculantes de la sentencias constitucionales, en particular respecto del legislador. Sin embargo, es interesante tomar conocimiento del punto de vista minoritario, a lo menos en la doctrina española, de C. Viver Pi-Sunyer, según el cual el legislador puede apartarse de la jurisprudencia constitucional. Véase “Los efectos vinculantes de la sentencias del Tribunal constitucional sobre el legislador: ¿Puede éste reiterar preceptos legales que previamente han sido declarados inconstitucionales?”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 97, enero-abril 2013, pp. 13-44. Para un punto de vista comparado, a lo menos en los países europeos, hay que consultar los informes presentados durante la XV Conferencia de Tribunales Constitucionales Europeos, *La justice constitutionnelle. Fonctions et relations avec les autres autorités publiques*, Ed. R.A. Monitorul Oficial, 2011.

²⁰ Beguin, J.-C., *Le contrôle de constitutionnalité des lois en République Fédérale d'Allemagne*, París, Économica, 1982, p. 207; Zeidler, W., “The Federal Constitutional Court of the Federal Republic of Germany: Decisions on the Constitutionality of Legal Norms”, *Notre Dame Law Review*, vol. 62, 1982, pp. 501 y siguientes. Es una técnica muy común tanto en el ordenamiento de la Unión Europea como en el del sistema convencional europeo; ver los comentarios críticos de M. Luciani, “L’interprétation conforme et le dialogue des juges. Notes préliminaires”, *Le dialogue des juges. Mélanges en l’honneur du président Bruno Genevois*, París, Dalloz, 2009, pp. 695-707.

mativa, obligando al llamado juez “ordinario” a optar por una lectura *pro-constitutione*. Vamos a ver que el sistema interamericano ofrece mecanismos muy semejantes.

La saga judicial que ha permitido crear una obligación a cargo de los jueces nacionales se asemeja a un vals de tres tiempos. El primer tiempo se caracterizó por la aparición de la obligación del control de convencionalidad en 2006, en la sentencia *Almonacid Arellano*;²¹ el segundo tiempo consistió en precisar los contornos de esta obligación con la sentencia *Trabajadores Cesados del Congreso*²² de 2007 (que fue confirmada reiteradamente, en particular en las sentencias *Heliodoro Portugal*,²³ *Radilla Pacheco*,²⁴ entre otras).²⁵ El tercer tiempo consistió, ni más ni menos, en “teorizarla” en el marco del Caso *Carrera García y Montiel Flores* de 2010.²⁶

Esta doctrina ha sido objeto de una teorización excepcional por el juez *ad hoc* mexicano Eduardo Ferrer Mac-Gregor —constitucionalista reconocido— que fue designado por su gobierno para desempeñarse como juez *ad hoc* en el caso *Cabrera García y Montiel Flores*, del 26 de noviembre de 2010.²⁷ El juez *ad hoc* (en aquel entonces)²⁸ presenta con destreza y precisión el estado de cosas en las diferentes facetas del control de convencionalidad en América Latina, un tema que nutre hoy en día la literatura jurídica latinoamericana.²⁹ Tomando conocimiento del texto, el lector comprende

²¹ Corte IDH, *Almonacid Arellano vs. Chile*, sentencia del 26 de septiembre de 2006, Fondo y reparaciones.

²² Corte IDH, *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, sentencia del 30 de noviembre de 2007, Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.

²³ Corte IDH, *Heliodoro Portugal vs. Panamá*, sentencia del 12 de agosto de 2008, Excepciones preliminares, fondo y reparaciones.

²⁴ Corte IDH, *Radilla Pacheco vs. México*, sentencia del 23 de noviembre de 2009, Excepciones preliminares, fondo y reparaciones.

²⁵ Se encuentran también referencias al control de convencionalidad en las siguientes sentencias de la Corte IDH, *La Cantuta vs. Perú*, 29 de noviembre de 2006, Fondo y reparaciones; 20 de noviembre de 2007, *Boyce et al. vs. Barbados*, Excepciones preliminares, fondo y reparaciones.

²⁶ Corte IDH, *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, sentencia del 26 de noviembre de 2010, Excepciones preliminares, fondo y reparaciones.

²⁷ *Idem*.

²⁸ Ahora forma parte de la Corte IDH desde el 1o. de enero de 2013.

²⁹ Rey Cantor, E., *Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos*, México, Porrúa, 2008; García Ramírez, S., *Cuestiones jurídicas en la sociedad moderna*, México, Cuadernos del Seminario de Cultura Mexicana, 2009, p. 344; García Morelos, G., *El control judicial difuso de convencionalidad de los derechos humanos por los tribunales ordinarios en México*, México, Ubijus, 2010. Señalaremos igualmente los artículos del jurista argentino Néstor Pedro Sagüés, “Obligaciones internacionales y control de convencionalidad”, *Estudios constitucionales*, Santiago de

que estamos en presencia, ni más ni menos, de una teorización del control de convencionalidad que pretende servir de guía a cualquier juez nacional del continente.³⁰ Y, además, establecer una distinción entre el denominado control “concentrado” de convencionalidad —que se encuentra en manos de la Corte Interamericana, intérprete natural de la Convención Americana— y el que él denomina “control difuso” que, por su parte, se encuentra en manos de todos los jueces nacionales, los que deben actuar como “jueces convencionales de derecho común” desde el momento en que ellos deben resolver asuntos en los cuales es aplicable el derecho internacional. Consciente de las dificultades de aplicación de tal obligación respecto de la diversidad constitucional del continente y de la variedad de competencias de los jueces nacionales, Ferrer Mac-Gregor desarrolla las opciones posibles y

Chile, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, año 8, núm. 1, 2010, pp. 117 y siguientes; “Dificultades operativas del control de convencionalidad en el sistema interamericano”, *La Ley*, Buenos Aires, 11 de agosto de 2010, pp. 1-3; “El control de convencionalidad, en particular sobre las Constituciones nacionales”, *La Ley*, Buenos Aires 2009-B, p. 761; “El control de convencionalidad en el sistema interamericano y sus anticipos en el ámbito de los derechos económico-sociales. Concordancias y diferencias con el sistema europeo”, en Bogdandy, A. v. *et al.*, (coords.), *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales. Hacia un ius constitutionale commune en América Latina*, México, UNAM-Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2011, pp.381-417. Un análisis que pone en perspectiva las dificultades de tal tipo de control desde el punto de vista de la especificidad de un sistema constitucional preciso es el de K. Castilla, “El control de convencionalidad: un nuevo debate en México a partir de la sentencia del caso Radilla Pacheco”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XI, 2011, pp. 593-624; se podrían leer igualmente unos cuantos artículos que ponen de relieve los problemas de articulación entre control de constitucionalidad y de convencionalidad: Gelli M. A., “Cooperación, conflictos y tensiones entre la jurisdicción constitucional y la convencional”, en Capaldo, G. *et al.*, *Internacionalización del derecho constitucional, constitucionalización del derecho internacional*, Buenos Aires, Eudeba-Fundación Humboldt, 2012, pp. 413-424; Gullco, H. V., “Parecidos y diferencias entre el control de constitucionalidad y el de convencionalidad”, en *ibidem*, pp.425-435; Landa, C., “Jurisdicción constitucional y jurisdicción internacional: cooperación, conflictos y tensiones”, en *ibidem*, pp.437-449.

³⁰ Es revelador constatar que esta opinión separada ya estaba reproducida literalmente como un verdadero artículo de doctrina en varias revistas, ad exemplum, “Reflexiones sobre el control difuso de convencionalidad. A la luz del caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XLIV, núm. 131, mayo-agosto de 2011, pp. 917-967. Conviene señalar que el profesor Ferrer Mac-Gregor es un constitucionalista mexicano de renombre, dirige la *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional* que publica, desde hace ya varios años, análisis constitucionales sobre la temática de control de convencionalidad. Sus trabajos personales demuestran, por otra parte, que ya con anterioridad había abordado el tema, ad exemplum, Ferrer Mac Gregor, E., “El control difuso de convencionalidad en el Estado constitucional”, en Fix-Zamudio, H. y Valadés, D. (coords.), *Formación y perspectiva del Estado mexicano*, México, UNAM-El Colegio Nacional, 2010, pp. 151-188.

las sintetiza en el párrafo 41 de su opinión separada. Se trata de diferentes niveles de “intensidad” de este control. El primer grado de intensidad se caracteriza por la obligación de interpretación conforme del derecho nacional a la luz del conjunto del *corpus iuris* interamericano, tal como es interpretado por la Corte de San José. Aquí, la idea es la de interpretar el derecho nacional tomando en consideración especialmente el principio *pro homine*, el cual sabemos que es mencionado en el artículo 29 de la Convención. Si tal operación interpretativa no es posible, entonces el control de convencionalidad presenta una intensidad más fuerte, que será aplicada en función de las posibilidades ofrecidas a los jueces en cada sistema. Dos opciones son consideradas: la primera consiste en dejar de aplicar la norma nacional contraria en el caso en cuestión. La segunda, más radical, corresponde a declarar su invalidez en el orden jurídico; esta declaración de invalidez tendría un efecto *erga omnes*. Tal demostración de los contornos del oficio del juez nacional respecto del derecho convencional americano no tiene su equivalente, como tal, en el sistema de la Convención europea.³¹ En ningún momento el Tribunal de Estrasburgo ha elaborado de manera tan estructurada una teoría de este tipo que tenga por consecuencia enmarcar de manera explícita las competencias de las jurisdicciones nacionales.³² En cambio, es sintomático constatar que tal limitación procesal ha provenido del juez de la Unión, —i.e., del Tribunal de Luxemburgo— en el marco de un proceso que, aunque haya deseado dejar un margen de maniobra a las autoridades nacionales (sobre la base del famoso principio de la autonomía

³¹ Para una excelente síntesis del tema remitimos a Jimena Quesada, J-L., “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad”, en *Hacia la formación de un derecho constitucional europeo* (Congreso de la Asociación Española de Derecho Constitucional), Valencia, Tirant Lo Blanch, 2010, pp. 285-317. Igualmente, para un acercamiento al “interior” del tribunal, ver el artículo del juez polaco del Tribunal Europeo, L. Garlicki, “Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité”, en *La conscience des droits. Mélanges en l’honneur de Jean-Paul Costa*, París, Dalloz, 2011, pp. 271-280.

³² Lo que si se nota en la jurisprudencia reciente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) es la voluntad de inscribir, en su jurisprudencia, la importancia de ir mas allá del contenido del artículo 46 del Convenio Europeo (efecto declaratorio de sus sentencias y efecto inter partes). El caso *Fabris contra Francia* es sintomático en la materia (TEDH, Gran Sala, 7 de febrero de 2013; véase Burgorgue-Larsen, L., *AJDA*, “Crónica. Actualidad de la Convención europea-Enero-junio de 2013”, 23 de septiembre de 2013). Sobre la cuestión en general de la competencia del TEDH para vigilar la correcta ejecución de sus sentencias, Malinverni, G., “La compétence de la Cour pour surveiller l’exécution de ses propres arrêts”, *La Convention européenne des droits de l’homme, un instrument vivant/The European Convention on Human Rights: A Living Instrument, Mélanges en l’honneur de/Essays in Honour of Christos L. Rozakis*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 361-375.

institucional y procesal),³³ —y en el cual ciertos autores han podido ver una manifestación clásica del nuevo concepto “de moda”, aquel de la “identidad constitucional”, para no nombrarlo—,³⁴ ha participado en la consolidación de la influencia procesal del Tribunal de Justicia Europeo sobre el oficio de los jueces nacionales, especialmente para que los principios de primacía y de efecto directo sean en mayor medida respetados.

¿Qué tipo de conclusiones (provisionales) podemos hacer en este tema de la función contenciosa de la Corte Interamericana al equipararla con los sistemas de justicia constitucional? La primera es la omnipresencia y la importancia del principio de interpretación conforme. Este principio constituye la práctica constitucional más relevante: cuando es posible, los jueces constitucionales no declaran de manera rigurosa la inconstitucionalidad, más bien formulan una “interpretación correcta” de la ley que tendrá que ser seguida por los jueces ordinarios. La misma aplicación prevalece en el ordenamiento convencional interamericano: se exige de los jueces nacionales una interpretación de la ley interna que sea conforme a la Convención.

La segunda se refiere a la transformación de un límite en una obligación positiva. En efecto, la Corte IDH transforma su imposibilidad de obtener la inaplicación de una norma nacional inconvencional o la declaración de invalidez de ésta, en una obligación convencional puesta, firmemente, a cargo de los jueces nacionales. En consecuencia, podemos afirmar que, en alguna medida, los efectos de una declaración de inconvencionalidad son, aunque indirectamente, asimilables a los efectos de una resolución de inconstitucionalidad.

III. EL CONTROL DE LA DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS

En este aspecto la doctrina suele decir que los tribunales constitucionales asumen un papel de árbitro entre los poderes, transformándose en “garante” de los equilibrios democráticos al interior de los Estados Parte. La Corte Interamericana ejerce este papel de árbitro tanto en la distribución orgánica, transformándose en protectora del Estado de derecho (A), como en la llamada distribución territorial, aunque aquí, dada la especificidad del contencioso interamericano, la Corte mantiene el “pluralismo jurídico”

³³ CJCE, 7 de julio de 1981, *Rewe Handelsgesellschaft Nord mbH*, 158/80, Rec. 1981 p. 1805.

³⁴ Véase Burgorgue-Larsen, L. (dir.), *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, París, Pedone, 2011.

propio de ciertos estados que han consagrado un lugar fuera de lo común al “hecho indígena” (B).

1. *La distribución orgánica*

Asegurar la separación de los poderes supone la promoción del Estado de derecho. La promoción del Estado de derecho por parte de la Corte así como por la Comisión Interamericana es indiscutible.³⁵ Los dos órganos han utilizado para ello la Carta Democrática Interamericana adoptada el 11 de septiembre de 2001 y, en particular el artículo 4.2, dada su importancia en la materia: “La subordinación constitucional de todas las instituciones del Estado a la autoridad civil legalmente constituida y el respeto al Estado de derecho de todas las entidades y sectores de la sociedad son igualmente fundamentales para la democracia”. Construir un verdadero Estado democrático de derecho exige el respeto del principio de separación de los poderes y, en este aspecto, la jurisprudencia interamericana es ejemplar. Sabemos que la acumulación de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial en las mismas manos constituye la definición de la tiranía.³⁶

Es muy interesante constatar, en este contexto, que a pesar de la ausencia del principio de la separación de los poderes, tanto en la Declaración como en la Convención Americanas, tal principio ha sido afirmado de manera tajante por la Corte IDH, que le ha dado una fuerza vinculante clave, capaz de concederle competencia para controlar los actos del poder ejecutivo y, por ende, de mantener el equilibrio entre los tres poderes.

Se puede afirmar que los principios elementales de tal jurisprudencia empezaron a estructurarse con fuerza en la famosísima sentencia “Tribunal Constitucional contra Perú”, del 31 de enero de 2001, a través de la cual la Corte Interamericana ha dado un alcance excepcional al artículo 8 de la Convención, sometiendo a todas las instancias estatales a un control estricto y afirmando, por ende, un escrutinio muy riguroso de los sistemas judiciales nacionales. Así, tanto en unos cuantos casos venezolanos (independencia del poder judicial),³⁷ mexicanos (problemática de la jurisdicción militar),³⁸ o

³⁵ Véase al respecto la tesis de A. Úbeda de Torres, *Las relaciones entre democracia y derechos humanos en los sistemas europeo e interamericano de protección de los derechos humanos*, Madrid, Reus, 2007.

³⁶ Madison, *El Federalista*, núm. 84.

³⁷ Ad. ex. Corte IDH, *Chocrón Chocrón vs. Venezuela*, sentencia del 10. de julio de 2011, Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas.

³⁸ Ad ex., Corte IDH, *Fernández Ortega y otros vs. México*, sentencia del 30 de agosto de 2010, Excepciones preliminares, fondo y reparaciones, párr. 234; *Rosendo Cantú y otros vs.*

brasileños (papel del Supremo Tribunal Federal en la puesta en marcha del control de convencionalidad),³⁹ se constató la fuerza del control convencional en relación con el poder judicial de los estados, lo que es, al fin al cabo, una manera de dar vida al Estado de derecho y hacerlo efectivo.

2. *La distribución territorial*

Asegurar las peculiaridades constitucionales que otorgan a las comunidades indígenas una autonomía política es la manera que la Corte Interamericana ha adoptado para consagrar “el pluralismo jurídico” en sociedades multiculturales.⁴⁰ Así, se podría equiparar el multiculturalismo al federalismo y, por ende, a la función de distribución territorial que tienen muchos tribunales constitucionales de estados federales, regionales o — usando una expresión doctrinal— de todo tipo de Estado “compuesto”, ya que los equilibrios que se tienen que encontrar funcionan con los mismos principios: asegurar la diversidad sin olvidar la coherencia y la unidad.

A. *El hecho diferencial indígena “constitucionalizado”*

El particularismo indígena ha terminado por ser “constitucionalizado”, a pesar de que la tradición constitucional en el Hemisferio Sur ha sido más bien Estado-céntrica y ha girado en torno al principio —por largo tiempo erigido en dogma— de la “unidad nacional”, hermética a todo tipo de diferenciación. Numerosas reformas constitucionales iniciadas en los años ochenta empezaron a tomar en consideración la especificidad cultural y lingüística de los pueblos indígenas existentes sobre los territorios de los es-

México, sentencia del 31 de agosto de 2010, Excepciones preliminares, fondo y reparaciones, párr. 219; *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, sentencia del 26 de noviembre de 2010, Excepciones preliminares, fondo y reparaciones, párr. 225.

³⁹ Corte IDH, *Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*, sentencia del 24 de noviembre de 2010, Excepciones preliminares, fondo y reparaciones.

⁴⁰ Para un debate reciente acerca del multiculturalismo en las sociedades latinoamericanas, véase el Simposio “Pluralismo jurídico y derechos humanos”, con contribuciones de Alexei Julio-Estrada, José Antonio Rivera Santivañez, Neus Torbisco, Aresio Valiente, Raquel Z. Irigoyen, en *Anuario de Derechos Humanos*, Santiago de Chile, núm. 9, 2013, pp. 62-85. También Berraondo, M. (dir.), *Pueblos indígenas y derechos humanos*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2006.

tados concernidos, al mismo tiempo que algunas de ellas llegaban incluso a reconocerles derechos específicos.⁴¹

La Constitución Política de la República Bolivariana de Venezuela de 1999 es emblemática en la materia: además de reconocer los derechos “originarios” de los pueblos indígenas sobre sus tierras (artículo 119), crea una “jurisdicción especial indígena” como modo alternativo de justicia (artículo 260).⁴² Otros ejemplos interesantes, en este sentido, pueden encontrarse en la Constitución Política de la República de Colombia de 1991, que otorgó a los miembros de los pueblos indígenas una circunscripción especial en lo legislativo, conforme a sus modos de participación tradicional (artículo 171); estableció una jurisdicción especial indígena a cargo de las autoridades tradicionales y conforme a la justicia consuetudinaria indígena (artículo 246); reconoció los territorios indígenas como entidades territoriales autónomas (artículo 286, 329); institucionalizó el gobierno indígena sobre sus territorios conforme a su propio derecho (artículo 330), y reconoció los derechos especiales de otros pueblos tribales, como las comunidades raizales del archipiélago de San Andrés y Providencia (artículo 310) y las comunidades negras tradicionales (artículo 55 transitorio).⁴³ En el mismo sentido, en Ecuador, por mandato del artículo 171 de la Constitución de 2008, las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, tienen la potestad para ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, en un marco de garantía de participación y decisión de las mujeres y siempre que sus normas o procedimientos no sean contrarios a la Constitución.

El “pluralismo jurídico” —que para la doctrina latinoamericana hace referencia a la coexistencia de varios sistemas normativos en el marco de un mismo campo social— se tomó el campo constitucional latinoamericano. Dicho esto, conviene, sin embargo, mencionar que no todos los países latinoamericanos en cuyo territorio habitan comunidades indígenas han constitucionalizado el “hecho indígena” y, aquellos que lo han hecho están lejos de ser ejemplares respecto de sus propias reglas. En este contexto, la protección de los pueblos indígenas ha sido un caballo de batalla de la Corte

⁴¹ Iturralde, D. A., “Reclamo y reconocimiento del derecho indígena en América latina: logros, límites y perspectivas”, *Revista IIDH*, San José, núm. 41, 2005, pp. 17-47.

⁴² Colmeras Olívar, R., “El derecho consuetudinario indígena en Venezuela: balance y perspectivas”, *Revista IIDH*, San José de Costa Rica, núm. 41, 2005, pp. 83-118.

⁴³ Agradezco a Rosmerlin Estupiñán Silva por haberme sensibilizado al “hecho indígena” en el sistema constitucional colombiano.

Interamericana y, de forma más amplia de la OEA, que creó en 1997 una Relatoría para su protección en el seno de la Comisión Interamericana.⁴⁴

B. *La jurisprudencia “indigenista” de la Corte*

De hecho, la Corte Interamericana ha debido pronunciarse en casos que conciernen no sólo los límites territoriales de las tierras indígenas,⁴⁵ sino también sobre el reconocimiento en sí de sus títulos de propiedad, con motivo de las políticas de desplazamiento forzado⁴⁶ o incluso de persecución y masacre de las comunidades indígenas en el marco de una política genocida.⁴⁷ En el asunto de la Comunidad Mayagna Awas Tingni,⁴⁸ la Corte Interamericana ha hecho historia, trayendo por primera vez a la luz del universo de la jurisprudencia internacional un tema engorroso, si bien quizás la situación planteada ante la Corte reviste un carácter menos trágico que en otras ocasiones. No nos llamemos a equívocos. Nicaragua, uno de los estados de Centroamérica con mayor diversidad de comunidades indígenas, posee una Constitución en la que los pueblos indígenas no sólo son reconocidos por el Estado, sino que además, en su artículo 5, establece que éstos

gozan de los derechos, deberes y garantías consignados en la Constitución, y en especial los de mantener y desarrollar su identidad y cultura, tener sus propias formas de organización social y administrar sus asuntos locales; así como mantener las formas comunales de propiedad de sus tierras y el goce, uso y disfrute de las mismas, todo de conformidad con la ley. Para las comunidades de la Costa Atlántica se establece el régimen de autonomía en la presente Constitución.

⁴⁴ El reconocimiento de su riqueza cultural y lingüística, la concienciación progresiva en cuanto a la necesidad de la protección de sus necesidades básicas propias, el derecho de acceso a las reparaciones son, entre otros, los elementos que han ido despertando poco a poco de su letargo jurídico, pero que están aún lejos de conllevar un respeto generalizado.

⁴⁵ Salmón, E. *Los pueblos indígenas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: estándares en torno a su protección y promoción*, Lima, GTZ, 2010.

⁴⁶ Corte IDH, *Comunidad Yakye Axa vs. Paraguay*, sentencia del 17 de junio de 2005, Fondo y reparaciones.

⁴⁷ Corte IDH, *Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*, sentencia del 29 de abril de 2004, (Fondo); *Comunidad Moiwana vs. Surinam*, sentencia del 15 de junio de 2005, Fondo y reparaciones.

⁴⁸ Corte IDH, *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni c. Nicaragua*, sentencia del 31 de agosto de 2001, Fondo y reparaciones.

A pesar de ello, las autoridades nacionales otorgaron una concesión a una compañía forestal en las tierras ancestrales de la comunidad Mayagna, compuesta por 130 personas, aproximadamente.

Los atentados contra los derechos colectivos de los pueblos indígenas sobre sus tierras han dado lugar a uno de los elementos más audaces de la protección puesta en práctica en el sistema interamericano. La Corte, pionera, ha estado acompañada por los pronunciamientos del Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que ha protegido también el “derecho a las tierras ancestrales” de los pueblos indígenas gracias a la combinación de los artículos 1.2 (principio de libre determinación de los pueblos) y 27 (derecho de las minorías) del citado Pacto.⁴⁹ Descartando que el derecho de propiedad se corresponda únicamente con las concepciones más tradicionales de la noción, la Corte toma en cuenta su “significado colectivo”, para interpretar los derechos de uso y disfrute de los bienes de la forma más acorde con la especificidad cultural de cada pueblo.⁵⁰ La relación entre los indígenas y sus tierras se inscribe en una dimensión intertemporal,⁵¹ ya que su título proviene de un pasado muy lejano y está destinado a las generaciones futuras.

En este contexto —en el cual ha tomado las riendas para supervisar la buena puesta en marcha de numerosas disposiciones constitucionales en materia de “pluralismo jurídico”— era natural que la Corte se pronunciara al fin y al cabo acerca de los derechos políticos (artículo 23) de las comunidades indígenas, más peculiarmente sobre el derecho a la participación política en procesos de elección de autoridades. Así, el Tribunal ha señalado que los miembros de pueblos indígenas y tribales deben poder integrarse a las instituciones y órganos estatales, y participar de manera directa y proporcional a su población en la dirección de los asuntos públicos. De esta manera, no se puede exigir su participación política a través de partidos políticos, ya que se trata de una forma de organización que no les es propia. Ello supone que puedan participar “desde sus propias instituciones y de acuerdo a sus valores, usos, costumbres y formas de organización”.⁵² Por otro lado,

⁴⁹ Sobre todo en lo que concierne a los derechos en Chile de los Mapuches, Huilliches, Rapas, Aymaras y Atacameños (Comité DH, 15 de marzo de 2007, Chile, CCPR/C/CHL/CO/5/CRP1).

⁵⁰ Corte IDH, *Comunidad indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*, sentencia del 29 de marzo de 2006, Fondo y reparaciones, párr. 120.

⁵¹ Según la expresión utilizada por los jueces Cançado Trindade, Pacheco Gómez y Abreu Burelli en Corte IDH, *Mayagna Tingni vs. Nicaragua*, voto concordante, párrs. 8 y 9.

⁵² Corte IDH, *Yatama vs. Nicaragua*, sentencia del 23 de junio de 2005, Excepciones preliminares, fondo y reparaciones, párrs. 194-195, 201-202, 218-219, 220, 223-226.

la Corte ha declarado la responsabilidad del Estado por violación a los derechos políticos, al verificar que una comunidad indígena quedó privada de la representación de uno de sus líderes,⁵³ impidiendo así el acceso al ejercicio pleno de la participación directa de éste en las estructuras del Estado, donde “la representación de grupos en situaciones de desigualdad resultaba ser un prerequisite necesario para la realización de aspectos fundamentales como la inclusión, la autodeterminación y el desarrollo de las comunidades indígenas dentro de un Estado plural y democrático”.⁵⁴

IV. EL CONTROL DE LA PROTECCIÓN EFECTIVA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Quizás el elemento más pertinente en la materia para considerar que la Corte Interamericana actúa como tribunal constitucional es que su tarea principal, cuando no exclusiva, consiste en interpretar y aplicar los derechos fundamentales protegidos por la Convención Americana y los demás tratados bajo su competencia. Se trata de un “bloque de convencionalidad” que se tiene que interpretar de modo similar al famoso “bloque de constitucionalidad” que muchos ordenamientos constitucionales conocen, aunque con diferencias históricas y, por ende, de contenido y manejo. Los estudios que se pueden encontrar en la bibliografía científica y que han equiparado al TEDH con un tribunal constitucional, insisten todos, sin excepción, sobre este aspecto, el más obvio. Los catálogos de derechos son relativamente similares y la función en este contexto de los tribunales es equivalente: salvaguardar los derechos de los seres humanos.

Sin embargo, debemos advertir inmediatamente que hay un elemento técnico que no se puede evacuar y que otorga a esta afirmación una dimensión ligeramente atenuada. Hoy en día, sabemos todos que la jurisdicción de la Corte IDH sigue siendo facultativa y que no es obligatoria, a tal punto que dos Estados (Trinidad y Tobago en 1998 y Venezuela en 2012) han denunciado la competencia de la Corte IDH como consecuencia de la denuncia de la Convención Americana. El hecho de que la jurisdicción de la Corte Interamericana no sea (todavía) obligatoria es un elemento negativo

⁵³ Corte IDH, *Chitay Nech y otros vs. Guatemala*, sentencia del 25 de mayo de 2010, Excepciones preliminares, fondo y reparaciones, párr. 108.

⁵⁴ *Ibidem*, párr. 113.

que demuestra las dificultades de una comparación “técnica”, cuando cada uno de los elementos procesales se analizan uno después de otro...⁵⁵

Con esta salvedad, si tomamos en consideración lo que está haciendo la Corte Interamericana con los Estados Parte, es evidente que su tarea en materia de interpretación de los derechos protegidos en el “bloque de convencionalidad” es, ni más ni menos, una función constitucional y que pone en marcha merced a técnicas interpretativas equivalentes. En ese sentido, pondré en evidencia dos elementos: el recurso a una técnicas de interpretación “abierta” de los derechos protegidos (A), y el uso del principio de proporcionalidad (B).

1. *El recurso a la “interpretación abierta”*

Tanto la Corte Interamericana como muchos tribunales constitucionales —esencialmente latinoamericanos— están “abiertos” al derecho “ajeno”, o más peculiarmente, al derecho internacional de los derechos humanos (en adelante DIDH) para interpretar su texto de referencia (la Convención Americana, la primera, y sus constituciones los segundos). Las últimas lo son merced a una multiplicidad de “cláusulas de interpretación” que les permiten referirse al DIDH como instrumento de interpretación de los textos constitucionales cuando éstos otorgan una protección menos favorable que los instrumentos internacionales. La interconexión, la interrelación entre los sistemas constitucionales y el derecho internacional de los derechos humanos es ya una realidad. El enlace sistémico pasa, en América Latina, por la presencia de “cláusulas-puente” que permiten la “apertura” de los sistemas nacionales a lo que proviene de la esfera internacional. En este sentido, se puede hablar apoyándose en los estudios de Mariela Morales Antoniazzi, de “estatalidad abierta”⁵⁶ (1). En cuanto a la Corte Intera-

⁵⁵ No podemos desconocer este elemento. En efecto, un elemento clave puesto en evidencia por Alec Stone Sweet para la equiparación del TEDH con un tribunal constitucional es justamente la jurisdicción obligatoria de este último. Como lo hemos señalado en la introducción, este elemento asociado al del acceso como tal a la jurisdicción internacional, más el de su legitimidad, podrán ser, en el futuro, objeto de desarrollos extensos.

⁵⁶ Se inspira en la materia de una fórmula típica de la dogmática alemana creada por K. Vogel. Para un muy pormenorizado y convincente análisis, véase Morales Antoniazzi, M., “La doble estatalidad abierta: interamericanización y mercosurización de las Constituciones suramericanas”, *Estudios Avanzados de Derechos Humanos*, São Paulo, Elsevier, 2013, pp. 178-227. Esta característica del constitucionalismo latinoamericano tendría que ser más conocida fuera de las fronteras de las Américas. Es una indudable plusvalía del constitucionalismo latinoamericano si lo comparamos con el europeo o el “occidental” entendido en un sentido amplio.

mericana, sabemos que el artículo 29 b) —al postular la importancia del principio *pro homine*—⁵⁷ induce el recurso a múltiples fuentes ajenas para interpretar la Convención Americana como un “instrumento vivo”⁵⁸ (2). El resultado de este proceso interpretativo es semejante: tanto la Convención como las constituciones nacionales se quedan “*in*”, jamás fuera de la realidad socio-política de las sociedades contemporáneas.

A. La “interpretación abierta” constitucional

Si bien algunas constituciones europeas toman en cuenta, *expressis verbis*, el derecho internacional de los derechos humanos como parámetro interpretativo de los derechos fundamentales constitucionales —basta con mencionar las importantes “cláusulas de interpretación” española (10, inciso 2, de la Constitución de 1978),⁵⁹ rumana (artículo 20, inciso 1, de la Constitución de 1991)⁶⁰ y portuguesa (artículo 16, inciso 2, de la Constitución de 1976),⁶¹ así como las secciones 2 (1) y 3 de la *Human Rights Act* de Gran

⁵⁷ Pinto, M., “El principio *pro homine*. Criterios de la hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, en *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, Ediciones del Puerto, 1997, pp. 163-171. Mónica Pinto lo define de esta manera: “El principio *pro homine* es un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre”.

⁵⁸ Corte IDH, *Villagrán Morales y otros vs. Guatemala*, sentencia del 19 de noviembre de 1999, Fondo, párr. 193; *Hermanos Paquiyauri vs. Perú*, sentencia del 8 de julio 2004, párr. 165.

⁵⁹ El artículo 10, inciso 2 dispone lo siguiente: “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

⁶⁰ El artículo 20, inciso 1, que se intitula (en su versión francesa) “Les traités internationaux portant sur les droits de l’homme”, dice: “Les dispositions constitutionnelles relatives aux droits et libertés des citoyens seront interprétées et appliquées en concordance avec la Déclaration universelle des droits de l’homme, avec les pactes et les autres traités auxquels la Roumanie est partie” (“Las disposiciones constitucionales relativas a los derechos y libertades de los ciudadanos serán interpretadas y aplicadas en concordancia con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, con los Pactos y los otros tratados de los cuales Rumania sea parte”).

⁶¹ El artículo 16 que se intitula “La extensión de los derechos”, expresa: “1. Los derechos fundamentales consagrados en la Constitución no excluyen cualesquiera otros que resulten de las leyes y de las normas aplicables de derecho internacional. 2. Los preceptos constitucio-

Bretaña,—⁶² no se puede decir que en Europa haya sido atribuido un lugar *ad hoc* a los tratados internacionales de derechos humanos en la jerarquía de las normas,⁶³ con la excepción (notable) de la Constitución de Bosnia-Herzegovina.⁶⁴ Se sabe que en dicho Estado “la internacionalización ha

nales y legales relativos a los derechos fundamentales deberán ser interpretados en armonía con la Declaración Universal de los Derechos del Hombre”.

⁶² Sobre la *Human Rights Act* y el sistema británico de protección de las libertades, se reenvía aquí a la notable tesis de Aurelie Duffy que llena una laguna de la doctrina francesa, todavía muy alejada del análisis de los sistemas de common law. Véase *La protection des droits et libertés au Royaume-Uni*, prefacio de G. Scoffoni et “Avant-propos” de J. Jowell, París, LGDJ-La Fondation Varenne, 2007. La HRA no otorga (ciertos juristas continentales podrían incluso agregar “todavía no”) a los tribunales británicos, incluso a la House of Lords, la posibilidad de invalidar leyes. Este elemento constituye todavía, y sin duda por largo tiempo, una diferencia radical entre el sistema constitucional británico — que todavía consagra la soberanía parlamentaria— y los sistemas constitucionales continentales. Sin embargo, los procedimientos instituidos por esta importante legislación, erigida al rango de “ley constitucional” en el importante caso *Thoburn vs. Sutherland City Council* [2002] EWHC 195, [2002] 3 WLR 247, se acercan en ciertos aspectos a los sistemas constitucionales de interpretación de los derechos fundamentales español, portugués o incluso rumano aplicando una obligación de interpretación, semejante a una “toma en cuenta” privilegiada. Si las cláusulas británicas de interpretación conforme (sección 3) y de “toma en consideración” del *corpus* convencional (sección 2(1)) no mencionan los tratados internacionales de derechos humanos en su conjunto —ya que están centradas en la sola Convención Europea y sus protocolos, mientras que los otros países (España, Rumania, Portugal) han llegado incluso a mencionar textos de *soft law*—, no es menos cierto que la lógica de la obligación es la misma. El juez debe hacer todo lo posible por interpretar el catálogo constitucional de derechos de acuerdo con el catálogo convencional de la misma manera como es interpretado por el juez de Estrasburgo.

⁶³ Es incluso lo contrario, si juzgamos a la luz de las reformas recientes en los Países Bajos, en Luxemburgo y, *last but not least*, Francia, en el marco de la implementación de la QPC. La intención de los constituyentes de estos tres países está presidida, *grosso modo*, por la misma obsesión: reubicar a la Constitución (y, por tanto, a los derechos constitucionales) en el centro de la vida política y jurisdiccional. Estos procesos, en esta época de internacionalización del derecho, son sorprendentes y marcan una desconfianza clara respecto de los derechos fundamentales tal como son reconocidos por los tratados internacionales de protección de los derechos humanos. Véase Thomassen, W., “La Constitution néerlandaise et les droits de l’homme”, *La conscience des droits. Mélanges en l’honneur de Jean-Paul Costa*, París, Dalloz, 2011, pp. 627-634.

⁶⁴ Grewe, C., “Le contrôle de constitutionnalité des lois en Bosnie-Herzégovine”, *Cahiers du Conseil constitutionnel*, núm. 27, 2009, p. 33: “On sait que sa Constitution forme l’annexe 4 des Accords de Dayton, signés à Paris le 14 décembre 1995, pour mettre un terme à la guerre en ex-Yougoslavie. Ce texte très court, assorti cependant de onze annexes, se présente à la fois comme un armistice, un traité de paix ainsi qu’un règlement durable tant des institutions internes que des relations internationales” (“Se sabe que su Constitución integra el Anexo 4 de los Acuerdos de Dayton, firmados en París el 14 de diciembre de 1995, para poner fin a la guerra en la ex Yugoslavia. Este texto, muy breve, aunque acompañado de once anexos, se presenta a la vez como un armisticio, un tratado de paz, así como reglamentación duradera tanto de las instituciones internas como de las relaciones internacionales”).

parecido constituir el instrumento más eficaz para restablecer la paz y reconstruir el Estado”.⁶⁵ En este contexto, “el artículo II.2 de la Constitución hace la Convención directamente aplicable, incluso antes de la ratificación de la Convención Europea de Derechos Humanos por Bosnia-Herzegovina (.../...). La Constitución bosnia concibe esta aplicabilidad directa precisando que la Convención y sus Protocolos ‘priman sobre toda otra ley’ (‘priority over all other law’).”⁶⁶ Lo que constituye una excepción para el continente europeo⁶⁷ simplemente es la regla en América Latina. Así, cuando se menciona el fenómeno de la internacionalización de las constituciones nacionales, se hace referencia, por regla general, al lugar que toma el derecho internacional de los derechos humanos en su seno y no esencialmente, como en Europa, a la comprensión del fenómeno integrador.

Este proceso se ha extendido en América Latina y se explica muy fácilmente. Una vez recuperada la democracia a principios de los años ochenta, era imperativo dar vuelta a la página de los regímenes autoritarios de los años sesenta y setenta que habían ubicado el continente a la cabeza de la ingeniería de lo macabro (desapariciones forzadas, ejecuciones sumarias, terrorismo de Estado transfronterizo encarnado por el funesto “Plan Cóndor”, etcétera). En tal contexto, el derecho internacional de los derechos humanos surgió como la encarnación jurídica de los valores democráticos basados sobre el respeto irreductible de la dignidad de la persona humana. Así, adoptar las constituciones modernas consistió —además de establecer jurisdicciones constitucionales y supremas a cargo de la protección de los derechos fundamentales—⁶⁸ en situar el derecho internacional de los derechos

⁶⁵ Grewe, *op. ult. cit.*, p. 35: “D’où la présence de juges internationaux dans une Cour constitutionnelle, la création d’une Chambre des droits de l’homme, la surveillance des institutions par le Haut Représentant et les références multiples, dans les Accords de Dayton ainsi que dans l’annexe 4, aux instruments internationaux, surtout ceux en matière de droits de l’homme” (“De ahí la presencia de jueces internacionales en un tribunal constitucional, la creación de una Sala de los Derechos Humanos, la vigilancia de las instituciones por el Alto Comisionado y las múltiples referencias, en los Acuerdos de Dayton, así como en el Anexo 4, a los instrumentos internacionales, sobre todo en materia de derechos humanos”).

⁶⁶ *Idem.*

⁶⁷ Podríamos matizar esta aseveración tratándose de ciertas constituciones de las nuevas democracias en el este del continente. Sin embargo, si algunas son bastante abiertas a la “cosa internacional” (ad exemplum, los artículos 90. y 87 de la Constitución polaca de 1997), otras, a la inversa, han magnificado la soberanía largo tiempo reprimida. Las constituciones de los países bálticos son significativas a este respecto.

⁶⁸ Recordemos que América Latina fue vanguardista, ya que el recurso de amparo fue inventado en el siglo XIX en México. Sin duda, hoy en día, hay en el continente tribunales constitucionales líderes, uno de ellos es la Corte Constitucional de Colombia, conocida por su ingeniería jurídica y la calidad de sus decisiones.

humanos en lugares privilegiados en la jerarquía de normas,⁶⁹ pero también en organizar el hecho que dicho derecho pudiera primar, bajo ciertas circunstancias, sobre el derecho interno, incluso el derecho constitucional (mediante cláusulas llamadas de “prevalencia”)⁷⁰ y, por supuesto, en erigirlo en referente interpretativo de los derechos fundamentales constitucionales mediante “cláusulas de interpretación”, como por ejemplo en Colombia,⁷¹ en Perú,⁷² en Haití⁷³ o incluso, más recientemente, en la República Dominicana⁷⁴ y en México.⁷⁵ Si ciertos ordenamientos jurídicos han optado por estas soluciones de manera alternativa, otros, en cambio, las han acumulado.

⁶⁹ En Argentina, mientras que los tratados internacionales “clásicos” tienen un simple valor supralegal e infraconstitucional, se le atribuye *expressis verbis* un valor constitucional a los tratados internacionales de protección de los derechos humanos (artículo 75, inciso 22, de la Constitución de 1994).

⁷⁰ Las cláusulas de “primacía” (primacy clause) establecen que los tratados internacionales ratificados por los estados forman parte del orden jurídico interno y que en caso de conflicto entre el derecho nacional y los tratados internacionales, priman estos últimos. La expresión y la definición es de M. E. Góngora Mera, *Inter-American Judicial Constitutionalism. On the Constitutional Rank of Human Rights Treaties in Latin America through National and Inter-American Adjudication*, San José, IIDH, 2011, p. 91.

⁷¹ El artículo 93 de la Constitución colombiana del 4 de julio de 1991 dispone: “Los deberes y derechos consagrados en esta Carta se interpretarán en conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”.

⁷² La 4a. disposición transitoria de la Constitución peruana del 29 de diciembre de 1993 agrega la Declaración Universal: “Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”.

⁷³ Es sólo a la Declaración Universal que hace referencia el artículo 19 de la Constitución haitiana del 10 de marzo de 1987: “L’État a l’impérieuse obligation de garantir le Droit à la Vie, à la Santé, au Respect de la Personne Humaine, à tous les Citoyens sans distinction, conformément à la Déclaration Universelle des Droits de l’Homme” (“El Estado tiene la imperiosa obligación de garantizar el derecho a la vida, a la salud, al respeto de la persona humana, a todos los ciudadanos sin distinción, conforme a la Declaración Universal de los Derechos del Hombre”).

⁷⁴ El artículo 74, inciso 4 de la nueva Constitución de la República Dominicana del 26 de enero de 2010 establece lo siguiente: “Los poderes públicos interpretan y aplican las normas relativas a los derechos fundamentales y sus garantías, en el sentido más favorable a la persona titular de los mismos y, en caso de conflicto entre derechos fundamentales, procurarán armonizar los bienes e intereses protegidos por esta Constitución”.

⁷⁵ Luego de la reforma constitucional de junio de 2011, el nuevo tenor del artículo primero es el siguiente: “En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en 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 los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.”

Por ello, allí donde el constituyente ha acordado no solamente un valor supraconstitucional a los tratados internacionales de derechos humanos, sino que, además, ha previsto que los derechos fundamentales constitucionales sean interpretados a la luz del *corpus juris* en la materia, se puede suponer válidamente que el grado de adhesión al estándar establecido en el nivel internacional será importante. Es el caso hoy en día de Bolivia y Ecuador.⁷⁶

Esta “especificidad” totalmente ejemplar del derecho internacional de los derechos humanos es el mayor rasgo característico del constitucionalismo latinoamericano;⁷⁷ sólo algunos países permanecen al margen de este vasto movimiento, como es el caso de la más grande potencia económica y política del continente —por no decir del nuevo mundo emergente— Brasil, celoso de su poder soberano.⁷⁸

Las normas relativas a derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

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”.

⁷⁶ Se destacará aquí el caso de la reciente Constitución boliviana del 25 de enero de 2009, que reconoce valor supraconstitucional a los tratados internacionales de protección de los derechos humanos —que hayan sido firmados o ratificados por Bolivia o a los cuales el Estado se haya adherido— y que acuerden una protección más favorable que las normas internas, particularmente las constitucionales (artículo 256.I). Igualmente, la Constitución prevé también una “cláusula de interpretación” de los derechos constitucionales a la luz de los derechos reconocidos por los tratados internacionales cuando ellos “prevén normas más favorables” (artículo 256.II). Los textos originales son reproducidos a continuación: Artículo 256.I: “Los tratados e instrumentos internacionales de derechos humanos que hayan sido firmados, ratificados o a los que se hubiera adherido el Estado, que declaren derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, se aplicarán de manera preferente sobre ésta”; Artículo 256.II: “Los derechos reconocidos en la Constitución serán interpretados de acuerdo a los tratados internacionales de derechos humanos cuando éstos prevean normas más favorables”.

Igualmente, el caso ecuatoriano es interesante, ya que la Constitución del 20 de octubre de 2008 concede a los tratados internacionales de protección de los derechos un valor supraconstitucional (artículo 424, segunda frase) y prevé una “cláusula de apertura” (artículo 417): “Los tratados internacionales ratificados por el Ecuador se sujetarán a los establecido en la Constitución. En el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios pro ser humano, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución”.

⁷⁷ Brewer-Carías, A. R., *Constitutional Protection of Human Rights in Latin America. A Comparative Study of Amparo Proceedings*, Nueva York, Cambridge University Press, 2009.

⁷⁸ Brasil es celoso de su soberanía política, jurídica y económica. Eso repercute a nivel de la Constitución y de la interpretación de la misma por parte del Tribunal Supremo Federal,

La Corte Interamericana, desde los comienzos de su actividad, ha desarrollado el mismo tipo de interpretación abierta, merced al famosísimo artículo 29, inciso b) de la Convención Americana.

B. La “interpretación abierta” convencional⁷⁹

La Corte Interamericana ubica sistemáticamente la Convención no solamente en el “*corpus juris*” interamericano, sino igualmente en lo que llama “*corpus juris* internacional”.⁸⁰ En otras palabras, allí donde la Corte europea habla de “consenso europeo” o —en algunas ocasiones— de “consenso in-

de tendencia muy conservadora. Para un trabajo notable sobre esta importante jurisdicción constitucional, reenviamos a la tesis de Thomas Passos Martins, *La Cour Suprême du Brésil et l’Etat démocratique de droit*, Montpellier, Universidad de Montpellier, 2012, p. 544 (director de tesis: Dominique Rousseau).

⁷⁹ Desarrollo los rasgos claves de este método utilizado por la Corte IDH en un artículo en prensa y mucho más detallado, “Los métodos de interpretación de la Corte IDH: contexto, técnicas y consecuencias”.

⁸⁰ Este fenómeno concierne hoy en día todos los tipos de jurisdicciones que “usan” fuentes ajenas para rendir justicia “en connaissance de cause”. En el ámbito interno, las Cortes Supremas —que pueden ser al mismo tiempo Cortes Constitucionales— conocen esta temática a través el fenómeno del “diálogo de los jueces”. Sobre este muy importante tema, ver el muy completo análisis de J. García Roca, “El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los tribunales constitucionales en la construcción de un orden público europeo”, *Teoría y realidad constitucional*, núm. 30, 2012, pp. 183-224. En la misma línea de estudio, véase Bustos Gisbert, R., “XV proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 95, mayo-agosto 2012, pp. 13-63; Burgorgue-Larsen, L., “La formación de un Derecho Constitucional europeo a través del diálogo judicial”, en Ugartemendía Ezeizabarrena, J. I., G. Jáuregui Bereciartu (coords.), *Derecho constitucional europeo (Actas del VIII Congreso de la Asociación de Constitucionalistas españoles (4-6 de febrero de 2010))*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2011, pp.41-76. Para tener una visión del tema de los países de *common law*, véase Sanders, S., “Judicial Dialogue in Common Law Countries”, *Renouveau du droit constitutionnel. Hommage à Louis Favoreu*, París, Dalloz, 2007, pp. 413-428. Para una visión “continental”, Maus, D., “Le recours aux précédents étrangers et le dialogue des Cours constitutionnelles”, *Revue Française de Droit Constitutionnel*, núm. 80, 2009, pp. 675-696. Ciertos autores critican este uso de un concepto que consideran “flojo” y que en realidad no es más, para ellos, que la conceptualización contemporánea de un sencillo uso del derecho comparado; en este sentido véase Vergottini, G. de, *Más allá del diálogo judicial entre tribunales. Comparación y relación entre jurisdicciones*, Madrid, Cívitas-Thomson Reuters, 2011.

En este panorama —donde todo tipo de jurisdicciones “dialogan”— hay que mencionar dos sumamente famosas excepciones: la del Tribunal Internacional de Justicia (TIJ) —que no cita a la jurisprudencia que no es suya; ver el artículo de M. Forteau, quien legitima tal actitud, “La Cour internationale de justice et les systèmes régionaux. Plaidoyer pour le pluralisme désordonné”, en Dubout, E. y S. Touzé (dirs.), *Les droits fondamentaux: charnières entre ordres et systèmes juridiques*, París, Pedone, 2010, pp. 39-64— y la de la Corte Suprema de los Estados Unidos; para una presentación en castellano del debate en los Estados Unidos véase Legarre,

ternacional,” la Corte Interamericana prefiere expresiones de “*corpus juris*”, bien sea latinoamericano o internacional.⁸¹

A pesar de que la terminología difiere, la técnica es idéntica: esta interpretación “diáfana” de la Convención Americana se encuentra conforme con la aproximación “cosmopolita” dada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.⁸² La Corte de San José utiliza al mismo tiempo tanto el derecho internacional exigible⁸³ como el *soft law*;⁸⁴ la jurisprudencia internacional (universal, penal,⁸⁵ regional) como la jurisprudencia de las jurisdicciones

S., C. Orrego, “Los usos del derecho constitucional comparado y la universalidad de los derechos humanos”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, enero-abril 2010, pp. 11-37.

⁸¹ Esto no quiere decir que la expresión de “consensos” sea totalmente inexistente (ver por ejemplo, CIDH, *Claude Reyes vs. Chile*, sentencia de 19 septiembre 2009, Fondo y reparaciones, párr. 78), pero su uso es extraño.

⁸² Véase sobre este punto Burgogue-Larsen, L., “Interpreting the European Convention: What Can the African Human Rights System Learn from the Case of the European Court of Human Rights on the Interpretation of the European Convention?”, *Inter-American and European Human Rights Journal*, vol. 5, 2012, pp. 90-123.

⁸³ Los tratados internacionales citados son frecuentemente tratados en vigor (ad ex. Convenio núm. 169 de la OIT, los Pactos Internacionales de 1966, la Convención de Nueva York sobre los Derechos del Niño de 1989, etcétera); esta situación no le impide a la Corte su utilización, incluso cuando el Estado defensor no los ha ratificado. En todo caso, los últimos fallos demuestran que la Corte se ha empeñado en demostrar la ratificación por el Estado defensor de los tratados internacionales utilizados.

⁸⁴ En el caso Humberto Sánchez, la Corte utiliza el “Protocolo de Minnesota” (Doc. NU E/ST/CSDHA/12, 1991), con el fin de determinar el alcance de la obligación estatal de realizar una investigación seria, imparcial y efectiva en materia de ejecuciones extra-judiciales (Corte IDH, *Humberto Sánchez vs. Honduras*, sentencia de 7 junio 2003, Fondo, párr. 127). En el mismo sentido, se pronuncia sobre la obligación estatal en cuanto a los enfermos mentales. Por ello, utiliza una resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas proclamando los principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la salud mental (Doc NU A/46/49 [1991], Corte IDH, *Ximenes Lopes vs. Brasil*, sentencia de 4 julio 2006, Fondo y reparaciones, párr. 128.

⁸⁵ La jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia acerca de la prohibición de la tortura como norma de *jus cogens* (TPIY, 10 de diciembre de 1998, *Procureur c. Furundzija*) ha sido utilizada por la Corte IDH a partir del caso Maritzia Urrutia (Corte IDH, *Maritzia Urrutia vs. Guatemala*, sentencia de 27 de noviembre de 2003, Fondo y Reparaciones, párr. 92), confirmado varias veces y mezclado con otras referencias internacionales, tal como la propia jurisprudencia del TEDH en la materia (TEDH, *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, sentencia del 21 de noviembre de 2001), en los asuntos *Caesar* (Corte IDH, *Caesar vs. Trinidad y Tobago*, sentencia del 11 de marzo de 2005, Fondo y reparaciones, párr. 70), *Bueno Alves* (Corte IDH, *Bueno Alves vs. Argentina*, sentencia del 11 de mayo de 2007, Fondo y reparaciones, párrs. 76-77), *Bayarri* (Corte IDH, *Bayarri vs. Argentina*, sentencia de 30 de octubre de 2008, Excepciones preliminares, fondo y reparaciones, párr. 81, nota 70).

internas (emanadas del continente americano⁸⁶ o de fuera del mismo); la doctrina de los comités convencionales (interamericano como universales)⁸⁷ como las reglas de buena conducta en los campos particulares (como por ejemplo en materia de medicina legal). Es cierto que estamos lejos de los límites fijados por el artículo 31.3 de la Convención sobre el Derecho de los Tratados que se refiere a todo “acuerdo” o “práctica” ulterior o a toda “regla pertinente acordada entre las partes”...⁸⁸

Esta amplitud a múltiples referentes exteriores tiene como objetivo principal interpretar tanto el contenido como el alcance de los derechos

⁸⁶ Es necesario subrayar que, desde hace algunos años, la puesta en funcionamiento de una verdadera “teoría del control de convencionalidad”, véase infra— ha permitido a la Corte valorar especialmente el derecho constitucional de los Estados Parte de la OEA y, más específicamente, la jurisprudencia de los tribunales constitucionales. Estas referencias recurrentes a decisiones nacionales —que son todo el tiempo combinadas con referencias a los tratados internacionales— tienen, a mi juicio, dos tipos de objetivos, además de ser una manera de legitimar la aproximación. El primero consiste en valorizar la existencia de un patrimonio común latinoamericano, mientras que el segundo consiste en desarrollar un diálogo fructífero con los jueces nacionales.

⁸⁷ CIDH, *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, sentencia de 24 de febrero de 2012, Fondo y reparación, párr. 81.

⁸⁸ En cuanto a una virulenta crítica de la superación de las reglas fijadas por la Convención de Viena, véase Neuman, G. L., “Import, Export and Regional Consent in the Inter-American Court of Human Rights”, *European Journal of International Law*, vol. 19, 2008, pp. 101-123 *contra* Lixinski, L., “Treaty Interpretation by the Inter-American Court of Human Rights: Expansionism at the Service of the Unity of International Law”, *European Journal of International Law*, vol. 21, 2010, pp. 585-604. El mismo tipo de divisiones doctrinales existen en lo que refiere al uso de fuentes “externas” por el TEDH. Los autores críticos son, entre otros y en la bibliografía francófona, Flauss, J.-F., “Actualité de la Convention européenne des droits de l’homme (septembre 2008-février 2009)”, *AJDA*, 2009, p. 872; Wachsmann, P., “Réflexions sur l’interprétation ‘globalisante’ de la Convention européenne des droits de l’homme”, *La conscience des droits. Mélanges en l’honneur de Jean-Paul Costa*, París, Dalloz, 2011, pp. 667-676. Para una crítica que va mas allá del ámbito europeo, Rozenkrantz, C., “Against Borrowings and Nonauthoritative Use of Foreign Law”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 1, 2003, pp. 269-295; Law, D., W. Chang, “The Limits of Global Judicial Dialogue”, *Washington Law Review*, vol. 86, 2011, pp. 523-577. Entre los autores partidarios de tal apertura al derecho “externo”, véase Tulkens, F., S. Van Drooghenbroek, “Le soft law des droits de l’homme est-il vraiment si soft? Les développements de la pratique interprétative récente de la Cour européenne des droits de l’homme”, en *Liber amicorum Michel Mahieu*, Bruxelles, Larcier, 2008, pp. 505-526; Burgorgue-Larsen, L., “Le destin judiciaire strasbourgeois de la Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne. Vices et vertus du cosmopolitisme normatif”, en *Chemins d’Europe. Mélanges en l’honneur de Jean-Paul Jacqué*, París, Dalloz, 2010, pp. 145-173; “La internacionalización del diálogo de los jueces”, en Ferrer Mac-Gregor, E. (coord.), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, México, Fundap, 2012, pp. 33-62; *El diálogo judicial. Máximo desafío de los tiempos jurídicos modernos*, Mexico, Porrúa, 2013.

garantizados por la Convención. La Corte lo afirmó claramente tratándose del artículo 19 relativo a los derechos del niño: “Tanto la convención Americana como la Convención de los Derechos del Niño son parte de un amplio *corpus iuris* internacional para la protección de los niños que coadyuva a la Corte en el establecimiento del contenido y alcance del artículo 19 de la Convención Americana”.⁸⁹ A pesar que tal *dictum* no se encuentra sistemáticamente en la jurisprudencia, la interpretación dada por la Corte tiene los mismos efectos jurídicos.

Delimitar el contenido de un derecho pasa tanto por la definición de nociones indefinidas⁹⁰ como por el descubrimiento de una o varias dimensiones o categorías en el ámbito del derecho analizado. Identificar el alcance de un derecho es la otra faceta de la interpretación evolutiva que se caracteriza por tomar en consideración ciertos contextos específicos en el continente americano. La idea importante en este aspecto sobre la cual debe insistirse es la de la efectividad. La Corte trata de realizar lo que está a su alcance para que los derechos consagrados en el texto convencional tengan una realización concreta y efectiva en el contexto complejo y violento de la realidad latinoamericana. En una palabra, el uso en demasía de la teoría del efecto útil. Así, el alcance del derecho a la propiedad (artículo 21), del derecho de circular (artículo 22) o del derecho a la vida (artículo 4o.) ha sido establecida en el contexto de los “conflictos armados internos” merced a la utilización, como instrumentos interpretativos, de los principios del derecho internacional humanitario.⁹¹ La especificidad latinoamericana no está sistemáticamente en el origen de la determinación del alcance de un derecho. El derecho a la intimidad o vida privada (artículo 11, derecho a la intimidad) es significativo en ese sentido. Se asiste en la jurisprudencia de la Corte de San José a una ampliación consecuencial del contenido del derecho y, por ende, el referente exterior utiliza ni más ni menos aquel emanado de la jurisprudencia del Tribunal Europeo que, gracias a la dilución del concepto de vida privada, ha sido llevada a integrar numerosos elementos. El párrafo 143 de la sentencia emitida en el Caso Fecundación in Vitro⁹² es significativo en

⁸⁹ Corte IDH, Villagrán Morales y otros vs. Guatemala (“niños de la calle”), sentencia del 19 de noviembre de 1999, Fondo, párr. 166.

⁹⁰ Así, las de “niño” (artículo 19), de tortura (artículo 5o.), de propiedad (artículo 21), de discriminación (artículo 1o., inciso 1).

⁹¹ Burgogue-Larsen, L. y Úbeda de Torres, A., “War in the Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights”, *Human Rights Quarterly*, vol. 33, February 2011, pp. 148-174.

⁹² Corte IDH, *Artavia Murillo y otros (Fertilización in Vitro) vs. Costa Rica*, sentencia del 28 de noviembre de 2012, Excepciones preliminares, fondo y reparaciones, párrs. 163-264.

ese sentido: demuestra no solamente la extensión del alcance del derecho, sino que al mismo tiempo importa nociones como autonomía y desarrollo personal.⁹³

2. *El recurso al principio de proporcionalidad*

El principio de proporcionalidad es una de las estrellas conceptuales de la dogmática alemana. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Karlsruhe lo ha atado definitivamente a la protección de los derechos fundamentales para prohibir todo tipo de acción pública “excesiva”.⁹⁴ No existe un solo un juez que no lo use, inclusive en países en principio ajenos a la cultura de los “derechos fundamentales”, como Francia.⁹⁵ “En esencia,

⁹³ *Ibidem*, párr. 143: “El ámbito de protección del derecho a la vida privada ha sido interpretado en términos amplios por los tribunales internacionales de derechos humanos, al señalar que éste va más allá del derecho a la privacidad. La protección a la vida privada abarca una serie de factores relacionados con la dignidad del individuo, incluyendo, por ejemplo, la capacidad para desarrollar la propia personalidad y aspiraciones, determinar su propia identidad y definir sus propias relaciones personales. El concepto de vida privada engloba aspectos de la identidad física y social, incluyendo el derecho a la autonomía personal, desarrollo personal y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y con el mundo exterior. La efectividad del ejercicio del derecho a la vida privada es decisiva para la posibilidad de ejercer la autonomía personal sobre el futuro curso de eventos relevantes para la calidad de vida de la persona. La vida privada incluye la forma en que el individuo se ve a sí mismo y cómo decide proyectarse hacia los demás, y es una condición indispensable para el libre desarrollo de la personalidad. Además, la Corte ha señalado que la maternidad forma parte esencial del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres. Teniendo en cuenta todo lo anterior, la Corte considera que la decisión de ser o no madre o padre es parte del derecho a la vida privada e incluye, en el presente caso, la decisión de ser madre o padre en el sentido genético o biológico”.

⁹⁴ La bibliografía acerca de este principio es muy extensa. Citaremos únicamente unas referencias bastante recientes. El artículo de R. Arnold, J-I. Martínez Estay, F. Zuñiga Urbina, “El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal constitucional”, *Estudios Constitucionales*, año 10, núm. 1, 2012, pp. 65-115, es muy interesante ya que presenta una visión bastante amplia del uso del principio por el Tribunal Constitucional alemán hasta los dos tribunales europeos (TJUE y TEDH), la Corte interamericana y, por fin, el Tribunal Constitucional chileno.

⁹⁵ El fenómeno de las migraciones de los conceptos y de los principios toma a veces vías originales. Para un estudio acerca de la manera en la cual los principios alemanes (como el de la proporcionalidad) han sido importados en Francia a través de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, véase Grewe, C., “Les influences du droit allemand des droits fondamentaux sur le droit français : le rôle médiateur de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme”, *Revue Universelle des Droits de L’homme*, vol. 16, 2004, pp. 26-32. De manera más general, acerca de la influencia sobre el sistema jurídico francés de los conceptos de “libertades públicas” y de “derecho fundamental”, véase Burgorgue-Larsen,

(...) apunta a la interdicción de actuaciones o intervenciones excesivas por parte de los poderes públicos”.⁹⁶

Este principio en la actualidad ha integrado todos los ordenamientos jurisdiccionales nacionales como internacionales. Los tribunales constitucionales, bien sean europeos o latinoamericanos, lo usan —adaptándolo a las características de su entorno constitucional—⁹⁷ y, como se podía prever, la Corte Interamericana lo maneja también. En efecto, si tanto el Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁹⁸ como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁹⁹ lo han integrado en su *ratio decidendi* para evaluar la necesidad de las acciones de los poderes públicos, ¿por qué la Corte Interamericana quedaría al margen de este proceso? La adecuación de los medios utilizados para perseguir un fin legítimo está siempre en el centro de su escrutinio, y lo ha estado desde los primeros momentos de su actividad, o sea, desde su función consultiva. En la Opinión Consultiva 5/85,¹⁰⁰ que puso énfasis en este principio relacionándolo con la fórmula “necesaria en una sociedad democrática” —que, como sabemos, está presente únicamente en tres artículos de la Convención en materia de derecho de reunión (artículo 15), de libertad de asociación (artículo 16), y de derecho de circulación y de residencia (artículo 22). Los párrafos 45 y 46 de la opinión consultiva son emblemáticos tanto por el uso de la proporcionalidad como por el uso del referente europeo

L., “Les concepts de liberté publique et droit fondamental”, en Auby, J-B. (dir.), *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, Paris, Dalloz, 2011, pp. 389-407.

⁹⁶ Arnold, Martínez Estay y Zuñiga Urbina, “El principio de proporcionalidad...”, *cit.*, *supra* nota 94, p. 68.

⁹⁷ Carbonell, M. (dir.), *El principio de proporcionalidad en la interpretación constitucional*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Ecuador, 2008; Clérico, L., *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, Buenos Aires, UBA (Facultad de Derecho)-Eudeba, 2009; Philippe, X., *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelles et administratives françaises*, Paris, Economica, 1990; Xynopoulos, G., *Le contrôle de proportionnalité dans le contentieux de la constitutionnalité et de la légalité en France, Allemagne et Angleterre*, Paris, LGDJ, 1996; Stone Sweet, A. y J. Mathews, “Proportionality, Balancing and Global Constitutionalism”, *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 47, 2008, pp. 74-165.

⁹⁸ Para una sentencia histórica, TJUE, 17 de julio de 1970, Internationale Handelsgesellschaft aff. 11/70, Recuei.l p.1125.

⁹⁹ Berger, V., “Le contrôle de proportionnalité exercé par la Cour européenne des droits de l’homme”, *Les Petites Affiches*, núm. 46, 2009, pp. 40-45; Christoffersen, J., *Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights*, Leiden Martinus Nijhoff Publishers, 2009.

¹⁰⁰ Corte IDH, Colegiación obligatoria de periodistas (artículos 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), opinión consultiva del 13 de noviembre de 1985, solicitada por el gobierno de Costa Rica.

para llegar a aquella utilización.¹⁰¹ La Opinión Consulta número 7 confirmó la necesaria importancia de la proporcionalidad en el sistema interamericano. A partir de aquel entonces, la jurisprudencia contenciosa de la Corte se impregnó de este principio, fundamental a la hora de examinar la necesidad de todo tipo de acción pública. El campo privilegiado de tal uso fue y sigue siendo el derecho a la libertad de expresión¹⁰² —sobre todo cuando choca con otros derechos, como el derecho al honor o a la vida privada, y está en juego la penalización de ciertas opiniones o informaciones.¹⁰³

¹⁰¹ Aquí vienen estos dos párrafos importantes de la OC núm. 5: “45. La forma como está redactado el artículo 13 de la Convención Americana difiere muy significativamente del artículo 10 de la Convención Europea, que está formulado en términos muy generales. En este último, sin una mención específica a lo ‘necesari(o) en una sociedad democrática’, habría sido muy difícil delimitar la larga lista de restricciones autorizadas. En realidad, el artículo 13 de la Convención Americana al que sirvió de modelo en parte el artículo 19 del Pacto, contiene una lista más reducida de restricciones que la Convención Europea y que el mismo Pacto, sólo sea porque éste no prohíbe expresamente la censura previa. 46. Es importante destacar que la Corte Europea de Derechos Humanos al interpretar el artículo 10 de la Convención Europea, concluyó que ‘necesarias’, sin ser sinónimo de ‘indispensables’, implica la existencia de una ‘necesidad social imperiosa’ y que para que una restricción sea ‘necesaria’ no es suficiente demostrar que sea ‘útil’, ‘razonable’ u ‘oportuna’ (Eur. Court H. R., *The Sunday Times case*, judgment of 26 April 1979, Series A no. 30, párr. no. 59, págs. 35-36). Esta conclusión, que es igualmente aplicable a la Convención Americana, sugiere que la ‘necesidad’ y, por ende, la legalidad de las restricciones a la libertad de expresión fundadas sobre el artículo 13.2, dependerá de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo. Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido. Dado este estándar, no es suficiente que se demuestre, por ejemplo, que la ley cumple un propósito útil u oportuno; para que sean compatibles con la Convención las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad social del pleno goce del derecho que el artículo 13 garantiza y no limiten más de lo estrictamente necesario el derecho proclamado en el artículo 13. Es decir, la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo (*The Sunday Times case*, supra, párr. no. 62, pág. 38; ver también Eur. Court H. R., *Barthold judgment of 25 March 1985*, Series A no. 90, párr. no. 59, pág. 26)”.

¹⁰² Remitimos a la muy buena tesis de F. Barbosa, *El margen de apreciación y sus límites en la libertad de expresión: análisis comparado de los sistemas europeo e interamericano de derechos humanos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2012. Ver igualmente, Nogueira Alcalá, H., “El uso del postulado de proporcionalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre libertad de expresión”, *Estudios constitucionales*, año 9, núm. 1, 2011, pp. 119-156.

¹⁰³ La sentencia *Kimel vs. Argentina* (Corte IDH, sentencia del 2 de mayo de 2008, Excepciones preliminares, fondo y reparaciones) es reveladora de estos tipos de confrontación, puesta también en evidencia en las dos opiniones separadas de los jueces García Sayán y García Ramírez, opuestas en el tema; ver nuestros desarrollos en Burgorgue-Larsen, L. y Úbeda de Torres, A., *The Inter-American Court of Human Rights, Case Law and Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 529-535; Grossman, C., “Challenges to Freedom

Lo interesante sin embargo, es descubrir que la Corte no ha ceñido el uso de la proporcionalidad sólo al ámbito de la libertad de expresión. Así, tanto en materia de la libertad personal (artículo 7), de garantías judiciales (artículo 8), de derecho de circulación y de residencia (artículo 22), de derechos políticos (artículo 23), de protección judicial (artículo 25),¹⁰⁴ y, *last but not least*, el derecho a la propiedad en el contexto indígena (artículo 21), la Corte Interamericana ha activado lo que llama el “juicio de proporcionalidad”. En este último contexto, hay que precisar que la propiedad indígena-tribal sobre los territorios no se sustenta en el “reconocimiento oficial del Estado, sino en el uso y posesión tradicionales de las tierras y recursos”, de manera que los derechos territoriales de los pueblos indígenas y tribales, “existen sin un título formal de propiedad”.¹⁰⁵ En cuanto a la acreditación del dominio sobre la tierra, la Corte —tomando como referencia el propio derecho consuetudinario de los pueblos indígenas y tribales—¹⁰⁶ ha derivado la obligación estatal de reconocer el derecho sobre dichas tierras; adoptar medidas para su respectivo registro, y garantizar su goce efectivo mediante la delimitación, demarcación y titulación, evidenciando que no se trata de un “reconocimiento meramente abstracto o jurídico”. Sin embargo, frente a los casos en que las tierras comunales se encuentren en manos de terceros que actuaron de buena fe, la jurisprudencia de la Corte desarrolló el derecho de reivindicación o restitución de las tierras, en aplicación del denominado “juicio de proporcionalidad”.¹⁰⁷ De esta manera, un caso puede exigir el pago de la justa indemnización para el perjudicado tercero de buena fe o, por el contrario, el reasentamiento de los miembros de los pueblos indígenas o tribales en tierras alternativas, contando con el consenso de éstos en un proceso que respete sus valores, usos y derecho consuetudinario.¹⁰⁸

of Expression within the Inter-American System: A Jurisprudential Analysis”, *Human Rights Quarterly*, vol. 34, 2012, pp. 361-403.

¹⁰⁴ Arnold, Martínez Estay y Zuñiga Urbina, “El principio de proporcionalidad...”, *cit.*, *supra* nota 94, p. 78.

¹⁰⁵ Corte IDH, *Mayagna-Awas Tingni*, *cit.*, párr. 151.

¹⁰⁶ *Ibidem*, párr. 151.

¹⁰⁷ Corte IDH, *Yakye Axa vs. Paraguay*, sentencia del 17 de junio de 2005, Fondo y reparaciones, párr. 144; Corte IDH, *Xákmok Kásek vs. Paraguay*, sentencia del 24 de agosto de 2010, Fondo y reparaciones, párrs. 111, 116.

¹⁰⁸ Corte IDH, *Yakye Axa vs. Paraguay*, sentencia del 17 de junio de 2005, Fondo y reparaciones, párr. 151; Corte IDH *Xákmok Kásek vs. Paraguay*, sentencia del 24 de agosto de 2010, Fondo y reparaciones, párrs. 117-121, 286. Vease Estupiñan Silva, R. y J. M. Ibáñez Rivas, *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de pueblos indígenas y tribales*, comunicación presentada en Valdivia el 11 de abril de 2013.

A este propósito, es idóneo remitirnos a los trabajos de Laura Clérico, quien desarrolla un esquema conceptual, creando una *summa divisio* entre la proporcionalidad — que yo llamaría “clásica”— que entra en juego para evaluar la acción excesiva del Estado cuando dos “derechos-principios” (o sea, los derechos susceptibles de limitaciones) chocan entre sí (libertad de expresión/derecho al honor) y la proporcionalidad que mide la carencia del Estado.¹⁰⁹ La jurista argentina pone de relieve que la jurisprudencia de la Corte Interamericana, si bien usa la acepción clásica de la proporcionalidad como prohibición del exceso estatal, también utiliza lo que llama la prohibición por omisión o insuficiencia. Es al analizar el contencioso relativo a los niños (Caso Villagrán Morales) y a las comunidades indígenas (Yakye Axa, Sawhoyamaya, Xakmok Kásek) que considera clave poner en evidencia que la jurisprudencia interamericana enfatiza la necesaria “protección adecuada” que tiene que generar eficacia y medidas positivas. Este enfoque no solamente nos permite tener un cuadro analítico interesante para revisar el contencioso interamericano, sino que demuestra en sí mismo el uso de una técnica sumamente “clave” para cualquier tribunal constitucional. Una vez más, la comparación “Corte IDH-Tribunal constitucional” funciona perfectamente, pues lo que está en juego son los derechos fundamentales.

V. PERSPECTIVAS

Pensar la Corte Interamericana como tribunal constitucional no es una fantasía. La analogía entre la Corte de protección regional de los derechos humanos en el Hemisferio Sur y los tribunales constitucionales tiene sentido aún tomando, como hice en este artículo, una perspectiva “estrecha”, por no decir técnica, al comparar las funciones de los tribunales constitucionales y no los textos de referencia (constituciones y Convención Americana) que consagran los derechos fundamentales como tales —como la bibliografía relativa al proceso de “constitucionalización del derecho internacional” hubiera podido hacer. Esta perspectiva funcionalista, más que material, ha permitido poner de relieve los puntos comunes como los pocos que, todavía,

¹⁰⁹ Clérico, L., “Hacia la reconstrucción de un modelo integrado de proporcionalidad a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Capaldo, G. et al. (coords.), *Internacionalización del derecho constitucional, constitucionalización del derecho internacional*, Buenos Aires, Eudeba-Fundación Humboldt, 2012, pp. 199-219.

permanecen diferentes. Al final, nos damos cuenta del rol clave de la Corte Interamericana, que permite transformar y mejorar las jóvenes democracias latinoamericanas, las cuales han terminado con la época negra de las dictaduras. Sin lugar a dudas, la Corte Interamericana participa de manera continua, como cualquier tribunal constitucional, en la edificación de los estados de derecho latinoamericanos.