

## EL IMPACTO DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. ¿UN CAMBIO DE PARADIGMA EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS?

Por Ariel E. Dulitzky<sup>(1)</sup>

### I. INTRODUCCIÓN

Es bien conocida la teoría del control de convencionalidad elaborada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (la Corte o la Corte Interamericana) en el último quinquenio. Se sabe que dicho control exige que los jueces interamericanos y nacionales, en adición estos últimos al tradicional control de constitucionalidad, examinen la compatibilidad entre las normas y prácticas nacionales con la Convención Americana sobre Derechos Humanos (la Convención o la Convención Americana).

La teoría del control de convencionalidad fue explicitada en el año 2006 en *Almonacid Arellano*:

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

---

(1) Agradezco los comentarios de Sebastián Elías, María Laura Clérico, Mara Gomez Pérez, Alexandra Huneeus, Oscar Parra, Oswaldo Ruiz Chiriboga y Valentín Thury Cornejo. Muchos de ellos están en completo desacuerdo con todas o algunas de mis ideas y propuestas. Pero les agradezco su amistad y franqueza intelectual que me ayudaron a escribir y mejorar este artículo. Por supuesto que todos los errores son de mi propia responsabilidad.

jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”<sup>(2)</sup>.

En “Trabajadores Cesados”, la Corte precisa que el control de convencionalidad (ya no *especie*) debe ejercerse *ex officio*. Adicionalmente, la Corte clarifica que los jueces deben realizar dicho control “en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes”. Agrega que “esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones”<sup>(3)</sup>.

En “Cabrera y Montiel”, la Corte extendió la obligación de ejercer el control de convencionalidad del Poder Judicial a todos “los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles”<sup>(4)</sup>. El último paso en esta evolución se da en el caso “Atala” donde la Corte incluye al control de convencionalidad no ya en la parte sustantiva de sus análisis, sino en la sección correspondiente a reparaciones, exigiendo a los jueces ejercerlo como una forma de reparación<sup>(5)</sup>.

Desde su explicitación, la doctrina se ha ocupado de establecer el origen del concepto de control de convencionalidad, su desarrollo, características, consecuencias, materias sobre las que debe ejercerse, el parámetro del control, entre otras<sup>(6)</sup>. En el presente artículo, no

(2) Corte IDH, caso “Almonacid Arellano v. Chile, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”, sent. del 26/9/2006, serie C nro. 154, párr. 124. Con anterioridad existen referencias al “control de convencionalidad” en algunos votos concurrentes del juez Sergio García Ramírez. Cfr. sus votos en los casos “Myrna Mack Chang v. Guatemala, Fondo, Reparaciones y Costas”, sent. del 25/11/2003, serie C nro. 101, párr. 27; caso “Tibi v. Ecuador, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”, sent. del 7/9/2004”, serie C nro. 114, párr. 3; y caso “Vargas Areco v. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas”, del 26/9/2006, serie C nro. 155, párrs. 6 y 12.

(3) Corte IDH, caso “Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) v. Perú, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”, sent. del 24/11/2006, serie C nro. 158, párr. 128.

(4) Corte IDH, caso “Cabrera García y Montiel Flores v. México, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”, sent. del 26/11/2010, serie C nro. 220, párr. 225.

(5) Corte IDH, caso “Atala Riffo y Niñas v. Chile, Fondo, Reparaciones y Costas”, sent. del 24/2/2012, serie C nro. 239, párrs. 281-284.

(6) Véase, p. ej., HITTERS, Juan Carlos, “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos

repetiremos ni examinaremos dichas posturas. Por el contrario, tomaremos un camino diferente. Por un lado, demostraremos como la teoría del control de convencionalidad modifica, en parte, el paradigma sobre el que se asentaba teóricamente el sistema interamericano de derechos humanos. Desde el propio preámbulo de la Convención Americana se afirma que el sistema de protección internacional es de naturaleza coadyuvante y complementaria de la protección doméstica de los derechos. En cambio, el control de convencionalidad, no actúa como complementario o coadyuvante o como generalmente se lo denomina, subsidiario, sino que viene a requerir que la Convención Americana juegue un papel no sólo integrador del orden interno, sino de supremacía. De este modo, creemos que la Corte viene desarrollando un nuevo principio que denominaremos principio de integralidad que es la base de justificación para exigir a los Estados y, en especial, a los jueces que controlen la convencionalidad de las normas y de las prácticas en el orden interno. Este principio de integralidad del sistema de tutela de derechos viene a adicionarse al principio de subsidiariedad, no a suplantarla.

Paralelamente, el control de convencionalidad, en particular en la vertiente que exige que los jueces nacionales no sólo apliquen la Convención Americana, sino la interpretación de la Corte a tal instrumento, busca posicionar al tribunal interamericano como una especie de corte constitucional interamericana. De este modo, el artículo demostrará que el control de convencionalidad es una de las herramientas que utiliza la Corte para definir su propia identidad y rol en el Hemisferio. Al mismo tiempo, el control de convencionalidad pone

Humanos”, Estudios Constitucionales, año 7, nro. 2, 2009, ps. 109-128; LOIANO, Adeline, “El marco conceptual del control de convencionalidad en algunos fallos de la Corte Suprema Argentina, ‘Arancibia Clavel’, ‘Simón’, ‘Mazzeo’”, en ALBANESE, Susana (Coordinadora), *El control de convencionalidad*, Ediar, Buenos Aires, 2008, ps. 114 a 117; SACÚÉS, Néstor, “El control de convencionalidad. En particular sobre las Constituciones Nacionales”, LL 2009-B-761.; GIALDINO, Rolando, “Control de constitucionalidad y de convencionalidad de oficio. Aportes del Derecho Internacional de los derechos humanos”, en LL 2008-C-129; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, “Reflexiones sobre el control difuso de convencionalidad. A la luz del caso Cabrera García y Montiel Flores v. México”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nro. 131, mayo-agosto 2011, p. 945; CASTILLA JUÁREZ, Karlos, “El control de convencionalidad: un nuevo debate en México a partir de la sentencia del caso Radilla Pacheco”, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XI, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2011, ps. 593-624; RUIZ-CHIRIBOGA, Oswaldo R., “The Conventionality Control: Examples of (Un)Successful Experiences in Latin-America (February 24, 2011)”, *Inter-American and European Human Rights Journal*, vol. 3, nros. 1-2, 2010, ps. 200-219; REY CANTOR, Ernesto, *Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos*, Porrúa, México, 2008; GARCÍA RAMÍREZ, SERGIO, “El control judicial interno de convencionalidad”, *Rev. IUS* (online), 2011, vol. 5, nro. 28, p. 123-159. Disponible en: [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1870-21472011000200007&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472011000200007&lng=es&nrm=iso).

en juego la legitimidad de la Corte en tanto los jueces latinoamericanos pueden rechazar tanto la aplicación de la Convención Americana como particularmente la interpretación dada por la Corte.

Seguidamente el artículo unirá los principios de integralidad, el rol asignado a los jueces nacionales y la auto-identificación de la Corte como órgano de interpretación final de la Convención, para analizar algunas de las consecuencias y las dinámicas que se generarán con un control descentralizado de convencionalidad. El artículo especulará si efectivamente el punto central de aplicación e interpretación del derecho interamericano permanecerá en San José, Costa Rica, en la sede del tribunal interamericano o en cada uno de los juzgados y tribunales de los países que ratificaron la Convención o incluso en los 35 países miembros de la Organización de los Estados Americanos.

Con base a los análisis precedentes, el artículo presenta una propuesta metodológica que toma seriamente el control de convencionalidad y el pretendido nuevo rol de la Corte. El artículo propone modificaciones convencionales (sí, del texto convencional), procedimentales y jurisprudenciales para fortalecer y profundizar el principio de integralidad como complemento del de subsidiariedad. Con nuestra propuesta pretendemos superar algunas de las dudas que nos genera la actual propuesta jurisprudencial de la Corte Interamericana y, fundamentalmente, abrir un espacio de debate y reflexión sobre las consecuencias de tomar seriamente las palabras del tribunal.

## II. DE LA COMPLEMENTARIEDAD Y SUBSIDIARIEDAD A LA INTEGRALIDAD

La concepción tradicional del sistema interamericano es que el mismo es de naturaleza complementaria o coadyuvante del sistema de protección nacional. Ello parte de la concepción de que los Estados tienen la responsabilidad primaria de tutelar los derechos de los individuos y, en caso de fallar, la Convención Americana actúa como complemento del orden jurídico interno y el sistema interamericano acude en subsidio para proteger a los derechos. Expresamente, este principio está recogido en el Preámbulo de la Convención Americana que indica la naturaleza coadyuvante o complementaria de la tutela convencional. Procesalmente, la principal manifestación del principio de subsidiariedad es el requisito del agotamiento de los recursos internos que plantea sucintamente que el Estado debe tener la posibilidad

de resolver los asuntos a nivel doméstico antes de ser demandado internacionalmente<sup>(7)</sup>.

Desde esta perspectiva, el carácter complementario y subsidiario del sistema interamericano tiene una doble vía. Por un lado, es una subsidiariedad procesal, es decir que solamente cuando las autoridades nacionales han tenido la oportunidad de analizar y resolver la situación concreta denunciada y no han podido o querido solucionarla de acuerdo a lo exigido por la Convención, puede operar el sistema interamericano. Esto es lo que fundamenta y explica el requisito del agotamiento de los recursos internos<sup>(8)</sup>.

Pero existe también una complementariedad normativa. La misma reconoce que el orden jurídico interno tiene la responsabilidad primaria de respetar y garantizar los derechos reconocidos en la Convención. Ello surge de los arts. 1.1 de la Convención que exige a los Estados respetar y garantizar los derechos convencionales. El art. 2° habla de "el ejercicio de los derechos y libertades... garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter" y del compromiso de los Estados de adoptar "con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades". De allí se deriva que los derechos convencionales deben ser garantizados efectivamente por el orden jurídico doméstico. Por ello, "(l)os Estados partes se obligan a proporcionar a la Comisión las informaciones que ésta les solicite sobre la manera en que su derecho interno asegura la aplicación efectiva de cualesquiera disposiciones de esta Convención" como indica el art. 43 de la Convención. Este rol complementario coloca a la Convención como el piso mínimo que deben garantizar los Estados, pues el propio art. 29 impide la interpretación de la Convención en el sentido de "limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes".

Es decir que la Convención no viene a remplazar al sistema nacional. La Convención es el piso mínimo de protección de los derechos que deben reconocer y garantizar los Estados pero no funciona como el techo máximo de protección de los derechos, ya que los propios Estados pueden extender tutelas más allá de lo dispuesto convencionalmente. La Convención tan solo y tan importantemente viene a complementar el derecho interno. Pero desde esta perspectiva no se deriva

(7) Véase especialmente CAROZZA, Paolo, "Subsidiarity as a structural principle of international human rights law", *97 American Journal of International Law*, 2003.

(8) Corte IDH, caso "Velásquez Rodríguez v. Honduras. Fondo", sent. del 29/7/1988, serie C nro. 4, párr. 61.

ninguna consecuencia sobre cómo la Convención debe ser incorporada internamente ni cuál es el rango jerárquico que la misma debe ocupar. Ello queda (o quedaba librado) a la decisión de los Estados.

El control de convencionalidad viene a integrar esta visión al exigir que la Convención no opere ya de manera complementaria, sino de manera paralela, concurrente, integral y especialmente en un grado jerárquico superior al sistema jurídico nacional. Requerir que los jueces en cada uno de los casos que tienen que decidir analicen la compatibilidad del accionar estatal y del marco normativo nacional con la Convención significa que el instrumento interamericano viene a transformarse en parte integrante del sistema jurídico doméstico y de la actuación judicial.

La Convención ahora debe formar parte del orden normativo nacional para que los jueces puedan utilizarla como parámetro de control de convencionalidad. Ello, aun cuando el texto convencional en ninguna parte exige que alguna forma específica de incorporación. Pero el control de convencionalidad no sólo requiere que el tratado sea incorporado como derecho interno, sino que también tenga una jerarquía superior a todo el orden normativo nacional. Si los jueces deben controlar la compatibilidad de todo el accionar estatal, sea legislativo o incluso constituyente, con la Convención Americana, esto significa que la misma debe estar en un grado jurídico superior. Si estuviese al mismo nivel jerárquico que el resto del orden normativo se aplicaría simplemente el principio de temporalidad que dispone que la norma posterior prevalece sobre la anterior o el principio de especialidad que sostiene que la norma específica prevalece sobre la genérica. Esto no es lo que la Corte exige. Estos resultados podían ser también logrados por el principio de complementariedad y coadyuvancia. El orden jurídico nacional podía incorporar directamente la Convención y darle jerarquía superior al resto de las normas. Los jueces podían utilizar la Convención en sus decisiones. El principio de integralidad lo que hace es establecer la obligatoriedad de que la Convención funcione como norma interna y con jerarquía superior al resto del ordenamiento jurídico.

Algunos autores han pretendido encontrar un justificativo para esta posición en el derecho internacional. Por un lado, el art. 25 convencional exige la existencia de un recurso sencillo, rápido y efectivo para la tutela de los derechos reconocidos, entre otros, en la Convención. Con ello, pareciera que se exige que haya una forma judicial de exigir el cumplimiento de la Convención. Si bien es cierto que debe existir un recurso judicial que permita la tutela de los derechos reconocidos convencionalmente, de ello no se deriva que la Convención

deba tener incorporación directa ni jerarquía superior. Tan solo requiere que exista un recurso sencillo, rápido y efectivo de tutela. Este recurso debe servir para asegurar la efectividad de los derechos convencionales, sea directamente, si la Convención ha sido incorporada al orden interno de manera directa, o indirectamente, si la Convención ha sido receptada por la legislación nacional. Lo fundamental es que el derecho sea tutelado y no cuál es la norma que reconoce el derecho. Pero adicionalmente, el art. 25 no establece que la Convención deba prevalecer sobre la normativa interna. De hecho, el artículo hace mención conjunta a los "derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención", sin distinciones jerárquicas.

Para justificar la prevalencia convencional, se ha recurrido también al art. 27, Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, estipula que "una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado" y al art. 32, Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, que dispone que "(e)l Estado responsable no puede invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de las obligaciones que le incumben en virtud de la presente parte"<sup>(9)</sup>. Según cierta doctrina, estas normas implican que la Convención no solamente debe, sino que siempre ha operado de manera superior al derecho interno, independientemente de la jurisprudencia reciente de la Corte. En otras palabras, la superioridad de la Convención se produce por el mero hecho de ser un tratado internacional y no porque la Corte lo haya dicho en su doctrina del control de convencionalidad. Disentimos de dicha lectura de la Convención de Viena y de los Artículos de Responsabilidad. Los mismos se refieren a la responsabilidad internacional del Estado y no a la manera de incorporación de los tratados ni su posición jerárquica en el derecho interno. Estas normas impiden justificar la violación de cualquier tratado, incluida la Convención, argumentando que una norma interna lo amerita. Pero de allí, no se deriva que la Convención deba tener aplicabilidad directa ni jerarquía superior a la legislación o a la propia Constitución<sup>(10)</sup>. Puede que, por motivos de conveniencia, algunos Estados opten por otorgarle tal jerarquía para facilitar su cumplimiento, pero no existe una obligación internacional de hacerlo.

(9) Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, adoptado por la CDI en su 53º período de sesiones (A/56/10) y anexo por la AG en su Resolución 56/1983, de 12/12/2001.

(10) Ver en el mismo sentido, FUENTES, Ximena Torrijo, "International and Domestic Law: Definitely an Odd Couple", 77 *Rev. Jur. U.P.R.* 483, 2008, ps. 488 y 489.

Así pues, la teoría del control de convencionalidad rompe el esquema tradicional de incorporación del derecho internacional en los ámbitos internos. Tradicionalmente se entendía que cada Estado era soberano para decidir cómo se incorporaba un tratado, qué jerarquía se le otorgaba al mismo y si tenía aplicación doméstica directa. Como explica Carozza, los tratados no especifican ninguna forma que el derecho interno deba seguir en la incorporación. Al contrario, la relación entre tratados internacionales con el derecho interno es algo sujeto a las posibilidades y requerimientos constitucionales y legislativos. Los Estados tienen una amplia latitud en esta materia<sup>(11)</sup>. El Comité de Derechos Humanos en el mismo sentido ha indicado que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos “permite que los Estados partes cumplan esta exigencia de conformidad con su propia estructura constitucional y, por consiguiente, no se dispone que el Pacto sea directamente aplicable en los tribunales de justicia, mediante su recepción en el derecho interno”<sup>(12)</sup>. Agrega el Comité que “el poder judicial puede garantizar el disfrute de los derechos reconocidos en el Pacto de distintas maneras, en especial mediante la aplicación directa del Pacto, la aplicación de disposiciones constitucionales u otras disposiciones legislativas similares o el efecto de la interpretación del Pacto en la aplicación de la legislación nacional”<sup>(13)</sup>. La Corte, en cambio, no sólo dice que la Convención debe tener aplicación directa, sino que debe tener una jerarquía superior a toda norma interna para, de esta manera, poder ser parámetro de control de convencionalidad y que los jueces la deben aplicar directamente y de oficio.

El ejemplo más radical de esta posición de la Corte es el caso *Boyce* contra Barbados relativo a la pena de muerte en dicho país caribeño. El art. 269, Constitución de Barbados, previene que tribunales puedan declarar la inconstitucionalidad de leyes existentes que hayan sido promulgadas antes de la entrada en vigor de la Constitución, esto es, antes del 30 de noviembre de 1966. Este es el caso de la ley que dispone la imposición obligatoria de la pena de muerte para casos de homicidios. De modo que los tribunales de Barbados, en el caso que estaba bajo la consideración de la Corte, no podían ejercer un control de constitucionalidad. La Corte, sin embargo, criticó al Comité Judicial del Consejo Privado del Reino Unido de Gran Bretaña (en ese momento el tribunal de alzada de los tribunales de Barbados) por haber hecho “un análisis puramente constitucional, en el cual no

(11) CAROZZA, cit., p. 63.

(12) Comité de Derechos Humanos, “Observación general nro. 31 (80) Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto Aprobada el 29 de marzo de 2004 (2187ª sesión)”, párr. 13.

(13) Ídem, párr. 15.

se tuvo en cuenta las obligaciones que tiene el Estado conforme a la Convención Americana y según la jurisprudencia de esta Corte”. Y agregó que el análisis del Comité Judicial del Consejo Privado no debería haberse limitado a evaluar si la (ley) era inconstitucional. Más bien, la cuestión debería haber girado en torno a si la ley también era “convencional”. Es decir, los tribunales de Barbados, incluso el (Consejo Privado) y ahora la Corte de Justicia del Caribe, deben también decidir si la ley de Barbados restringe o viola los derechos reconocidos en la Convención<sup>(14)</sup>.

La Corte exige que el control de convencionalidad se realice aun en países en que los jueces ni siquiera podían ejercer un control de constitucionalidad. Y le indica a tribunales que ejercen jurisdicción sobre cortes nacionales aunque sean de carácter regional como la Corte de Justicia del Caribe o parte del Commonwealth como el Comité Judicial del Consejo Privado que realicen también este control de convencionalidad.

En esta metamorfosis de la Convención como tratado internacional a norma interna jerárquicamente superior, la Corte puede estar solicitándole a los tribunales que ejerzan un control que no están autorizados constitucionalmente a realizar a pesar de la referencia a “los procedimientos constitucionales” contenida en el citado art. 2º convencional, como lo hizo en el caso *Boyce* recién citado. Es decir, deben dejar de aplicar normas por ser contrarias a la Convención, cuando en el país respectivo la Convención puede tener jerarquía similar o inferior a la norma cuestionada o cuando el juez puede no tener facultades para desaplicar normas jurídicas. La mayor complicación resulta cuando la Corte ubica a la Convención por sobre la propia Constitución y exige que se haga un control de convencionalidad de la misma Constitución y en su caso no se la aplique<sup>(15)</sup>. La Corte ha tratado de explicar esto al decir que los jueces lo deben hacer dentro de sus facultades<sup>(16)</sup>. Pero ello no resuelve el problema de cuándo carecen de facultades. Es más, la Corte ha requerido que los jueces realicen este control de convencionalidad de oficio<sup>(17)</sup> cuando en muchos países los jueces no pueden resolver más que lo solicitado y argumentado por las partes y pueden estar vedados de ejercer inclu-

(14) Corte IDH, caso “*Boyce y otros v. Barbados, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*”, sent. del 20/11/2007, serie C nro. 169, párrs. 75 a 78.

(15) Como sucedió en un caso sobre Chile. Corte IDH, caso “*La última tentación de Cristo*”, “*Olmedo Bustos y otros v. Chile, Fondo, Reparaciones y Costas*”, sent. del 5/2/2001, serie C nro. 73.

(16) Corte IDH, “*Trabajadores cesados*”, cit.

(17) Ídem.

so el control de constitucionalidad de oficio<sup>(18)</sup>. No explica la Corte, p. ej., cómo los jueces pueden ejercer este control en país donde el control de constitucionalidad es concentrado<sup>(19)</sup>, ni cómo los jueces pueden dejar de aplicar la propia CN.

Independientemente de que la Convención o el derecho internacional requieran una cierta forma de recepción y jerarquía doméstica, lo cierto es que, con la teoría del control de convencionalidad, la Corte está situando a los jueces en un rol central como responsables fundamentales en garantizar la efectividad de las normas convencionales. Los jueces latinoamericanos pasan a integrarse a un sistema interamericano de garantía judicial convencional. Este sistema interamericano de garantía judicial convencional está integrado por la Corte Interamericana en su cúspide y por todas las autoridades estatales que ejerzan funciones judiciales, todas las cuales están llamadas de acuerdo a la Corte a ejercer un control de convencionalidad. Esta estructura, en nuestro criterio, no estuvo originalmente concebida en la Convención. El nuevo concepto de control de convencionalidad, la integralidad sustantiva y el posicionamiento de los jueces como actores centrales y principales garantistas del sistema convencional, cambian necesariamente el perfil del sistema interamericano. En la concepción evolutiva de la Corte, la tutela judicial de la Convención, sea nacional o interamericana son centrales en la promoción y protección de los derechos humanos. Por ello, la Corte en la actualidad no sólo concibe al control de convencionalidad como un requisito normativo, sino como parte integral de las reparaciones como lo sostuvo en el caso Atala.

El control de convencionalidad es una herramienta más que utiliza el tribunal interamericano para impulsar el proceso de judicialización del sistema interamericano. En las últimas dos décadas se ha puesto gran énfasis en el proceso de *judicialización* del sistema o en otras palabras en la centralización del sistema de peticiones individuales y particularmente aquellas que concluyen con una sentencia de la Corte como instrumento por excelencia del sistema de protección y promoción de los derechos humanos en la región. Esta judicialización requiere (i) lograr que el caso se transforme en un expediente judicial (movilización legal); (ii) obtener una decisión; (iii) asegurar su cumplimiento; y, en muchos casos, (iv) algún

(18) Para una evolución de la situación en Argentina puede ver GORDILLO, Agustín, "La progresiva expansión del control de constitucionalidad de oficio", [http://www.gordillo.com/cv/art\\_31.pdf](http://www.gordillo.com/cv/art_31.pdf).

(19) P. ej., Colombia, Perú, Costa Rica, Guatemala por mencionar solo algunos. Ver, BINDER, Christina, "The Prohibition of Amnesties by the Inter-American Court of Human Rights", *12 German Law Journal* 1203-1230, 2011, p. 1217.

tipo de seguimiento posterior al litigio. Así, en esta judicialización las cortes (interamericana o nacionales) y los abogados se convierten en actores relevantes y las categorías y lenguajes legales son conceptos relevantes en el diseño y la implementación de políticas públicas<sup>(20)</sup>.

Así, en el sistema interamericano, cada vez más el debate en materia de derechos humanos se da a través de la tramitación de casos individuales como función privilegiada frente a otros mecanismos y se transforma en el dominio de los abogados especialistas en litigio (sean los representantes de las víctimas, las burocracias legales que actúan a nombre del Estado, los funcionarios de las Secretarías de la Corte y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos —la Comisión o la CIDH— y los jueces y comisionados).

En el caso del sistema interamericano, nos referimos a la *judicialización* para comprender tres procesos paralelos y complementarios: (i) un mayor énfasis en el procesamiento de casos frente a otras herramientas del sistema como son las visitas in loco o las actividades de asistencia técnica; (ii) una creencia que una decisión de la Corte tiene mayor valor e importancia que una decisión final de la Comisión en un caso; y (iii) una mayor estructuración del sistema de casos individuales como un proceso judicial (particularmente en la etapa frente a la Comisión, un organismo cuasi-judicial pero no judicial)<sup>(21)</sup>. En parte, esta creencia fue reflejada por el ex-juez y presidente de la Corte, Antonio Cançado Trindade, cuando sostuvo que "la vía judicial (constituye) la forma más perfeccionada de protección de los derechos de la persona humana"<sup>(22)</sup>. La reforma del Reglamento de la CIDH del año 2000 que establece la presunción de remisión de todos los casos a la Corte Interamericana, es un ejemplo de este proceso. No sorprende que

(20) Ver GAURI, Varun – BRINKS, Daniel, "Introduction: The Elements of Legalization and the Triangular Shape of Social and Economic Rights", en *Courting Social Justice: Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World*, 2008.

(21) P. ej., en el Informe de la CIDH sobre "El Acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales: estudio de los estándares fijados por el sistema interamericano de derechos humanos", 2007, la Comisión indica que "ha elaborado el presente estudio a fin de revisar y sistematizar la jurisprudencia del SIDH, tanto de la CIDH como de la Corte... sobre cuatro temas centrales que ha estimado prioritarios respecto de la protección judicial..." (el resultado nos pertenece).

(22) Informe y Propuestas del Presidente y Relator de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Juez Antônio A. Cançado Trindade, ante la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos del Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos, en el marco del Diálogo sobre el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: Bases para un Proyecto de Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, para fortalecer su mecanismo de protección, Washington, 5/4/2001, p. 48.

la Corte continuamente procesal<sup>(23)</sup> y sustantivamente<sup>(24)</sup> disminuya el rol y relevancia de la Comisión Interamericana —como un simple órgano no jurisdiccional<sup>(25)</sup>— ni que la Corte no mencione que en el control de convencionalidad interno o interamericano se debe seguir tanto la jurisprudencia de la Corte como la práctica de la Comisión. En este sentido, el control de convencionalidad no es más que otra manifestación del proceso de judicialización de la tutela interamericana que encuentra en la Corte a su principal abanderado.

### III. DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS A UNA PRETENDIDA CORTE CONSTITUCIONAL INTERAMERICANA

La teoría del control de convencionalidad procura acentuar la pretendida autoidentificación de la Corte como una Corte Constitucional Interamericana y el posicionamiento de la Convención como una norma constitucional interamericana.

La manera en que la Corte explica el control de convencionalidad claramente asimila tal control a un control de constitucionalidad. El entonces juez y presidente de la Corte, Sergio García Ramírez, a quien la doctrina le atribuye la creación de la teoría del control de convencionalidad<sup>(26)</sup>, en sus votos resaltó esta similitud al indicar:

“En otras ocasiones he cotejado la función de los tribunales internacionales de derechos humanos con la misión de las cortes constitucionales internas. Éstas tienen a su cargo velar por el Estado de

(23) Como un ejemplo de la actitud de la Corte de disminuir el rol procesal de la CIDH puede verse la última reforma del reglamento del tribunal que limita extensamente el papel que juega la Comisión en los casos contenciosos.

(24) P. ej., Neuman ha sostenido que la Corte “generalmente trata a la Comisión como una subordinada jerárquica que propone argumentos para la consideración de la Corte antes que como una fuente independiente de experticia en la elaboración de normas de derechos humanos. NEUMAN, Gerald, “Import, Export, and Regional Consent in the Inter-American Court of Human Rights”, *19 European Journal of International Law* 101, 2008, p. 103. Este no era el caso en Europa cuando existía una Comisión Europea de Derechos Humanos. En dicha época la Corte Europea le daba considerable peso a los precedentes de la Comisión. MERRILLS, J. G., “The Development of International Law by the European Court of Human Rights”, 1993, ps. 15-16.

(25) Como dice García Ramírez, la Corte “es el intérprete oficial del tratado americano. No se ha conferido semejante atribución a ninguna otra instancia, sin perjuicio de las facultades asignadas a la Comisión Interamericana que no es un ente judicial”, GARCÍA RAMÍREZ, *supra* nota... p. 135. (el resaltado nos pertenece).

(26) Ver, p. ej., FERRER MAC GREGOR, *supra* nota... BAZÁN, Víctor, “La Corte Interamericana de Derechos Humanos y las cortes nacionales: acerca del control de convencionalidad y la necesidad de un diálogo interjurisdiccional sustentable”, ponencia presentada al VIII Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional, p. 6, disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/wccl/ponencias/13/215.pdf>.

derecho a través del juzgamiento sobre la subordinación de actos de autoridades a la ley suprema de la nación. ...Desde otro ángulo, el control de constitucionalidad, como valoración y decisión sobre el acto de autoridad sometido a juicio, se encomienda a un órgano de elevada jerarquía dentro de la estructura jurisdiccional del Estado (control concentrado) o se asigna a los diversos órganos jurisdiccionales en lo que respecta a los asuntos de los que toman conocimiento conforme a sus respectivas competencias (control difuso).

5. De manera semejante a la descrita en el párrafo anterior, existe un “control de convencionalidad” depositado en tribunales internacionales —o supranacionales—, creados por convenciones de aquella naturaleza, que encomienda a tales órganos de la nueva justicia regional de los derechos humanos interpretar y aplicar los tratados de esta materia y pronunciarse sobre hechos supuestamente violatorios de las obligaciones estipuladas en esos convenios, que generan responsabilidad internacional para el Estado que ratificó la Convención o adhirió a ella<sup>(27)</sup>.

No sorprende que sustantiva como procesalmente el control de convencionalidad importe al derecho internacional de los derechos humanos categorías propias del derecho constitucional. El control de convencionalidad existe, ...una asimilación de conceptos del derecho constitucional... Se advierte claramente una “internacionalización del derecho constitucional”, particularmente al trasladar las “garantías constitucionales” como instrumentos procesales para la tutela de los derechos fundamentales y salvaguarda de la “supremacía constitucional”, a las “garantías convencionales” como mecanismos jurisdiccionales y cuasi jurisdiccionales para la tutela de los derechos humanos previstos en los pactos internacionales cuando aquellos no han sido suficientes, por lo que de alguna manera se configura también una “supremacía convencional”<sup>(28)</sup>.

Agregando que una de las manifestaciones de este proceso de internacionalización de categorías constitucionales es, “precisamente, la concepción difusa de convencionalidad... ya que parte de la arraigada connotación del ‘control difuso de constitucionalidad’”<sup>(29)</sup>. Indudablemente, donde la Corte asume su visión de tribunal constitucional interamericano es cuando se abroga la facultad de invalidar normas jurídicas internas. Así en el famoso caso “Barrios Altos”, el

(27) Voto razonado del juez Sergio García Ramírez a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Trabajadores Cesados del Congreso v. Perú”, del 24/11/2006.

(28) FERRER MAC GREGOR, cit., párrs. 21 y 22.

(29) FERRER MAC GREGOR, cit., párr. 22.

tribunal no se limitó a determinar que las leyes de amnistía de Perú era incompatible con la Convención Americana, sino que dispuso que “en consecuencia, carece (...) de efectos jurídicos”<sup>(30)</sup> para determinar más adelante que esta decisión de carencia de efectos jurídicos “tiene efectos generales”<sup>(31)</sup>. La invalidación de normas nacionales es una típica facultad de un tribunal constitucional no de un tribunal internacional<sup>(32)</sup>.

El juez García Ramírez no sólo asimilaba el control de convencionalidad al de constitucionalidad. Sostenía también que la Corte Interamericana no debía transformarse en una jurisdicción de última instancia para todos aquellos que no encuentran justicia en su país. Por el contrario, el juez mexicano entendía que no todos los casos deberían llegar a la Corte Interamericana. Solamente algunos pocos casos al año deberían ser resueltos por el tribunal interamericano<sup>(33)</sup>; lo contrario sería “impracticable y perturbador”<sup>(34)</sup>. De esta forma, en la concepción del ideólogo del control de convencionalidad, aceptado por la Corte, el tribunal es más un tribunal que conoce los “grandes temas”<sup>(35)</sup> y señala las grandes líneas jurisprudenciales en algunos casos paradigmáticos antes que ser un tribunal de derechos humanos para proveer remedios a víctimas individuales en tantos casos como fuese necesario.

Esta postura remonta a la discusión que se da en Europa acerca de cómo resolver el increíble cúmulo de casos que tiene el tribunal europeo. El debate se ha centrado en si la Corte Europea de Derechos Humanos debería proporcionar una justicia “individual” o “constitucional”. Los defensores de la primera opinión afirman que el derecho de petición individual es la pieza central del sistema europeo que requiere de la Corte Europea conocer cada caso y proporcionar un remedio a toda persona cuyos derechos humanos han sido violados. Por su parte, los defensores de la posición de la justicia constitucional entienden que el tribunal debería concentrarse en proporcionar decisiones plenamente motivadas en casos que plantean importantes o nuevas y complejas cuestiones de derecho que son de particular importancia para el Estado interesado o involucran denuncias de vio-

(30) Corte IDH, caso “Barrios Altos v. Perú. Fondo”, sent. del 14/3/2001, punto operativo 4. Ídem Corte IDH, caso “Almonacid Arellano”, punto declarativo 3.

(31) Corte IDH, caso “Barrios Altos v. Perú. Interpretación de la sentencia de Fondo”, sent. del 3/9/2001, serie C nro. 83, punto resolutive 1.

(32) BINDER, cit.

(33) GARCÍA RAMÍREZ, cit., p. 131.

(34) Ídem.

(35) Ídem.

laciones graves de derechos humanos<sup>(36)</sup>. Algo similar se ha propuesto con relación al Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas incitando a concentrarse en exponer, dilucidar, interpretar y explicar el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos a fin de participar en un diálogo constante y fructífero con los Estados partes, las organizaciones no gubernamentales, las instituciones intergubernamentales, los abogados, defensores y académicos antes que pretender resolver todos los casos individuales que le puedan llegar<sup>(37)</sup>.

La teoría del control de convencionalidad también es utilizada por la Corte para imponer su autoridad como intérprete final de la Convención para así solidificar su imagen de tribunal constitucional interamericano. La Corte no sólo dice que el parámetro del control de convencionalidad es la propia Convención, sino también su propia jurisprudencia<sup>(38)</sup>. Supuestamente al ser la Corte el órgano jurisdiccional del sistema interamericano, con la función de aplicar e interpretar de la Convención<sup>(39)</sup>, sus interpretaciones adquieren la misma eficacia del texto convencional<sup>(40)</sup>. Los jueces nacionales no sólo deben aplicar la Convención, sino también la interpretación dada a la misma por el tribunal interamericano.

En ninguna parte del texto convencional surge que la jurisprudencia de la Corte sea obligatoria para los Estados parte de la Convención que no hayan sido parte en el litigio ni que los tribunales nacionales deban respetar tal jurisprudencia. A través de la teoría del control de convencionalidad la Corte transforma al derecho internacional en un sistema de precedentes, similar al *common law*. Desde el punto de vista de la lógica de un ente judicial se entiende que el tribunal se atenga a sus propios precedentes, algo que la Corte realiza desde sus primeros casos. La Corte cita sus decisiones previas y las incorpora consistentemente en sus razonamientos, muchas veces de manera mecánica, creando así su jurisprudencia. Pero de ello no se deriva que las decisiones o las interpretaciones de la Corte puedan constituir jurisprudencia obligatoria para todos los tribunales. El art. 68.1 claramente dice que “los Estados partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean

(36) Véase para una discusión breve, HELFER, Laurence R., “Redesigning the European Court of Human Rights: Embeddedness as a Deep Structural Principle of the European Human Rights Regime”, *Ejil*, 2008, vol. 19, nro. 1, 125-159 at 147.

(37) Ver, HENRY Steiner, “Individual Claims in a World of Massive Violations: What role for the Human Rights Committee?”, en *The Future of the UN Human Rights Treaty Monitoring*, Ed. by Philip Alston and James Crawford, 2000.

(38) Caso “Almonacid”, cit.

(39) Art. 63.2 de la Convención.

(40) FERRER MAC GREGOR, cit., párr. 63.

partes”, pero no en casos en los que no son partes. Es decir, la Convención no crea un sistema en el que los tribunales nacionales deben seguir en todos los casos las decisiones de la Corte Interamericana como si fuesen tribunales jerárquicamente inferiores a ella. Obviamente que las opiniones de la Corte tienen una alta fuerza persuasiva que por razones de consistencia y economía procesal sugieren que los Estados parte de la Convención la sigan. De hecho, múltiples jueces nacionales en muchos países siguen a la jurisprudencia de la Corte. También implícitamente el art. 69 de la Convención parece sugerir el deber de seguir a la Corte, cuando requiere que “el fallo de la Corte se(a) (...) transmitido a los Estados partes en la Convención”. Si los Estados no siguen lo dicho por la Corte Interamericana es posible que el caso sea sometido al sistema interamericano y eventualmente la Corte pueda resolver sobre el mismo y lo haga de la misma manera que su precedente. Aunque la propia Corte no quiere tener más casos que la transformen en un tribunal de alzada. Pero estas razones de política judicial y economía procesal que justificarían seguir lo dicho por la Corte, no la transforman en una obligación jurídica como la que pretende imponer.

Por supuesto que, en esta concepción, si hay un control y un tribunal interamericano de carácter constitucional se necesita un derecho constitucional interamericano. Nuevamente la Corte copia a su par europeo que hace más de una década sostuvo que la Convención Europea era un instrumento constitucional del orden público europeo<sup>(41)</sup>. La Corte a través del control de convencionalidad pretende crear un derecho sustantivo interamericano, el *ius commune*. Como dice García Ramírez: “el control de convencionalidad... constituye un dato relevante para la construcción y consolidación de ese sistema y ese orden (jurídico convencional internacional o supranacional), que en definitiva se traducen en el mejor imperio del Estado de derecho, la vigencia de los derechos y la armonización del ordenamiento regional interamericano... con vistas a la formación de un *ius commune* del mismo alcance geográfico-jurídico<sup>(42)</sup>. En el mismo sentido, Mac Gregor menciona que el control de convencionalidad de la Corte “de manera progresiva está creando un *ius constitutionale commune* en materia de derechos humanos para el continente americano o, por lo menos, para América latina”<sup>(43)</sup>. Sagüés, en la misma línea, sostiene que el control de convencionalidad “se presenta como una de las herramientas más prácticas e inmediatas para elaborar un *ius commune*

(41) Corte Europea de Derechos Humanos, “Loizidou v. Turkey (preliminary objections)”, 23/3/1995, párr. 75.

(42) GARCÍA RAMÍREZ, cit., p. 127.

(43) FERRER MAC GREGOR, cit., párrs. 3 y 85-88.

en la región, en particular en cuanto una visión homogénea en materia de derechos humanos fundamentales”<sup>(44)</sup>.

#### IV. LAS DECISIONES DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA COMO PARÁMETRO DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

En el sistema interamericano hay dos órganos encargados de aplicar la Convención, la Corte y la Comisión. Pero si se concibe al tribunal como una corte constitucional interamericana no se deja espacio para otro órgano como la Comisión para ejercer una interpretación autorizada y legítima de la Convención. Es cierto que en sentido estricto la Corte es el único tribunal judicial interamericano y, por ende, la única que produce “jurisprudencia” en el sistema interamericano. Pero de ello no se deriva que tenga la exclusividad del control de convencionalidad interamericano ni que sea la única que pueda desarrollar estándares interamericanos y mucho menos que sea la que establece las interpretaciones más garantistas a nivel interamericano. Por un lado, la Comisión es uno de los dos órganos encargados de monitorear la Convención (art. 33) y órgano consultivo especializado de la Organización en materia de derechos humanos (art. 106, Carta de la OEA). Junto a la Corte, la Comisión Interamericana también tiene asignada funciones en materias de casos y le otorga facultades para exponer “conclusiones” sobre alegadas violaciones a la Convención (arts. 50 y 51). La Comisión, en tanto órgano con múltiples funciones y facultades, algunas de ellas cuasi-judiciales, no dicta propiamente sentencias y, desde esta perspectiva es correcto sostener que no establece jurisprudencia. Sin embargo, la Convención no le asigna a las decisiones finales de la Corte y de la Comisión un rango jerárquico particular ni establece un único intérprete final de la Convención. De acuerdo al art. 33 de dicho instrumento, ambas son competentes para conocer en los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados parte. Esto implica que la Comisión y la Corte deben interpretar la Convención incluyendo la determinación del contenido específico de cada uno de sus artículos. Incluso, en relación con peticiones o casos individuales, la Convención permite una vía doble de determinaciones finales por parte del sistema interamericano. En efecto, permite una decisión final de la Comisión en virtud del art. 51 o de la Corte en virtud de los arts. 61 y ccs. Así, la Convención crea dos posibilidades de decisiones e interpretaciones finales. Por lo tanto, el valor de la interpretación

(44) SAGÜÉS, Néstor Pedro, “Obligaciones internacionales y control de convencionalidad Estudios Constitucionales”, año 8, nro. 1, 2010, p. 199.

de ambos órganos expresada en casos debe ser considerado con igual importancia.

Por supuesto que ello no significa que las decisiones de la Comisión y de la Corte tengan la misma naturaleza jurídica o valor legal. De hecho, tanto la Comisión como la Corte producen decisiones de distinto valor jurídico. Así, cabe distinguir en el supuesto de la Comisión sus opiniones en casos individuales en los términos del art. 51 de la Convención y en sus decisiones en casos sobre Estados que no son parte de la Convención Americana, sus informes temáticos, sus informes sobre países, sus decisiones en medidas cautelares así como en las consultas que le realicen los Estados en virtud del art. 41.e de la Convención. En el mismo sentido, la Corte dicta sentencias en casos contenciosos (que pueden ser de excepciones preliminares, fondo, reparaciones, interpretación de sentencia y de supervisión de cumplimiento, medidas provisionales y opiniones consultivas).

De toda esta multiplicidad de supuestos en los cuales la Corte y la Comisión aplican y por ende interpretan la Convención y otros instrumentos interamericanos, sólo las sentencias en casos contenciosos y las medidas provisionales tienen fuerza obligatoria explícita de acuerdo al texto de la Convención y sólo para las partes en el caso. Por eso no sorprende que el carácter obligatorio o no de la decisión no haya sido considerado por la doctrina como un elemento relevante para considerar que decisiones de la Corte deben utilizarse en el control de convencionalidad<sup>(45)</sup>. Así se ha sostenido que el control de convencionalidad debe realizarse utilizando la Convención interpretada por la Corte no sólo en los casos contenciosos, los únicos que repetimos tienen el carácter obligatorio para las partes del caso, sino también la interpretación que emerge de opiniones consultivas o medidas provisionales<sup>(46)</sup>.

Lo que sí sorprende es que ese mismo criterio no sea aplicado para su par interamericano, la Comisión. Ello, porque además de que, como llevamos dicho, es uno de los dos órganos encargados de interpretar y aplicar la Convención, sus decisiones en casos contenciosos también tienen un carácter de obligación jurídica. El art. 51 se refiere a que el "Estado debe tomar las medidas que le competan para remediar la situación examinada" de acuerdo a las recomendaciones formuladas por la Comisión (el resaltado nos pertenece). De modo que puede argumentarse que hay un cierto grado de obligatoriedad de las

(45) GARCÍA RAMÍREZ, cit., ps. 137-139.

(46) FERRER MAC GREGOR, cit., párr. 49.

decisiones de la Comisión. Al menos como ha dicho la Corte en el caso "Loayza Tamayo":

"(E)n virtud del principio de buena fe, consagrado en el mismo art. 31.1 de la Convención de Viena, si un Estado suscribe y ratifica un tratado internacional, especialmente si trata de derechos humanos, como es el caso de la Convención Americana, tiene la obligación de realizar sus mejores esfuerzos para aplicar las recomendaciones de un órgano de protección como la Comisión Interamericana que es, además, uno de los órganos principales de la Organización de los Estados Americanos, que tiene como función promover la observancia y la defensa de los derechos humanos en el hemisferio" (Carta de la OEA, arts. 52 y 111).

Asimismo, el art. 33 de la Convención Americana dispone que la Comisión Interamericana es un órgano competente junto con la Corte para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados partes, por lo que, al ratificar dicha Convención, los Estados partes se comprometen a atender las recomendaciones que la Comisión aprueba en sus informes<sup>(47)</sup>.

Si se acepta la premisa postulada por la Corte y apoyada por parte de la doctrina que el control de convencionalidad se debe ejercer de acuerdo a la Convención interpretada a nivel interamericano, entonces el parámetro para dicho control debe abarcar interpretaciones de la Convención efectuadas tanto por la Comisión como la Corte. Sería importante pues que la Corte así lo reconociese. Este cambio sería el que mejor se adecuaría a un sistema donde un tercio de los países no aceptan ni reconocen la competencia de la Corte Interamericana. Reconocería a la Comisión su carácter de órgano principal y consultivo de la OEA<sup>(48)</sup> y representante de todos los Estados de la Organización<sup>(49)</sup> algo no atribuido a la Corte. Principalmente demostraría que el control de convencionalidad interamericano es bifronte.

(47) Corte IDH, caso "Loayza Tamayo, Fondo", sent. del 17/9/1997, serie C nro. 33, párrs. 80-81. Véase entre otros FILIPPINI, Leonardo - GOS, Tatiana - CAVANA, Agustín, "El valor de los informes finales de la Comisión Interamericana y el dictamen del Procurador General en el caso Carranza Latrubesse", en [http://www.palermo.edu/derecho/centros/pdf-ictj/caso\\_Carranza\\_Latrubesse.pdf](http://www.palermo.edu/derecho/centros/pdf-ictj/caso_Carranza_Latrubesse.pdf) visitado el 21 de octubre de 2012; SALVIOLI, Fabián, "Un análisis desde el principio pro persona, sobre el valor jurídico de las decisiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos"; en *En defensa de la Constitución: libro homenaje a Germán Bidart Campos*, 2003, ps. 143-155; BIDART CAMPOS, Germán - ALBANESE, Susana, "El valor de las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos", JA 1996-III-962, JA 1996-III-962; SAGÜÉS, Néstor, "Nuevamente sobre el valor, para jueces argentinos de los pronunciamientos de la Corte Interamericana y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos", JA 1999-II-364.

(48) Arts. 52 y 111, Carta de la OEA.

(49) Art. 35 de la Convención.

## V. LAS CONSECUENCIAS DEL PRINCIPIO DE INTEGRALIDAD Y DE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL SISTEMA INTERAMERICANO

Un control descentralizado de convencionalidad como el que requiere la Corte Interamericana al exigir que todos los jueces de los Estados ratificantes de la Convención lo practiquen, significará que habrá miles de intérpretes interamericanos decidiendo el contenido de la Convención Americana. Todo ello, por supuesto, asumiendo que el tribunal tendrá éxito en su empresa de convencer a los jueces latinoamericanos de realizar dicho control de convencionalidad. Así, una importante consecuencia de este control de convencionalidad descentralizado es que el espacio de interpretación de la Convención no sólo estará en Costa Rica en la sede del tribunal interamericano. Por el contrario, habrá múltiples puntos de interpretación convencional.

Dado que no existen perspectivas ni interés en que el tribunal interamericano se convierta en los próximos años en una corte que decida miles de casos al año, en múltiples áreas no habrá una guía interpretativa concreta de la jurisprudencia interamericana y las únicas decisiones sobre la Convención en múltiples áreas serán de jueces nacionales. También este sistema descentralizado de control de convencionalidad necesariamente creará una multiplicidad de jurisprudencia latinoamericana sobre la Convención que puede ser consistente, contradictoria o parcialmente concordante con la actualmente existente o la que en el futuro se desarrolle a nivel interamericano<sup>(50)</sup>. Estas consistencias, contradicciones o concordancias pueden darse a nivel horizontal entre tribunales de los mismos países y del mismo grado que pueden prever mecanismos de unificación de jurisprudencia, verticalmente entre tribunales de diferentes grados del mismo también, pero que pueden tener o no un superior jerárquico común que permita una casación o unificación jurisprudencial. También pueden producirse consistencias, contradicciones o concordancias transnacionalmente donde tribunales de diferentes países y del mismo o diferente grado resuelven sobre los mismos temas convencionales. También, por supuesto, puede haber consistencias, contradicciones o concordancias interamericanas entre la Corte y los tribunales nacionales de diferentes grados y Estados. Y, finalmente, las consistencias, contra-

(50) Con ello no abrimos juicio de valor sobre los beneficios de estas consistencias, contradicciones o concordancias. Tampoco sostenemos que esto es exclusivo del sistema interamericano y los jueces nacionales. En sistemas nacionales con control difuso de constitucionalidad, en estados federales o en regímenes como los de la Unión Europea y sus relaciones con los sistemas jurídicos nacionales también se producen estas dinámicas.

dicciones o concordancias se darán entre la Comisión y la Corte<sup>(51)</sup> y entre la Comisión y los tribunales nacionales.

En el ámbito interamericano no hay ningún tribunal que tenga la palabra final, obligatoria que unifique la jurisprudencia sobre la Convención Americana. La Corte Interamericana no es, a pesar de su intención, un tribunal constitucional ni un tribunal supremo interamericano. Por ello, no tiene potestades unificadoras de jurisprudencia. Como dijimos, las sentencias de la Corte sólo son obligatorias para el caso concreto y para las partes del proceso. Aun cuando la Corte pueda en algún caso resolver una cuestión, ello no significará que todos los tribunales latinoamericanos deban revocar sus sentencias contradictorias o parcialmente concordantes de manera retroactiva. Así que es posible que miles de casos resueltos contradictoriamente a la jurisprudencia de la Corte permanezcan así. Dado los requerimientos de presentación de peticiones a la Comisión dentro de los seis meses de la decisión final del caso y la duración de los procedimientos interamericanos, la mayoría de dichos casos con jurisprudencia nacional contradictoria a la interamericana no podrán tampoco ser litigados a nivel interamericano por lo cual esta jurisprudencia nacional contradictoria quedará firme.

En los supuestos en donde existe jurisprudencia de la Corte Interamericana se ha argumentado que el margen de libertad de los jueces nacionales es limitado, ya que deben aplicar las decisiones de la Corte<sup>(52)</sup> sin posibilidad de apartarse de la misma. Discrepamos de una visión tan categórica que limita al juez nacional a una aplicación mecánica y con fe mesiánica de la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Por un lado, como dejamos establecido, no hay una obligación legal convencional de seguir las decisiones de la Corte. Por otro lado, una aplicación ciega de las decisiones de la Corte impide la adecuada evolución del sistema interamericano. Atenta contra el carácter diná-

(51) P. ej., durante varios años la Comisión consideraba que en casos de desapariciones forzadas se violaba el art. 3º de la Convención mientras la Corte lo rechazaba. Ver CIDH, Informes nro. 11/98 (Caso 10.606 - Guatemala), párr. 57; nro. 55/99 (casos 10.815, 10.905, 10.981, 10.995, 11.042, 11.136 - Perú), párr. 111; nro. 56/98 (casos 10.824, 11.044, 11.124, 11.125, 11.175 - Perú), párr. 110; nro. 3/98 (caso 11.221 - Colombia), párr. 64; nro. 30/96 (caso 10.897 - Guatemala), párr. 23; y nro. 55/96 (caso 8076 - Guatemala), párr. 24; y casos de la Corte IDH, "Bámaca Velásquez v. Guatemala", sent. del 25/11/2000, serie C nro. 70, párrs. 179-181; caso "La Cantuta v. Perú", sent. del 30/11/2007, serie C nro. 173, párr. 121; y caso "Ticona Estrada y otros v. Bolivia", sent. del 27/11/2008, serie C nro. 191, párr. 71. Hasta que finalmente el tribunal cambió su jurisprudencia en el caso Anzualdo. Corte IDH, caso "Anzualdo Castro v. Perú", sent. del 22/9/2009, serie C nro. 202, párr. 90.

(52) Ruiz, cit., ps. 221-215 y SAGÜÉS, Néstor P., "Dificultades operativas del 'control de convencionalidad' en el sistema interamericano", LL del 11/8/2010, p. 3.

mico y evolutivo de la Convención Americana que la propia Corte reivindica: “los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales”<sup>(53)</sup>. Si es así, ¿por qué un juez latinoamericano debería aplicar una jurisprudencia interamericana que puede tener 5, 10, 15, 20 o más años cuando las condiciones en las que se dictó podrían diferir completamente de las actuales? ¿Cómo contribuye ello a la evolución del derecho interamericano? Pero, fundamentalmente, ¿por qué un juez debería seguir, en un caso en el que su país no fue parte del litigio interamericano, una decisión que puede ser errada o poco garantista de la Corte Interamericana?<sup>(54)</sup>

La realidad y cercanía de los jueces nacionales con el contexto en el que deben resolver los casos debe otorgarles suficiente flexibilidad para aplicar las normas convencionales de la manera que mejor se adecuan al caso concreto. Ello se impide si deben seguir inflexiblemente la jurisprudencia de la Corte. Finalmente, esta exigencia de nulo margen de libertad de acción del juez nacional impide que haya un verdadero diálogo interactivo entre el tribunal interamericano y los nacionales. Cómo es posible el diálogo si se pretende imponer unilateral y unidireccionalmente la jurisprudencia que emana de la Corte. También se afecta la propia independencia judicial de los jueces latinoamericanos. Como el propio tribunal interamericano dijo: “la

(53) Corte IDH, caso “Juan Humberto Sánchez v. Honduras”, sent. del 26/11/2003, Interpretación de la sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, serie C nro. 102, párr. 56.

(54) Se puede ver la situación, aún más problemática, en el caso Espósito de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina en cumplimiento de la sentencia de la Corte en el caso Bulacio (Corte IDH, “Bulacio v. Argentina”, sent. del 18/9/2003, serie C, nro. 103). En Bulacio, la Corte estableció con dudosa base convencional y jurisprudencial la imprescriptibilidad de un caso aislado de ejecución extrajudicial y determinó que se debía continuar con la investigación para sancionar a los culpables. La Corte Suprema argentina se vio entonces ante la necesidad de decidir si debía anular, en claro perjuicio del imputado, la prescripción dictada en el proceso interno, o si debía mantener la decisión doméstica en desafío de lo resuelto por la Corte Interamericana. La Corte Suprema optó por la primera opción pero fue muy crítica de la sentencia interamericana sosteniendo que “corresponde dejar sentado que esta Corte (Suprema) no comparte el criterio restrictivo del derecho de defensa que se desprendió de la resolución del tribunal internacional mencionado”. Agregando “en consecuencia, se plantea la paradoja de que sólo es posible cumplir con los deberes impuestos al Estado argentino por la jurisdicción internacional en materia de derechos humanos restringiendo fuertemente los derechos de defensa y a un pronunciamiento en un plazo razonable, garantizados al imputado por la Convención Interamericana. Dado que tales restricciones, empero, fueron dispuestas por el propio tribunal internacional a cargo de asegurar el efectivo cumplimiento de los derechos reconocidos por dicha Convención, a pesar de las reservas señaladas, es deber de esta Corte, como parte del Estado argentino, darle cumplimiento en el marco de su potestad jurisdiccional”. Corte Sup., E. 224. XXXIX, “Espósito, Miguel Ángel s/incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa”, resolución del 23/12/2004, consids. 14 y 16.

independencia interna de los jueces, (implica que...) no deben verse compelidos a evitar disentir con el órgano revisor de sus decisiones, el cual, en definitiva, sólo ejerce una función judicial diferenciada y limitada a atender los puntos recursivos de las partes disconformes con el fallo originario”<sup>(55)</sup>. Es decir, los jueces pueden disentir de sus superiores jerárquicos pero no de la sacrosanta autoridad de la Corte Interamericana.

Por supuesto, la jurisprudencia de la Corte tiene que tener un valor trascendental de guía interpretativa que los tribunales domésticos deben seguir, aun cuando sean obligatorias sólo para el caso específico. En tanto tribunal y órgano especializados creados por la Convención para aplicar e interpretar la Convención, la jurisprudencia de la Corte y las opiniones de la Comisión deben ser el punto de partida de los jueces latinoamericanos al aplicar la Convención y deben darle una deferencia especial. Seguir la jurisprudencia de la Corte permite consolidar la predictibilidad y consistencia de los desarrollos legales de la Convención, fomentar la confianza en las decisiones judiciales y contribuye a la integridad real y percibida del proceso judicial.

Pero surgen grandes dudas acerca de las bondades de concebir a y exigir que los jueces latinoamericanos sean aplicadores sin margen de independencia de la jurisprudencia interamericana. Por eso deberían elaborarse pautas claras que permitan la posibilidad de rechazar una jurisprudencia de la Corte o de la CIDH cuando fuertes motivos así lo requieran y justifiquen. P. ej., la propia Corte en un caso sostuvo que “reconsidera su posición anterior” y encontró violación del art. 3° en casos de desapariciones forzadas que hasta ese momento no lo hacía. La Corte, para cambiar su jurisprudencia, tuvo en cuenta la adopción de otros instrumentos internacionales, la práctica de órganos de tratados y procedimientos especiales de Naciones Unidas, la consistente posición de la Comisión y la legislación y jurisprudencia de algunos países<sup>(56)</sup>. Las razones para apartarse de la jurisprudencia interamericana podrían ser las que permiten a una Corte Suprema apartarse de sus propios precedentes. Así podría ser permisible apartarse de los precedentes interamericanos si los mismos se han vuelto inviables, donde el cambio jurisprudencial no produce serias inequidades o significativos daños a la sociedad o a quienes actuaron en función de la jurisprudencia precedente, donde el desarrollo legal hace que el precedente sea un anacronismo doctrinario descartado

(55) Corte IDH, caso “Aspitz Barbera y otros (‘Corte Primera de lo Contencioso Administrativo’) v. Venezuela. Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas”, sent. del 5/8/2008, serie C nro. 182, párr. 84.

(56) Caso “Anzualdo”, cit., párrs. 90 y ss.

por la sociedad o donde las premisas fácticas del precedente hayan cambiado de tal manera que resulta irrelevante o injustificable<sup>(57)</sup>. O como sostuvo en Argentina la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la regla de la deseabilidad y conveniencia de que sus fallos sean seguidos “no es absoluta ni rígida con un grado tal que impida toda modificación en la jurisprudencia establecida, pues los tribunales no son omniscientes y como cualquier otra institución humana, también pueden aprovechar del ensayo y del error, de la experiencia y de la reflexión ...para que ello suceda... tienen que existir ‘causas suficientemente graves como para hacer ineludible tal cambio de criterio’ o es necesario que ‘medien razones de justicia al efecto’, entre las cuales se encuentra el reconocimiento del carácter erróneo de la decisión, la adecuada apreciación de las lecciones de la experiencia o si las cambiantes circunstancias históricas han demostrado la conveniencia de abandonar el criterio establecido”<sup>(58)</sup>. La Corte Constitucional colombiana se ha apartado expresamente de la jurisprudencia de la Corte Interamericana sosteniendo que “aunque constituye un precedente significativo... esta decisión no puede ser trasplantada automáticamente al caso colombiano en ejercicio de un control de convencionalidad que no tenga en cuenta las particularidades del ordenamiento jurídico interno, especialmente la jurisprudencia constitucional y de la Corte Suprema de Justicia”<sup>(59)</sup>. Si se aceptara nuestra propuesta de incluir la posibilidad de elevar en consulta una cuestión prejudicial a la Corte Interamericana (tal como se desarrolla más adelante), antes de apartarse de una jurisprudencia interamericana debería requerirse esta consulta prejudicial a la Corte.

También existen interrogantes sobre las áreas donde los tribunales latinoamericanos aplican pioneramente la Convención Americana sin que haya jurisprudencia interamericana. En estas situaciones, ¿cuál es el valor que la Corte Interamericana debe darle a tales interpretaciones? ¿Existe algún grado de deferencia que la Corte debería otorgar a estas interpretaciones? ¿Debería la Corte esperar a que varios tribunales latinoamericanos en diferentes países se pronuncien sobre los mismos temas antes de que el tribunal interamericano avance en dichas áreas? En los casos en que la jurisprudencia latinoamericana ha avanzado antes que la interamericana, ¿cuál es el valor interpretativo de la misma frente a las otras fuentes de interpretación que

(57) Como lo sostuvo la Corte Suprema de los Estados Unidos en “Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey”, 505 U.S. 833, 1992, 505 U.S. 833, votos de los Jueces O'Connor, Kennedy y Souter.

(58) Corte Sup., “Barreto v. Provincia de Buenos Aires”, Fallos 329:759, 2006, consid. 4°.

(59) Corte Constitucional de Colombia, sent. nro. C-442/11.

la Corte Interamericana utiliza, principalmente la jurisprudencia del tribunal europeo? ¿Cuál debería prevalecer, la jurisprudencia nacional latinoamericana o la jurisprudencia europea? ¿Cuáles serían los criterios que deberían utilizarse para decidir estas prioridades? Aun cuando las respuestas a estas preguntas exceden el propósito de este artículo, disintimos con el ex juez García Ramírez que sostiene que cuando el tribunal nacional despliega el control de convencionalidad sin definiciones supranacionales, las decisiones de aquél sólo tienen “criterios provisionales, inter partes... e invariablemente condicionado a definiciones supranacionales”<sup>(60)</sup>. No es verdad que sólo sean pronunciamientos provisionales pues muchos, si no todos ellos, quedarán firmes en los casos puntuales en que fueron dictados. La Corte debe como mínimo citar esta jurisprudencia pionera y reconocer explícitamente si concuerda con ella y dar explicaciones específicas por las cuales sigue o se aparta de la jurisprudencia pionera nacional.

La Corte a través de sus sentencias debería crear una doctrina apropiada sobre el valor que la interpretación de los jueces latinoamericanos tiene para el desarrollo del contenido de la Convención Americana. Hasta ahora, el tribunal no ha elaborado siquiera mínimamente cuál es el valor de tal jurisprudencia latinoamericana. P. ej., la Corte no explica si la jurisprudencia latinoamericana sirve como ejemplo de buena práctica, como guía o pauta para la interpretación que desarrolla la propia Corte, como apoyo de su propia interpretación o para indicar que la Convención está siendo interpretada de acuerdo a un consenso regional reflejado en la jurisprudencia de los países. Si fuese así, ¿debería preguntarse si el consenso regional debe ser una pauta de interpretación de la Convención? ¿Es legítimo que la Corte se guíe de este consenso regional? ¿Cuándo puede apartarse del mismo? Si se acepta la importancia del consenso, ¿cómo se determina el consenso? Cuando existe jurisprudencia coincidente en 10 países? 5? 25? Y ¿qué sucede si no hay consenso regional?

P. ej., cuando la Corte decidió Barrios Altos la mayoría de los países tenían leyes de amnistía y la mayoría de los tribunales habían dicho que dichas leyes eran constitucionales. ¿Debería la Corte haberse guiado por ese consenso? Algunos han entendido que la Corte debería seguir más de cerca a su par europeo en este punto que presta mayor atención a la existencia de un consenso regional antes de extender el alcance de la Convención Europea de Derechos Humanos<sup>(61)</sup>. En este artículo no definiremos la legitimidad, el valor o la importancia del consenso regional en materia de derechos humanos. Dudamos

(60) GARCÍA RAMÍREZ, cit., ps. 128-129.

(61) NEUMAN, cit.

de que sea aconsejable que el consenso regional sea un factor determinante en la interpretación de la Convención. En una región donde hay tantas deudas en materia de derechos humanos, dar deferencia al consenso regional implicaría bajar muchos estándares de protección. Además, significaría una visión un tanto conservadora del rol de la Convención y de la Corte que se limitarían a proteger los derechos ya tutelados regionalmente a nivel nacional y tan solo ayudarían a avanzar a algunos países rezagados. Creemos que la Convención y la Corte cumplen un rol mucho más importante en las Américas. El consenso regional puede ser una de las pautas de interpretación pero ni la primera ni la principal. La Corte debe estar consciente de que es lo que están haciendo los Estados y juzgando los tribunales en cada área sobre la que debe pronunciarse. Esto necesariamente facilitará la aceptación de su jurisprudencia y su comprensión del contexto en el que operará tal jurisprudencia. A la par insistimos en el punto de que la Corte, si utiliza la jurisprudencia nacional, debe explicar de manera más seria por qué lo hace, si es necesario para demostrar un consenso regional y además ser más consistente en cómo utiliza esta práctica.

P. ej., en el caso “Sarayaku”, la Corte cita legislación y jurisprudencia de nacional en materia de consulta previa, libre, informada a pueblos indígenas. Sostiene la Corte:

“Diversos Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos, a través de su normatividad interna y por medio de sus más altos tribunales de justicia, han incorporado los estándares mencionados. De ese modo, la normatividad interna de varios Estados de la región; como, p. ej., en Argentina, Bolivia, Chile, Colombia, Estados Unidos, México, Nicaragua, Paraguay, Perú y Venezuela, se refiere a la importancia de la consulta o de la propiedad comunitaria. Además, varios tribunales internos de Estados de la región que han ratificado el Convenio 169, OIT, se han referido al derecho a la consulta previa de conformidad con las disposiciones del mismo. En ese sentido, altos tribunales de Argentina, Belice, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, México, Perú o Venezuela han señalado la necesidad de respetar las normas de consulta previa y de dicho Convenio. Otros tribunales de países que no han ratificado el Convenio 169, OIT, se han referido a la necesidad de llevar a cabo consultas previas con las comunidades indígenas, autóctonas o tribales, sobre cualquier medida administrativa o legislativa que los afecte directamente así como sobre la explotación de recursos naturales en su territorio. De ese modo, se observan desarrollos jurisprudenciales similares por parte de altas cortes de países de la región como Canadá o Estados Unidos de América, o de fuera de la región

como Nueva Zelanda. Es decir, la obligación de consulta, además de constituir una norma convencional, es también un principio general del derecho internacional<sup>(62)</sup>.

Las citas que realiza la Corte incluyen regulaciones de distinto tipo que reconocen en mayor o menor medida la consulta previa. También recoge decisiones judiciales de múltiples variedades, con diversos matices, con diferentes grados de respeto a los derechos de los pueblos indígenas. Menciona a países que han ratificado la Convención (Argentina, Bolivia, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, México, Nicaragua, Paraguay, Perú y Venezuela —aunque este último la denunció con posterioridad—) con países que no la han ratificado (Belice, Canadá, Estados Unidos) como países de fuera de la región (Nueva Zelanda). Sin embargo, la Corte las incluye a todas juntas como si todas regulasen de la misma manera el derecho a la consulta y fuesen consistentes con la doctrina que la Corte estaba sosteniendo y como si todas hubiesen sido adoptadas por la influencia de la Convención o para cumplir con ésta. La Corte no realiza un análisis serio de la jurisprudencia latinoamericana para determinar la existencia (y en su caso las consecuencias) de un consenso regional en torno al derecho a la consulta previa o en todo caso para precisar el contorno o contenido de tal derecho. Tampoco parece el tribunal interamericano interesado en analizar la jurisprudencia contraria de varios países al tipo de consulta y efectos de la falta de consulta. P. ej., en Brasil cita a un tribunal inferior que reconoce el derecho a la consulta pero omite cualquier referencia a la decisión del Tribunal Supremo que estableció muchísimas condiciones para la consulta a pueblos indígenas<sup>(63)</sup>.

En Sarayaku, al igual que en otros casos, la Corte no explica en primer lugar, por qué es válido recurrir a la jurisprudencia latinoamericana. Tampoco indica cuáles son los parámetros de selección de la jurisprudencia que utiliza el tribunal interamericano. No desarrolla articulación alguna acerca del valor que tiene la jurisprudencia del Estado que está siendo analizado frente a las decisiones de otros tribunales latinoamericanos. En cuarto lugar, no explica cómo se resuelven posibles conflictos entre jurisprudencias o cómo se concilian diferentes matices. Finalmente, no analiza la Corte cuáles son las ra-

(62) Corte IDH, “Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku v. Ecuador, Fondo y Reparaciones”, sent. del 27/6/2012, serie C nro. 245, párr. 162.

(63) Decisión (Acórdão) del Supremo Tribunal Federal sobre la Petición 3388-4 Roraima, disponible en <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=603021&tpo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20Pet%20/%203388>.

zoned por las que excluye jurisprudencia contraria al razonamiento del tribunal interamericano.

La Corte debería ser más seria respecto del tan mentado diálogo jurisprudencial<sup>(64)</sup>, es decir, a la influencia recíproca entre los tribunales nacionales e interamericano en el desarrollo de su jurisprudencia. Actualmente, parece ser más un monólogo unidireccional o “matriz unidireccional”<sup>(65)</sup>. P. ej., su presidente ha dicho que “altos tribunales latinoamericanos vienen nutriéndose de la jurisprudencia de la Corte en un proceso que podríamos llamar de ‘nacionalización’ del derecho internacional de los derechos humanos. Para que ocurra ese importante proceso de interacción entre tribunales nacionales e internacionales en la región, en el cual los primeros están llamados a aplicar el derecho internacional de los derechos humanos y observar lo dispuesto en la jurisprudencia de la Corte Interamericana, es preciso que se continúe incentivando el diálogo sustantivo que lo permita”<sup>(66)</sup>. Pero el presidente de la Corte no menciona para nada la necesidad de que el tribunal interamericano se nutra, informe, enriquezca de la jurisprudencia latinoamericana.

## VI. HACIA UN MODELO CONSTITUCIONAL INTEGRADO INTERAMERICANO

A pesar de las insuficiencias jurisprudenciales de la Corte Interamericana en su análisis y utilización del control de convencionalidad, creemos firmemente en la necesidad de contar con un modelo interamericano integrado donde confluye el derecho constitucional latinoamericano y el derecho interamericano. Este modelo integrado debe elaborarse de manera seria, consistente, coherente y sistemática por parte de la Corte<sup>(67)</sup>. Nuestra propuesta fundamental es que la Corte debe asumir que los jueces latinoamericanos en este nuevo marco son actores esenciales y centrales en no sólo la aplicación, sino en el desarrollo del contenido de la Convención. Para ello, debe re-

(64) Ver, p. ej., de SLAUGHTER, Anne-Marie, “A Typology of Transjudicial Communication”, 29 U. RICH. L. REV. 99, 99-100, 103, 1994; “Judicial Globalization”, 40 VA. J. INT’L L. 1103, 1116-22, 2000 y “A Global Community of Courts”, 44 HARV. INT’L L. J. 191, 192-204, 2003.

(65) BAZÁN, Víctor, “Control de Convencionalidad, Aperturas Dialógicas e Influencias Jurisdiccionales Recíprocas”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, nro. 18/2º, semestre 2011, p. 94.

(66) Voto concurrente del Juez Diego García-Sayán en relación con la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Cepeda Vargas v. Colombia”, del 26/5/2010, párr. 33.

(67) Para propuestas en Europa de cómo integrar más a la Convención Europea y a la Corte Europea en los Estados Parte véase, HELFER, cit., ps. 149-157.

conocer la importancia del rol político que los jueces juegan en este proceso y transformarse en su aliada y, además, transformarlos en sus aliados<sup>(68)</sup>.

Además, deben efectuarse reformas convencionales, procedimentales y jurisprudenciales para suplir algunos de los vacíos e inconsistencias que mencionamos y para facilitar el proceso de integración que la Corte promueve.

### 1. Un nuevo modelo convencional

Desde hace varios años promovemos una reforma convencional. En el pasado insistimos que la reforma debería utilizarse para cambiar el rol o perfil de la Comisión Interamericana<sup>(69)</sup>. Hoy, proponemos cambios convencionales para incrementar o profundizar el modelo integral del sistema interamericano. Consideramos que este no es un momento propicio para discutir una reforma a la Convención debido a una fuerte movilización de un grupo importante de países para debilitar el sistema interamericano de tutela de los derechos humanos<sup>(70)</sup>. Pero la cuestión de la oportunidad no debe significar que no se pueda discutir un modelo convencional alternativo que refleje mejor la manera en que la Convención forma parte de este modelo interamericano integrado.

Proponemos cuatro cambios convencionales. Por un lado, un ajuste al art. 2º para requerir de manera clara y explícita que la Convención debe ser incorporada al derecho interno, que el tratado debe prevalecer internamente sobre cualquier normativa nacional y que los jueces tienen la facultad de aplicar directamente la Convención y ejer-

(68) HUNEEUS, Alexandra, “Courts Resisting Courts: Lessons From The Inter-American Court’s Struggle To Enforce Human Rights”, 44 Cornell Int’l L.J. 493, 2011.

(69) Ver, p. ej., mis publicaciones “The Inter-American Human Rights System Fifty Years Later: Time For Changes”, Special Edition, *Revue québécoise de droit international*, 127, 2011; “Las peticiones individuales ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos o el amparo interamericano en contexto”, en MANILI, Pablo Luis (Director), *Tratado de Derecho Procesal Constitucional: Argentino, Comparado y Transnacional*, t. III, 667, La Ley, 2010; “Reflexiones sobre la judicialización interamericana y propuesta de nuevos perfiles para el amparo interamericano”, en ABAD YUPANQUI, Samuel B. – PÉREZ TREMPES, Pablo, *La reforma del proceso de amparo: La experiencia comparada*, 327, Palestra Editores, 2009; “50 años del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Una propuesta de reflexión sobre cambios estratégicos necesarios”, en CAVALLO, Gonzalo Aguilar, *60 años después: enseñanzas pasadas y desafíos futuros*, 491, Librotecnia, 2008, y “La OEA y los Derechos Humanos: nuevos perfiles para el Sistema Interamericano”, en HONRAD – ADENAUER – STIFTUNG, *Diálogo Político: La OEA y el Sistema Interamericano*, 25-4 (69), 2008.

(70) AMATO, Victoria, “Una mirada al proceso de reflexión sobre el funcionamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, en *Due Process of Law Foundation*, Aportes 16.

cer el control de convencionalidad. Un segundo cambio convencional debe reconocer explícitamente el valor del precedente de las decisiones de la Corte y de la Comisión. Ello puede significar una adición a los arts. 51 y 68 para extender el efecto de las decisiones de la Corte y de la Comisión más allá de las partes en el caso concreto.

Por supuesto que algunos pueden indicar que estos cambios convencionales no son necesarios, ya que la mayor parte del constitucionalismo latinoamericano ya le da un rango especial a la Convención y que los jueces latinoamericanos ya ejercen el control de convencionalidad y aplican al tratado interamericano y las interpretaciones de los órganos del sistema<sup>(71)</sup>. Tampoco en Europa existe explícitamente y sin embargo se realiza en la práctica. Lo mismo puede sostenerse en los Estados Unidos donde el *judicial review* no está expresamente establecido en la Constitución. Coincidimos en general en esta apreciación pero de todas maneras consideramos que el texto convencional debería ser aún más explícito en estos aspectos. Por un lado, no todas las Constituciones de los Estados partes de la Convención otorgan este rango especial<sup>(72)</sup>. Por otro lado, no todos los jueces, ni siquiera todas las cortes constitucionales o superiores aplican de manera consistente y rutinariamente la Convención interpretada<sup>(73)</sup>. Facilitaría la aplicación por parte de los jueces nacionales latinoamericanos, muchas veces aun, muy formalistas. Además le daría una base convencional más sólida a la teoría del control de convencionalidad.

La tercera modificación debería facilitar la interacción entre los jueces latinoamericanos y la Corte. Para ello debería establecerse un mecanismo que permita elevar en consulta a la Corte causas que estén pendientes ante los tribunales nacionales. Se podría seguir en este sentido el modelo de la Unión Europea en el que cualquier órgano judicial de un Estado miembro de la Unión, puede dirigirse al Tribunal de Justicia de la Unión Europea para formularle una duda sobre la validez o la correcta interpretación de un acto jurídico adoptado por la Unión<sup>(74)</sup>. El juez nacional que plantea esta cuestión en el marco de un proceso que esté conociendo debe suspender el procedimiento hasta que el Tribunal de Justicia se pronuncie. El objetivo primordial de este recurso prejudicial es garantizar una interpretación uniforme del derecho de la Unión Europea, bajo la autoridad del Tribunal de Justicia. Pero al mismo tiempo las relaciones entre los sistemas judiciales nacionales y el regional.

(71) Ruiz, cit.

(72) Es el caso de las Constituciones de Uruguay, Barbados, Surinam p. ej.

(73) Ver HUNEUS, cit.

(74) Art. 19.3.b, Tratado de la Unión Europea.

Este cambio permitiría que los jueces, ante dudas convencionales, referir el caso a la Corte para que ésta dé su opinión al respecto que sería obligatoria para el juez. Ello serviría para múltiples propósitos. Por un lado, serviría preventivamente para evitar que jueces resuelvan de manera contraria a la Convención y que estas decisiones puedan ser cuestionadas varios años después. En segundo lugar, facilitaría enormemente la interacción entre los tribunales locales y el tribunal interamericano. En tercer lugar, serviría para aumentar el número y tipo de cuestiones que resuelve la Corte Interamericana. En cuarto lugar, serviría para fortalecer a los jueces nacionales y podría alterar las dinámicas entre jueces inferiores y sus jerárquicos superiores, ya que encontrarían sustento de sus decisiones en la opinión de la Corte.

Finalmente, se debería ampliar la legitimación para solicitar opiniones consultivas a la Corte. Debería reconocerse a las Cortes o Tribunales Supremos y/o Constitucionales, a los Congresos y Parlamentos Nacionales, a las Instituciones Nacionales de Derechos Humanos (Defensorías del Pueblo, Comisiones de Derechos Humanos, o cualquiera que sea su denominación), la posibilidad de acudir al tribunal interamericano para solicitar opiniones consultivas particularmente en el inc. 2º, art. 64, relativo a la compatibilidad de cualquiera de las leyes internas del Estado con los instrumentos internacionales de derechos humanos. Ello traería al sistema mayor interacción con actores estatales esenciales, permitiendo una visión desagregada del Estado. También podría ayudar a destrabar procesos políticos internos donde un poder del Estado promueve la adopción de políticas compatibles con los derechos humanos pero otros sectores o poderes se oponen o resisten a tales políticas.

## 2. Un nuevo modelo procedimental

La Corte, por su parte, debería revisar su procedimiento para favorecer la participación y reconocer el rol central que los jueces cumplen en la tutela convencional interamericana integrada. Para ello, proponemos dos reformas procedimentales fundamentales.

Por un lado, la Corte, al momento de convocar a una audiencia pública sobre un caso, siempre debería citar a comparecer en calidad de testigo a uno o varios de los jueces que hayan intervenido en el caso concreto. Ello serviría para dos propósitos. Por un lado, una reafirmación del compromiso del tribunal de escuchar y conocer la opinión del/los magistrado/s que hayan intervenido y valorar adecuadamente la misma. Así, la Corte se beneficiaría al conocer las razones, posibilidades y limitaciones que enfrentan los magistrados al decidir el caso concreto. Por el otro lado, la presencia de magistrados cumpliría

un aspecto pedagógico importante al permitir a los comparecientes conocer el funcionamiento del tribunal interamericano y comprender la manera en la que se arriban a decisiones que luego deberían aplicar.

El segundo cambio procedimental propone que la Corte establezca canales formales y voluntarios de interacción con los jueces nacionales de todos los Estados y no sólo de aquellos del respectivo Estado en el caso concreto. La Corte, al recibir un nuevo caso, lo debería notificar de inmediato a todos los tribunales latinoamericanos superiores e invitarlos a someter dictámenes en calidad de *amicus curiae*. Podría solicitar información a todos los tribunales superiores sobre su jurisprudencia en el área/tema debatido en el caso concreto. También podría pedir la opinión de los tribunales sobre la manera en que el tribunal debería resolver el caso concreto. Obviamente, dado que como adelantamos el consenso regional no debe ser la guía principal de interpretación convencional, la opinión de los tribunales nacionales debería ser un elemento a considerar por la Corte al momento de resolver la controversia. Como explica Sagüés, si los veredictos de la Corte tienen pretensiones de generalidad y los jueces pueden verse vinculados por una jurisprudencia vertida en un procedimiento en el que no fueron parte y tampoco oídos, tal situación sugiere habilitar alguna instancia donde los Estados o jueces que quieran hacerlo, puedan hacer llegar su criterio sobre el artículo que se está interpretando<sup>(75)</sup>.

### 3. Un nuevo modelo jurisprudencial

La expresión de la actividad jurisdiccional de la Corte, es decir, sus fallos, debe promover y facilitar el diálogo con los jueces y facilitar la utilización de su jurisprudencia por parte de los magistrados nacionales. Por un lado, la lectura de las decisiones de la Corte debe ser facilitada. Fallos con una extensión de más de cien páginas no son de fácil lectura y al contrario dificultan su utilización por los tribunales. Pero lo fundamental es que la Corte debe ser mucho más explícita, precisa y seria en los razonamientos que utiliza para decidir cada caso concreto. Muchas veces, es sumamente difícil poder determinar cuál es el razonamiento central utilizado por el tribunal para resolver si existió o no una violación<sup>(76)</sup>. La Corte debe ser muy cuidadosa en distinguir los casos uno de otros y debe prestar particular atención a las especificidades de cada caso concreto y el contexto en el que cada caso se desarrolló. Varios autores han indicado que el éxito del control de convencionalidad radica en que las sentencias de la Corte

(75) SAGÜÉS, cit., p. 5.

(76) SAGÜÉS, cit., p. 2.

estén bien razonadas, basadas en fundamentos jurídicos firmemente establecidos<sup>(77)</sup>. De hecho, en el quizás más importante estudio sobre la efectividad de la judicialización transnacional, se ha sostenido que uno de los factores que determinan la efectividad de un tribunal es la calidad de sus decisiones, entendiéndose que sean razonadas y con razonamientos sólidos<sup>(78)</sup>.

Por otra parte, la jurisprudencia de la Corte Interamericana debe ser modificada para que los jueces latinoamericanos sean revalorados y se facilite el proceso de aceptación de la jurisprudencia interamericana. En primer lugar, el tribunal debe tomar más seriamente la jurisprudencia interamericana o mejor dicho latinoamericana y explicar cuál es el valor de la misma en la interpretación de la Convención. Debe analizar detalladamente los casos que cita, explicar por qué los cita, explicar cómo los seleccionó, explicar por qué si hay jurisprudencia contraria la misma es incorrecta de acuerdo con la Convención y la jurisprudencia interamericana.

También la Corte debe ser muy clara y puntual en informar por qué es válido recurrir a la jurisprudencia de fuera de la región<sup>(79)</sup>. ¿Cuál es el valor de la jurisprudencia europea o del Comité de Derechos Humanos? ¿Cuándo los textos convencionales interamericanos, europeos o universales no son idénticos?, ¿por qué puede recurrirse a esta jurisprudencia? Y, en particular, debería explicar el tribunal cuál es el balance entre la interpretación latinoamericana y la jurisprudencia de la Corte Europea. ¿Cuál debe predominar? ¿Cuál tiene mayor poder persuasivo? ¿Por qué?

Similar seriedad jurisprudencial debe exigirse al utilizar la normativa internacional distinta de la Convención. ¿Cuándo debe prevalecer el derecho interamericano sobre otros tratados? ¿Cuándo es legítimo y hasta qué punto pueden utilizarse las normas de tratados no adoptados dentro del sistema interamericano? P. ej., ¿por qué para la definición de discriminación se utiliza la contenida en la Convención Internacional para la Eliminación de todas las formas de discriminación racial o la Convención Internacional para la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y no la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad, instrumento interamericano que contiene una definición de discriminación<sup>(80)</sup>? ¿Cuándo es

(77) BINNER, cit., p. 1228, SAGÜÉS, cit., p. 3.

(78) HELFER, Laurence R. – SLAUGHTER, Anne-Marie, "Toward a Theory of Effective Supranational Adjudication", 107 Yale L.J. 273, 1997, ps. 318-323.

(79) NEUMAN, cit., p. 116.

(80) Corte IDH, caso "Atala Riffo y Niñas", párr. 81.

posible recurrir a normas no convencionales si no de derecho blando? Cuál es el valor de las mismas y por qué pueden ser pautas de interpretación de un texto convencional.

Finalmente, la Corte debe analizar mucho más seriamente el valor de las decisiones de la Comisión Interamericana. La Corte debería explicar como mínimo ¿cuál es el valor interpretativo de la práctica de la CIDH?, ¿cuál es el grado de deferencia que le otorga, cuándo debe seguirla y cuándo apartarse de ella? En particular en este momento en que la Comisión ha cambiado su rol de representante de los intereses de las víctimas a tuteladora del orden público interamericano, la Corte debe ser mucho más seria con la consideración de los argumentos de su par interamericano. Y, principalmente, debe estipular que la Convención interpretada por la Corte y la Comisión es el parámetro de control de convencionalidad.

#### 4. Un nuevo modelo promocional

El éxito del modelo integrado depende de que los jueces latinoamericanos utilicen la jurisprudencia interamericana. Para ello, la Corte debe realizar todos los esfuerzos para facilitar el acceso a su jurisprudencia. Su página de internet debe ser inmediatamente modificada para que la búsqueda de casos sea facilitada. P. ej., en estos momentos si uno busca de manera simple o avanzada casos de desaparición forzada, no recupera el caso Velásquez Rodríguez, el más emblemático y paradigmático y sobre el cual se asienta toda la jurisprudencia de la Corte Interamericana<sup>(81)</sup>. La Corte debería aprender de su modelo europea a quien copia indiscriminadamente en su jurisprudencia y desarrollar un buscador más adecuado al siglo XXI. Sagüés ha propuesto que la Corte elabore y sistematice de inmediato un sistema detallado y preciso de reseñas de sus sentencias y opiniones consultivas, con índices temáticos y cronológicos y de partes, de cuidadosa factura<sup>(82)</sup>. Además, en estos momentos no existe jurisprudencia disponible en idiomas tales como portugués para Brasil o francés para Haití que permita a los jueces de dichos países utilizarla. Tan solo se encuentran en portugués los casos brasileños y en francés los casos haitianos, una minoría en la jurisprudencia interamericana<sup>(83)</sup>.

(81) Ver <http://www.corteidh.or.cr/buscar.cfm?clave=desaparicion%20forzada>, visitada el 10/10/2012.

(82) SAGÜÉS, cit., p. 2.

(83) Obviamente que esto requeriría que la Corte cuente con mayores recursos de la OEA.

Desde el otro lado de la ecuación, la Corte debe desarrollar una política sistemática para que los jueces y abogados del tribunal conozcan de manera actualizada los desarrollos jurisprudenciales en América latina que apliquen la Convención.

La Corte debería realizar una alianza estratégica mucho más fuerte con el Instituto Interamericano de Derechos Humanos y con la Comisión Interamericana para garantizar una capacitación permanente a los operadores jurídicos. En este accionar, la Corte debe entender que es un tribunal y no un centro académico o de capacitación. Para ello, la Corte debería cambiar radicalmente su estrategia actual de realizar cursos, capacitaciones, conferencias, publicaciones a través de sus jueces o funcionarios de su Secretaría. El tribunal debe concentrarse en su actividad judicial y garantizar que sus jueces y sus abogados cumplen exclusivamente tareas judiciales. O bien debería crear una unidad pedagógica y de análisis jurisprudencial o bien solo facilitar que otras instituciones realicen estas tareas. Lo que debe realizar institucionalmente es facilitar que en los países donde existen carreras y escuelas judiciales, las mismas incluyan capacitación permanente sobre el sistema interamericano de derechos humanos. Lo mismo debe decirse en cuanto a estrategias de intercambio de publicaciones para asegurar que la Corte recibe las publicaciones de los tribunales latinoamericanos y viceversa. Asimismo, podría en cooperación con otros altos tribunales formar los *dossier* de casos por temas.

Estratégicamente, la Corte debe facilitar y promover las actividades de las universidades para que se realicen más estudios tanto positivos como críticos sobre el tribunal. Y, además, para que haya más publicaciones sobre la Convención Americana interpretada por los tribunales latinoamericanos e interamericano.

#### VII. CONCLUSIÓN

El control de convencionalidad demuestra que en la actualidad el sistema interamericano no es un sistema autónomo y autosuficiente (si es que en algún momento lo fue), que opera por sí solo en su propia esfera de actuación<sup>(84)</sup>. Desde hace tiempo venimos insistiendo en que al hablar de sistema interamericano de derechos humanos debe pensarse de manera más amplia que sólo en la Comisión y la Corte<sup>(85)</sup>.

(84) Ver en el mismo sentido para el sistema europeo, SWEET, Alec Stone, "On the Constitutionalisation of the Convention: The European Court of Human Rights as a Constitutional Court", Faculty Scholarship Series, Paper 71, 2009, p. 8.

(85) Ver nota 69.

Al sistema lo crean, asumen las responsabilidades principales y son los destinatarios de las decisiones de la Comisión y la Corte los Estados. Y al hablar de Estado debe pensarse en un Estado multifacético y no monolítico, con múltiples actores con distintas agendas, responsabilidades y visiones que van desde los Ministerios de Relaciones Exteriores hasta los poderes Judiciales y Legislativo, las Defensorías del Pueblo, los Fiscales y Defensores Públicos, pasando por las múltiples autoridades a nivel nacional, provincial y municipal que dentro de sus respectivos ámbitos tienen responsabilidades en materia de derechos humanos.

Por otra parte, la OEA y sus órganos, particularmente la Asamblea General, el Consejo Permanente y la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos, tienen roles importantísimos dentro del sistema de derechos humanos, como son la elección de los miembros de la Comisión y la Corte, la discusión de los informes anuales de estos órganos, la aprobación de su presupuesto, la adopción de nuevos instrumentos de derechos humanos y, fundamentalmente, su actuación como garantes colectivos del sistema. El secretario general de la OEA también tiene sus atribuciones y su importancia dentro del sistema, en tanto puede influenciar en la agenda de la Organización regional, tiene la palabra final en el nombramiento de los funcionarios de la Comisión y puede interactuar políticamente tanto con los Estados como con los órganos de derechos humanos propiamente dicho.

Los organismos de la sociedad civil (concebida en términos amplios y no solamente las ONG especializadas de derechos humanos), en tanto son los principales usuarios del sistema, presentando denuncias, proveyendo de información a los órganos y a sus sociedades, asesorando a víctimas, entrenando a actores locales, también son parte fundamental de las interrelaciones que se forman en el sistema interamericano. La comunidad académica que estudia, analiza, critica, debate, difunde, robustece, sugiere, recomienda, advierte y opina sobre el sistema interamericano. Y por último, pero quizás lo fundamental, las sociedades y en particular las víctimas de abusos que acuden al sistema en busca de justicia que no han encontrado en sus propios países.

En esta perspectiva, el control de convencionalidad pone en evidencia que los jueces y administradores de justicia son actores interamericanos de primera relevancia. Demuestra particularmente que el Estado no puede continuar siendo considerado como una ficción unitaria y que debe desagregarse para entender el rol particular que los jueces están llamados a desempeñar. Pero también demuestra la necesidad de la Corte de entender cabalmente que necesita de la coo-

peración de las instituciones nacionales, especialmente de los jueces y tribunales para implementar y ejecutar sus decisiones y para aplicar su jurisprudencia<sup>(86)</sup>.

El control de convencionalidad indica cómo el sistema interamericano no es propiedad ni terreno exclusivo de la Corte Interamericana ni de los Estados representados por sus Ministerios de Relaciones Exteriores. De modo que cualquier discusión y propuestas de reforma y alteración del sistema debe necesariamente incluir a todos los actores relevantes incluidos los propios jueces.

(86) BINDER, cit., p. 1205.