



Universidad de Chile

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho Internacional

**Efecto expansivo de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos  
Humanos: análisis crítico del control de convencionalidad**

Memoria para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales

**Carolina Mansilla Monje**

**Profesora Guía: Constanza Nuño Balmaceda**

**Santiago, Chile**

**2023**

## Índice

Resumen.....	3
<u>INTRODUCCIÓN.....</u>	4
<u>CAPÍTULO I: El Control de Convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte IDH</u>	
1. Concepto.....	6
2. Fundamentos.....	11
3. Parámetro del control de convencionalidad.....	15
3.1. Jurisprudencia de la Corte IDH.....	16
3.2. La CADH y otros instrumentos interamericanos.....	22
<u>CAPÍTULO II: Interpretación de la CADH por parte de la Corte IDH.....</u>	24
1. Principio <i>pro homine</i> o favor persona.....	27
2. Interpretación evolutiva.....	30
<u>CAPÍTULO III: Consecuencias de la interpretación de la CADH.....</u>	34
1. Efecto <i>erga omnes</i> de la jurisprudencia de la Corte IDH más allá del caso en el cual la sentencia ha sido dictada.....	35
2. Decisiones de la Corte IDH como fuente de Derecho interno. <i>Stare decisis</i> .....	40
3. Falta de deferencia a los Estados Parte en la interpretación de la Corte IDH. Introducción del margen de apreciación nacional.....	45
3.1. Configuración del margen de apreciación nacional.....	48
4. Consecuencias políticas. Recepción del Control de Convencionalidad en las jurisdicciones nacionales.....	53
4.1. Argentina.....	54
4.2. Costa Rica.....	55
4.3. Colombia.....	56
4.4. Brasil.....	57
4.5. Venezuela y Trinidad y Tobago.....	58
<u>CONCLUSIONES.....</u>	61
Bibliografía.....	66

## Resumen

El presente trabajo tiene por finalidad analizar el “efecto expansivo” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a través del desarrollo de la doctrina del control de convencionalidad, particularmente, la arista relativa al material controlante, al incluir en él su jurisprudencia, emitida en cualquier tipo de resolución y con efecto *erga omnes*. Para ello, se exponen los casos más significativos en la construcción del concepto, fundamento y material controlante de la doctrina en cuestión. Luego, se estudian los criterios interpretativos utilizados por la Corte IDH para arribar al control de convencionalidad y, en general, en su labor de interprete de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Por último, se analizan críticamente las consecuencias del uso de dichos métodos interpretativos en el desarrollo del control de convencionalidad. Este análisis nace a partir de la inquietud por cómo ciertas jurisdicciones locales han venido reaccionando a la recepción de esta teoría, específicamente, cuestionando o rechazando la vinculatoriedad de la jurisprudencia de la Corte IDH. Así, dentro de este fenómeno, destaca la declaración de los gobiernos de Argentina, Brasil, Colombia, Chile y Paraguay, en la cual destacan la importancia de una estricta aplicación de las fuentes formales del DIDH y del reconocimiento del margen de apreciación, así como de una debida consideración de las realidades de los Estados. Todas estas cuestiones se examinan en esta memoria con el objetivo de aportar, de alguna manera, al perfeccionamiento del SIDH y así alcanzar los objetivos que el Tribunal pretendía al introducir la doctrina del control de convencionalidad.

### Abreviaturas por utilizar:

- I. CADH, la Convención o Pacto de San José: Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- II. CCV: Control de Convencionalidad.
- III. Corte IDH o el Tribunal: Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- IV. CVDT: Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.
- V. DIDH: Derecho Internacional de los Derechos Humanos.
- VI. DDHH: Derechos Humanos.
- VII. SIDH: Sistema Interamericano de Derechos Humanos

## INTRODUCCIÓN

El presente trabajo se enmarca en la influencia que progresivamente ha tenido el Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el derecho interno de los Estados. Reflejo de ello es la labor realizada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos a través del denominado Control de Convencionalidad (CCV), concepto instaurado desde el 2006 en el caso “Almonacid Arellano vs. Chile.” Su introducción tuvo como objetivo establecer estándares mínimos y comunes en materia de respeto y garantía de los derechos humanos a través de la adecuación de los ordenamientos jurídicos nacionales.

El CCV puede darse tanto a nivel internacional como nacional. El primero de ellos está a cargo de la Corte IDH para efectos de determinar si los Estados parte, a través de sus normas o actos, han vulnerado o no la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). En cuanto al segundo, el ejercido a nivel interno, debe ser realizado por las autoridades estatales, principalmente, los jueces para verificar la compatibilidad de las normas internas con la CADH y otros instrumentos de derechos humanos que sean vinculantes para el Estado respectivo.

Mucho ya se ha escrito acerca del Control de Convencionalidad, en algunos casos a favor y en otros desde una visión más crítica respecto a sus implicancias. Este trabajo se inserta en esta última postura a partir de la introducción en el parámetro de convencionalidad, de la jurisprudencia de la Corte IDH, ya sea la expresada en sus sentencias, opiniones consultivas, resoluciones de supervisión de cumplimiento, medidas cautelares y sentencias de interpretación.

Se asume esta posición debido a que en la práctica se han evidenciado desafíos en la recepción del Control de Convencionalidad por parte de los Estados parte de la CADH. Así, por ejemplo, los Gobiernos de Argentina, Brasil, Colombia, Chile y Paraguay en una declaración enviada a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en abril de 2019, demandaron, entre otras cosas, un mayor margen de apreciación nacional para los tribunales nacionales en la aplicación de la jurisprudencia interamericana, teniendo en cuenta que los temas sobre los cuales esta recae son políticamente sensibles y, por ende, se debiera tener una mayor consideración de las particularidades de cada país.

De este modo, se pretende analizar el “efecto expansivo” de la Corte IDH reflejado en el establecimiento de esta doctrina, a través de una labor interpretativa con escasa deferencia

hacia los Estados donde el CCV se debe ejercer, por un lado, así como poco consecuente de los previsibles efectos de dicho mandato y su viabilidad de ejecución, por el otro. Esto se realiza con el objetivo de construir un sistema que permita de mejor manera los fines que buscaba el Tribunal interamericano con la introducción del Control de Convencionalidad.

Conviene prevenir que las críticas realizadas en este sentido no implican restarle toda importancia a la jurisprudencia de la Corte IDH y al indudable aporte que ha realizado en la protección, garantía y promoción de los derechos humanos, desde su labor de desestabilización de las dictaduras que asolaron la región y, posteriormente de acompañamiento en la transición a la democracia. Por el contrario, se trata de evidenciar las dificultades que implica una aplicación ciega del CCV, para que así, con el aporte de estas disidencias y observaciones, la Corte IDH perfeccione la calidad y consistencia de sus decisiones, lo cual redundará en una mayor legitimidad del sistema interamericano y, consecuentemente, mayor efectividad.

Así, en el primer capítulo se expone, de manera no exhaustiva, la evolución de la doctrina en cuestión a través de la jurisprudencia de la Corte IDH, específicamente, el concepto, fundamentos y el parámetro del Control de Convencionalidad. Luego, en el segundo capítulo se estudian los métodos de interpretación utilizados por el Tribunal interamericano para la construcción de esta herramienta, considerando tanto las reglas generales de interpretación dispuestas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados como los principios de interpretación específicos de la CADH -principio *pro homine* e interpretación evolutiva- en virtud de su carácter especial como tratado internacional de derechos humanos.

En el tercer capítulo, se analizan las consecuencias de incluir los pronunciamientos de la Corte IDH, sin distinción, en el material controlante, partiendo con el (1) efecto *erga omnes* de su jurisprudencia más allá del caso en que fue esbozada, lo que a su vez implica (2) otorgarle el carácter de fuente de derecho interno e introducir en el sistema interamericano una regla similar al *stare decisis*. Ello también refleja una (3) falta de deferencia hacia los Estados Parte, por lo que se plantea un posible modelo de aplicación del margen de apreciación nacional, adecuado al contexto de nuestra región, como un medio para compatibilizar la relación entre los tribunales nacionales y la Corte IDH. Finalmente, para constatar el problema práctico que traen consigo todas las consecuencias anteriores, se exponen (4) ciertas resistencias en la recepción del Control de Convencionalidad en las jurisdicciones nacionales de la región.

## **CAPÍTULO I: El Control de Convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte IDH**

### **1. Concepto de Control de Convencionalidad**

El control de convencionalidad se ha entendido como un deber, desarrollado jurisprudencialmente por la Corte IDH, que corresponde a toda autoridad pública en el ámbito de sus competencias y que consiste en comprobar la idoneidad de los actos y normas internas con la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y la interpretación que de ella realiza la propia Corte, y los demás tratados interamericanos de los cuales el Estado sea parte<sup>1</sup>. A través de esta doctrina se pretende dotar de eficacia al Derecho Internacional de Derechos Humanos (DIDH) a través de los tribunales nacionales<sup>2</sup> y desarrollar a nivel regional estándares mínimos comunes en materia de derechos humanos<sup>3</sup>.

El concepto de “Control de Convencionalidad” surgió de la mano de una serie de votos razonados del entonces juez Sergio García Ramírez. El primero de ellos fue en el caso “Mirna Mack Chang vs. Guatemala”, en cuyo voto concurrente expuso que, cuando un Estado es responsable internacionalmente,

“no es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar la Corte sólo a uno o algunos de sus órganos, (...) y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del control de convencionalidad que trae consigo la jurisdicción de la Corte IDH.”<sup>4</sup>

Posteriormente, en el caso “Tibi vs. Ecuador”, el señalado jurista declaró que la tarea de la Corte IDH se asimila a la que realiza el tribunal constitucional de un país<sup>5</sup>. Mientras éstos ejercen un control de constitucionalidad de los actos impugnados a la luz de normas, principio

---

<sup>1</sup> Núñez, Constanza. “Control de Convencionalidad: Teoría y Aplicación en Chile”. *Cuadernos del Tribunal Constitucional*, N° 60 (2015): 31.

<sup>2</sup> Fuentes, Ximena y Pérez, Diego. “El efecto directo internacional en el derecho chileno”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Año 25, núm. 2 (2018): 124.

<sup>3</sup> Ferrer Mac Gregor, Eduardo. *El control de convencionalidad y la reforma constitucional en materia de derechos humanos*, (México: CEDIP., 2012), 36.

<sup>4</sup> Corte IDH. *Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala*. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C N° 101, Voto concurrente del juez García Ramírez, párr. 56.

<sup>5</sup> Corte IDH. *Caso Tibi Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C N°. 114. Voto concurrente del juez García Ramírez, párr. 3.

y leyes fundamentales; el tribunal analiza los actos sometidos a su conocimiento en relación de las normas y principios de los tratados que fundan su competencia contenciosa<sup>6</sup>.

Hasta este momento, la expresión “control de convencionalidad” hacía referencia a la labor jurisdiccional de la Corte IDH consistente en apreciar la compatibilidad entre los actos de los Estados y las disposiciones del DIDH contenidas en la Convención y demás tratados internacionales del sistema interamericano. Por tanto, el CCV concierne originariamente a la Corte IDH<sup>7</sup>.

Es en el caso “Almonacid Arellano vs. Chile” donde la Corte Interamericana por primera vez toma este concepto, haciendo referencia al control de convencionalidad a cargo de los jueces nacionales, y desarrolla su contenido y alcance<sup>8</sup>. El caso versó sobre la ejecución de Luis Alfredo Almonacid, quien durante el régimen militar y en presencia de su familia, fue detenido y asesinado por carabineros. En el proceso judicial fue aplicado el Decreto Ley N 2.191, mediante el cual se concedió amnistía a todas las personas que hayan incurrido en hechos delictuosos entre 1973 y 1978. Debido a esta norma no se investigó adecuadamente la muerte del señor Arellano ni se sancionó a los autores del hecho.

Es en este contexto donde surge el término “control de convencionalidad” a partir de lo establecido por la Corte IDH:

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

---

<sup>6</sup> Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicaragua*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 23 de junio de 2005. Serie C N° 114. Voto razonado del juez García Ramírez, párr. 3.

<sup>7</sup> Ramos, Eréndira. “Origen y desarrollo jurisprudencia de la doctrina del control de convencionalidad”. En *Corte Interamericana de Derechos Humanos: Organización, funcionamiento y trascendencia*, (Ciudad de México: Tirant lo Blanch, 2021), 794.

<sup>8</sup> Núñez, Constanza. “Control de Convencionalidad: Teoría y Aplicación en Chile”, p. 21.

**mismo ha hecho la Corte Interamericana**, intérprete última de la Convención Americana.<sup>9</sup> (Énfasis añadido)

La señalada doctrina fue repetida, sin mayores variantes, en los casos “La Cantuta vs. Perú” (29 de noviembre de 2006, c. 173), y “Boyce y otros vs. Barbados” (20 de noviembre de 2007, c. 78), hasta llegar al caso “Trabajadores Cesado del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú”, donde la Corte introdujo algunas especificaciones sobre el control de convencionalidad<sup>10</sup>.

En primer lugar, mientras en “Almonacid Arellano vs. Chile”, se habla de una “especie de control de convencionalidad”, en este último caso alude directamente a la expresión de control de convencionalidad<sup>11</sup>. En segundo lugar, precisa que los jueces nacionales, además de realizar un control constitucional, deben ejercer un control de convencionalidad *ex officio*<sup>12</sup>, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales pertinentes. Así, el control es entendido como un acto de fiscalización de la adecuación de las normas nacionales a la CADH y a la interpretación que de ella realiza a la Corte IDH. Por último, indicó que el CCV no se limita a los actos de las partes en el caso concreto, al mismo tiempo que tampoco implica que debe ejercerse siempre, sin considerar otros supuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de las respectivas acciones, con lo que considera el principio de legalidad y con ello el ordenamiento jurídico del Estado<sup>13</sup>.

Posteriormente, en la supervisión de cumplimiento del caso “Gelman Vs. Uruguay”, se define por primera vez, de una forma muy general, el control de convencionalidad como “una institución que se utiliza para aplicar el Derecho Internacional, en este caso el Derecho

---

<sup>9</sup> Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C N° 154, párr. 124.

<sup>10</sup> Nogueira, Humberto. “Los desafíos del control de convencionalidad del *corpus iuris* interamericano para las jurisdicciones nacionales”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. XLV (2012): 1173.

<sup>11</sup> Sagües, Néstor. “Obligaciones Internacionales y Control de Convencionalidad”, *Estudios Constitucionales*, Año 8, N° (2010): 120.

<sup>12</sup> En palabras del profesor Humberto Nogueira, *ex officio* significa que aplicar el control de convencionalidad constituye un deber del juez, independientemente de que las partes no lo soliciten. Ello en cuando la Corte IDH entiende que los jueces nacionales conocen y deben aplicar el derecho convencional por ser tanto derecho internacional ratificado vigente como derecho nacional. Nogueira, Humberto. “Los desafíos del control de convencionalidad del *corpus iuris* interamericano para las jurisdicciones nacionales”, p. 1178. En este aspecto, a mi parecer, el control de convencionalidad colisiona con la realidad de las facultades de derecho, al menos a nivel nacional, donde el derecho convencional y la jurisprudencia de la Corte IDH no son estudiados profundamente.

<sup>13</sup> Corte IDH. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 158, párr. 128.



Internacional de los Derechos Humanos, y específicamente la Convención Americana y sus fuentes, incluyendo la jurisprudencia de este Tribunal.<sup>14</sup> La Corte IDH luego agrega que este control

“obliga a todos los jueces y órganos judiciales a **prevenir** potenciales violaciones a derechos humanos, las cuales deben solucionarse a nivel interno teniendo en cuenta las interpretaciones de la Corte Interamericana y, solo en caso contrario, pueden ser considerados por ésta, en cuyo supuesto ejercerá un **control complementario** de convencionalidad<sup>15</sup>. (énfasis de añadido).

En relación con esta jurisprudencia, cabe señalar que la Corte IDH ha enfatizado que el control de convencionalidad se asienta en el principio de subsidiariedad respecto del derecho interno<sup>16</sup>. Lo anterior debido a que el Estado es el principal garante de los DDHH de las personas y quien, ante un acto violatorio de dichos derechos, debe resolver el asunto a nivel interno. Solo en el caso que no cumpla con esta obligación de respeto y garantía, debe responder internacionalmente ante el Sistema Interamericano<sup>17</sup>.

De esta manera se identifican dos niveles de aplicación del CCV. Por un lado, el realizado por los órganos del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos (control estricto o externo) y, por otro lado, el ejercido por las autoridades nacionales (control amplio o interno)<sup>18</sup>.

Por último, la definición de quién es el sujeto pasivo de la obligación de realizar el control de convencionalidad se ha extendido de manera gradual en la jurisprudencia de la Corte IDH<sup>19</sup>. Así, en un primer momento se estableció que los jueces y los órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están sometidos a aquél<sup>20</sup>, para luego ampliarse

---

<sup>14</sup> Corte IDH. *Caso Gelman Vs. Uruguay*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 20 de marzo de 2013, párr. 65.

<sup>15</sup> Corte IDH. *Caso Gelman Vs. Uruguay*, párr. 72.

<sup>16</sup> Ramos, “Origen y desarrollo jurisprudencia...”, p. 980.

<sup>17</sup> Corte IDH. *Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 30 de noviembre de 2012. Serie C N° 259, párr. 142 y 143.

<sup>18</sup> Quintana, Karla. “El control de convencionalidad: Un estudio del Derecho Interamericano de los Derechos Humanos y del Derecho Mexicano. Retos y perspectivas” (Tesis doctoral, Universidad Nacional Autónoma de México, 2017), 21, <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r39359.pdf>.

<sup>19</sup> Henríquez, Miriam. “La polisemia del control de convencionalidad interno”, *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, N° 24 (2014): 123.

<sup>20</sup> *Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220, párr. 225 y *Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros Vs. Honduras*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de octubre de 2015. Serie C No. 304, párr. 346.

a cualquier autoridad pública y no sólo al Poder Judicial<sup>21</sup>. Con ello se entiende que la doctrina en estudio es un deber que corresponde a todos los poderes y órganos estatales en su conjunto, según sus competencias y normas procesales correspondientes<sup>22</sup>.

Esta ampliación del sujeto destinatario del control de convencionalidad ha producido dudas respecto de aquellos Estados que tienen un sistema de control concentrado de constitucionalidad.

Así, autores como Néstor Sagües plantean que el asunto no ofrece problemas en un país que posea un sistema de control difuso de constitucionalidad, es decir, en el que todo juez es competente para ejercer dicha revisión, pero se complejiza en aquellos ordenamientos jurídicos donde solo el órgano que ejerce el control de constitucionalidad sería competente para ejercer el CCV<sup>23</sup>. El autor soluciona el problema basándose en la propia doctrina de la Corte IDH asentada en el caso “Trabajadores cesados del Congreso”, la cual permitiría concluir que el juez no competente para ejercer el control de constitucionalidad, que considere que existe un problema de convencionalidad, deberá remitir los autos al tribunal habilitado para realizar el mencionado control<sup>24</sup>.

En un sentido diferente, Eduardo Ferrer Mac-Gregor plantea que el CCV procede en cualquier modelo de justicia constitucional y puede ser llevado a cabo por cualquier juez nacional, diferenciándose en términos de intensidad. Así, el CCV tendrá mayor alcance en aquellos sistemas de control difuso de convencionalidad, pues todos los jueces tendrían la atribución de inaplicar la norma inconvencional. En cambio, tendrá un menor grado de

---

<sup>21</sup> Caso *Gelman vs. Uruguay*. Fondo y reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie N° 221, párr. 239; *Caso de Personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 282, párr. 497 y *Caso Rochac Hernández y otros Vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014. Serie C No. 285, párr. 213.

<sup>22</sup> Al respecto, el profesor Karlos Castilla plantea que el control de convencionalidad sólo lo realiza la Corte IDH, mientras que los jueces y tribunales nacionales ejercen una “especie” de control de convencionalidad, tal como lo planteó en un inicio la Corte, y que se traduce en la obligación de interpretar los derechos reconocidos en el sistema jurídico nacional de conformidad con los tratados internacionales de derecho humanos. Ello en la medida que el propio Estado, a través de la ratificación o adhesión de la CADH, se obliga a respetar los derechos reconocidos en esta y garantizar su libre y pleno ejercicio. Más allá de una objeción terminológica, el autor sostiene que esta “interpretación conforme a tratados”, a diferencia del control de convencionalidad, no introduce debates innecesarios a nivel interno ni produce más resistencia que los beneficios que se pretende alcanzar. Para un mejor estudio véase Castilla, Karlos. *El control de convencionalidad: un nuevo debate en México a partir de la sentencia del Caso Radilla Pacheco*. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. 11 (2011): 593-624.

<sup>23</sup> Sagües, Néstor. “Obligaciones Internacionales y Control de Convencionalidad”, p. 121.

<sup>24</sup> *Ibid.* p. 122.

intensidad en aquellos ordenamientos jurídicos que consagran un control concentrado de convencionalidad, pues los jueces solo podrán realizar una interpretación conforme a la CADH, pero estarían autorizados a dejar de inaplicar la norma<sup>25</sup>.

Más allá de las posibles soluciones que se puedan dar a este problema con los modelos constitucionales de los Estados parte, considero que la extensión impulsada por la Corte IDH en esta arista del control de convencionalidad es cuestionable desde un punto de vista de legitimidad democrática, pues las competencias de los órganos estatales sólo pueden ser fijadas por la Constitución o la ley<sup>26</sup>.

## 2. Fundamentos del control de convencionalidad

Un punto discutido en doctrina respecto del CCV es que carece de un fundamento normativo expreso en la CADH<sup>27</sup>. A partir de ello se ha criticado que la Corte IDH estaría “creando” una obligación sin sustento en base normativa y actuando en forma muy activista<sup>28</sup>. Al respecto, el jurista Pedro Nikken ha reconocido que la Corte IDH “no ha expresado el fundamento legal del control de convencionalidad”, agregando que “ni tiene por qué hacerlo, pues se trata de una conclusión inseparable del deber jurídico que pesa sobre los Estados parte en la CADH de hacer plenamente efectiva la normativa convencional, dentro de su jurisdicción.”<sup>29</sup>

Sin perjuicio de estas discusiones, el Tribunal considera que hay normas que reconocen dicho control en forma implícita:

1. Artículos 1.1, 2 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos
2. Artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados

---

<sup>25</sup> Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, *Estudios Constitucionales*, vol. 9, N° (2011): 581.

<sup>26</sup> Henríquez, Miriam. “La polisemia del control de convencionalidad interno”, p. 125.

<sup>27</sup> Fuentes, Ximena y Pérez, Diego. “El efecto directo internacional en el derecho chileno”, p. 35.

<sup>28</sup> Malarino, Ezequiel. “Activismo judicial, Punitivización y Nacionalización. Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derecho Humanos”, en *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, (Uruguay: Fundación Konrad Adenauer, 2010), 518.

<sup>29</sup> Nikken, Pedro. “El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el derecho interno”, *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, vol. 57 (2013): 60.

El control de convencionalidad es la concreción jurisdiccional de la obligación de garantía consagrada en el artículo 1.1 de la CADH<sup>30</sup>, que se traduce en la obligación que asume el Estado de organizar todo el aparato a través del cual ejerce su poder público, para permitir el pleno y efectivo goce y ejercicio de los derechos que reconoce dicho cuerpo normativo. Lo cual, a su vez, implica el deber de los Estados de adoptar medidas que permitan adecuar las normas internas del Estado con sus obligaciones internacionales en materia de DDHH (artículo 2 de la CADH)<sup>31</sup>.

Respecto a esto último, las medidas que puede establecer el Estado son diversas, y en ese sentido la Corte IDH ha señalado que la adecuación del derecho interno a los estándares interamericanos puede llevarse a cabo por medio de dos vías: suprimir aquellas normas y prácticas que sean contrarias a la Convención, o bien ejercer una interpretación conforme a la CADH, dependiendo de las facultades de cada autoridad<sup>32</sup>. La “efectividad” de dichas medidas implica que su adopción permita que lo establecido en la Convención sea realmente cumplido<sup>33</sup>, para lo cual la obligación de adecuar la legislación nacional al texto convencional no se limita a lo legislativo y constitucional, sino que debe irradiar a todas las disposiciones jurídicas y traducirse en la efectiva aplicación práctica de los estándares de protección de los DD. HH<sup>34</sup>.

Esta doctrina también encuentra fundamento en el artículo 29 de la CADH, que establece normas de interpretación a seguir por la Corte IDH. En virtud de esa disposición, los Estados miembros se obligan, a través de dichas interpretaciones, a permitir de manera amplia el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la CADH. *A contrario sensu*, ello también implica una interpretación restrictiva de los límites a los derechos humanos<sup>35</sup>.

Por otro lado, el control de convencionalidad se sustenta en principios del derecho internacional público, entre ellos, el principio *pacta sunt servanda* consagrado en el artículo 26 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (en adelante CVDT). Bajo esta

---

<sup>30</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. “Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 7: Control de Convencionalidad”, (2021): 5.

<sup>31</sup> *Ibid.*

<sup>32</sup> Corte IDH. *Caso Gelman Vs. Uruguay*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 20 de marzo de 2013, párr. 49.

<sup>33</sup> Corte IDH. *Caso Bulacio Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de septiembre de 2003, párr. 142.

<sup>34</sup> Corte IDH. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C N°. 218, párr. 286.

<sup>35</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. “Cuadernillo de Jurisprudencia... N° 7”, p. 5.

disposición, se ha interpretado que los Estados parte de la CADH deben ejercer el CCV con el propósito de cumplir el mandato de protección que han asumido, lo que, además, debe ser realizado de buena fe<sup>36</sup>. Sobre la base de la buena fe, los Estados no podrían invocar disposiciones de derecho interno como fundamento para dejar de cumplir compromisos internacionales (artículo 27 CVDT)<sup>37</sup>.

Como contrapunto a lo sostenido por la Corte IDH, en doctrina se ha cuestionado que las normas señaladas anteriormente sirvan como fundamento normativo del CCV en la medida que no consagran expresamente la obligación para los Estados de someter todo su ordenamiento jurídico al contenido de la CADH, requisito necesario para su realización<sup>38</sup>. Así, de los trabajos preparatorios de la CVDT, se concluye que el artículo 27 es una regla de responsabilidad cuyo fin es excluir al derecho interno como eximente y reiterar la idea de que el derecho internacional prevalece sobre el derecho interno en el ámbito internacional<sup>39</sup>. No establece, como lo ha pretendido la Corte IDH, ninguna obligación para que los tribunales internos dejen de aplicar el derecho interno y prefieran las normas internacionales, o, en otras palabras, no establece una obligación de autoejecutabilidad de los tratados en el derecho interno<sup>40</sup>.

En relación con los artículos 1.1 y 2 de la CADH, se afirma que de ellos tampoco se deriva una obligación para los Estados de integrar en el sistema jurídico nacional a los tratados al mismo nivel de sus constituciones, o un nivel superior. Lo que en ellos se establecería son reglas de coordinación y adecuación para el cumplimiento de la CADH<sup>41</sup>.

Considero que el cuestionamiento a la base normativa del control de convencionalidad se debe a dos cuestiones relacionadas. Por un lado, al hecho de que la Corte IDH lo ha

---

<sup>36</sup> Nash, Claudio. “Comentarios al trabajo de Víctor Bazán: El control de convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas”, en *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, ed. Víctor Bazán y Claudio Nash (Santiago: Konrad Adenauer Stiftung, 2011), 12.

<sup>37</sup> Ibid.

<sup>38</sup> Castilla, Karlos. “¿Control interno o difuso de convencionalidad? Una mejor idea: la garantía de tratados”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XIII (2013): 80.

<sup>39</sup> Fuentes, Ximena. “El derecho internacional y el derecho interno: definitivamente una pareja dispareja”, en *Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política* (SELA), (Puerto Rico: SELA, 2007). Disponible en: <https://www.upg.mx/wp-content/uploads/2015/10/LIBRO-24-Derecho-Internacional-y-Derecho-Interno.pdf>

<sup>40</sup> Ibid. p. 9. La teoría de la autoejecutabilidad de los tratados consiste en que estos adquieren tal fuerza normativa dentro del ordenamiento jurídico nacional que pueden ser aplicados por los operadores jurídicos sin necesidad de que se dicten medidas legislativas o administrativas complementarias. Fuentes, Ximena y Pérez, Diego. “El efecto directo internacional en el derecho chileno”, p. 121.

<sup>41</sup> Castilla, Karlo. “¿Control interno o difuso de convencionalidad? ...”, p. 80.

establecido reiterada y categóricamente como una “obligación” o “deber<sup>42</sup>”. Así, en el caso “Gomes Lund y otros vs. Brasil”, afirmó que el poder judicial está “**internacionalmente** obligado a ejercer un control de convencionalidad<sup>43</sup>” (énfasis añadido). En el caso de que haya contradicción entre la Convención y la Constitución de un Estado, es factible suponer que los jueces nacionales reaccionarán en forma reticente ante la “imposición” de hacer prevalecer la primera sobre la segunda, pues ello entra en pugna con el sistema jerarquizado y el principio de primacía constitucional que caracteriza a sus ordenamientos jurídicos<sup>44</sup>.

En palabras del profesor Claudio Nash, uno de los problemas relevantes de esta figura es que

“su denominación se presta para algunas confusiones que es relevante clarificar, principalmente, en lo que dice relación con los objetivos de esta figura. Al usar una expresión similar al control de constitucionalidad propio del derecho constitucional se crean expectativas que pueden confundir a un lector poco conocedor del DIDH.<sup>45</sup>”

Por otro lado, a lo anterior cabe agregar que este “deber” no ha sido desarrollado como cualquier otro, sino uno que conlleva una serie de implicaciones, entre ellas, el efecto directo de la CADH en los ordenamientos jurídicos de los Estados parte, en función de lo cual se ha sostenido que los jueces nacionales adquieran el poder de derogar tácitamente las leyes por ser

---

<sup>42</sup> “El Poder Judicial debe ejercer una especie de control de convencionalidad” (Caso Almonacid vs. Chile, 2006; caso La Cantuta vs. Perú, 2006; Caso Boyce y otro vs. Barbados, 2007); “Poder Judicial debe ejercer control de convencionalidad” (Caso Radilla Pacheco vs. México, 2009).

<sup>43</sup> Corte IDH, caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 24 de noviembre de 2010, serie C, N° 219, párr. 176.

<sup>44</sup> Vio Grossi, Eduardo. El control de convencionalidad y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* (2018): 317.

<sup>45</sup> Nash, Claudio. “Comentarios al trabajo de Víctor Bazán: El control de convencionalidad...”, p. 58. Además, no es solo la confusión en la denominación, sino que la propia Corte IDH ha tendido a la asimilación de las categorías. Así, el juez Eduardo Ferrer Mac Gregor, en su voto razonado en el caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, señaló que

“Existe, por consiguiente, 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 aquéllos no han sido suficientes, por lo que de alguna manera se configura también una “supremacía convencional”. “Una de las manifestaciones de este proceso de “internacionalización” de categorías constitucionales es, precisamente, la **concepción difusa de convencionalidad** que estamos analizando, ya que **parte de la arraigada connotación del control difuso de constitucionalidad.**” (énfasis añadido). (Corte IDH. Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C N°. 220, párrs. 21 y 22.

contrarias al derecho internacional<sup>46</sup>; o bien el efecto *erga omnes* de la jurisprudencia de la Corte IDH a partir de la inclusión en el parámetro del control de convencionalidad de las sentencias emanadas de procesos internacionales en los que los Estados no fueron parte, tema que será tratado más adelante.

De este modo, en lugar de ordenarles a los jueces nacionales que siempre hagan prevalecer la CADH, simplemente se les debería pedir que cumplan con las obligaciones que han contraído al suscribir o adherirse a la CADH y, no para que esta siempre prevalezca, sino para que siempre esté presente<sup>47</sup> y que en la aplicación del principio *pro homine*, teniendo como fin último la protección de los derechos humanos, se prefiera la norma más favorable a la persona humana sin importar su posición jerárquica<sup>48</sup>.

### 3. Parámetro del control de convencionalidad

Para estos efectos, se distinguen dos elementos que han sido calificados como “material controlante” por parte de la Corte IDH. El primero de ellos se refiere a la jurisprudencia de la Corte en un sentido amplio, esto es, la interpretación que el Tribunal realice tanto en ejercicio de su facultad contenciosa como consultiva, mientras que el segundo elemento lo constituyen la propia Convención y otros instrumentos interamericanos que no sean la CADH<sup>49</sup>.

Lo anterior es importante pues el desarrollo que ha tenido el parámetro del control de convencionalidad es un indicador del “efecto expansivo” de la Corte IDH. Ello, en la medida que, al incorporar más elementos al material controlante, los jueces -y todas las autoridades- nacionales deberán tener a la vista cada vez más variables al momento de cumplir con esta obligación. Esta tarea se dificulta si consideramos que la jurisprudencia de la Corte IDH es

---

<sup>46</sup> Fuentes, Ximena y Pérez, Diego. “El efecto directo internacional en el derecho chileno”, p. 122.

<sup>47</sup> Castilla, Karlo. “¿Control interno o difuso de convencionalidad? ...”, p. 83.

<sup>48</sup> Núñez, Constanza. *Control de Convencionalidad: Teoría y Aplicación en Chile*, p. 180.

<sup>49</sup> Esta distinción es meramente para efectos explicativos, ya que la Corte IDH por sí misma no ha realizado una clasificación de los elementos que comprende el parámetro del control convencional. Para ello me basé en el trabajo de Barros, María et al., “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad: ¿Dos frutos provenientes del mismo árbol? Una visión crítica a la estructura base del control de convencionalidad interno”, *Revista de Estudios Ius Novum*, N° 8 (2015): 41. Aquí solo se mencionan como material controlante la CADH y la jurisprudencia de la Corte IDH, por lo que aquí se agregó “otros instrumentos interamericanos que no sean la CADH”.

zigzagueante en la materia en análisis, alcanzando nuevos perfiles en cada nueva sentencia y alejándose frecuentemente del texto de los tratados<sup>50</sup>.

Ejemplo de ello es el desarrollo del “derecho a la verdad”, el cual no está consagrado en la CADH. En su primera referencia, en el Caso “Castillo Páez vs. Perú”, la Comisión IDH alegó la vulneración de este derecho, ante lo cual la Corte IDH señaló que

“se refiere a la formulación de un derecho no existente en la Convención Americana, aunque pueda corresponder a un concepto todavía en desarrollo doctrinal y jurisprudencial, lo cual en este caso se encuentra ya resuelto por la decisión de la Corte al establecer el deber que tiene el Perú de investigar los hechos que produjeron las violaciones a la Convención Americana.<sup>51</sup>”

La Corte IDH, no obstante, ha dictaminado que no es suficiente para agotar la obligación del Estado, que este cree las condiciones necesarias para el ejercicio de los DDHH, sino que debe dictar normas procesales, crear tribunales, escuelas de derecho, proveer asistencia legal gratuita, remover obstáculos culturales, estructurales y sociales. Bajo estas exigencias, no habría Estado que pudiera escapar a imputaciones de incumplimientos y violaciones de DDHH<sup>52</sup>.

### 3.1 Jurisprudencia de la Corte IDH

Desde un inicio, en el caso “Almonacid Arellano vs. Chile”, la Corte IDH estableció que “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.**<sup>53</sup>”(énfasis añadido).

Más adelante, en la resolución sobre la supervisión de cumplimiento del caso “Gelman vs. Uruguay”, la Corte IDH precisó la eficacia vinculante de su jurisprudencia, para efectos de ejercer el control de convencionalidad, en función de si el Estado fue o no parte material en el

---

<sup>50</sup> De Clément, Zlata. “Interpretación de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos. Fallo de la Corte Internacional de Justicia en el Caso Ahmadou Sadio Diallo”. *Revista de la Facultad*, vol. III, N°1 (2012): 293.

<sup>51</sup> Corte IDH. *Caso Castillo Páez Vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 3 de noviembre de 1997. Serie C N°. 34, párr. 85 y 86.

<sup>52</sup> De Clément, Zlata. “Interpretación de los Tratados Internacionales...”, p. 294.

<sup>53</sup> Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C N° 154, párr. 124.



proceso internacional del cual emana la sentencia<sup>54</sup>. Es decir, la cosa juzgada internacional de la sentencia interamericana despliega sus efectos en dos dimensiones<sup>55</sup>:

- a) Eficacia *inter partes*. Consiste en la obligación del Estado, que intervino en el proceso internacional, de cumplir con todo lo establecido en la sentencia que de él emane. Existe una vinculación absoluta de los contenidos y efectos del fallo, que se deriva de los artículos 67 y 68.1 CADH<sup>56</sup>.
- b) Eficacia *erga omnes*. Corresponde a la obligación de los Estados que, aun no siendo parte del litigio, por el solo hecho de ser miembros del Pacto San José y reconocer la jurisdicción de la Corte IDH, quedan vinculados al criterio interpretativo que el Tribunal haya fijado en el respectivo fallo<sup>57</sup>.

Estas dimensiones también reciben el nombre de eficacia vinculante directa para el primer caso, y de una eficacia relativa para el segundo, en la medida que los Estados que no fueron parte material del procedimiento pueden diferir de la jurisprudencia de la Corte IDH, a través de una interpretación más favorable en sede nacional<sup>58</sup>, en cuanto esta última fija la efectividad mínima de la norma convencional.

La eficacia *erga omnes* que producen las sentencias en esta materia también ha sido sostenida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). En el caso “Irlanda contra el Reino Unido” sostuvo que

---

<sup>54</sup> Gozaíni, Osvaldo. “Capítulo X. El Control de Convencionalidad”. En *El Sistema Procesal Interamericano. Procedimiento en la Comisión y ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ediar, 2016), p. 494.

<sup>55</sup> Ferrer Mac Gregor, Eduardo. “Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (res judicata) e indirecta hacia los estados parte de la Convención Americana (res interpretata). (Sobre el cumplimiento del caso Gelman VS. Uruguay)”, *Estudios Constitucionales*, vol. 11, N° 2 (2013): 656.

<sup>56</sup> *Ibid.*

<sup>57</sup> Gozaíni, Osvaldo. “Capítulo X. El Control de Convencionalidad” ...p. 494.

<sup>58</sup> En esta resolución la Corte IDH menciona el “margen interpretativo nacional” que pueden realizar las autoridades para favorecer con la interpretación nacional la efectividad de un derecho, cuya formulación convencional no sea del todo precisa y no exista consenso entre los Estados Parte sobre la solución adecuada a fin de llenar este vacío, pues se entiende que son las instancias nacionales las más adecuadas y mejor colocadas para adoptar una solución al respecto. Corte IDH. *Caso Gelman Vs. Uruguay*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 20 de marzo de 2013, párr.72.

“Sus sentencias sirven no sólo para resolver los asuntos que se le someten, sino con más amplitud, para aclarar, amparar y desarrollar las normas del Convenio y contribuir de esta manera a que los Estados respeten los compromisos contraídos como Partes contratantes.<sup>59</sup>”

Y asimismo fue señalado por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa en su resolución sobre la Ejecución de sentencias del Tribunal de Derechos Humanos, refiriéndose al denominado principio de solidaridad, el cual implica que

*“The case-law of the Court forms part of the Convention, thus extending the legally binding force of the Convention erga omnes (to all the other parties). This means that the states parties not only have to execute the judgments of the Court pronounced in cases to which they are party, but also have to take into consideration the possible implications which judgments pronounced in other cases may have for their own legal system and legal practice.”<sup>60</sup>*

Adicionalmente, se ha señalado que, la jurisprudencia de la Corte IDH y, por tanto, parte del parámetro del control de convencionalidad, comprende la interpretación que esta realice en las demás resoluciones que emita, a saber, resoluciones de supervisión de cumplimiento de sentencias, medidas cautelares, sentencias de interpretación y opiniones consultivas<sup>61</sup>.

En efecto, en la Opinión Consultiva OC-21/14, del 19 de agosto de 2014, se establece que los órganos estatales que realicen el CCV deben considerar lo señalado por la Corte IDH en ejercicio de su competencia consultiva, en la medida que comparte con la competencia contenciosa el propósito del Sistema Interamericano: la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos.<sup>62</sup> En este orden de ideas, las Opiniones Consultivas cumplen, en alguna medida, la función propia de un control de convencionalidad preventivo<sup>63</sup>.

---

<sup>59</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso Irlanda contra el Reino Unido. Sentencia 5310/71 de 18 de enero de 1978, párr. 154. Traducción al español. Esta jurisprudencia fue retirada por el Tribunal en el caso Opuz contra Turquía en sentencia de 9 de junio de 2009, cuyo párrafo 163 señala que “teniendo en cuenta que el Tribunal brinda una interpretación final autorizada de los derechos y libertades..., el Tribunal considerará si las autoridades nacionales han tomado en cuenta de forma suficiente los principios que emanan de sus sentencias en asuntos similares, incluso cuando conciernen a otros Estados.”

<sup>60</sup> Parliamentary Assembly of the Council of Europe. Resolution 1226 (2001) Execution of judgments of the European Court of Human Rights, para. 3.

<sup>61</sup> Ferrer Mac Gregor, Eduardo. “Reflexiones sobre el control difuso de convencionalidad. A la luz del caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, N° 131 (2011): 943.

<sup>62</sup> Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A N° 21, párr. 31.

<sup>63</sup> Corte IDH. Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-22/16 de 26 de febrero de 2016. Serie A N°. 22, párr. 26.

La legitimidad de estas resoluciones radicaría en que la Corte IDH es el intérprete último y oficial de la CADH, por tanto, todas las resoluciones dictadas por ella, sin distinción, tienen carácter obligatorio para efectos del control de convencionalidad<sup>64</sup>. En palabras de Néstor Sagués,

“si el fundamento del control de convencionalidad se encuentra básicamente en el argumento de autoridad de la Corte Interamericana, como intérprete final y supremo de la Convención Americana sobre derechos humanos (...) no interesa mayormente la vía por la que la Corte ha interpretado, sino el producto interpretativo al que ha arribado.”<sup>65</sup>

En una posición diferente, el autor Karlos Castilla estima que la jurisprudencia de la Corte IDH

“No es de un solo tipo, es un género que contiene 8 especies. Por tanto, su fuerza jurídica no es una sola, sino que cada especie tiene particularidades específicas. La fuerza jurídica de todo lo que incluye el término *jurisprudencia interamericana* no es una cuestión de creencias, deseos y aspiraciones, ésta está determinada por los tratados que las establecen... esto es, está determinada por las obligaciones internacionales que han adquirido los Estados.”<sup>66</sup>

Suscribiendo esta última posición, resulta ser que al incorporar las opiniones consultivas en el “material controlante” del control de convencionalidad, se está modificando, en la práctica, su carácter no obligatorio. En este campo, la Corte IDH cumple una función asesora<sup>67</sup> -pues mediante ella se logra la interpretación de instrumentos internacionales-, de manera que sus

---

<sup>64</sup> Este mismo fundamento se utiliza para justificar la extensión del parámetro de CCV a la jurisprudencia de la Corte IDH más allá del caso en el cual la sentencia ha sido dictada. Véase nota 139. Sin embargo, basar la legitimidad de estas resoluciones en el carácter de último intérprete de la Corte IDH, es una cuestión controversial en cuanto la CADH, en la medida que es un tratado internacional, se rige por la CVDT y, conforme al Derecho de los Tratados, los últimos intérpretes serían los Estados Parte. No obstante, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en su Comentario General N° 24 relativo a las reservas formuladas con ocasión de la ratificación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, sostiene la tesis contraria. Véase nota 90.

<sup>65</sup> Sagués, Néstor. "Las opiniones consultivas de la Corte Interamericana, en el control de convencionalidad". *Pensamiento Constitucional*, N° 20 (2015): 281.

<sup>66</sup> Castilla, Karlos. “La independencia judicial en el llamado control de convencionalidad interamericano”, *Estudios Constitucionales*, vol. 14, N° 2 (2016): 85.

<sup>67</sup> Corte IDH. Restricciones a la pena de muerte (Arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-3/83 de 8 de septiembre de 1983. Serie A N°. 3, párr. 32. Se utiliza este concepto en contraposición a la descripción que la Corte IDH realiza de su competencia contenciosa en el sentido de que en materia consultiva ella “no está llamada a resolver cuestiones de hecho para verificar su existencia sino a emitir su opinión sobre la interpretación de una norma jurídica.”

opiniones no tienen el mismo carácter vinculante, en sentido estricto, que se le reconoce a las sentencias emitidas en un procedimiento contencioso<sup>68</sup>.

Este carácter no vinculante se ve reforzado por:

- a) El hecho de que la función contenciosa tiene como resultado un fallo coercible - en el sentido de que la Corte IDH tiene la función de supervisar el cumplimiento de las sentencias y puede señalar a la Asamblea General de la OEA los casos en que un Estado no dé cumplimiento a sus fallos-, mientras que las resoluciones consultivas no<sup>69</sup>.
- b) Las sentencias provienen de un proceso contencioso bilateral, donde los Estados demandados tienen la oportunidad de exponer sus puntos de vista. En cambio, en el proceso de las opiniones consultivas no existe tal confrontación, por lo que sería del todo injusto que una resolución de la Corte IDH fuese obligatoria, por efecto de obedecer el control de convencionalidad, para los Estados que no han tenido la posibilidad de defenderse a través de una interpretación diferente a la formulada por la Corte<sup>70</sup>.

Si bien, en sus opiniones más recientes -OC 21/14-, la Corte IDH ha adoptado la posición de integrar al material controlante lo señalado en función de su facultad no contenciosa, en cuanto allí también despliega su función como intérprete único y oficial de la CADH (artículo 67 de la CADH), ello no implica que tal incorporación no sea susceptible de cuestionamiento.

En esta línea, al incorporar al parámetro del CCV toda su jurisprudencia, sin distinción y con efecto *erga omnes* y, de ese modo, ejercer “la función propia de un control de convencionalidad preventivo<sup>71</sup>”, contradice el principio de subsidiariedad que caracteriza la jurisdicción de la Corte IDH. Lo anterior en cuanto, al ser la jurisdicción internacional coadyuvante de la nacional, la Corte IDH debe realizar un control de convencionalidad **sólo**

---

<sup>68</sup> Pacheco, Máximo. “La Corte Interamericana de Derechos Humanos”. En *Estudio de Derecho y Propiedad Intelectual. Homenaje a Arturo Alessandri Besa*, (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2011), 111.

<sup>69</sup> Hitters, Juan. “¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de constitucionalidad y convencionalidad)”. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, N° 10 (2008): 148

<sup>70</sup> Vio Grossi, Eduardo. “El control de convencionalidad...”, p. 322. Este argumento también se puede sostener respecto de las sentencias emanadas de procesos en los cuales los Estados no han sido parte y que el control de convencionalidad exige considerarlas como parte del material controlante. Véase nota 148.

<sup>71</sup> Opinión Consultiva OC-22/16 de 26 de febrero de 2016, párr. 26.

cuando dicho ejercicio no se haya realizado en el ámbito interno, o bien se haya ejecutado de manera imperfecta<sup>72</sup>.

Empero, en el caso de las resoluciones ya señaladas o cuando un Estado se ve vinculado por la jurisprudencia emanada de un contencioso en el cual no fue parte, no se presentan aún ninguna de estas dos hipótesis. Se ejerce un control de convencionalidad respecto de un hecho futuro sobre cuyo acaecimiento no hay certeza de que ocurra y que, de ser así, se les debiera dar primeramente la posibilidad al Estado de remediar internamente sus conflictos<sup>73</sup>, considerando su posición primaria como garante de los derechos humanos.

“¿Qué justifica o sustenta que el órgano subsidiario le diga por adelantado al juez primeramente obligado cómo debe tomar una decisión respecto a derechos que, en muchos casos, no han sido analizados por el juez nacional? ¿Por qué la CoIDH le niega la oportunidad al juez nacional de pronunciarse antes de que llegue a la jurisdicción internacional el caso?<sup>74</sup>”

Como consecuencia de lo anterior, hay autores, como Ariel Dulitzky, que sostienen que la teoría del control de convencionalidad modifica, en parte, el paradigma sobre el que se asienta teóricamente el SIDH, esto es, su naturaleza coadyuvante y complementaria de la protección doméstica de los derechos<sup>75</sup>. El concepto de CCV que desarrolla la Corte Interamericana no actuaría como complementario, sino que requiere que la Convención juegue un papel no sólo integrador del orden interno, sino de supremacía<sup>76</sup>.

Por otra parte, a la Corte Interamericana no le tocaría tutelar otros tratados fuera de la Convención y los instrumentos que a ella se adhieran<sup>77</sup>. No obstante, de acuerdo con el artículo 64 de la CADH, las opiniones consultivas pueden referirse a la interpretación de cualquier

---

<sup>72</sup> Núñez, Constanza. *Control de Convencionalidad: Teoría y Aplicación en Chile*, p. 43.

<sup>73</sup> Bazán, Víctor. La Corte Interamericana y las Cortes nacionales: acerca del control de convencionalidad y la necesidad de un diálogo interjurisdiccional sustentable. En VIII Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional: 6 a 10 de diciembre de 2010. (México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2010).

<sup>74</sup> Castilla, Karlos. “La independencia judicial...”, p. 86.

<sup>75</sup> Dulitzky, Ariel. “El impacto del control de convencionalidad. ¿Un cambio de paradigma en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos?”. En *Derechos humanos en Latinoamérica y el Sistema Interamericano. Modelos para (des)armar*, (México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2017), 339-382.

<sup>76</sup> Ibid.

<sup>77</sup> Sagües, Néstor. “Obligaciones Internacionales y Control de Convencionalidad”, p. 127.

tratado internacional relativo a la protección de los derechos humanos<sup>78</sup>, de modo que se estaría expandiendo el control de convencionalidad a cualquier tratado, independientemente de si el Estado lo haya ratificado o no, considerando que la jurisprudencia desarrollada por la Corte IDH en función de su facultad consultiva debe seguirse por todos los Estados parte.

### 3.2 La CADH y otros instrumentos interamericanos

El carácter vinculante de la Convención Americana no está en duda, puesto que desde el momento en que un Estado ha ratificado un tratado internacional, ha expresado su consentimiento de obligarse por él<sup>79</sup>. De este modo, la CADH impone al Estado parte las obligaciones que en su virtud contrae, en el ámbito de las potestades constituyentes derivadas, legislativas, administrativas y jurisdiccionales<sup>80</sup>. Y como se ha mencionado anteriormente, la Corte IDH cita los artículos 1.1, 2 y 29 de la Convención para efectos de justificar el deber de los tribunales nacionales de realizar el control de convencionalidad.

Posteriormente, el parámetro del CCV se extiende a “otros instrumentos”. Al respecto, el primer pronunciamiento se halla en el fallo del caso *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*, donde se establece que esta función se despliega

“en lo que toca a **otros instrumentos de igual naturaleza, integrantes del corpus juris convencional de los derechos humanos** de los que es parte el Estado: Protocolo de San Salvador, Protocolo relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, Convención para Prevenir y Sancionar la Tortura, Convención de Belém do Pará para la Erradicación de la Violencia contra la Mujer, Convención sobre Desaparición Forzada, etcétera.<sup>81</sup>” (énfasis añadido).

De esta manera se incorporan a dicho parámetro todos los instrumentos internacionales sobre DD. HH de los que el Estado sea Parte. Esta afirmación es importante para la protección

---

<sup>78</sup> Artículo 64. 1. “Los Estados miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos.”

<sup>79</sup> Barros, María et al., “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad: ¿Dos frutos provenientes del mismo árbol? ...”, p. 221.

<sup>80</sup> Aldunate, Eduardo (2010): “La posición de los tratados internacionales en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico chileno a la luz del derecho positivo”, *Revista Ius et Praxis*, vol. XVI (2010): 193.

<sup>81</sup> Corte IDH. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C N°. 158. Voto razonado del juez García Ramírez, párr. 2.

de ciertos derechos que no están desarrollados en la CADH, por ejemplo, los derechos colectivos reconocidos en el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales<sup>82</sup>.

---

<sup>82</sup> Núñez, Constanza. *Control de Convencionalidad: Teoría y Aplicación en Chile*, p. 57.

## CAPÍTULO II: Interpretación de la CADH por parte de la Corte IDH

Habiendo analizado la evolución del material controlante del control de convencionalidad, esta sección se centrará, específicamente, en un elemento de este: la interpretación que la Corte IDH ha realizado de la CADH. Para ello se advierten en virtud de qué criterios y/o técnicas interpretativas se ha interpretado la CADH, el contexto jurídico que posibilita dicha interpretación y, en el Capítulo III, las consecuencias que ello ha implicado a partir del desarrollo de la teoría del control de convencionalidad. Sobre la base de la interpretación evolutiva de la Corte IDH, han surgido diferentes reacciones, por un lado, de diferentes Estados de la región y, por otro, de los mismos jueces que componen el tribunal, quienes, frente a la actitud “activista” de los votos de mayoría, han adoptado una visión más restrictiva en sus votos disidentes. Como propósito se pretende realizar un análisis crítico a la forma en cómo la Corte IDH ha ejercido su labor interpretativa.

La Convención Americana, al igual que los demás tratados internacionales, deben ser interpretados conforme a las reglas generales de interpretación dispuestas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, cuyo artículo 31 establece la regla general de interpretación<sup>83</sup> -buena fe, el sentido natural de los términos, el contexto y el objeto y fin del tratado-, mientras que el artículo 32 señala los medios suplementarios de interpretación<sup>84</sup> - trabajos preparatorios y a las circunstancias de su celebración-.

En relación con la primera disposición, esta consagra una serie de reglas de interpretación sin que ninguna de ellas goce de primacía sobre otra al momento de su aplicación.

---

<sup>83</sup> Regla general de interpretación. 1. Un tratado deberá interpretarse de **buena fe conforme al sentido corriente** que haya de atribuirse a los términos del tratado en el **contexto** de estos y teniendo en cuenta su **objeto y fin**. 2. Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su **preámbulo y anexos**: a) **todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes** con motivo de la celebración del tratado; b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado; 3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta: a) todo **acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado** o de la aplicación de sus disposiciones; b) **toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado** por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado; c) toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes. 4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes. (Énfasis añadido).

<sup>84</sup> Medios de interpretación complementarios. Se podrán acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los **trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración**, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31: a) deje ambiguo u oscuro el sentido; o b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable. (Énfasis añadido).



En este sentido, la propia Comisión de Derecho Internacional de la Organización de las Naciones Unidas precisa que cuando el artículo 31 utiliza la expresión “regla” en singular, indica que los principios de interpretación allí consagrados deben ser aplicados en forma integral y conjunta, es decir, en una operación combinada<sup>85</sup>.

Dentro de estas reglas generales, el DIDH goza de ciertos principios de interpretación específicos<sup>86</sup>. Al respecto, el informe de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, sobre la “Fragmentación del Derecho Internacional”, destacó que el razonamiento de los tribunales internacionales de DDHH refuerza la naturaleza propia de los tratados en la materia, así como de sus mecanismos particulares de protección, para justificar una práctica interpretativa distinta de la desarrollada por otros órganos internacionales<sup>87</sup>.

Así también, lo ha entendido la Corte IDH, al señalar que la jurisprudencia interamericana está basada en el carácter especial de la CADH.

“Dicha Convención, así como los demás tratados de derechos humanos, se inspiran en valores comunes superiores (centrados en la protección del ser humano), están dotados de mecanismos específicos de supervisión, se aplican de conformidad con la noción de garantía colectiva, consagran obligaciones de carácter esencialmente objetivo, y tienen una naturaleza especial, que los diferencian de los demás tratados, los cuales reglamentan intereses recíprocos entre los Estados Parte.<sup>88</sup>”

En virtud de esta especialidad del DIDH, como un régimen autónomo dentro del Derecho Internacional Público y, por ende, de la propia CADH, su interpretación ha tenido un camino propio, debido a que, en su artículo 29, contiene normas específicas respecto a la interpretación que debe realizar la Corte IDH, las cuales deben complementarse con las contenidas en la CVDT, ya que no son incompatibles, sino que las de la CADH priman por especialidad<sup>89</sup>.

---

<sup>85</sup> Novak, Fabían. “Los criterios para la interpretación de los tratados”. *Themis Revista de Derecho*, N° 63 (2013): 74.

<sup>86</sup> Medellín, Ximena. “Principio *pro persona*: una revisión crítica desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”. *Estudios Constitucionales*, (2019): 406.

<sup>87</sup> *Ibid.*

<sup>88</sup> Corte IDH. Caso de la “Masacre de Mapiripán” Vs. Colombia. Sentencia de 15 de septiembre de 2005, párr. 106.

<sup>89</sup> Carrasco, Lucciano. “La interpretación evolutiva en la jurisprudencia internacional y su aplicación en el ámbito de los Derechos Humanos”. *Revistas de Estudios Ius Novum*, N° 7 (2014): 193.

En relación con la especial naturaleza de los tratados internacionales sobre DDHH, en el Comentario General N° 4<sup>90</sup> del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (en adelante, el Comité), relativo a las reservas formuladas con ocasión de la ratificación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) o de sus Protocolos Facultativos, se cuestionó la aplicabilidad del régimen jurídico de las reservas regulado en la CVDT, en cuanto este no distingue entre tratados de derechos humanos y tratados de otra naturaleza, por lo que resultaría igualmente aplicable a los primeros, aunque se base en el principio de reciprocidad.

La reciprocidad hace referencia al hecho de que los tratados de DDHH no son una red de intercambio de obligaciones entre los Estados, sino que se refieren al otorgamiento de derechos a las personas<sup>91</sup>. Si bien, como en todo tratado internacional, el consentimiento de los Estados es la base de la obligación jurídica internacional, los tratados de DDHH tienen la peculiaridad de que los Estados parte, al expresar su consentimiento para obligarse jurídicamente por ellos, no asumen derechos en su propio beneficio ni contraen deberes en favor de otros Estados, sino que asumen obligaciones en favor de las personas bajo su propia jurisdicción<sup>92</sup>.

En función de esa especial naturaleza, el Comité sostuvo que el principio de reciprocidad no es aplicable al PIDCP, puso en duda el régimen jurídico de reservas previsto en la CVDT y finalmente se auto declaró competente para ser él quien decida si una reserva es o no compatible con el objeto y fin del tratado, ya que se trata de una tarea inadecuada para los Estados parte en relación con los tratados de DDHH<sup>93</sup>.

Estas afirmaciones provocaron la reacción de ciertos países, los que presentaron sus Observaciones al Comentario General N° 24. Estados Unidos sostuvo que el Comité, al declararse competente para interpretar la compatibilidad de las reservas, despoja a los Estados

---

<sup>90</sup> Observación General N° 24, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Observación general sobre cuestiones relacionadas con las reservas formuladas con ocasión de la ratificación del Pacto o de sus Protocolos Facultativos, o de la adhesión a ellos, o en relación con las declaraciones hechas de conformidad con el artículo 41 del Pacto, 52° período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 187 (1994).

<sup>91</sup> Observación General N° 24..., párr. 17.

<sup>92</sup> Salado, Ana. "Estudio sobre el comentario general Número 24 del Comité de Derechos Humanos", *Anuario Español de Derecho Internacional*, N° 14 (1998): 612.

<sup>93</sup> Observación General N° 24..., párr. 18.

parte de toda participación en la determinación del significado del Pacto<sup>94</sup>. Y por su parte, Francia, declaró que

“el Comité, al igual que cualquier otro órgano jurisdiccional o asimilado instituido por acuerdo, debe su existencia únicamente al tratado y que no tiene más facultades que las que le han conferido los Estados Parte; corresponde, así pues, a éstos, y a ellos únicamente, salvo que el tratado disponga otra cosa, pronunciarse sobre una posible incompatibilidad entre una reserva y el objeto y fin del tratado.”<sup>95</sup>

En este sentido, de la especial naturaleza de los tratados internacionales sobre DDHH, se desprenden dos consecuencias. Primero, se permitiría alterar las reglas generales sobre interpretación contenidas en la CVDT, al ser desplazadas por los criterios hermenéuticos especiales que los mismos contienen -como el art. 29 en el caso de la CADH-. Y, en segundo lugar, existiría una tendencia<sup>96</sup> a considerar que los auténticos intérpretes de estos tratados ya no son los Estados Parte como lo dispone el Derecho de los Tratados, sino que los órganos de control o los tribunales de DDHH -en nuestro caso, la Corte IDH-.

### **1. Principio *pro homine* o favor persona**

El contexto jurídico descrito anteriormente ha permitido a la Corte IDH, desde su creación, privilegiar la finalidad *pro homine* de la Convención, cuya aplicación se ha materializado a través de los artículos 31. 1 de la CVDT y 29 literal b) de la CADH<sup>97</sup>.

---

<sup>94</sup> Salado, Ana. “Estudio sobre el comentario general Número 24...” p. 618.

<sup>95</sup> Ibid. p. 619.

<sup>96</sup> Se sostiene que es una tendencia ya que, además de la Comisión de Derechos Humanos, otros órganos internacionales han emitido su opinión en el mismo sentido. En el asunto Irlanda contra el Reino Unido, el TEDH sostuvo que “el Convenio, a diferencia de los tratados internacionales de tipo clásico, desborda el ámbito de la mera reciprocidad entre los Estados Contratantes” (Ireland v. the United Kingdom (Merits and just satisfaction), judgment of 18 January 1978, ECHR, Series A n°. 25, para. 239, mencionado por la Corte IDH, Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá. Competencia. Sentencia de 28 de noviembre de 2003. Serie C N° 104, párr. 98).

La Comisión Europea ha sostenido que “las obligaciones asumidas por las Altas Partes Contratantes en el Convenio Europeo de Derechos Humanos son esencialmente de carácter objetivo, diseñadas para proteger los derechos fundamentales de los seres humanos de violaciones de las Altas Partes Contratantes, en lugar de crear derechos objetivos recíprocos” (Salado, Ana. “Estudio sobre el comentario general Número 24...” p. 613).

Por último, la Corte IDH también ha destacado que “los tratados modernos sobre derechos humanos en general y, en particular, la Convención Americana no son tratados multilaterales de tipo tradicional (...). Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción.” (Corte IDH. El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-2/82 de 24 de septiembre de 1982. Serie A N°. 2, párr. 29).

<sup>97</sup> Este principio también se consagra positivamente en el art. 5.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP); art. 5 Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC); art. 1.1 Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; art. 41 Convención sobre los Derechos del Niño.

El primero señala que la interpretación de un tratado debe realizarse conforme a su objeto y fin. En ese sentido, dado que el objeto y fin de la CADH son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, tanto frente a su propio Estado, como frente a los otros Estados contratantes<sup>98</sup>, se concluye que se debe optar por aquella interpretación o norma que optimice la garantía y el efectivo ejercicio y goce de tales derechos en su conjunto<sup>99</sup>. La Corte IDH se ha pronunciado en reiteradas ocasiones sobre la interpretación favorable a la persona humana por medio de esta lectura<sup>100</sup>.

En cuanto al artículo 29 literal b) de la CADH, disposición que no tiene equivalente en el seno del Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>101</sup>, esta consagra que ninguna de sus disposiciones puede ser interpretada en el sentido que limite el goce y ejercicio de “cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados parte o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados”.

En cuanto a la conceptualización de este criterio interpretativo, utilizaré la definición de la jurista argentina Mónica Pinto, pues su trabajo se considera como una de las primeras propuestas conceptuales sobre el tema y los múltiples estudios doctrinarios posteriores hacen referencia directa a su propuesta<sup>102</sup>. De esta manera, según la docente

“el principio *pro homine* es un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria.<sup>103</sup>”

---

<sup>98</sup> Corte IDH. El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia..., párr. 29.

<sup>99</sup> Aguilar, Gonzalo y Nogueira, Humberto. “El principio favor persona en el derecho internacional y en el derecho interno como regla de interpretación y de preferencia normativa”. *Revista de Derecho Público*, vol. 84 (2016): 16.

<sup>100</sup> Corte IDH. Caso *Baena Ricardo y otros Vs. Panamá*. Competencia. Sentencia de 28 de noviembre de 2003, párr. 94, 95, 98, 99 y 100; Corte IDH. Caso *Cantos Vs. Argentina*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 7 de septiembre de 2001, párr. 37; Corte IDH. Caso *Constantine y otros Vs. Trinidad y Tobago*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 1 de septiembre de 2001, párr. 75 y 86.

<sup>101</sup> Burgogue-Larsen, Laurence. “El contexto, las técnicas y las consecuencias de la interpretación de la Convención Americana de los Derechos Humanos”. *Estudios Constitucionales*, vol. 12. (2014): 108.

<sup>102</sup> Medellín, Ximena. Principio *pro persona*, p. 402. También se utiliza su concepto en los trabajos de Henderson, Humberto. “Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio *pro homine*”. *Revista IIDH*. Vol. 39 (2004): 88; Amaya, Álvaro. “El principio *pro homine*: interpretación extensiva vs. El consentimiento del Estado”. *International Law: Revista Colombiana De Derecho Internacional*, vol. 3, N° 5 (2005): 351.

<sup>103</sup> Pinto, Mónica. “El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”. *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, (1997): 163.

A modo de síntesis, es posible señalar que el principio favor persona se expresa en dos dimensiones<sup>104</sup>:

1. Desarrollar una interpretación que tienda a la ampliación de los derechos y una interpretación restrictiva de los límites impuestos a los mismos (vertiente de preferencia interpretativa).
2. Si existen dudas respecto a la aplicación de una norma, deberá preferirse la más favorable a la protección de los DDHH (vertiente de preferencia normativa).

En este contexto, el principio *pro homine* sirve como fundamento o punto de partida para el desarrollo del control de convencionalidad<sup>105</sup>. Su consagración en la CADH, y en otros cuerpos internacionales sobre DDHH, da cuenta que la interpretación proteccionista en el campo internacional y la lógica expansiva hacia los Estados, por parte de la Corte IDH, estaba ya prevista y solo era una cuestión de tiempo para que prosperara.

Otra relación que se establece entre el control de convencionalidad y el principio *pro homine* consiste en que el deber de aplicar este último nace del primero. En otras palabras, el principio favor persona es un criterio hermenéutico para el adecuado ejercicio del control de convencionalidad<sup>106</sup>. En este sentido, en el CCV que realice el juez interno, también debe aplicar el principio en comento, dando una interpretación extensiva, conforme al objeto y fin de la CADH o acudiendo a la norma más amplia, la cual puede ser nacional o internacional<sup>107</sup>.

Ahora bien, la aplicación de este principio no es absoluta. Al respecto, la Corte IDH ha señalado que

“corresponde, por lo tanto, a esta Corte garantizar la protección internacional que establece la Convención, **dentro de la integridad del sistema pactado por los Estados**. En consecuencia, el equilibrio de la interpretación se obtiene orientándola en el sentido más favorable al destinatario de la

---

<sup>104</sup> Aguilar, Gonzalo y Nogueira, Humberto. “El principio favor persona en el derecho internacional...”, p. 17.

<sup>105</sup> Sánchez, Salvador. “El control de convencionalidad en Panamá”, en *El control de convencionalidad en México, Centroamérica y Panamá*, (Honduras: Editorial Casa San Ignacio/Editorial Guaymuras, 2016), 255 pp.; Corte Interamericana de Derechos Humanos. “Cuadernillo de Jurisprudencia... N° 7”, p. 6.; Caramillo, Laura y Rosas, Elizabeth, “El control de convencionalidad como consecuencia de las decisiones judiciales de la Corte Interamericana de Derechos”. *Revista IDH*. Vol. 64, (2016): 132.

<sup>106</sup> Núñez, Constanza. *Control de Convencionalidad: Teoría y Aplicación en Chile*, p. 178; Casteñeda, Mireya. *El principio pro persona. Experiencia y expectativas*. (México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos México, 2014), 263 pp.

<sup>107</sup> Casteñeda, Mireya. *El principio pro persona...* p. 107.

protección internacional, **siempre que ello no implique una alteración del sistema.**<sup>108</sup> (énfasis añadido).

La efectivización de la interpretación *pro homine* requiere que no se produzca por una alteración del sistema, sino que los derechos de cada individuo deben armonizarse con los derechos de las demás personas, así como con las necesidades del bien común. En este sentido, la aplicación del principio *pro homine* no exime al juzgador de realizar una interpretación armónica en aras de hacer convivir distintos derechos entre sí, o los derechos con las necesidades del bien común<sup>109</sup>.

## **2. Interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales sobre DDHH**

La interpretación evolutiva o dinámica es aquella que otorga a una disposición un significado nuevo y diferente de su significado histórico, siendo correctora, no del sentido literal de las palabras, sino del significado histórico de las mismas adaptándolo a los tiempos, a las cambiantes circunstancias sociales y culturales<sup>110</sup>.

La Corte IDH considera que este criterio se encuentra consagrado en las reglas generales de la CVDT<sup>111</sup> -especialmente el artículo 31.1 que establece la interpretación acorde al objeto y fin del tratado<sup>112</sup>- y afirma que “los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales.”<sup>113</sup>

Este principio se basa en dos ideas. En primer lugar, en el hecho de que los DDHH se encuentran en constante evolución desde que surgió la Declaración Universal de Derechos Humanos, momento desde el cual los derechos han ido aumentando en número y en contenido

---

<sup>108</sup> Corte IDH. Asunto Viviana Gallardo y otras, N° 101/81, 13 de noviembre de 1981, párr. 16.

<sup>109</sup> Sagués, Néstor. La interpretación de los derechos humanos en las jurisdicciones nacional e internacional. En *Derechos Humanos y Constitución en Iberoamérica*. (Lima: Ediciones Jurídicas Grijley, 1998). 38 pp.

<sup>110</sup> Carrasco, Lucciano. “La interpretación evolutiva en la jurisprudencia internacional...”, p. 176.

<sup>111</sup> Galdámez, Liliana. “Protección a la víctima, cuatro criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Interpretación evolutiva, ampliación del concepto de víctima, daño al proyecto de vida y reparaciones”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 34 (2007): 444.

<sup>112</sup> Carrasco, Lucciano. “La interpretación evolutiva en la jurisprudencia internacional...”, p. 177.

<sup>113</sup> Corte IDH. Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C N°. 110, párr. 165.

a través de tratados y convenciones<sup>114</sup>. En este sentido, las soluciones jurídicas no pueden ser indiferentes al aporte de otras áreas del conocimiento y al tiempo de los seres humanos<sup>115</sup>.

En segundo lugar, este criterio hermenéutico se basa en la intención de las partes, quienes le otorgan la flexibilidad necesaria al tratado mediante la adopción de términos genéricos o la configuración del objeto y fin del tratado de manera tal que produzca efecto útil a lo largo del tiempo<sup>116</sup>. A partir de los términos -genéricos y/o valóricos- utilizados por las partes en la adopción de un tratado internacional, se presume que estas han tenido la intención de determinar sus derechos y obligaciones de acuerdo con el sentido que tengan dichos términos al momento de su aplicación a la luz del desarrollo que hayan alcanzado.

Un ejemplo en la aplicación de este criterio se observa en la opinión consultiva *Regarding Navigational and Related Rights* (Costa Rica v. Nicaragua), llevado ante la Corte Internacional de Justicia (CIJ)<sup>117</sup>, relativa a los derechos de navegación y derechos conexos de Costa Rica sobre una sección del río San Juan en Nicaragua. A grandes rasgos, el caso consistió en que Nicaragua comenzó a imponer una serie de restricciones a la navegación de embarcaciones costarricenses y sus pasajeros en el río San Juan, incumpliendo el artículo VI del Tratado de límites de 1858, suscrito por ambos países.

En el razonamiento seguido por la CIJ, se discutió el sentido de la frase “con objetos de comercio”. Nicaragua sostuvo que es importante dar a las palabras utilizadas en el tratado el significado que tenían en el momento en que fue concluido y no su significado actual, el cual puede ser muy diferente a la intención de los redactores del tratado. De este modo, la frase sólo comprendía el libre transporte de mercancías pues en 1858 la palabra “comercio” necesariamente se refería a bienes, y excluía a los servicios. Mientras que Costa Rica alegó que

---

<sup>114</sup> Núñez, Constanza. *Control de Convencionalidad: Teoría y Aplicación en Chile*, p. 184.

<sup>115</sup> Corte IDH. El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A N° 16. Voto Concurrente del Juez A.A. Cancado Trindade, párrs. 4 y 5.

<sup>116</sup> Corte IDH. Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C N°. 186, párr. 180. En este fallo, la Corte IDH precisó que todo juez debía “velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales”, otorgándole de esa manera un papel diferente al de un mero inaplicador de normas contrarias a la CADH.

<sup>117</sup> Otro ejemplo es el caso *Artavia Murillo y otros (Fecundación in Vitro) Vs. Costa Rica*, donde la Corte IDH, al interpretar el contenido del artículo 4.1 de la Convención, analiza dos temas en el marco del criterio evolutivo: “i) los desarrollos pertinentes en el derecho internacional y comparado respecto al status legal del embrión, y ii) las regulaciones y prácticas del derecho comparado en relación con la FIV.”, párr. 246.

los términos “con objeto de comercio” abarcaban cualquier actividad con fines comerciales, entre ellos, el transporte gratuito de mercancías y pasajeros, incluido los turistas<sup>118</sup>.

La Corte Internacional de Justicia declaró que:

*“There are situations in which **the parties’ intent upon conclusion of the treaty was, or may be presumed to have been, to give the terms used – or some of them – a meaning or content capable of evolving, not one fixed once and for all, so as to make allowance for, among other things, developments in international law. In such instances it is indeed in order to respect the parties’ common intention at the time the treaty was concluded, not to depart from it, that account should be taken of the meaning acquired by the terms in question upon each occasion on which the treaty is to be applied***<sup>119</sup>”.

*“Where the parties have used generic terms in a treaty, **the parties necessarily having been aware that the meaning of the terms was likely to evolve over time, and where the treaty has been entered into for a very long period or is “of continuing duration”, the parties must be presumed, as a general rule, to have intended those terms to have an evolving meaning.***<sup>120</sup>” (énfasis añadido).

La CIJ concluyó que el derecho de libre navegación en cuestión se aplica tanto al transporte de personas como al de mercancías, ya que la actividad de transporte de personas es de carácter comercial en la actualidad.

Al igual como lo señaló la CIJ -esto es, que, para respetar la intención de las partes en la época de la celebración del tratado, y no apartarse de ella, debe considerarse el significado de los términos en el momento que son aplicados e interpretados-, se afirma que este criterio no consiste en la imposición de un resultado hermenéutico que excede el tratado, pues su misión es determinar la intención de las partes al momento de obligarse por un instrumento internacional<sup>121</sup>.

Sin embargo, la Corte Interamericana, mediante interpretaciones teleológicas y expansivas, ha otorgado a los derechos y deberes consagrados en la CADH un perfil distinto al concebido en el acuerdo entre las partes<sup>122</sup>, defendiendo una postura que, si bien es meritoria,

---

<sup>118</sup> Pauwelyn, Joost y Elsig, Manfred, “The Politics of Treaty Interpretation: Variations and Explanations across International Tribunals”, en *Interdisciplinary Perspectives on International Law and International Relations: The State of the Art*, ed. por Jeffrey Dunoff y Mark Pollack (Estados Unidos: Temple University, 2013), 698.

<sup>119</sup> International Court of Justice, *Dispute regarding Navigational and Related Rights* (Costa Rica v. Nicaragua), Judgment of 13 July 2009, para. 64.

<sup>120</sup> *Ibid.* para. 66.

<sup>121</sup> Carrasco, Lucciano. “La interpretación evolutiva en la jurisprudencia internacional...”, p. 176.

<sup>122</sup> De Clément, Zlata. “Interpretación de los Tratados Internacionales...”, p. 293.



como lo es garantizar la debida consideración de las sentencia de la Corte por parte de los jueces nacionales<sup>123</sup> y así generar un estándar mínimo de protección de los DD. HH<sup>124</sup>, impone al mismo tiempo criterios que no siempre son regionalmente aceptados.

Esto es lo que ocurre en algunos países respecto del control de convencionalidad. Las consecuencias de esta metodología interpretativa se tratarán con mayor abundamiento en el siguiente apartado, pero provisionalmente es posible señalar que la teoría del control de convencionalidad ha causado dificultades en diversas jurisdicciones de la región, las cuales no la han tenido en cuenta en absoluto e incluso se han pronunciado abiertamente contra sus consecuencias a nivel nacional<sup>125</sup>. En este sentido

“¿La interpretación evolutiva es un obstáculo más para la ejecución de las decisiones? Si añadimos a esto la “obligación” subyacente de la teoría del control de convencionalidad para los tribunales nacionales, las cosas son particularmente complejas y potencialmente propensas a reacciones epidérmicas<sup>126</sup>”

---

<sup>123</sup> Burgorgue-Larsen, Laurence. “El contexto, las técnicas y las consecuencias de la interpretación...”, p. 132.

<sup>124</sup> Así, por ejemplo, en aplicación de este principio, la Corte IDH ha comprendido la propiedad comunal dentro del derecho a la propiedad consagrado en el artículo 21 de la CADH (Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C N°. 146, párr. 117); ha entendido que la orientación sexual es una condición social en virtud de la cual está prohibido discriminar (Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile, párrs. 83 y ss.); y que los procedimientos de fertilización asistida no vulneran el derecho a la vida (Caso Artavia Murillo vs. Costa Rica, párrs. 246 y 256).

<sup>125</sup> Burgorgue-Larsen, Laurence. “El contexto, las técnicas y las consecuencias de la interpretación...”, p. 134. Se profundizará en esta materia más adelante.

<sup>126</sup> Ibid. p. 139.

### CAPÍTULO III: Consecuencias de la interpretación de la CADH

A través de los criterios de interpretación presentados en la sección anterior, la Corte IDH ha ido gestando, en forma zigzagueante, el control de convencionalidad, cuyo objetivo, se reitera, es otorgar una respuesta a la pregunta sobre el valor jurídico de la jurisprudencia del Tribunal<sup>127</sup>. En esta sección se analizarán algunos efectos críticos que se han generado a partir de su desarrollo, sin dejar de desconocer, por, sobre todo, su aporte esencial para el reconocimiento y la protección de los DDHH en la región.

Esto último no es baladí, si consideramos el contexto político en el cual ha evolucionado la interpretación ejercida tanto por la Comisión IDH como por la Corte. En efecto, la Comisión Interamericana fue la primera desde la fecha de su creación (1959) en enfrentarse a la violencia que asoló a nuestra región, a menudo, como resultado de golpes de Estado. Frente a las atrocidades de todo tipo que fueron perpetradas, tuvo que ser activista para poder luchar eficazmente contra las violaciones masivas de DDHH<sup>128</sup>. Por su parte, la Corte IDH hizo grandes aportes en favor de la protección de las víctimas, tales como la presunción de tortura y la inversión de la carga de la prueba en el caso de los detenidos y desaparecidos<sup>129</sup>, y su posterior política jurisprudencial de declarar no convencionales las leyes de amnistías<sup>130</sup>.

Ello explica en gran medida, además del contexto jurídico, el por qué la Corte IDH ha privilegiado desde sus inicios una interpretación evolutiva y *pro homine* de la Convención. Y si bien no deja de ser necesario dicho ejercicio hermenéutico, en cuanto Latinoamérica es una región donde hay tantas deudas en materia de DDHH<sup>131</sup> y los ordenamientos jurídicos nacionales son severamente cuestionados por su por su ineficiencia en el combate contra la

---

<sup>127</sup> Tello, Juan. “La doctrina del control de convencionalidad: dificultades inherentes y criterio razonables para su aplicabilidad”, *Prudentia Iuris*, N° 80 (2015): 198.

<sup>128</sup> *Ibíd.*, p. 110.

<sup>129</sup> Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C N°. 4, párrs. 99, 135, 136, 187

<sup>130</sup> Corte IDH. Caso Barrios Altos Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C N°. 75; Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C N°. 154; Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C N°. 219; Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C N°. 221.

<sup>131</sup> Dulitzky, Ariel. “El impacto del control de convencionalidad...”, p. 369.

impunidad<sup>132</sup>, la jurisprudencia a la que ha dado origen no puede ser aceptada y aplicada por los tribunales nacionales de manera acrítica, pues cada Estado tiene sus propias singularidades<sup>133</sup>.

### **1. Efecto *erga omnes* de la jurisprudencia de la Corte IDH más allá del caso en el cual la sentencia ha sido dictada.**

Como se mencionó en el análisis del parámetro del control de convencionalidad, la Corte IDH, en el *Caso Gelman vs. Uruguay*, afirmó el carácter vinculante de sus sentencias tanto para los Estados que fueron parte del proceso de donde estas emanaron como para los que no fueron parte<sup>134</sup>. En efecto, en la resolución sobre supervisión de cumplimiento de la causa Gelman, la Corte IDH afirmó que en los casos en que el Estado concernido no ha sido parte en el proceso internacional en que fue establecida la determinada jurisprudencia, por el solo hecho de ser Parte en la Convención Americana, todas sus autoridades y órganos públicos están obligados por el tratado, por lo cual deben ejercer un CCV teniendo en cuenta el propio tratado y los lineamientos jurisprudenciales de la Corte Interamericana.<sup>135</sup>

De este modo, se establece el efecto *erga omnes* de las decisiones de la Corte, lo cual parece no encontrar fundamento en dicho tratado<sup>136</sup>. El artículo 68.1 de la CADH establece claramente que “los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte **en todo caso en que sean partes**” (énfasis añadido) y no se debería forzar a tal extremo la interpretación de esta disposición para leer en ella algo que no dice<sup>137</sup>. Sobre todo, considerando que la regla general en materia de interpretación de tratados - artículo 31. 1 CVDT - es interpretar los términos de los mismos de buena fe conforme a su sentido corriente, y si este es claro y brinda certeza, no hay más que indagar<sup>138</sup>.

---

<sup>132</sup>Cançado Trindade, Antônio. *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Siglo XXI* (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2006), 559, citado en Carrasco, Lucciano. “La interpretación evolutiva en la jurisprudencia internacional...”, p. 196.

<sup>133</sup> Tello, Juan. “La doctrina del control de convencionalidad: dificultades inherentes...”, p. 208.

<sup>134</sup> Ferrer Mac Gregor, Eduardo. “Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional...”

<sup>135</sup>Corte IDH. *Caso Gelman Vs. Uruguay*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 20 de marzo de 2013, párr. 69.

<sup>136</sup> Tello, Juan. “La doctrina del control de convencionalidad: dificultades inherentes...”, p. 203.

<sup>137</sup> Corte IDH, *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 26 de noviembre de 2010, Serie C, N° 220, voto razonado del juez ad-hoc Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, párrs. 51 y 63; *caso Gelman vs. Uruguay*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 20 de marzo de 2013, voto concurrente razonado del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, párrs. 22 y siguientes.

<sup>138</sup> Novak, Fabían. “Los criterios para la interpretación de los tratados”, p. 74.

Sin embargo, la Corte IDH afirmó la existencia de este deber argumentando que ella es intérprete último de la CADH, mismo razonamiento aplicado para sostener que las opiniones consultivas también forman parte del material controlante de convencionalidad<sup>139</sup>. Si bien el artículo 67 del Pacto de San José establece que sus sentencias son definitivas e inapelables y, por ende, la Corte IDH es la autoridad final en el sistema interamericano, de ello no se deriva que las autoridades nacionales estén obligadas a seguir su jurisprudencia. Una cuestión es la obligatoriedad de la jurisprudencia, y otra diferente es el carácter definitivo e irrevocable de una decisión<sup>140</sup>.

En este sentido, “¿puede decidir un órgano jurisdiccional internacional, por medio de sus sentencias, que su propia jurisprudencia sea vinculante para los Estados cuando estos no lo han resuelto así?<sup>141</sup>” La argumentación realizada por la Corte IDH corre el riesgo de caer en una petición de principio, pues el efecto *erga omnes* de su jurisprudencia “no puede inferirse lógicamente de la cita de la jurisprudencia del mismo tribunal que la afirma, pues tal tipo de argumentación presupone en sus premisas lo que se debe demostrar<sup>142</sup>”, sino que deben encontrarse razones independientes a lo que la propia Corte pueda afirmar.

A través de este razonamiento, la Corte IDH excede el rol que los Estados le han conferido a través de la CADH<sup>143</sup> y pone en riesgo el cumplimiento de sus fallos en aquellos casos en los que sí, conforme a la Convención, su acatamiento es obligatorio<sup>144</sup>. En otras palabras, este criterio minimiza el consentimiento otorgado por los Estados<sup>145</sup> cuando decidieron limitar su soberanía mediante el otorgamiento a la Corte de determinadas competencias, las

---

<sup>139</sup> Véase nota 64.

<sup>140</sup> Malarino, Ezequiel. “Acerca de la pretendida obligatoriedad de la jurisprudencia de los órganos interamericanos de protección de Derechos Humanos para los tribunales judiciales nacionales”, en *Sistema Interamericano de protección de Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*, ed. por Christian Steiner (Uruguay: Konrad Adenauer Stiftung, 2011), 573

<sup>141</sup> Henríquez, Miriam. “La polisemia del control de convencionalidad interno”, p. 128.

<sup>142</sup> *Ibid.* p. 438.

<sup>143</sup> Vitolo, Alfredo. “Una novedosa categoría jurídica: el “querer ser”. Acerca del pretendido carácter normativo *erga omnes* de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Las dos caras del control de convencionalidad”, *Pensamiento Constitucional*, (2013): 360.

<sup>144</sup> *Ibid.*, p. 365.

<sup>145</sup> De Clément, Zlata. “Interpretación de los Tratados Internacionales...”, p. 295.

cuales hoy en día están siendo interpretadas en forma expansiva y con ello, se extralimita lo que los Estados pudieron haber pretendido en un inicio<sup>146</sup>.

Así, la Corte IDH asume un papel directivo frente a los estados, esquema que no estaba previsto originalmente en la CADH<sup>147</sup>. La Convención no establece un sistema en el que los tribunales nacionales deban seguir en todos los casos las decisiones de la Corte, en especial, en aquellos procesos en que el Estado al no ser parte, no tuvo la oportunidad de ser oído<sup>148</sup>. En este contexto, es predecible que una interpretación extensiva de las competencias del Tribunal no sea generalmente aceptada.

Ahora bien, lo mencionado hasta aquí no supone restar todo valor jurídico a la jurisprudencia de la Corte IDH emanada de procesos en los cuales un Estado no ha sido parte. Al contrario, las opiniones de la Corte gozan de gran autoridad y fuerza persuasiva, por lo que, en virtud de razones de economía procesal y en pro del desarrollo de un estándar mínimo de protección de los DD. HH, se sugiere que los Estados parte de la Convención la tengan en consideración<sup>149</sup>, gozando así de un efecto orientador.

Pero precisamente de eso se trata, de convencer, no de imponer criterios que no siempre son regionalmente aceptados. Ello implica que la Corte debe dotar a su jurisprudencia de mayor legitimidad, claridad y precisión. La cooperación de los jueces nacionales, y como consecuencia, la efectividad de las decisiones de la Corte IDH, dependen del prestigio que esta pueda ganarse por el contenido de sus sentencias<sup>150</sup>.

Si a lo que se aspira es a la defensa de los DDHH, en un continente que se caracteriza por la desconfianza hacia la democracia y pobres resultados en término de desarrollo económico

---

<sup>146</sup> Se afirma que esta tesis -incluir sin distinción la jurisprudencia de la Corte IDH en el material controlante- implica una interpretación mutativa por adición, pues “el tribunal ha agregado algo al contenido inicial del Pacto, aunque el texto literal de este no ha variado.” Sagües, Néstor. “Obligaciones Internacionales y Control de Convencionalidad”, p. 125.

<sup>147</sup> Sagües, Néstor. “Dificultades operativas del “control de convencionalidad” en el sistema interamericano”, en *La Constitución bajo tensión*, (México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2016), 479.

<sup>148</sup> Dulitzky, Ariel. “El impacto del control de convencionalidad...”, p. 356. Este argumento también se sostuvo respecto a las opiniones consultivas, en cuanto su procedimiento no comprende una instancia confrontacional donde los Estados Parte puedan emitir su opinión respecto a la norma que está siendo interpretada. Véase nota 70. En consecuencia, lo dicho en este apartado también es aplicable a la jurisprudencia de la Corte IDH emanada de su competencia consultiva.

<sup>149</sup> *Ibíd*, p. 357.

<sup>150</sup> Vitolo, Alfredo. “Una novedosa categoría jurídica: el “querer ser” ...”, p. 379.

y justicia<sup>151</sup>, se debe ser cauteloso. Esto supone que, para lograr un fructífero y leal diálogo interjurisdiccional entre los jueces nacionales y la Corte Interamericana<sup>152</sup>, y así fortalecer la protección de los derechos fundamentales, esta última debe realizar una interpretación de los derechos contenidos en la Convención, no sólo desde el documento, sino que atender además a las realidades y contexto normativo<sup>153</sup> de los Estados donde su decisión producirá efecto.

Sin embargo, la Corte en sus fallos no se dedica generalmente a demostrar que su razonamiento constituye una práctica común de los Estados, sino que más bien fundamenta sus sentencias con referencia a sus decisiones anteriores<sup>154</sup>. Tampoco se ha pronunciado acerca del valor de la jurisprudencia latinoamericana, no explica si esta sirve como guía interpretativa, sobre todo en el supuesto de que los tribunales latinoamericanos sean pioneros en aplicar la CADH en áreas donde no hay pronunciamientos previos de la Corte. Si lo que se pretende es un “diálogo”, ello requiere de dos partes, no solo una exponiendo y la otra escuchando<sup>155</sup>.

En el supuesto de que exista jurisprudencia latinoamericana precursora en áreas donde la Corte IDH no se haya pronunciado anteriormente, el ex juez de la Corte IDH, Sergio García Ramírez, sostiene que los criterios fijados por los tribunales nacionales son provisionales, con efecto *inter partes* y condicionados a definiciones supranacionales<sup>156</sup>. Por su parte, el profesor Dulitzky disiente de esta posición argumentando que tales pronunciamientos quedarán firmes en los respectivos casos y que la Corte debe citar la jurisprudencia latinoamericana pionera, reconocer y fundamentar si concuerda con ella o no<sup>157</sup>.

En relación a esto, ambos autores tienen un punto: por un lado, el ex juez Ramírez respecto a que tales criterios deben tener efecto *inter partes*, en la medida que la decisión de un

---

<sup>151</sup> Fuentes, Ximena. “El derecho internacional y el derecho interno: definitivamente una pareja dispareja”, p. 27.

<sup>152</sup> Nogueira, Humberto. “Diálogo interjurisdiccional y control de convencionalidad entre los tribunales nacionales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Chile”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, vol. XIX (2013): 521.

<sup>153</sup> Sagüés, Néstor. “Las relaciones entre los tribunales internacionales y los tribunales nacionales en materia de Derechos Humanos. Experiencias en Latinoamérica”, *Ius et Praxis*, vol. 9 (2003): 210.

<sup>154</sup> Vitolo, Alfredo. “Una novedosa categoría jurídica: el “querer ser” ...”, p. 367.

<sup>155</sup> *Ibid.*, p. 375. Esta idea se reitera en Nogueira, Humberto. “Los desafíos del control de convencionalidad del *corpus iuris* interamericano para las jurisdicciones nacionales”, pp. 1180 y 1181. Allí el autor afirma que el CCV tiene un carácter vertical debido al control final que realiza la Corte IDH respecto de la aplicación de los derechos por parte de las jurisdicciones nacionales, con escaso margen de apreciación. En consecuencia, se trata de una comunicación de sentido único, desde la Corte IDH hacia los tribunales domésticos.

<sup>156</sup> García, Sergio. “El control judicial interno de convencionalidad”, *Rev. IUS*, vol. 5 (2011): 128.

<sup>157</sup> Dulitzky, Ariel. “El impacto del control de convencionalidad...”, pp. 367 y 368.

tribunal responde a la realidad y cultura jurídica de su respectivo país, así como en el hecho de que los criterios adoptados por los tribunales nacionales sean susceptibles de un análisis posterior si es que la Corte se pronuncia en la materia, en cuanto sus jueces son de reconocida competencia en materia de DDHH - art. 51. 1 CADH -.

Sin embargo, y es aquí donde me aparto de la posición del ex juez y adhiero a la del profesor Dulitzky, si sigue estrictamente esta idea de un análisis posterior por la Corte IDH, toda interpretación y aplicación de la CADH por parte de los órganos estatales sería incierta, pues si el pronunciamiento de la Corte difiere de lo establecido por el Estado, este último deberá adecuarse a su nueva jurisprudencia<sup>158</sup>.

Para evitar o detener este escenario -si se considera que ya está ocurriendo-, la Corte debe estar consciente de qué es lo que están juzgando los tribunales de cada Estado<sup>159</sup>, esto es, analizar si existe o no un consenso regional en la materia que se interpreta, y de ser así, manifestar si le reconoce o no el carácter de pauta de interpretación de la CADH - no necesariamente la principal, sino que una más de las pautas<sup>160</sup>-. Si la Corte IDH habitualmente cita a su par europeo<sup>161</sup> para fundamentar sus decisiones, así como tratados internacionales ajenos al sistema interamericano<sup>162</sup>, con mayor razón corresponde hacerlo con la jurisprudencia latinoamericana, pues es allí donde sus fallos producirán efectos.

Fuera de la hipótesis de que un Estado miembro sea precursor en determinadas materias, en general, sería aconsejable que la Corte IDH tenga presente las observaciones o discrepancias que los órganos jurisdiccionales nacionales -sobre todo los de mayor jerarquía- formulen a sus criterios jurisprudenciales<sup>163</sup> para así perfeccionar sus decisiones. El éxito de un tribunal supranacional y su aptitud de convicción de sus sentencias por los órganos jurisdiccionales y

---

<sup>158</sup> Barros, María et al., “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad: ¿Dos frutos provenientes del mismo árbol? ...”, p. 234.

<sup>159</sup> Dulitzky, Ariel. “El impacto del control de convencionalidad...”, p. 369.

<sup>160</sup> Ibid.

<sup>161</sup> Corte IDH. *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C N° 111, párr. 102. En este caso se cita al TEDH respecto a su afirmación de que los candidatos políticos deben estar sujetos un mayor nivel de escrutinio público y crítica en el curso de una campaña electoral. Corte IDH. *Caso de la "Masacre de Mapiripán" Vs. Colombia*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C N° 134, párr. 106. Aquí se cita la idea de que los tratados internacionales de derechos humanos son instrumentos vivos, plasmada en el caso “Tyer vs. UK”, el cual se considera el origen de la interpretación evolutiva

<sup>162</sup> Carrasco, Lucciano. “La interpretación evolutiva en la jurisprudencia internacional...”, p. 195.

<sup>163</sup> Bazán, Víctor. “El control de convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas”, en *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, ed. Víctor Bazán y Claudio Nash (Santiago: Konrad Adenauer Stiftung, 2011), 40.

gobiernos locales dependerá de su carácter ejemplar. “A mayor legitimidad de sus fallos, mayor posibilidad de acompañamiento.<sup>164</sup>”

En palabras del profesor Fernando Basch

“[la Corte IDH] posiblemente tenga que mirar su propio trabajo con mayor modestia, en algunos casos moderar las ambiciones que se reflejan en los remedios que ordena y evitar el autoelogio en el que incurre a menudo...debemos acostumbrarnos a la idea de poder criticar su línea y funcionamiento sin que esto sea visto como conspirar contra el afianzamiento y la mejora del sistema interamericano de protección de derechos humanos.<sup>165</sup>”

## **2. Decisiones de la Corte IDH como fuente de Derecho interno. *Stare decisis*.**

Es generalmente aceptado por la doctrina internacionalista, al momento de analizar las fuentes de derecho internacional, recurrir al artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (CIJ). En él se señalan, de manera no exhaustiva, como fuentes formales los tratados internacionales, la costumbre jurídica internacional, los principios generales del derecho y, por reenvío al artículo 59, las sentencias respecto a las partes que intervinieron en el juicio; y como fuentes auxiliares la doctrina y la jurisprudencia en relación con las partes no intervinientes<sup>166</sup>.

Estas últimas no serían consideradas fuentes autónomas, es decir, productoras de normas generales de derecho internacional público, sino que constituyen fuentes a las que la Corte puede recurrir para discernir el alcance de las normas previstas por las fuentes principales<sup>167</sup>, en este caso, en la CADH. Específicamente, respecto a la jurisprudencia, esta no crea normas generales de aplicación obligatoria para otros casos, sino que sólo una norma que regula los derechos y obligaciones de las partes en el caso particular<sup>168</sup>.

No obstante, la Corte IDH, a través del desarrollo del control de convencionalidad, al declarar el efecto *erga omnes* de su jurisprudencia -sin distinción-, la estaría ubicando como fuente de derecho interno y sosteniendo su aplicación directa en los países sometidos a su

---

<sup>164</sup> Sagüés, Néstor. “Las relaciones entre los tribunales internacionales y los tribunales nacionales...”, p. 211.

<sup>165</sup> Fernando Basch: «Sobre la autoridad interpretativa de la Corte Interamericana y la necesidad de conformar una verdadera comunidad internacional de principios», borrador del trabajo presentado a las Jornadas *Una Constitución para el nuevo siglo* (Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 2010). Citado en Bazán, Víctor. “El control de convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas” p. 48.

<sup>166</sup> Benavides-Casals, María. “El efecto *erga omnes* de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, núm. 27 (2015): 144.

<sup>167</sup> Julio Barboza, *Derecho Internacional Público*, 2da edición (Buenos Aires: Víctor P. de Zavalía, 2008), 853.

<sup>168</sup> *Ibi*. p. 149.



jurisdicción<sup>169</sup>. Ezequiel Malarino califica esta regla -que la Corte IDH puede decidir más allá del caso concreto- como activismo judicial, pues mediante esta interpretación estaría introduciendo una norma no pactada en la Convención o alterando una ya existente, sin que pueda justificar tal decisión en alguna regla prevista o que se pueda derivar del sistema interamericano<sup>170</sup>.

Una de las razones que entrega el autor para defender su posición es que la Corte IDH tiene su origen y fundamento en la voluntad de los Estados de limitar su soberanía conforme a normas y principios que fueron resultado de un proceso de negociación política, por lo que cualquier modificación requiere de un nuevo consenso<sup>171</sup>. Si bien es cierto que, en el actual contexto de una sociedad global, la formación del Derecho Internacional ya no está bajo el control exclusivo de los Estados -pues han surgido otros actores relevantes como las organizaciones internacionales y los individuos-, ello no implica que el consentimiento de los países pueda eliminarse en el proceso de generación de obligaciones internacionales<sup>172</sup>.

En el caso de las sentencias, estas resultan obligatorias para los Estados intervinientes, pues estos prestaron su consentimiento al momento de reconocer la jurisdicción de la Corte IDH. Sin embargo, ninguna norma del Pacto de San José extiende dicha obligatoriedad a todas las decisiones que ésta emita<sup>173</sup>, con lo cual la Corte ya no estaría interpretando, en el sentido de dilucidar el significado de un concepto, sino que estaría incluyendo “nuevos elementos que extienden notablemente la obligación convencional originaria.<sup>174</sup>”

Adicionalmente, la Corte IDH, al considerar sus interpretaciones obligatorias para todos los Estados parte de la CADH y con ello ubicarla como fuente de derecho interno, se está acercando a la doctrina del *stare decisis* y apartándose del principio que indica que las sentencias

---

<sup>169</sup> Fuenzalida, Sergio. “La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como fuente de derecho. Una revisión de la doctrina del examen de convencionalidad”, *Revista de Derecho*, vol. XXVIII, N° 1 (2015): 178.

<sup>170</sup> Malarino, Ezequiel. “Activismo judicial, Punitivización y Nacionalización...”, p. 29.

<sup>171</sup> *Ibid.* p. 38.

<sup>172</sup> Orrego, Francisco. “Creación del Derecho en una sociedad global: ¿Importa todavía el consentimiento?”, *Revista de Estudios Internacionales*, vol. 37, núm. 146 (2004): 86.

<sup>173</sup> Hitters, Juan. “Control de Convencionalidad (Adelantos y Retrocesos)”, *Estudios Constitucionales*, vol. 13, N° 1 (2015): 148.

<sup>174</sup> Vogelfänger, Alan. “La creación de derecho por parte de los tribunales internacionales. El caso específico de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Revista Pensar en Derecho*, vol. 4, núm. 7 (2015): 260.

resultan obligatorias sólo para las partes intervinientes<sup>175</sup>, el denominado efecto relativo de las sentencias.

La doctrina del *stare decisis* es la esencia del sistema jurídico *common law*, típico de los países anglosajones, e implica la obligatoriedad del precedente, es decir, bajo ciertas condiciones el juez se ve obligado a seguir las decisiones tomadas previamente por otros tribunales al resolver casos semejantes. En el caso del *civil law*, tradición jurídica propia de los países latinoamericanos, la jurisprudencia tiene una autoridad persuasiva, pero no es reconocida como fuente de derecho<sup>176</sup>. Lo anterior no significa una dualidad absoluta entre ambas tradiciones jurídicas, pues en la actualidad es innegable su acercamiento, sobre todo en el ámbito constitucional, donde la recepción del precedente judicial parece darse de forma más natural<sup>177</sup>.

En lo que respecta al derecho internacional, se afirma que allí no existe la doctrina del *stare decisis*, pues de acuerdo con el artículo 59 del Estatuto de la CIJ, las decisiones judiciales internacionales son obligatorias sólo para las partes que intervinieron en el caso<sup>178</sup>. Y a nivel del sistema interamericano, si bien no hay una regulación específica sobre el valor del precedente, la doctrina mayoritaria entiende que el artículo 38 del Estatuto de la CIJ es aplicable al derecho internacional en general, por lo que a falta de regulación análoga en los sistemas regionales de protección de DDHH, dicha norma debiera aplicarse<sup>179</sup>.

Entonces, si bien la CADH, tratado que otorga competencia a la Corte IDH, no reconoce expresamente un carácter vinculante a su juris-prudencia, en la práctica ella ha asumido la posición contraria, al entender que los operadores judiciales nacionales están obligados por sus criterios jurisprudenciales, dando paso así a una regla similar al precedente vertical<sup>180</sup>. Sin embargo, ello resulta problemático, pues mientras en el sistema del *common law* se han

---

<sup>175</sup> Vogelfänger, Alan. “La creación de derecho por parte de los tribunales internacionales...”, p. 269.

<sup>176</sup> Legarre, Santiago y Rivera, Julio. “Naturaleza y dimensiones del *stare decisis*”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 33, núm. 1 (2006): 109 y 112.

<sup>177</sup> Martínez, Alejandra. “Introducción. El precedente judicial en la tradición continental”, en *Teoría y Práctica del Precedente Judicial en Iberoamérica*, (Ciudad de México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2022), 667.

<sup>178</sup> Julio Barboza, *Derecho Internacional Público*, p. 151.

<sup>179</sup> Zavala, María. “Atrapada entre sistemas legales...”, p. 10. La autora cuestiona la opinión mayoritaria señalando que el “tema no se encuentra zanjado y no parece claro que el art. 38 del Estatuto de la CIJ regule directamente el funcionamiento de las cortes internacionales” y que es altamente cuestionable “extrapolar una norma de un cuerpo legal a un órgano no regido por aquél”.

<sup>180</sup> Estrada, Julio y Salazar, Valentina del Sol. “El valor normativo del precedente en la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Teoría y Práctica del Precedente Judicial en Iberoamérica*, (Ciudad de México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2022), p. 628.

desarrollado técnicas que sirven como contra peso a la regla del precedente obligatorio, como el *overruling*<sup>181</sup> o el *distinguishing*<sup>182</sup>, estas no se encuentran en el sistema interamericano.

Por el contrario, en la práctica de la Corte IDH se observa que esta no justifica ni explica sus giros jurisprudenciales, ni tampoco indica expresamente que se está revocando un precedente anterior<sup>183</sup>. Por ejemplo, respecto al desarrollo del control de convencionalidad, en el caso “Rochac Hernández y otros vs. El Salvador”, se señala que su ejercicio vincula a “todos los poderes y órganos estatales en su conjunto<sup>184</sup>”, pero no se menciona que para cumplir con esa obligación se deba tener en cuenta el tratado y la interpretación que del mismo realice la Corte Interamericana. ¿Esto implica un cambio de jurisprudencia y, por tanto, a partir de este caso debemos entender que ya no hay mandato de seguir sus interpretaciones? ¿o simplemente fue un olvido por parte de la Corte IDH?<sup>185</sup> Cuestión del todo relevante, pues dicho mandato es el origen de la discusión que este trabajo plantea, y a partir de lo cual se entendería que la Corte IDH introduce, de alguna manera, una regla similar al *stare decisis*.

La Corte Interamericana tampoco otorga criterios para distinguir entre el *ratio decidendi* y el *obiter dictum*<sup>186</sup>. El *ratio decidendi* se refiere a la razón o razones necesarias y determinantes, que llevaron a un tribunal a decidir un caso de determinada manera; mientras que el *obiter dictum* es lo expresado por el juez incidentalmente, aunque pertinente, resultan en argumentos superfluos<sup>187</sup>.

Lejos de ello, se plantea la interrogante acerca de qué parte del fallo interamericano constituye el *ratio decidendi* y, por tanto, resulta vinculante para los Estados: ¿La parte resolutive, los argumentos que sustentan la decisión o bien ambas? La Corte IDH, en el caso “Velásquez Rodríguez Vs. Honduras”, estableció que

---

<sup>181</sup> Técnica que le permite al juez, bajo circunstancias excepcionales, desligarse del precedente. Legarre, Santiago y Rivera, Julio. “Naturaleza y dimensiones del *stare decisis*”, p. 115.

<sup>182</sup> Operación que permite dejar de lado un precedente cuando el caso que se va a resolver tiene alguna característica distinta al anterior que justifique introducir algún matiz al precedente. Martínez, Alejandra. “El impacto de la reforma judicial de 2021 en el sistema de precedentes en México”, en *Teoría y Práctica del Precedente Judicial en Iberoamérica*, (Ciudad de México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2022), 667.

<sup>183</sup> Zavala, María. “Atrapada entre sistemas legales...”.

<sup>184</sup> Corte IDH. Caso Rochac Hernández y otros Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014. Serie C N°. 285, párr. 213.

<sup>185</sup> Castilla, Karlos. “La independencia judicial...”, pp. 60 y 61.

<sup>186</sup> Vitolo, Alfredo. “Una novedosa categoría jurídica: el “querer ser” ...”, p. 367-

<sup>187</sup> Legarre, Santiago y Rivera, Julio. “Naturaleza y dimensiones del *stare decisis*”, p. 121.

“Aunque estas obligaciones [deber de investigación] **no quedaron expresamente incorporadas en la parte resolutive** de la sentencia sobre el fondo, es un principio del derecho procesal que **los fundamentos de una decisión judicial forman parte de la misma**. La Corte declara, en consecuencia, que tales obligaciones a cargo de Honduras subsisten hasta su total cumplimiento.<sup>188</sup>” (énfasis añadido)

En virtud de lo anterior, algunos autores sostienen que la eficacia vinculante de la sentencia, no se agota en la parte resolutive, sino que se expande a los fundamentos de la misma<sup>189</sup>. Sin embargo, hay autores que sostienen que la obligatoriedad del fallo alcanza solo a lo ordenado por la Corte IDH y no a los fundamentos por los cuales se ordena. Esto se justificaría en dos cuestiones:

- a. Una interpretación sistemática del artículo 68 de la CADH lleva a concluir que sus dos apartados regulan las obligaciones de los Estados en relación con la parte dispositiva del fallo, pues mientras el art. 68.1 señala que los Estados parte deben “cumplir la decisión”, el art. 68. 2 dispone un régimen jurídico especial de cumplimiento para uno de los contenidos posibles de la parte dispositiva, como lo es una indemnización<sup>190</sup>.
- b. El motivo para decidir es el que resulta obligatorio y no la decisión del caso, pues cada controversia presenta sus propias características que lo diferencian de otras futuras, mientras que los fundamentos que sustentan una sentencia se mantienen invariables<sup>191</sup>.

Por lo tanto, la Corte IDH, a través del control de convencionalidad y al afirmar la vinculatoriedad de sus decisiones para todos los Estados parte de la CADH, asienta como obligatoria una tesis semejante al *stare decisis*<sup>192</sup>, sin considerar las consecuencias previsibles de tal pronunciamiento ni la factibilidad de su ejecución<sup>193</sup> en países caracterizados por la preeminencia de la ley versus la relativa palidez de la jurisprudencia<sup>194</sup>. De este modo, “su

---

<sup>188</sup> Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C N°. 7, párr. 35.

<sup>189</sup> Ferrer Mac Gregor, Eduardo. “Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional...”, p. 657; Hitters, Juan. “¿Son vinculantes los pronunciamientos...”, p. 147; Zamorano, Paulina, “El efecto *erga omnes* de las decisiones de la Corte Interamericana”, *Derecho y justicia*, núm. 7 (2016): 84 y 85?

<sup>190</sup> Malarino, Ezequiel. “Acerca de la pretendida obligatoriedad...”, p. 438.

<sup>191</sup> Zavala, María. “Atrapada entre sistemas legales...”, p. 5.

<sup>192</sup> Sagüés, Néstor. “Obligaciones Internacionales y Control de Convencionalidad”, p. 126.

<sup>193</sup> Sagüés, Néstor. “Las relaciones entre los tribunales internacionales y los tribunales nacionales...”, p. 210.

<sup>194</sup> Legarre, Santiago y Rivera, Julio. “Naturaleza y dimensiones del *stare decisis*”, p. 112.

aplicación a ultranza importaría socavar la base democrática de aquella [de la norma positiva], expresión de la voluntad general.<sup>195</sup>”

### **3. Falta de deferencia a los Estados parte en la interpretación de la Corte IDH.**

#### **Introducción del margen de apreciación nacional.**

En el ejercicio de su labor interpretativa, la Corte IDH se ha caracterizado por la no discriminación en la adopción de estándares internacionales, vale decir, en la interpretación que se realiza de la Convención, se aplican criterios que no son elaborados para la realidad de los países americanos<sup>196</sup>. Entre ellos se encuentra la jurisprudencia de órganos de otros sistemas de protección<sup>197</sup>, el derecho internacional vinculante<sup>198</sup> -que en ocasiones no ha sido adoptado por todos los Estados parte del sistema regional de protección- y el denominado *soft law*<sup>199</sup>, la doctrina de comités convencionales<sup>200</sup>, resoluciones de organizaciones internacionales, entre otros.

Esta apertura normativa hacia fuentes externas se ve reflejada en el uso por parte de la Corte IDH de expresiones como *corpus iuris* latinoamericano o internacional<sup>201</sup>. Al respecto, ha señalado que

“por ejemplo, pueden formar parte de su jurisprudencia los estándares establecidos por la Corte Europea de Derechos Humanos, tratados internacionales del sistema universal, las resoluciones de los

---

<sup>195</sup> Vitolo, Alfredo. “Una novedosa categoría jurídica: el “querer ser...”, p. 366.

<sup>196</sup> Barros, María et al., “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad: ¿Dos frutos provenientes del mismo árbol? ...”, pp. 233 y 234.

<sup>197</sup> El uso de la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) permitió integrar ciertos de actos de violencia, como la violación sexual, en la definición de tortura. Corte IDH, 25 de noviembre de 2006, Fondo y Reparaciones, Prisión Miguel Castro Castro vs. Perú, Serie C N° 160, párr. 312.

<sup>198</sup> Se aplicó el Convenio N° 169 de la OIT en el caso Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador (2012), párr. 232; también diversos instrumentos internacionales han sido utilizados para efectos de un razonamiento con perspectiva de género, por ejemplo, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer en el caso Penal Miguel Catro Vs. Perú (2006), párrs. 179 -183; la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer en el contencioso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) Vs. Costa Rica (2012), párrs. 227 y 228.

<sup>199</sup> Aplicación de los Principios de Yogyakarta en el caso Duque Vs. Colombia (2016), párr. 110; del “Protocolo de Minnesota” en la causa Humberto Sánchez vs. Honduras (2003), párr. 127; y el uso de la resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas acerca de los Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Salud Mental en el caso Ximenes Lopes vs. Brasil (2006), párr. 128.

<sup>200</sup> La Corte cita la doctrina del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas en el caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay (2010), párrs. 215, 216, 194-217. Asimismo, tanto la jurisprudencia del TEDH y como la doctrina del Comité de Derechos Humanos han permitido ampliar la noción de discriminación, por ejemplo, en la causa, Atala Riffo e hijas vs. Chile, (2012), párr. 81.

<sup>201</sup> Burgorgue-Larsen, Laurence. “El contexto, las técnicas y las consecuencias de la interpretación...”, p. 120.

Comités de Naciones Unidas, las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos o incluso los informes de los relatores especiales de la OEA o de Naciones Unidas, entre otros, siempre y cuando la Corte IDH los utilice y los haga suyos para formar su interpretación del *corpus juris* interamericano.<sup>202</sup>”

En consecuencia, se puede afirmar que, según cómo los tribunales internacionales se posicionan en relación con el mundo exterior, en particular, su vinculación con otros tratados y tribunales, la Corte IDH se caracteriza por ser un tribunal internacional

*“outward-looking and interpret their constitutive treaties with reference to general international law and other treaties. In so doing, they strive for a systemic interpretation that attempts to reconcile different treaties and read international law as a coherent system of law.”*<sup>203</sup>”

En este contexto, la Corte IDH al declarar el efecto vinculante de su jurisprudencia - emitida en cualquier tipo de resolución-, estaría obligando a los Estados parte a adoptar dicho *corpus iuris* conformado por numerosos instrumentos con diferente fuerza normativa - *hard law*, sea o no vinculante para los Estados parte, y *soft law*- y a aplicarlos en sus respectivas jurisdicciones locales mediante el control de convencionalidad<sup>204</sup>. Esta referencia al *corpus iuris* internacional se observa como una manifestación del universalismo, en desmedro de la consideración de las particularidades nacionales<sup>205</sup> y del desarrollo de un consenso americano, en la medida que la interpretación efectuada por la Corte IDH se realiza a partir de estándares internacionales, comúnmente europeos, y no acorde al contexto de la región.

Una vía que ha sido propuesta para compatibilizar la relación entre los tribunales nacionales y la Corte IDH es la doctrina del margen de apreciación nacional, que permite una interpretación de los derechos humanos más cercana a los usos y normas locales<sup>206</sup>. Esta doctrina

---

<sup>202</sup> Corte IDH. Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C N° 220, párr. 18.

<sup>203</sup> Pauwelyn, Joost y Elsig, Manfred, “The Politics of Treaty Interpretation: Variations and Explanations across International Tribunals”, p. 457.

<sup>204</sup> Barros, María et al., “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad: ¿Dos frutos provenientes del mismo árbol? ...”, p. 237.

<sup>205</sup> Aguilar, Gonzalo. “Margen de apreciación y control de convencionalidad: ¿Una conciliación posible?”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. II, núm. 155 (2019): 671.

<sup>206</sup> Núñez, Manuel, “Sobre la doctrina del margen de apreciación nacional. La experiencia latinoamericana confrontada y el *thelos* constitucional de una técnica de adjudicación del derecho internacional de los derechos humanos”, en *El margen de apreciación en el sistema interamericano de derechos humanos: proyecciones regionales y nacionales*, ed. por Elvia Flores y Ricardo Hernández (México D. F: Universidad Nacional Autónoma de México, 2012).

ha sido desarrollada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al examinar si un Estado miembro ha violado o no la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH) e implica que un país está autorizado a cierto nivel de discreción, sujeto al control de la Corte, cuando adopte medidas en la esfera de un derecho protegido por la Convención.<sup>207</sup>

En el contexto del sistema europeo de protección de DDHH, esta teoría indica que

“allí **donde no existe un mínimo común** europeo para entender de una determinada manera el contenido de un derecho, se abre para el estado un margen de acción que le permite fijar de acuerdo a **circunstancias jurídicas, sociales y culturales** el contenido y alcance de ciertos derechos, a la espera por parte del TEDH de poder encontrar elementos nuevos que le permitan establecer contenidos que se integrarán al orden público europeo y serán por tanto aplicables a todos los estados miembros.<sup>208</sup>” (énfasis añadido).

La legitimación del margen de apreciación radica en que no es entendido como un privilegio para los Estados, sino como una consecuencia de la democracia y del pluralismo, ya que es bueno ser consciente de las realidades de cada país y la apreciación que de ellas realicen los tribunales nacionales en cuanto son los más próximos y autorizados, en principio, para evaluar los problemas de los derechos humanos.<sup>209</sup>

Unido a esta idea, el profesor Manuel Núñez señala como fundamento de esta doctrina el deber de respetar la “identidad constitucional” de los Estados, concepto que él define como

“un conjunto de rasgos que singulariza, en el plano jurídico-político, las opciones fundamentales de una comunidad frente al resto de los estados y organizaciones internacionales o supranacionales... Es

---

<sup>207</sup> “*The margin of appreciation is a doctrine that the European Court of Human Rights has developed when considering whether a member state has breached the Convention. It means that a member state is permitted a degree of discretion, subject to Strasbourg supervision, when it takes legislative, administrative or judicial action in the area of a Convention right. The doctrine allows the Court to take into account the fact that the Convention will be interpreted differently in different member states, given their divergent legal and cultural traditions. As the Council of Europe has observed, the margin of appreciation gives the Court the necessary flexibility to balance the sovereignty of member states with their obligations under the Convention.*” European Court of Human Rights, “Margin of Appreciation”, Open Society Justice Initiative, 2012. Disponible en: <https://www.justiceinitiative.org/uploads/918a3997-3d40-4936-884b-bf8562b9512b/echr-reform-margin-of-appreciation.pdf>

<sup>208</sup> Benavides-Casals, María. “El consenso y el margen de apreciación en la protección de los Derechos Humanos”, *Revista Ius Et Praxis*, vol. 15, núm. 1 (2009): 301.

<sup>209</sup> Sagüés, Néstor. “Las relaciones entre los tribunales internacionales y los tribunales nacionales...”, p. 218.

concebible que las comunidades viertan en ellas [en sus constituciones] algunas decisiones o concepciones que resultan de una historia y cultura propias que son, casi por definición, únicas e irrepetibles.<sup>210</sup>”

De este modo, “el margen de apreciación, la identidad constitucional, el pluralismo y la diversidad de significaciones acerca de los DDHH van de la mano<sup>211</sup>”, pues la doctrina en comento preserva, dentro de sus márgenes legítimos, la identidad constitucional de los países expresada en significaciones divergentes sobre el contenido y alcance de un mismo derecho, lo cual a su vez deriva de la pluralidad de concepciones acerca la persona, la familia, la sociedad y el Estado<sup>212</sup>.

### **3.1 Configuración del margen de apreciación nacional**

Es deseable que la configuración de la doctrina del margen de apreciación sea analizada de manera restrictiva en la medida que su aplicación diferenciada sólo procede excepcional y fundadamente por los jueces nacionales, respetando el núcleo esencial de cada derecho humano y sujeta a revisión de la autoridad internacional o supranacional<sup>213</sup>.

#### **a) Aplicación excepcional**

Su carácter excepcional se expresa en dos cuestiones. Por un lado, esta teoría ha sido aplicada por el TEDH a falta de consenso por parte de los Estados miembros acerca de los estándares mínimo de reconocimiento y protección de los derechos humanos, vale decir, de cómo dicha comunidad internacional entiende el derecho en cuestión<sup>214</sup>, para así establecer si ha existido o no una violación a la CEDH.

Por ejemplo, en el caso *Vo contra Francia*<sup>215</sup>, relativo a un aborto practicado erróneamente a una mujer embarazada, quien tenía el mismo nombre de otra a la que sí debía practicarsele el procedimiento y donde la cuestión a determinar consistió en “si es aconsejable

---

<sup>210</sup> Núñez, Manuel. “Introducción al concepto de identidad constitucional y a su función frente al derecho supranacional e internacionales de los derechos de la persona”, *Revista Ius Et Praxis*, vol. 14, núm. 2 (2008): 337 y 338.

<sup>211</sup> Aguilar, Gonzalo. “Margen de apreciación y control de convencionalidad: ¿Una conciliación posible?”, p. 651.

<sup>212</sup> Núñez, Manuel. “Introducción al concepto de identidad constitucional...”, pp. 352 y 353.

<sup>213</sup> Para caracterizar cuándo debe proceder la aplicación de la doctrina en cuestión me basé principalmente en el trabajo del profesor Gonzalo Aguilar, “Margen de apreciación y control de convencionalidad: ¿Una conciliación posible...” (2018), sin perjuicio del uso de otras fuentes que se citan pertinentemente más adelante.

<sup>214</sup> Benavides-Casals, María. “El consenso y el margen de apreciación...”, p. 298.

<sup>215</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso de *Vo v. Francia*. Sentencia del 4 de julio de 2004. Disponible en: <https://hudoc.echr.coe.int/spa?i=001-61887>



que la Corte intervenga en el debate de quién es persona y cuándo comienza la vida.<sup>216</sup>”, el Tribunal concluyó que, dado que este debate no había sido zanjado en la mayoría de los Estados partes y no existía un consenso en Europa acerca de la definición científica y jurídica del comienzo de la vida, la determinación de dicho momento cae dentro del margen de apreciación del Estado<sup>217</sup>.

Por otro lado, es posible invocar el margen de apreciación tan sólo respecto de un número acotado de ámbitos. En específico, los órganos internacionales otorgan a los Estados un grado de deferencia (i) para apreciar las circunstancias materiales que ameritan la aplicación de medidas excepcionales en situaciones de emergencia; (ii) para limitar derechos, por ejemplo, por razones de utilidad pública, moral, o interés público; (iii) y para definir el contenido de los derechos y determinar el modo en que estos deben ser aplicados y correlacionados con otros derechos<sup>218</sup>.

#### **b) Aplicación fundamentada**

Además de que esta teoría procede en situaciones excepcionales, su aplicación debe ser fundada por los jueces locales. Generalmente existirán razones fundadas en materias que dicen relación con cuestiones valóricas, religiosas y culturales<sup>219</sup>, que se encuentren arraigadas en la comunidad nacional y cuya sensibilidad merece ser admitida por el juez internacional<sup>220</sup>. El juez nacional, a través de su argumentación, debe ser capaz de persuadir y demostrar que su interpretación de los derechos es la más adecuada para su realidad y, al mismo tiempo, que respeta el núcleo esencial y no disponible de cada derecho humano y sus manifestaciones<sup>221</sup>.

“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

---

<sup>216</sup> Traducción de Palacios, Patricia, “La Aplicabilidad del Derecho a la Vida al Embrión o Feto en la Jurisprudencia Internacional”, *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 1 (2005): 77.

<sup>217</sup> Benavides-Casals, María. “El consenso y el margen de apreciación...”, p. 307.

<sup>218</sup> Sagüés, Néstor. “Las relaciones entre los tribunales internacionales y los tribunales nacionales...”, p. 219; Núñez, Manuel, “Sobre la doctrina del margen de apreciación nacional. La experiencia latinoamericana..”, p. 6.

<sup>219</sup> Por ejemplo, el TEDH ha reconocido un margen de deferencia hacia los Estados para regular el ejercicio del derecho a contraer matrimonio. El Tribunal, sin desconocer que este derecho reconocido en la Convención es una institución heterosexual, concluye que las formas de determinación del sexo han variado con el tiempo y no es posible sostener una determinación solo biológica, por lo que cae dentro del margen de apreciación de los Estados. Véase los casos *Cossey contra Gran Bretaña* (27 de septiembre de 1990) y *Goodwin contra Gran Bretaña* (11 de julio de 2001).

<sup>220</sup> Aguilar, Gonzalo. “Margen de apreciación y control de convencionalidad: ¿Una conciliación posible?”, p. 645.

<sup>221</sup> Benavides-Casals, María. “El consenso y el margen de apreciación...”, p. 295 y 299.

sociedad o a quienes actuaron en función de la jurisprudencia precedente, donde el desarrollo legal hace que el precedente sea un anacronismo doctrinario descartado.<sup>222</sup>”

### c) **Aplicación sujeta a revisión internacional o supranacional**

Tanto la procedencia del margen de apreciación como el acierto de su ejercicio, debe estar sometido al control de la autoridad internacional o supranacional, ya que de lo contrario podría suceder que

“un mismo derecho no tenga la misma profundidad o extensión en todos los lugares...circunstancia que afectaría la universalidad de ese derecho y autorizaría interpretaciones desigualitarias del mismo. Aunque eso sea en buena medida cierto, también lo es que **un derecho no puede juzgarse en abstracto, omitiendo los marcos culturales y económicos que lo circundan**...También hay serios **conflictos de legitimidad entre lo que una sociedad nacional considera como justo o injusto**, y lo que otros Estados, o un organismo de la jurisdicción supranacional, pueden pensar sobre el mismo punto.<sup>223</sup>” (énfasis añadido).

### d) **Aplicación diferenciada**

La teoría del margen de apreciación, en el marco del sistema interamericano de protección de DD. HH, no ha estado exenta de críticas. Para el ex juez de la Corte IDH, Cançado Trindade, esta doctrina presupone la existencia de Estados verdaderamente democráticos y sólo se justifica cuando nos encontramos ante un Estado de Derecho<sup>224</sup>, concluyendo que esta premisa básica no se cumple en América Latina y, por tanto, la invocación de esta doctrina sería indebida. Ello se vería reforzado por el hecho de que en nuestro sistema regional la mayoría de los casos continúan refiriéndose a derechos inderogables, respecto de los cuales no se puede invocar un margen de apreciación<sup>225</sup>.

La profesora Ximena Fuentes, en discrepancia con lo planteado previamente, estima que las críticas al margen de apreciación no logran destruir la utilidad de esta doctrina para lograr un equilibrio entre democracia y el control ejercido por los órganos supranacionales.

---

<sup>222</sup> Dulitzky, Ariel. “El impacto del control de convencionalidad...”, p. 366.

<sup>223</sup> Sagüés, Néstor. “Las relaciones entre los tribunales internacionales y los tribunales nacionales...”, p. 219.

<sup>224</sup> Cançado, Antonio. *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Siglo XXI*, 2a. ed. (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2006), 559.

<sup>225</sup> *Ibid.*, p. 389.

Específicamente, ella señala que el ex juez Cançado “se olvida, entonces, de la importancia que tiene en un Estado de Derecho el respeto por las decisiones del pueblo.”<sup>226</sup>

Las posturas de estos autores reflejan las dos realidades que se articulan en esta materia: por un lado, la realidad latinoamericana en relación con la vigencia de los DD. HH, el déficit institucional y democrático que viven varios países de nuestra región y que, en opinión de Cançado Trindade, no habilitaría a reconocerles un grado de deferencia<sup>227</sup>; y por otro lado, si bien son los propios Estados los responsables de las violaciones a los derechos humanos, al mismo tiempo, siguen siendo el actor fundamental en la promoción y respecto de los mismos y, en última instancia, son quienes legitiman en el Derecho Internacional en la medida que son los creadores y principales destinatarios de sus normas<sup>228</sup>.

En palabras del autor Sergio Fuenzalida,

“Estamos frente a un derecho internacional de los derechos humanos, que por un lado requiere de la colaboración activa de los Estados, por lo que **no es posible avanzar en estrategias** judiciales o de otra naturaleza que se implemente **a pesar de los Estados**; pero por otro lado estamos frente a realidades dramáticas, al menos en algunos países americanos, de debilidad institucional y de graves y sistemáticas violaciones a los derechos humanos. Ello exige una **respuesta diferenciada** en relación con el escrutinio de los tribunales internacionales sobre las decisiones locales <sup>229</sup>” (énfasis añadido)

La “respuesta diferenciada”, que plantea el autor, por parte de la Corte IDH implica que el control de convencionalidad debiera incorporar, en su ejercicio, una distinción basada en dos factores: el contexto institucional de cada Estado y la naturaleza de la violación a los Derechos Humanos que se alegue en el caso.

Respecto al primer factor, el grado de deferencia nacional será más amplio, en la medida en que los Estados tengan un mayor grado de desarrollo democrático, pues se entiende que la justicia internacional de los derechos humanos respondería a sus mismos intereses. Y por muy grave que sea la objeción del juez Cançado Trindade relativa al déficit democrático en la región,

---

<sup>226</sup> Fuentes, Ximena. “La protección de la libertad de expresión...”, p. 243.

<sup>227</sup> Cançado, Antonio. *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Siglo XXI*, p. 390.

<sup>228</sup> Fuenzalida, Sergio. “La jurisprudencia de la Corte Interamericana...”, pp. 183 y 185.

<sup>229</sup> *Ibid.* p. 186.

no es conveniente eternalizar ni generalizar tal calificación a todas las comunidades, pues ello conlleva a negar sus legítimas aspiraciones de estabilidad institucional y social<sup>230</sup>.

En cuanto al segundo factor, hay casos en los que el margen de apreciación no puede ser aplicado, por ejemplo, la prohibición de la tortura o las desapariciones forzadas, entre otros. Respecto a estas denuncias no cabe ninguna invocación de deferencia hacia los Estados, pues atentan contra derechos inderogables como la vida y la integridad personal<sup>231</sup>. No obstante, y es aquí donde resulta procedente la distinción, hay ciertos “casos difíciles” en los cuales se admiten más de una respuesta razonablemente justa<sup>232</sup> -por ejemplo, en la configuración del derecho al recurso, los requisitos para obtener la nacionalización, etc.- configuración permitiendo así un diálogo fructífero entre el ordenamiento jurídico nacional e internacional.

En otro orden de cosas, las referencias a la doctrina del margen de apreciación en la práctica de la Corte IDH, son notoriamente inferiores a las de su par europeo<sup>233</sup>. Para algunos autores esta doctrina ha sido aplicada explícitamente por la Corte en dos oportunidades de manera excepcional<sup>234</sup>, mientras otros postulan que en realidad aquellos casos son expresión de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad<sup>235</sup>.

Sin perjuicio de esta discusión, se ha explicado que el margen de apreciación no ha surgido con tanto éxito o no se requiere de igual manera que en el sistema europeo, porque en el contexto latinoamericano no sería tan evidente la diversidad cultural y religiosa existente en Europa, lo que facilita un mayor consenso en los derechos fundamentales y justificaría la discreción que se le otorga a los estados europeos<sup>236</sup>. Sin embargo, esta teoría tiene un

---

<sup>230</sup> Núñez, Manuel, “Sobre la doctrina del margen de apreciación nacional...”, p. 43.

<sup>231</sup> Cançado, Antonio. *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Siglo XXI*, p. 390.

<sup>232</sup> Núñez, Manuel, “Sobre la doctrina del margen de apreciación nacional...”, p. 34.

<sup>233</sup> *Ibid.* p. 22.

<sup>234</sup> Contreras, Pablo. “Control de Convencionalidad, Deferencia Internacional y Discreción Nacional en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Revista Ius et Praxis*, vol. 20, núm. 2 (2014): 240. Se refiere a la Opinión Consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984, solicitada por Costa Rica en relación a reformas constitucionales en materia de requisitos para obtener la ciudadanía, y al caso Herrera Ulloa v. Costa Rica (sentencia de 2 de julio de 2004), donde la Corte admitió que los Estados tienen un grado de discreción para regular el derecho al recurso contra las resoluciones judiciales. Esta posición se reitera en Núñez, Manuel. “Sobre la doctrina del margen de apreciación nacional. La experiencia latinoamericana..”, p. 24.

<sup>235</sup> Lovatón, David. “¿Debería incorporarse en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos la noción de margen de apreciación nacional?”, *Estudios Constitucionales*, vol. 16, núm. 2 (2018): 359.

<sup>236</sup> Fuentes, Ximena. “La protección de la libertad de expresión en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y la promoción de la democracia”, *Revista de Derecho*, vol. 13 (2002): 242. Entre otras razones que justifican que la Corte IDH no ha profundizado en la teoría del margen de apreciación se halla en el hecho de que la jurisprudencia

fundamento y utilidad de mayor peso: “equilibra la tensión entre el poder soberano de los Estados y el control internacional que ejercen los tribunales regionales.<sup>237</sup>”. De este modo, no solo se trata de la deferencia hacia la identidad cultural de los Estados, sino que, además, a través del margen de apreciación se intenta preservar el valor de la democracia<sup>238</sup>.

#### **4. Consecuencias políticas. Recepción del Control de Convencionalidad en las jurisdicciones nacionales.**

La desconfianza de los Estados se hace evidente en las ofensivas contra el sistema interamericano por parte de ciertos países que, aunque democráticos, son todavía frágiles. Considero que tal desconfianza se debe a los resultados de los métodos de interpretación empleados por la Corte<sup>239</sup>, ya sea en casos específicos, en la medida que ella conoce y falla respecto a cuestiones que están en el centro de las agendas presidenciales -por ejemplo, aceptar que un opositor se presente a las elecciones en Venezuela para así proteger el derecho a ser elegido<sup>240</sup> u ordenar la suspensión de la construcción de una represa para proteger el derecho a la propiedad colectiva de comunidades indígenas de Panamá<sup>241</sup> - o bien de manera general, mediante la construcción del control de convencionalidad, al establecer el efecto *erga omnes* de su jurisprudencia más allá del caso en el cual la sentencia ha sido dictada.

Como reflejo de lo anterior, los gobiernos de Argentina, Brasil, Chile, Colombia y Paraguay, con el ánimo de perfeccionar la eficacia y operatividad del SIDH, emitieron una declaración donde, además de reafirmar su compromiso con el valor normativo de la CADH y reconocer la contribución que tanto la Comisión como la Corte IDH han realizado en la protección de los derechos humanos, señalaron:

1. “Que el principio de subsidiariedad ... tiene una doble dimensión. Por un lado, supone que el Estado concernido tiene la obligación de investigar toda violación a la Convención que acontezca en su territorio,

---

de la Corte es cuantitativamente menor a la del TEDH, por tanto, sus oportunidades para pronunciarse al respecto son menores. Véase Benavides-Casals, María. “El consenso y el margen de apreciación...”, p. 308.

<sup>237</sup> Contreras, Pablo. “Control de Convencionalidad, Deferencia Internacional...”, p. 239.

<sup>238</sup> Fuentes, Ximena. “La protección de la libertad de expresión...”, p. 242.

<sup>239</sup> Burgorgue-Larsen, Laurence. “El contexto, las técnicas y las consecuencias de la interpretación...”, p. 136.

<sup>240</sup> Corte IDH. *Caso López Mendoza Vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2011. Serie C N°. 233.

<sup>241</sup> Corte IDH. *Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros Vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014. Serie C N°. 284.

y, por el otro, que dicho **Estado tiene el derecho de que su propio sistema jurisdiccional resuelva la situación antes de verse sometido a una instancia internacional.**

2. La importancia de una **estricta aplicación de las fuentes** del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del **reconocimiento del margen de apreciación** de los Estados en el cumplimiento de las obligaciones que establece la Convención. Asimismo, recuerdan que las **resoluciones y sentencias de los órganos del sistema interamericano sólo tienen efectos para las partes del litigio.**
3. La importancia del **debido conocimiento y consideración de las realidades políticas, económicas y sociales de los Estados** por parte de los órganos del sistema interamericano de derechos humanos. En este marco, resaltan la necesidad de que las **formas de reparación guarden una debida proporcionalidad** y respeten tanto los ordenamientos constitucionales y jurídicos de los Estados.<sup>242</sup> (énfasis añadido).

Esta actitud confrontacional por parte de los gobiernos de la región también se expresa en la forma en que algunos países han ido incorporando el concepto de control de convencionalidad y cómo lo operan en la práctica sus jurisdicciones nacionales<sup>243</sup>. A continuación, de manera abreviada, me referiré a las experiencias nacionales más relevantes para efectos de este trabajo<sup>244</sup>.

#### a) **Argentina**

Entre los años 2003 y 2016 la Corte Suprema de Justicia Nacional Argentina (CSJN) se constituyó como una referencia en el diálogo con el SIDH, haciendo expresa la obligatoriedad de las sentencias de la Corte IDH y los informes de la Comisión. De esta manera, la trayectoria jurisprudencial de la CSJN en materia de derechos humanos da cuenta de una tendencia a acatar los dictados interamericanos<sup>245</sup>.

---

<sup>242</sup> Ministerio de Relaciones Exteriores de la República de Paraguay. "Gobiernos de Argentina, Brasil, Chile, Colombia y Paraguay se manifiestan sobre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos". 24 de abril de 2019. <https://www.mre.gov.py/index.php/noticias-de-embajadas-y-consulados/gobiernos-de-argentina-brasil-chile-colombia-y-paraguay-se-manifiestan-sobre-el-sistema-interamericano-de-derechos-humanos> (Fecha de consulta: 15/05/2023).

<sup>243</sup> Quintana, Karla. "El control de convencionalidad: Un estudio del Derecho Interamericano...", p. 95.

<sup>244</sup> Solo consideraré aquellos Estados que han cambiado su criterio jurisprudencial acerca de la vinculatoriedad de las sentencias de la Corte IDH más allá de los casos en que han sido parte o bien han rechazado categóricamente la teoría del control de convencionalidad, pues en ellos se reflejan las dificultades que ha suscitado la forma en que se ha construido la doctrina en cuestión, y en general la forma de interpretación de la Corte IDH.

<sup>245</sup> Bazán, Víctor. "Pronunciamientos significativos de la Corte Suprema de Justicia argentina (2010-2011). Consolidación de estándares sustentables en sectores de la justicia constitucional y los derechos fundamentales", en *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, ed. Víctor Bazán y Claudio Nash (Santiago: Konrad Adenauer Stiftung, 2011), 85.

Sin embargo, en 2017 cambió su postura<sup>246</sup>, al emitir un criterio regresivo respecto de la obligación de cumplir las sentencias dictadas por la Corte IDH en el caso “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso Fontevecchia y D’Amico”, en el cual se obligaba al Estado argentino dejar sin efecto una sentencia nacional<sup>247</sup>. La CSJN, analizando si estaba facultada para ello, consideró que:

“11°) ... dejar sin efecto la sentencia dictada por esta Corte Suprema en la causa "Menem" en virtud de la orden de la Corte Interamericana ... implicaría transformar a dicho tribunal, efectivamente, en una "cuarta instancia" revisora de las sentencias dictadas por esta Corte, en clara violación de los principios estructurantes del sistema interamericano [principio de subsidiariedad] y en **exceso de las obligaciones convencionalmente asumidas por el Estado argentino al ingresar a dicho sistema.**<sup>248</sup>” (énfasis añadido)

## b) Costa Rica

La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica también ha cambiado su postura sobre la vinculatoriedad de la jurisprudencia de la Corte IDH. En un inicio expresó que la fuerza de las decisiones de la Corte IDH al interpretar la Convención y enjuiciar las leyes nacionales a la luz de esta normativa, ya sea en sede contenciosa como consultiva, tiene el mismo valor que la norma interpretada<sup>249</sup>.

No obstante, con posterioridad, la Corte Suprema costarricense ha inaplicado la jurisprudencia de la Corte IDH invocada por los demandantes, basándose principalmente en que “la situación fáctica que dio origen a la misma resulta distinta a la alegada por el accionante.<sup>250</sup>” En otro caso añadió como argumento el hecho de que no existe norma expresa en la CADH -o

---

<sup>246</sup> Anteriormente, en marzo de 2010, en el Dictamen del Procurador General en “A.J.E. y otro s/recurso de casación” ya se había relativizado la recepción del CCV. En dicha resolución se expuso que la Corte IDH solo brinda orientaciones con efecto para el caso concreto y, por ende, no sería obligatorio para la Corte Nacional la observación de parámetros que colisionan de forma grave con los principios constitucionales. Trucco, Marcelo. “El control de convencionalidad en la interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su recepción por los tribunales nacionales”, *Revista de Filosofía Jurídica y Social*, vol. 33 (2012): 132.

<sup>247</sup> Quintana, Karla. “El control de convencionalidad: Un estudio del Derecho Interamericano...”, p. 99.

<sup>248</sup> CSJN Argentina. *Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso Fontevecchia y D’Amico*. Sentencia de 14 de febrero de 2014. Considerandos 6° y 11°.

<sup>249</sup> Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica. Acción de Inconstitucionalidad. Sentencia de 9 de mayo de 1995. Expediente 90-000421-0007-CO. Considerando VII. Criterio reiterado en Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica. Recurso de Amparo. Sentencia de 27 de abril de 2007. Expediente 07-004360-0007-CO. Considerando III.

<sup>250</sup> Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica. Acción de Inconstitucionalidad. Sentencia de 03 de Abril del 2013. Expediente 11-013971-0007. Considerando V.

en alguno de sus protocolos o en el Estatuto de la Corte IDH-, por lo que “resulta inadmisibles la doctrina de la vinculatoriedad de la jurisprudencia de la CIDH<sup>251</sup>” para los Estados que forman parte de la Convención. Asimismo, se ha señalado que

“La doctrina de la CIDH conlleva peligros importantes. En primer lugar, en los sistemas de derecho continental, el tema de la jurisprudencia y los precedentes obligatorios resulta una práctica forense extraña, donde no se cuenta con los conocimientos ni la experiencia para la aplicación de la doctrina de *stare decisis*, toda vez que ni en la academia ni en la judicatura se enseña ni se practica este sistema.

... conlleva el peligro de "fossilizar" la jurisprudencia de la CIDH, toda vez que los tribunales de los Estados parte se limitarían a aplicar de forma mecánica, sin que puedan aportar puntos de vista diferentes, tesis, argumentos, etc. que no consideró la CIDH a la hora de resolver los casos concretos donde sentó la regla de Derecho... De ahí que resulta conveniente e, incluso, necesario que el Juez nacional tenga la posibilidad de plantear su propio punto de vista tomando muy en cuenta la realidad histórica y cultura de su sociedad.<sup>252</sup>”

### c) Colombia

La Corte Constitucional colombiana se ha apartado de la jurisprudencia interamericana en varias de sus decisiones, afirmando que la pertenencia de un tratado de derechos humanos al bloque de constitucionalidad no implica que este prevalezca sobre el Texto Fundamental y que por sí solo no da lugar a una declaración automática de constitucionalidad o inconstitucionalidad de una ley, ya que es necesario interpretarla sistemáticamente con la Constitución<sup>253</sup>.

Además, ha señalado expresamente que “la **Corte Constitucional no es juez de convencionalidad** –es decir, no está llamada a verificar la concordancia abstracta de la legislación nacional con los tratados internacionales que obligan al Estado-.”<sup>254</sup> (énfasis añadido).

Agregando que, aunque constituye un precedente significativo

---

<sup>251</sup> Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica. Acción de Inconstitucionalidad. Sentencia de 06 de febrero del 2015. Expediente 13-001265-0007. Considerando X.

<sup>252</sup> Ibid.

<sup>253</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia N° C-028/06. 26 de enero de 2006. Considerando 6; Sentencia N° C-750/08. 24 de julio de 2008. Considerando 4.1.3; Sentencia N° 941/10. 24 de noviembre de 2010. Considerando 2.2; Sentencia N° C-458/15. 22 de julio de 2015. Considerando 26.

<sup>254</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia N° C-291/07. 25 de abril de 2007. Considerando C.



“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>255</sup>”

#### **d) Brasil**

En abril de 2010, el Tribunal Federal Supremo, en actitud de rechazo a ejercer un control de convencionalidad<sup>256</sup>, declaró la constitucionalidad de la ley de amnistía que absolvía a los agentes del Estado responsables de las violaciones de derechos humanos perpetradas durante la dictadura militar que gobernó a Brasil entre 1964 y 1985<sup>257</sup>.

Esta actitud fue reprochada por la Corte IDH en su sentencia de noviembre del mismo año<sup>258</sup>, en la cual se declaró responsable internacionalmente al Estado brasileño por la detención arbitraria, tortura y desaparición forzada de 70 personas que conformaban la “Guerrilha do Araguaia”, movimiento de resistencia contra el régimen militar. En esa instancia la Corte IDH sentenció que la ley de amnistía “no puede seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos del presente caso, ni para la identificación y castigo de los responsables.<sup>259</sup>”

Este fallo provocó la reacción del Presidente del Tribunal Supremo de la época, Cezar Peluso, quien declaró que la sanción de Brasil en la Corte IDH “no revoca, no anula, no caza la decisión del Supremo Tribunal Federal.<sup>260</sup>” En este mismo sentido, el ministro Marco Mello, afirmó que su compromiso es “observar la Convención, pero sin desconocer la Carta de la

---

<sup>255</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia N° C-442/11. 25 de mayo de 2015. Considerando 7.

<sup>256</sup> Burgogue-Larsen, Laurence. “El contexto, las técnicas y las consecuencias de la interpretación...”, p. 134.

<sup>257</sup> Berdugo, Ignacio. *La justicia transicional en Brasil. El caso de la guerrilla de Araguaia*. (Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2017), 196.

<sup>258</sup> Corte IDH. Caso *Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") Vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C N°. 219, párr. 177.

<sup>259</sup> Ibid. párr. 174.

<sup>260</sup> “A eficácia (da decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos) se dá no campo da convencionalidade. Não revoga, não anula e não cassa a decisão do Supremo”. “Condenação do Brasil não anula decisão do Supremo”, Revista Consultor Jurídico, 15 de diciembre de 2010, [https://www-conjur-com-br.translate.goog/2010-dez-15/sentenca-corte-interamericana-nao-anula-decisao-supremo? x\\_tr\\_sl=pt& x\\_tr\\_tl=es& x\\_tr\\_hl=es-419& x\\_tr\\_pto=sc#top](https://www-conjur-com-br.translate.goog/2010-dez-15/sentenca-corte-interamericana-nao-anula-decisao-supremo? x_tr_sl=pt& x_tr_tl=es& x_tr_hl=es-419& x_tr_pto=sc#top) (fecha de consulta: 17.05.2023).

República, que es la Constitución Federal" y que la decisión de la Corte IDH "no tiene concreción como título jurídico. En la práctica, el efecto será ninguno, es sólo una señal."<sup>261</sup>

#### e) Venezuela y Trinidad y Tobago

Las experiencias de los Estados de Trinidad y Tobago y Venezuela constituyen los ejemplos más extremos de ofensivas al SIDH al haber denunciado la Convención el 26 de mayo de 1998 y el 10 de septiembre de 2012<sup>262</sup>, respectivamente.

En el caso de Venezuela, el Estado fundamentó su decisión en que había recibido varias medidas cautelares y fallos injustos en su contra por parte de la Corte IDH y la Comisión, violando la soberanía del país, sobre todo al emitir medidas de seguridad sin agotar los recursos internos<sup>263</sup>. Con anterioridad a su denuncia, se desarrolló una política de deslegitimación constante de los mecanismos institucionales del sistema interamericano por parte de las autoridades nacionales, incluso el ex presidente Hugo Chávez, ante cada condena de Venezuela, amenazaba con denunciar la Convención y desconocer la jurisdicción de la Corte IDH<sup>264</sup>.

Asimismo, el Tribunal Supremo de Justicia declaró inejecutable el fallo de la Corte IDH que recayó sobre el caso "López Mendoza vs. Venezuela"<sup>265</sup>, al no estar conforme al Texto Fundamental de ese país. En dicha oportunidad, las autoridades jurisdiccionales venezolanas señalaron que el ejercicio del control de convencionalidad se despliega

"en lo que toca a otros instrumentos de igual naturaleza, integrantes del *corpus juris* convencional de los derechos humanos de los que es parte el Estado, entre los que se encuentran las Convenciones contra la corrupción, ratificadas por Venezuela, por lo que no puede ejercerse una interpretación aislada y exclusiva de la Convención Americana de Derechos Humanos.

... la Corte Interamericana de Derechos Humanos persiste en desviar la teleología de la Convención Americana y sus propias competencias, emitiendo órdenes directas a órganos del Poder Público venezolano, usurpando funciones cual si fuera una potencia colonial y pretendiendo imponer a un

---

<sup>261</sup> "Nosso compromisso é observar a convenção, mas sem menosprezo à Carta da República, que é a Constituição Federal". "[La decisión de la Corte IDH] não tem concretude como título judicial. Na prática, o efeito será nenhum, é apenas uma sinalização." Revista Consultor Jurídico, 15 de diciembre de 2010.

<sup>262</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, "CIDH manifiesta su profunda preocupación por efecto de la denuncia de la Convención Americana por parte de Venezuela", 10 de septiembre de 2013, <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2013/064.asp> (fecha de consulta: 17.05.2023).

<sup>263</sup> Hitters, Juan. "Control de Convencionalidad (Adelantos y Retrocesos)", p. 146.

<sup>264</sup> Burgogue-Larsen, Laurence. "El contexto, las técnicas y las consecuencias de la interpretación...", p. 134.

<sup>265</sup> Corte IDH. *Caso López Mendoza Vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2011. Serie C N°. 233.

país soberano e independiente criterios políticos e ideológicos absolutamente incompatibles con nuestro sistema constitucional.<sup>266</sup>”

A partir de estas experiencias nacionales es posible observar las resistencias que se han venido desarrollando en la aplicación del control de convencionalidad, especialmente, en lo relativo al alcance de la vinculatoriedad de la jurisprudencia de la Corte IDH más allá del caso en que ha sido esbozada. Esta actitud de desconfianza puede justificarse en diversos factores:

“la gran distancia con la que se formulan las normas, sus posibilidades de fragmentación o incluso de contradicción, el activismo judicial internacional, el déficit democrático que puede afectar a sus órganos oficiales de interpretación, la tentación por ceder a la influencia de ciertos grupos de presión o las mismas posibilidades de ideologización.<sup>267</sup>”

Por consiguiente, la aplicación del CCV se dificulta -en parte<sup>268</sup>- cuando la interpretación dinámica y evolutiva de la Convención por la Corte IDH es variada y no cuenta con el apoyo unánime -o al menos general- de los Estados miembro, impidiendo de esta manera la construcción de una doctrina perdurable<sup>269</sup>. Debido a esto es importante reiterar la idea de que - y con la cual varios autores coinciden- las probabilidades de éxito del control de convencionalidad, y en general la eficacia del DIDH, dependen del contenido intrínseco de las sentencias de la Corte Interamericana, del grado de receptividad en los ámbitos internos y de la voluntad política de los Estados<sup>270</sup>.

---

<sup>266</sup> Tribunal Supremo de Justicia de la República de Venezuela. Acción innominada de control de constitucionalidad. Sentencia de 1 de septiembre de 2011. Expediente N° 11-1130.

<sup>267</sup> Núñez, Manuel. “La función del Derecho Internacional de los derechos de las personas en la argumentación de la jurisprudencia constitucional: práctica y principios metodológicos”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. XXII (2009): 505.

<sup>268</sup> “En parte” porque aquí se analiza el problema desde el punto de vista de los tribunales supranacionales, y no desde los tribunales nacionales, donde pueden hallarse otros tipos de factores que obstaculicen la aplicación del CCV, tales como, la desinformación, casos de negación o la desnaturalización de los derechos humanos. Para mayor información véase dos artículos del jurista Néstor Sagüés: “Las relaciones entre los tribunales internacionales y los tribunales nacionales...” y “Dificultades operativas del “control de convencionalidad” en el sistema interamericano”.

<sup>269</sup> Trucco, Marcelo. “El control de convencionalidad en la interpretación de la Corte Interamericana...”, p. 130.

<sup>270</sup> Sagüés, Néstor. “Obligaciones Internacionales y Control de Convencionalidad”, p. 131; Londoño, María. “El principio de legalidad y el control de convencionalidad de las leyes: confluencias y perspectivas en el pensamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. XLIII, núm. 128 (2010): 813; Bazán, Víctor. “Vinculatoriedad de los estándares interpretativos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los órdenes internos, control de convencionalidad y diálogo jurisprudencial”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, vol. XX (2014): 388 y 397; Schonsteiner, Judith y Couso, Javier, “La implementación de las decisiones de los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en Chile: Ensayo de un balance”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, vol. 22, N° 2 (2015): 327 y 333.

En este orden de cosas, en lo relativo a los efectos que produce la declaración de inconveniencia por la Corte IDH al interior de un ordenamiento jurídico, algunos autores plantean una consecuencia fuerte a esta declaración, esto es, de manera automática e inmediata se produciría algún resultado sobre la norma- ya sea su “invalidación<sup>271</sup>”, “nulidad<sup>272</sup>”, “expulsión<sup>273</sup>”, etc.- mientras otros postulan una consecuencia débil, en virtud de la cual la norma declarada incompatible por el control de convencionalidad ejercido por la Corte Interamericana, no se ve directamente afectada, sino que exige la actuación de autoridades nacionales a través del ejercicio del CCV interno<sup>274</sup>, resultando el primero absolutamente dependiente del segundo.

Es por ello por lo que la Corte IDH en sus resoluciones exige a las autoridades nacionales que la norma declarada contraria a la Convención sea “modificada, derogada o anulada, o reformada<sup>275</sup>”, para que así no representen un peligro para los derechos humanos en un futuro. Además, si la norma declarada inconveniente fuese expulsada automática del ordenamiento jurídico interno, no tendría sentido que la Corte IDH emita constantemente resoluciones de supervisión de cumplimiento, donde uno de los reproches más comunes es no haber realizado las modificaciones legales ordenadas<sup>276</sup>. Esto viene a reafirmar la importancia del papel de las autoridades locales en la eficacia de la doctrina del CCV, y consecuentemente, del SIDH.

---

<sup>271</sup> Fuenzalida, Sergio. “La jurisprudencia de la Corte Interamericana...”, p. 177.

<sup>272</sup> *Ibid.* p. 176.

<sup>273</sup> Olano, Hernán. “Teoría del Control de Convencionalidad”, *Estudios Constitucionales*, vol. 14, N° 1 (2016): 71.

<sup>274</sup> Silva, Max, “¿Qué efectos produce el control de convencionalidad decretado por la Corte Interamericana en un ordenamiento jurídico?”, *Estudios Constitucionales*, vol. 18, núm. 2 (2020): 283.

<sup>275</sup> Corte IDH. Caso Maldonado Vargas y otros Vs. Chile (2015), párr. 124; Caso La Cantuta Vs. Perú (2006), párr. 172; Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil (2016), párr. 410.

<sup>276</sup> Silva, Max, “¿Qué efectos produce el control de convencionalidad...”, pp. 287 y 288.

## CONCLUSIONES

A lo largo de este trabajo se pretendió analizar críticamente el desarrollo de la teoría del control de convencionalidad, principalmente, lo relativo al material controlante al incluirse en él, indistintamente y para todos los Estados parte, la jurisprudencia de la Corte IDH. Así, reuniendo los elementos analizados en el Capítulo I, el control de convencionalidad se define como una herramienta que permite a los Estados verificar la compatibilidad de sus normas y actos interno con la CADH, la jurisprudencia de la Corte IDH y los demás tratados interamericanos de los cuales el Estado sea parte, debiendo realizarse de oficio por toda autoridad, dentro del ámbito de sus respectivas competencias.

En cuanto su fundamento, parte de la doctrina sostiene que este no se haya consagrado expresamente en la CADH, sin perjuicio de lo cual la Corte IDH ha establecido como tal los artículos 1.1, 2 y 29 de la CADH y 26 y 27 de la CVDT, reconociendo estos últimos importantes principios del derecho internacional público como lo son el *pacta sunt servanda* y la buena fe.

En lo relativo al parámetro de convencionalidad, el carácter vinculante de la Convención Americana no está en duda, pues los Estados parte han expresado su consentimiento de obligarse por ella. Lo mismo sucede con los demás tratados interamericanos, en la medida en que el Estado respectivo los haya ratificado. Respecto a la jurisprudencia de la Corte IDH, esta ha declarado su eficacia *erga omnes*, con lo cual los Estados que, aun no siendo parte del litigio, por el solo hecho de ser miembros de la CADH y haber reconocido la jurisdicción del Tribunal, quedan vinculados por la jurisprudencia que en el caso se haya establecido. Inclusive, se ha comprendido dentro del material controlante la interpretación que la Corte IDH realice en sus resoluciones de supervisión de cumplimiento, medidas cautelares, sentencias de interpretación y opiniones consultivas.

Si bien para efectos de esta investigación, la evolución del CCV se presentó de manera lineal y ordenada, en la práctica ello no es así. Diversos autores coinciden que la evolución de esta doctrina se caracteriza por sus “inconsistencias, avances y retrocesos<sup>277</sup>”, “falta de

---

<sup>277</sup> Castilla, Karlo. “¿Control interno o difuso de convencionalidad? ...”, p. 56.

delimitación y precisión<sup>278</sup>” y ser “zigzagueante, con avances y repliegues.<sup>279</sup>” Ello resulta problemático, pues si se quiere que las autoridades nacionales apliquen correctamente el control de convencionalidad, sería deseable un tratamiento didáctico del mismo, que indique cuando hay un aumento o reducción de sus fundamentos y límites. Así, habría un mejor entendimiento del CCV, lo que cual podría influir en el número de casos que llegan a la Corte IDH por haber sido resueltos erróneamente en el derecho interno<sup>280</sup>.

En el Capítulo II se estudiaron los criterios interpretativos utilizados por la Corte IDH para la construcción de la teoría del control de convencionalidad, y en su labor de intérprete de la CADH en general. En virtud de la naturaleza propia de los tratados internacionales de DDHH, su interpretación goza de ciertos principios específicos, desplazando así los criterios generales de interpretación contenidos en el CVDT, a saber, el principio *pro homine* y la interpretación evolutiva. Al respecto, es necesario advertir que una interpretación audaz “puede rápidamente exasperar y engendrar múltiples resistencias<sup>281</sup>”, sobre todo si con ello se atacan los fundamentos culturales y políticos de una sociedad.

Dichas resistencias son observables tanto en la efectividad de las medidas de reparación emitidas por la Corte IDH como en la recepción del control de convencionalidad. Esto último ya fue demostrado en el Capítulo III, mientras que lo primero se evidencia en que aquellas medidas de reparación que implican indemnizaciones monetarias se cumplen en un 58%, mientras que las que ordenan la investigación y sanción de crímenes relacionados con violaciones a los DDHH -tarea que recae en fiscalías y tribunales de justicia- se cumplen solo en un 10%<sup>282</sup>. Entonces, la cuestión reside en mantener la confianza de las jurisdicciones nacionales -sobre todo las supremas-, cuyas decisiones se han visto disminuidas por los resultados a los que arriba la Corte IDH en sus fallos mediante sus métodos de interpretación.

De lo contrario, se está llegando a la contradicción de que los métodos empleados por el Tribunal Interamericano con el objetivo de dotar de efectividad al DIDH, en la práctica, sólo

---

<sup>278</sup> Barros, María et al., “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad: ¿Dos frutos provenientes del mismo árbol? ...”, p. 206.

<sup>279</sup> Sagués, Néstor. “Las opiniones consultivas de la Corte Interamericana...”, p. 280.

<sup>280</sup> Hitters, Juan. “Control de Convencionalidad (Adelantos y Retrocesos)”, p. 156.

<sup>281</sup> Burgogue-Larsen, Laurence. “El contexto, las técnicas y las consecuencias de la interpretación...”, p. 137.

<sup>282</sup> Schonsteiner, Judith y Couso, Javier, “La implementación de las decisiones de los órganos del Sistema Interamericano...”, pp. 324 y 325.

están generando mayor desconfianza en los Estados parte, lo cual repercute en las bajas tasas de cumplimiento<sup>283</sup> y, en el caso del control de convencionalidad, en el cuestionamiento o rechazo de la doctrina de la vinculatoriedad de la jurisprudencia de la Corte IDH.

Así, los resultados a los que arriba a la Corte IDH mediante el uso de sus métodos de interpretación producen una serie de consecuencias, las cuales fueron expuestas en el Capítulo III. La primera de ellas se refiere al carácter *erga omnes* que adquiere su jurisprudencia más allá del caso en el cual la sentencia ha sido dictada. Al no parecer encontrar un fundamento expreso para tal afirmación, la Corte IDH lo ha respaldado en su carácter de último intérprete de la CADH a partir del artículo 67 de la misma. Sin embargo, se constató que tal argumentación corre el riesgo de caer en una petición de principio, pues estaría respaldando la vinculatoriedad de su jurisprudencia para todos los Estados, a través de sus propias sentencias, por lo que se deberían encontrar razones independientes a lo que la propia Corte pueda declarar.

El segundo efecto, que se encuentra en estrecha relación con el anterior, consiste en que la Corte IDH estaría ubicando su jurisprudencia como fuente de derecho interno y con ello, introduciendo una regla similar al *stare decisis*, en oposición al principio del efecto relativo de las sentencias, característico de los países latinoamericanos, en donde predomina el *civil law*. En consecuencia, a pesar de que el tratado que le otorga competencia a la Corte IDH, no confiere expresamente un carácter jurídicamente vinculante a la jurisprudencia, en la práctica esta ha asumido una posición según la cual las autoridades nacionales están obligadas a seguir su precedente<sup>284</sup>, obviando de esta manera el consentimiento otorgado por los Estados, el que constituye su origen y fundamento.

Considero que, si en la práctica la Corte IDH ya está creando derecho, pues su jurisprudencia pasaría a tener el carácter de fuente formal de derecho, ¿por qué los Estados parte son reacios a reconocer formalmente esta facultad?<sup>285</sup> Sobre todo, considerando que este

---

<sup>283</sup> Respecto a los remedios recomendados, convenidos u ordenados, existe una tasa de incumplimiento del 50%, cumplimiento parcial del 14% y cumplimiento total de solo del 36%. Según el tipo de remedios, los de menor ejecución son los que requieren la investigación y sanción de crímenes y aquellos que implican reformas legales. Basch, Fernando et. al, “La efectividad del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos: Un enfoque cuantitativo sobre su funcionamiento y sobre el cumplimiento de sus decisiones”, *Revista Internacional de Derechos Humanos*, vol. 7, núm. 12 (2010): 18.

<sup>284</sup> Estrada, Julio y Salazar, Valentina del Sol. “El valor normativo del precedente en la Corte Interamericana...”, p. 628.

<sup>285</sup> Vogelfänger, Alan. “La creación de derecho por parte de los tribunales internacionales...”, p. 278.

reconocimiento resultaría fundamental para dotar de legitimidad y certeza jurídica al sistema regional de protección de derechos humanos. En un sistema respetuoso de las finalidades propias del Estado de Derecho, como lo es la limitación del poder, el valor de fuente formal del derecho de la jurisprudencia internacional sólo puede ser decidida por la Constitución de cada Estado<sup>286</sup>, o bien por el consentimiento que estos otorguen mediante una reforma a la CADH.

La tercera consecuencia analizada en este trabajo es la falta de deferencia hacia los Estados parte en la interpretación de la Corte IDH, en la medida en que esta se caracteriza por una apertura normativa hacia fuentes y criterios externos, no elaborados para la realidad de los países americanos y una general tendencia hacia el universalismo, en desmedro de la consideración de las particularidades nacionales. Para compatibilizar la relación entre la Corte IDH y los Estados parte, se propuso un mayor recurso de la doctrina del margen de apreciación nacional, caracterizado por un análisis restrictivo del mismo en la medida que su aplicación sea (1) diferenciada, (2) proceda de manera excepcional y (3) fundadamente por los jueces nacionales, respetando el núcleo esencial e irreductible de cada derecho humano y (4) sujeta a revisión de la autoridad internacional o supranacional.

Por último, se expusieron ciertas experiencias nacionales relativas a la recepción del control de convencionalidad en sus jurisdicciones, caracterizadas principalmente por un cuestionamiento o directo rechazo al carácter vinculante de la jurisprudencia de la Corte IDH, llegando incluso a denunciar la CADH, como fue el caso de los países de Venezuela y Trinidad y Tobago. Con ello se pretende demostrar que la desconfianza al SIDH ya es una realidad y que se refleja con mayor claridad en la declaración conjunta de los gobiernos de Argentina, Brasil, Chile, Colombia y Paraguay, donde reclaman una aplicación estricta de las fuentes del DIDH, un mayor reconocimiento del margen de apreciación y una mayor consideración de las realidades políticas, económicas y sociales de los Estados, en relación con la proporcionalidad de las medidas de reparación.

Tales consideraciones fueron realizadas por los Estados parte con el objetivo de perfeccionar la operatividad, funcionalidad y eficacia del SIDH, y en este trabajo se pretendió profundizar varias de ellas con el mismo fin. En ese sentido, las críticas y observaciones

---

<sup>286</sup> Henríquez, Miriam. “La polisemia del control de convencionalidad interno”, p. 138.



realizadas no persiguen negar la autoridad de la jurisprudencia de la Corte IDH ni la importancia del respeto, promoción y garantía de los DDHH, sino que, por el contrario, aportan a la discusión acerca de las falencias del SIDH en post de su perfeccionamiento, ya sea mediante la inclusión de criterios hermenéuticos como el margen nacional de apreciación, o bien a través de la reforma de la CADH.

## Bibliografía

### Doctrina

1. Aguilar, Gonzalo y Nogueira, Humberto. “El principio favor persona en el derecho internacional y en el derecho interno como regla de interpretación y de preferencia normativa”. *Revista de Derecho Público*, vol. 84 (2016): 13-43.
2. Aguilar, Gonzalo. “Margen de apreciación y control de convencionalidad: ¿Una conciliación posible?”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. II, núm. 155 (2019): 643-684.
3. Aldunate, Eduardo (2010): “La posición de los tratados internacionales en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico chileno a la luz del derecho positivo”, *Revista Ius et Praxis*, vol. XVI (2010): 185-210.
4. Amaya, Álvaro. “El principio pro homine: interpretación extensiva vs. El consentimiento del Estado”. *International Law: Revista Colombiana De Derecho Internacional*, vol. 3, N° 5 (2005): 337-380.
5. Barros, María et al., “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad: ¿Dos frutos provenientes del mismo árbol? Una visión crítica a la estructura base del control de convencionalidad interno”, *Revista de Estudios Ius Novum*, N° 8 (2015): 205-246.
6. Basch, Fernando et. al, “La efectividad del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos: Un enfoque cuantitativo sobre su funcionamiento y sobre el cumplimiento de sus decisiones”, *Revista Internacional de Derechos Humanos*, vol. 7, núm. 12 (2010): 9-35.
7. Bazán, Víctor. La Corte Interamericana y las Cortes nacionales: acerca del control de convencionalidad y la necesidad de un diálogo interjurisdiccional sustentable. En VIII Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional: 6 a 10 de diciembre de 2010. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2010.
8. Bazán, Víctor. “El control de convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas”, en *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, ed. Víctor Bazán y Claudio Nash, 17-57. Santiago: Konrad Adenauer Stiftung, 2011.
9. Bazán, Víctor. “Pronunciamientos significativos de la Corte Suprema de Justicia argentina (2010-2011). Consolidación de estándares sustentables en sectores de la

- justicia constitucional y los derechos fundamentales”, en *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, ed. Víctor Bazán y Claudio Nash, 85-100. Santiago: Konrad Adenauer Stiftung, 2011.
10. Bazán, Víctor. “Vinculatoriedad de los estándares interpretativos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los órdenes internos, control de convencionalidad y diálogo jurisprudencial”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, vol. XX (2014): 385-429.
  11. Benavides-Casals, María. “El consenso y el margen de apreciación en la protección de los Derechos Humanos”, *Revista Ius Et Praxis*, vol. 15, núm. 1 (2009): 295-310.
  12. Benavides-Casals, María. “El efecto *erga omnes* de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, núm. 27 (2015): 141-166.
  13. Berdugo, Ignacio. *La justicia transicional en Brasil. El caso de la guerrilla de Araguaia*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2017.
  14. Burgorgue-Larsen, Laurence. “El contexto, las técnicas y las consecuencias de la interpretación de la Convención Americana de los Derechos Humanos”. *Estudios Constitucionales*, vol. 12. (2014): 105-161.
  15. Cançado, Antonio. *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Siglo XXI*, 2a. ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2006.
  16. Caramillo, Laura y Rosas, Elizabeth, “El control de convencionalidad como consecuencia de las decisiones judiciales de la Corte Interamericana de Derechos”. *Revista IDH*. Vol. 64, (2016): 127-159.
  17. Carrasco, Lucciano. “La interpretación evolutiva en la jurisprudencia internacional y su aplicación en el ámbito de los Derechos Humanos”. *Revistas de Estudios Ius Novum*, N° 7 (2014): 175-208.
  18. Casteñeda, Mireya. *El principio pro persona. Experiencia y expectativas*. México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos México, 2014.
  19. Castilla, Karlos. “El control de convencionalidad: un nuevo debate en México a partir de la sentencia del Caso Radilla Pacheco”. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, (2011): 593-624.

20. Castilla, Karlos. “¿Control interno o difuso de convencionalidad? Una mejor idea: la garantía de tratados”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XIII (2013): 51-97.
21. Castilla, Karlos. “La independencia judicial en el llamado control de convencionalidad interamericano”, *Estudios Constitucionales*, vol. 14, N° 2 (2016): 53-100.
22. Contreras, Pablo. “Control de Convencionalidad, Deferencia Internacional y Discreción Nacional en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Revista Ius et Praxis*, vol. 20, núm. 2 (2014): 235-274.
23. Corte Interamericana de Derechos Humanos. “Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 7: Control de Convencionalidad”, (2021).
24. De Clément, Zlata. “Interpretación de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos. Fallo de la Corte Internacional de Justicia en el Caso Ahmadou Sadio Diallo”. *Revista de la Facultad*, vol. III (2012): pp. 291-314.
25. Dulitzky, Ariel. “El impacto del control de convencionalidad. ¿Un cambio de paradigma en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos?”. En *Derechos humanos en Latinoamérica y el Sistema Interamericano. Modelos para (des)armar*, (México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro , 2017), 339-382.
26. Estrada, Julio y Salazar, Valentina del Sol. “El valor normativo del precedente en la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Teoría y Práctica del Precedente Judicial en Iberoamérica*, 625-667, Ciudad de México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2022.
27. European Court of Human Rights, “Margin of Appreciation”, Open Society Justice Initiative, 2012. Disponible en: <https://www.justiceinitiative.org/uploads/918a3997-3d40-4936-884b-bf8562b9512b/echr-reform-margin-of-appreciation.pdf>.
28. Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, *Estudios Constitucionales*, vol. 9, N° (2011): 531-622.
29. Ferrer Mac Gregor, Eduardo. “Reflexiones sobre el control difuso de convencionalidad. A la luz del caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* N° 131 (2011): 917-967.

30. Ferrer Mac Gregor, Eduardo. *El control de convencionalidad y la reforma constitucional en materia de derechos humanos*, (México: CEDIP., 2012), 36.
31. Ferrer Mac Gregor, Eduardo. “Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (res judicata) e indirecta hacia los estados parte de la Convención Americana (res interpretata). (Sobre el cumplimiento del caso Gelman VS. Uruguay)”, *Estudios Constitucionales*, vol. 11, N° 2 (2013): 641-694.
32. Fuentes, Ximena. “La protección de la libertad de expresión en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y la promoción de la democracia”, *Revista de Derecho*, vol. 13 (2002): 225-244.
33. Fuentes, Ximena. “El derecho internacional y el derecho interno: definitivamente una pareja dispareja”, en *Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política* (SELA), (Puerto Rico: SELA, 2007). Disponible en: <https://www.upg.mx/wp-content/uploads/2015/10/LIBRO-24-Derecho-Internacional-y-Derecho-Interno.pdf>
34. Fuentes, Ximena y Pérez, Diego. “El efecto directo internacional en el derecho chileno”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Año 25, núm. 2 (2018): 119-156.
35. Fuenzalida, Sergio. “La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como fuente de derecho. Una revisión de la doctrina del examen de convencionalidad”, *Revista de Derecho*, vol. XXVIII, N° 1 (2015): 171-192.
36. Galdámez, Liliana. “Protección a la víctima, cuatro criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Interpretación evolutiva, ampliación del concepto de víctima, daño al proyecto de vida y reparaciones”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 34 (2007): 439-455.
37. García, Sergio. “El control judicial interno de convencionalidad”, *Rev. IUS*, vol. 5 (2011): 123-159.
38. Gozaíni, Osvaldo. “Capítulo X. El Control de Convencionalidad”. En *El Sistema Procesal Interamericano. Procedimiento en la Comisión y ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.*, 457-597. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ediar, 2016.
39. Henderson, Humberto. “Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio pro homine”. *Revista IIDH*, vol. 39 (2016): 71-99.
40. Henríquez, Miriam. “La polisemia del control de convencionalidad interno”, *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, N° 24 (2014): 113-141.

41. Hitters, Juan. “¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de constitucionalidad y convencionalidad)”. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, N° 10 (2008): 131-156.
42. Hitters, Juan. “Control de Convencionalidad (Adelantos y Retrocesos)”, *Estudios Constitucionales*, vol. 13, N° 1 (2015): 123-162.
43. Julio Barboza, *Derecho Internacional Público*, 2da edición. Buenos Aires: Víctor P. de Zavalía, 2008.
44. Legarre, Santiago y Rivera, Julio. “Naturaleza y dimensiones del *stare decisis*”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 33, núm. 1 (2006): 109-124.
45. Londoño, María. “El principio de legalidad y el control de convencionalidad de las leyes: confluencias y perspectivas en el pensamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. XLIII, núm. 128 (2010): 761-814.
46. Lovatón, David. “¿Debería incorporarse en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos la noción de margen de apreciación nacional?”, *Estudios Constitucionales*, vol. 16, núm 2 (2018): 339 -368.
47. Malarino, Ezequiel. “Activismo judicial, Punitivización y Nacionalización. Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, 25-61. Uruguay: Fundación Konrad Adenauer, 2010.
48. Malarino, Ezequiel. “Acerca de la pretendida obligatoriedad de la jurisprudencia de los órganos interamericanos de protección de Derechos Humanos para los tribunales judiciales nacionales”, en *Sistema Interamericano de protección de Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*, ed. por Christian Steiner, 435-355, Uruguay: Konrad Adenauer Stiftung, 2011.
49. Martínez, Alejandra. “Introducción. El precedente judicial en la tradición continental” y “El impacto de la reforma judicial de 2021 en el sistema de precedentes en México”, en *Teoría y Práctica del Precedente Judicial en Iberoamérica*, XVII- LVI y 521-575, Ciudad de México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2022.

50. Medellín, Ximena. “Principio pro persona: una revisión crítica desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”. *Estudios Constitucionales*, (2019): 497-440.
51. Nash, Claudio. “Comentarios al trabajo de Víctor Bazán: El control de convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas”, en *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, ed. Víctor Bazán y Claudio Nash, 57-69, (Santiago: Konrad Adenauer Stiftung, 2011).
52. Nikken, Pedro. “El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el derecho interno”. *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, vol. 57 (2013): 11-68.
53. Noguiera, Humberto. “Los desafíos del control de convencionalidad del *corpus iuris* interamericano para las jurisdicciones nacionales”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. XLV (2012): 1167-1220.
54. Nogueira, Humberto. “Diálogo interjurisdiccional y control de convencionalidad entre los tribunales nacionales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Chile”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, vol. XIX (2013): 511-533.
55. Novak, Fabían. “Los criterios para la interpretación de los tratados”. *Themis Revista de Derecho*, N° 63 (2013): 71-88.
56. Núñez, Constanza. “Control de Convencionalidad: Teoría y Aplicación en Chile”. *Cuadernos del Tribunal Constitucional*, N° 60 (2015).
57. Núñez, Manuel. “Introducción al concepto de identidad constitucional y a su función frente al derecho supranacional e internacionales de los derechos de la persona”, *Revista Ius Et Praxis*, vol. 14, núm. 2 (2008): 331-372.
58. Núñez, Manuel. “La función del Derecho Internacional de los derechos de las personas en la argumentación de la jurisprudencia constitucional: práctica y principios metodológicos”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. XXII (2009): 487-529.
59. Núñez, Manuel, “Sobre la doctrina del margen de apreciación nacional. La experiencia latinoamericana confrontada y el *thelos* constitucional de una técnica de adjudicación del derecho internacional de los derechos humanos”, en *El margen de apreciación en el sistema interamericano de derechos humanos: proyecciones regionales y nacionales*,

- ed. por Elvia Flores y Ricardo Hernández (México D. F: Universidad Nacional Autónoma de México, 2012).
60. Olano, Hernán. “Teoría del Control de Convencionalidad”, *Estudios Constitucionales*, vol. 14, N° 1 (2016): 61-94.
61. Orrego, Francisco. “Creación del Derecho en una sociedad global: ¿Importa todavía el consentimiento?”, *Revista de Estudios Internacionales*, vol. 37, núm. 146 (2004): 81-103.
62. Pacheco, Máximo. “La Corte Interamericana de Derechos Humanos”. En *Estudio de Derecho y Propiedad Intelectual. Homenaje a Arturo Alessandri Besa*, 101-114. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
63. Palacios, Patricia, “La Aplicabilidad del Derecho a la Vida al Embrión o Feto en la Jurisprudencia Internacional”, *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 1 (2005): 75-80.
64. Pauwelyn, Joost y Elsig, Manfred, “The Politics of Treaty Interpretation: Variations and Explanations across International Tribunals”, en *Interdisciplinary Perspectives on International Law and International Relations: The State of the Art*, ed. por Jeffrey Dunoff y Mark Pollack, 445 - 473. Estados Unidos: Temple University, 2013.
65. Pinto, Mónica. “El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”. *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, (1997): 163-172
66. Quintana, Karla. “El control de convencionalidad: Un estudio del Derecho Interamericano de los Derechos Humanos y del Derecho Mexicano. Retos y perspectivas”. Tesis doctoral. Universidad Nacional Autónoma de México, 2017. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r39359.pdf>.
67. Ramos, Eréndira. “Origen y desarrollo jurisprudencia de la doctrina del control de convencionalidad”. En *Corte Interamericana de Derechos Humanos: Organización, funcionamiento y trascendencia*, 1004-1037. Ciudad de México: Tirant lo Blanch, 2021.
68. Sagués, Néstor. La interpretación de los derechos humanos en las jurisdicciones nacional e internacional. En *Derechos Humanos y Constitución en Iberoamérica*. Lima: Ediciones Jurídicas Grijley, 1998.
69. Sagüés, Néstor. “Las relaciones entre los tribunales internacionales y los tribunales nacionales en materia de Derechos Humanos. Experiencias en Latinoamérica”, *Ius et Praxis*, vol. 9 (2003): 205-221.



70. Sagües, Néstor. "Obligaciones Internacionales y Control de Convencionalidad", *Estudios Constitucionales*, Año 8, N° (2010): 117-136.
71. Sagués, Néstor. 2015. "Las opiniones consultivas de la Corte Interamericana, en el control de convencionalidad". *Pensamiento Constitucional*, N° 20 (2015): 275-283.
72. Sagüés, Néstor. "Dificultades operativas del "control de convencionalidad" en el sistema interamericano", en *La Constitución bajo tensión*, México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2016.
73. Salado, Ana. "Estudio sobre el comentario general Número 24 del Comité de Derechos Humanos", *Anuario Español de Derecho Internacional*, N° 14 (1998): 589-633.
74. Sánchez, Salvador. "El control de convencionalidad en Panamá". En *El control de convencionalidad en México, Centroamérica y Panamá*, 194-223. Honduras: Editorial Casa San Ignacio/Editorial Guaymuras, 2016.
75. Schonsteiner, Judith y Couso, Javier, "La implementación de las decisiones de los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en Chile: Ensayo de un balance", *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, vol. 22, N° 2 (2015): 315-355.
76. Silva, Max, "¿Qué efectos produce el control de convencionalidad decretado por la Corte Interamericana en un ordenamiento jurídico?", *Estudios Constitucionales*, vol. 18, núm. 2 (2020): 265-308.
77. Tello, Juan. "La doctrina del control de convencionalidad: dificultades inherentes y criterio razonables para su aplicabilidad", *Prudentia Iuris*, N° 80 (2015): 197-220.
78. Trucco, Marcelo. "El control de convencionalidad en la interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su recepción por los tribunales nacionales", *Revista de Filosofía Jurídica y Social*, vol. 33 (2012): 121-141.
79. Vio Grossi, Eduardo. "El control de convencionalidad y la Corte Interamericana de Derechos Humanos". *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, (2018): 311-335.
80. Vitolo, Alfredo. "Una novedosa categoría jurídica: el "querer ser". Acerca del pretendido carácter normativo erga omnes de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Las dos caras del control de convencionalidad", *Pensamiento Constitucional*, (2013): 357-380.

81. Vogelfänger, Alan. “La creación de derecho por parte de los tribunales internacionales. El caso específico de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Revista Pensar en Derecho*, vol. 4, núm. 7 (2015): 251-284.
82. Zamorano, Paulina. “El efecto *erga omnes* de las decisiones de la Corte Interamericana”, *Derecho y justicia*, núm. 7 (2016): 79-96.
83. Zavala, María. “Atrapada entre sistemas legales: valor del precedente para la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 48 (2020): 1-27.

## **Jurisprudencia**

### **Corte Interamericana de Derechos Humanos**

#### **Casos contenciosos**

1. Asunto Viviana Gallardo y otras, N° 101/81, 13 de noviembre de 1981.
2. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C N° 154.
3. Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá. Competencia. Sentencia de 28 de noviembre de 2003.
4. Caso Barrios Altos Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C N° 75
5. Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C N°. 220.
6. Caso Cantos Vs. Argentina. Excepciones Preliminares. Sentencia de 7 de septiembre de 2001.
7. Caso Constantine y otros Vs. Trinidad y Tobago. Excepciones Preliminares. Sentencia de 1 de septiembre de 2001.
8. Caso Castillo Páez Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 3 de noviembre de 1997. Serie C N°. 34.
9. Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros Vs. Honduras. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de octubre de 2015. Serie C No. 304.

10. Caso de los Hermanos Gómez Paquiyaui Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C N°. 110.
11. Caso de Personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C N°. 282.
12. Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014. Serie C N°. 284.
13. Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie N° 221.
14. Caso Gelman Vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 20 de marzo de 2013.
15. Caso Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C N°. 219.
16. Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C N°. 186.
17. Caso La Cantuta Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C N°. 162.
18. Caso López Mendoza Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2011. Serie C N°. 233.
19. Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C N° 101, Voto razonado del juez García Ramírez.
20. Caso Maldonado Vargas y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2015. Serie C N°. 300.
21. Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 30 de noviembre de 2012. Serie C N° 259.
22. Caso Rochac Hernández y otros Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014. Serie C No. 285.

23. Caso Tibi Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C N°. 114. Voto concurrente del juez García Ramírez.
24. Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C N°. 158. Voto razonado del juez García Ramírez.
25. Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de octubre de 2016. Serie C N°. 318.
26. Caso Vélez Loo Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C N°. 218.
27. Caso Yatama vs. Nicaragua, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 23 de junio de 2005. Serie C N° 114. Voto razonado del juez García Ramírez.

### **Opiniones consultivas**

1. El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-2/82 de 24 de septiembre de 1982. Serie A N° 2.
2. El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A N° 16. Voto Concurrente del Juez A.A. Cancado Trindade, párrs. 4 y 5.
3. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A N° 21.
4. Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (Interpretación y alcance del artículo 1.2, en relación con los artículos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46, y 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del artículo 8.1 A y B del Protocolo de San Salvador). Opinión Consultiva OC-22/16 de 26 de febrero de 2016. Serie A N°. 22.

5. Restricciones a la pena de muerte (Arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-3/83 de 8 de septiembre de 1983. Serie A N° 3

### **Tribunal Europeo de Derechos Humanos**

1. Caso de Vo v. Francia. Sentencia del 4 de julio de 2004. Disponible en: <https://hudoc.echr.coe.int/spa?i=001-61887>.
2. Caso Irlanda contra el Reino Unido. Sentencia de 18 de enero de 1978.
3. Caso Opuz contra Turquía. Sentencia de junio de 2009.

### **Corte Internacional de Justicia**

1. International Court of Justice, Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua), Judgment of 13 July 2009.

### **Cortes Supremas y Constitucionales de Estados parte**

1. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia N° C-442/11. 25 de mayo de 2015. Considerando N° 7.
2. Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica. Acción de Inconstitucionalidad. Sentencia de 9 de mayo de 1995. Expediente N° 90-000421-0007-CO.
3. Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica. Recurso de Amparo. Sentencia de 27 de abril de 2007. Expediente N° 07-004360-0007-CO.
4. Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica. Acción de Inconstitucionalidad. Sentencia de 03 de Abril del 2013. Expediente N° 11-013971-0007.
5. Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica. Acción de Inconstitucionalidad. Sentencia de 06 de Febrero del 2015. Expediente N° 13-001265-0007.
6. CSJN Argentina. Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso Fontevecchia y D´Amico. Sentencia de 14 de febrero de 2014.

7. Tribunal Supremo de Justicia de la República de Venezuela. Acción innominada de control de constitucionalidad. Sentencia de 1 de septiembre de 2011. Expediente N° 11-1130.

### **Resoluciones**

1. Observación General N°. 24, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Observación general sobre cuestiones relacionadas con las reservas formuladas con ocasión de la ratificación del Pacto o de sus Protocolos Facultativos, o de la adhesión a ellos, o en relación con las declaraciones hechas de conformidad con el artículo 41 del Pacto, 52° período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 187 (1994).
2. Parliamentary Assembly of the Council of Europe. Resolution 1226 (2001) Execution of judgments of the European Court of Human Rights.

### **Noticias**

1. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “CIDH manifiesta su profunda preocupación por efecto de la denuncia de la Convención Americana por parte de Venezuela”, 10 de septiembre de 2013, <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2013/064.asp>.
2. Revista Consultor Jurídico, 15 de diciembre de 2010, [https://www-conjur-com-br.translate.goog/2010-dez-15/sentencia-corte-interamericana-nao-anula-decisao-supremo?\\_x\\_tr\\_sl=pt&\\_x\\_tr\\_tl=es&\\_x\\_tr\\_hl=es-419&\\_x\\_tr\\_pto=sc#top](https://www-conjur-com-br.translate.goog/2010-dez-15/sentencia-corte-interamericana-nao-anula-decisao-supremo?_x_tr_sl=pt&_x_tr_tl=es&_x_tr_hl=es-419&_x_tr_pto=sc#top).