



Universidad de Chile  
Facultade de Derecho  
Departamento de Derecho  
Internacional.

Control de convencionalidad y el efecto de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de  
Derechos Humanos.

Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

**Autor.**

Francisca José Burgos Bustos.

**Profesor Guia**

Claudio Troncoso.

**Santiago, Chile**

**2020**

## CONTENIDO

Resumen: .....	5
INTRODUCCIÓN .....	6
CAPÍTULO PRIMERO. ....	8
I. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD HISTORIA Y CASOS MÁS RELEVANTES. ....	8
Casos Relevantes. ....	9
Razones por las que surge el Control de Convencionalidad. ....	11
II. CONCEPTO Y ELEMENTOS CARACTERISTICOS. ....	14
¿Cuál es la función del control de convencionalidad en el ámbito interno? .....	15
¿Cuál es el alcance de este control de convencionalidad? .....	15
¿A quiénes está dirigido este control? .....	17
¿Cómo deben ejercerlo los jueces? .....	17
¿La Corte establece un modelo para ejercer el control de convencionalidad? .....	18
III. FUNDAMENTOS DE DERECHO POSITIVO PARA SU CONSTRUCCION..	18
Artículo 1.1 Convención Interamericana Derechos humanos. ....	18
Artículo 2 Convención Interamericana Derechos humanos. ....	19
Artículo 26 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados .....	20
Artículo 27 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados .....	21
CAPÍTULO SEGUNDO: FUERZA VINCULANTE DE LAS DECISIONES DE LA CORTE IDH.....	21
I. BREVE INTRODUCCIÓN.....	21
II. CASO GELMAN VS URUGUAY: COSA JUZGADA Y COSA INTERPRETADA.22	
III. CONSTRUCCIÓN POSITIVA DEL PRECEDENTE INTERAMERICANO ....	24
Eficacia interpretativa. ....	24
Facultades interpretativas de la corte interamericana. ....	25
Artículo 69 de la convención interamericana de derechos humanos. ....	27
Obstaculo del artículo 68 de la convencion interamericana de derechos humanos .....	28
IV. ARGUMENTOS DOCTRINALES .....	29
La idea de un derecho común interamericano. ....	29
Garantía colectiva. ....	30

V. ARGUMENTOS PRACTICOS:.....	32
Rol preventivo del precedente interamericano. ....	32
Economía procesal. ....	33
Autoridad moral de las sentencias interamericanas. ....	33
CAPÍTULO TERCERO: CRITICAS Y CUESTIONAMIENTOS.....	34
I. POSICIÓN DE LA CORTE INTERAMERICANA EN EL SISTEMA INTERAMERICANO. ....	34
II. CONSTRUCCIÓN POSITIVA INSUFICIENTE. ....	37
Artículo 69 Convención Interamericana de Derechos Humanos .....	37
Críticas al artículo 27 CVDT.....	39
Último interprete.....	40
Artículo 26 de la Convención de Viena del Derecho de los Tratados. ....	42
Artículo 1 y 2 Convención Interamericana de Derechos Humanos. ....	43
Crítica a los argumentos de naturaleza práctica. ....	43
III. PRINCIPIOS QUE GOBIERNAN EL DERECHO INTERNACIONAL.....	44
Consentimiento de los Estados.....	44
Incorporación derecho internacional al derecho nacional.....	45
IV. ALGUNAS PRECAUCIONES DE DERECHO INTERNO.....	47
El problema del precedente. ....	47
El problema de la inmediata auto-ejecutabilidad de las normas Convencionales.....	48
CAPÍTULO CUARTO: CUESTIONES PENDIENTES.....	49
I. ALCANCE DEL PRECEDENTE.....	50
II. RAZONES QUE JUSTIFICAN LA INCORPORACIÓN AL PARÁMETRO INTERAMERICANO DE LAS OPINIONES CONSULTIVAS. ....	50
Razones doctrinarias. ....	50
Pronunciamientos de la Corte.....	51
La obligatoriedad de las opiniones consultivas. ....	54
III. RAZONES QUE JUSTIFICAN CONTEMPLAR SOLO LA JURISPRUDENCIA CONTENCIOSA COMO PARÁMETRO. ....	55
La no obligatoriedad de las opiniones consultivas. ....	55

IV. EJERCICIO DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD POR TODAS LAS AUTORIDADES DEL ESTADO.....	57
Del diseño jurisdiccional a uno para todas las autoridades Estatales. ....	58
Impedimentos prácticos. ....	62
CAPÍTULO QUINTO: MODELO COMPARADO TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.....	62
I. INTRODUCCIÓN. ....	62
Cuestiones Preliminares.....	63
II. EFECTO DE LAS SENTENCIAS EN EL SISTEMA EUROPEO.....	64
Modelo Clásico.....	64
Evolución del Sistema Europeo de Derechos Humanos.....	65
Cambios relevantes en el sistema. ....	66
Menciones a la cosa interpretada.....	69
III. DOCTRINA DEL MARGEN DE APRECIACIÓN. ....	72
El control de convencionalidad y el margen de apreciación.....	73
CONCLUSIÓN: .....	75
BIBLIOGRAFÍA: .....	77

## RESUMEN:

El presente trabajo tiene la finalidad de desentrañar la naturaleza de las sentencias emitidas por la Corte interamericana de Derechos Humanos para el ordenamiento interno de cada Estado miembro de la Convención Interamericana de Derechos Humanos a la hora de efectuar el control de convencionalidad.

## INTRODUCCIÓN

El trabajo de tesis tiene por objeto analizar la doctrina del Control de Convencionalidad, en particular el asunto relativo a si la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es vinculante para los Estados parte de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, incluso en casos en los que no han participado.

El Control de Convencionalidad es una doctrina desarrollada por la Corte IDH que plantea la existencia de una obligación para los Estados parte de la Convención IDH de realizar un examen entre la normativa interna de cada país en contraste con la Convención, siendo esta tarea dirigida principalmente a los jueces. Esta obligación no se cumple con el sólo examen en base al Pacto, sino que incluye considerar la jurisprudencia de la Corte, sin distinción si el Estado participó en el litigio determinado o no, en otras palabras, las interpretaciones jurídicas del Tribunal pasarían a ser parte del contenido del Pacto.

El presente trabajo se concentrará en entender la institución y tratar de identificar el fundamento jurídico de la obligación mencionada, principalmente desde la perspectiva del Derecho Internacional Público. Para culminar este trabajo respondiendo a la pregunta de si existe una obligación internacional para los Estados parte de la Convención IDH de realizar el control de convencional, contemplando en esta tarea la jurisprudencia de la Corte, como un precedente obligatorio.

Para lograr el objetivo mencionado, primero explicaremos la historia del control de convencional y el contenido de este. En el siguiente capítulo nos dedicaremos a estudiar la fuerza vinculante de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos; para en el capítulo tercero abordar los cuestionamientos y críticas al efecto expansivo de las sentencias de la Corte para efecto del control de convencionalidad.

En el capítulo cuarto investigaremos ciertas cuestiones pendientes, que tienen directa relación con la materia principal de esta tesis, siendo aquellas alcance del precedente y las autoridades nacionales que estarían obligadas a realizar el Control de Convencionalidad.

Por último, en el capítulo final analizaremos el Sistema Europeo de Derechos Humanos y estudiaremos cómo, teniendo presente las diferencias con el sistema interamericano, se relaciona

la jurisdicción internacional del Tribunal Europeo de Derechos Humanos con las distintas jurisdicciones nacionales.

A continuación, procederemos a explicar los orígenes del Control de Convencionalidad por medio de un examen de la jurisprudencia de la Corte, continuaremos con un análisis de este y expondremos en que consiste.

## CAPÍTULO PRIMERO.

En el presente capítulo se explicará brevemente la doctrina del Control de Convencionalidad desde la perspectiva en que la Corte IDH la ha planteado en sus diversos fallos.

### I. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD HISTORIA Y CASOS MÁS RELEVANTES.

Varios autores señalan que el control convencionalidad ha existido desde la creación de la Corte, y es una de las funciones esenciales de ésta. Como podemos apreciar en la Convención IDH art. 62 n°3 “La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso **relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido**, siempre que los Estados Partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial, como se indica en los incisos anteriores, ora por convención especial” (destacado propio). El Estatuto de la Corte, a su vez, establece en su art. 1 “La Corte Interamericana de Derechos Humanos es una institución judicial autónoma cuyo objetivo es la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”. En resumen, estas disposiciones señalan que el Tribunal Regional tiene la misión de velar para que las disposiciones internas de cada país no violen los derechos consagrados en el Pacto San José de Costa Rica y, para lograr este fin, realiza la tarea de contrastar el ordenamiento internacional con el nacional para posteriormente determinar si existió incumplimiento por parte del Estado de las obligaciones establecidas en este tratado y la correspondiente responsabilidad internacional.

En la misma línea se ha pronunciado el profesor Hitters:

“Claro está que como en anteriores trabajos hemos dicho, cuando se utiliza la terminología de “control de convencionalidad”, no se quiere decir que recién a partir de los referidos asuntos de la CIDH haya ejercido tal potestad, porque desde siempre ha venido haciendo una compulsa entre ambos esquemas, destacando la prioridad de la regla supranacional; lo que en verdad ha sucedido es que desde entonces se utiliza tal fraseología.”<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Hitters, Juan. 2015. Control de Convencionalidad (adelantos y retrocesos). [en línea] Estudios constitucionales. Vol. 13, N°1. Pp: 3 <[https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-52002015000100005](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002015000100005)>[consulta:16 de noviembre de 2018]

La novedad comienza cuando la Corte empieza a utilizar este concepto, no para hablar de su propia labor, sino que para señalar que los tribunales de los Estados también deben ejercer tal facultad a la hora de aplicar derecho interno contrario a la Convención IDH.

### Casos Relevantes.

A continuación, se mencionarán los casos más emblemáticos en relación al control de convencionalidad, refiriéndonos a aquellos que han significado verdaderos hitos, ya sea porque tras ellos se generó o ejercitaron una influencia en el desarrollo dicha doctrina. Cabe mencionar que por razones prácticas no se estudiarán todos los casos en que se ha hecho mención del Control de Convencionalidad principalmente porque la Corte en la mayoría de las sentencias que utiliza esta institución lo hace remitiéndose a pronunciamientos de fallos anteriores sin introducir nuevas características a la institución. Además, emprender dicho estudio excedería el objeto del presente.

La primera vez que se usó esta terminología fue en el voto razonado del ministro Sergio García Ramírez el caso *Myrna Mank vs Guatemala* (2003), caso referido a una ejecución extrajudicial llevada a cabo por las fuerzas de inteligencia del gobierno de la época de una antropóloga que entrevistaba a campesinos afectados por la guerra civil que había acongojado al país, el caso fue llevado a la justicia, pero con múltiples obstáculos para poder llegar con los responsables del brutal crimen. Este señaló:

“No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte sólo a uno o algunos de sus órganos, entregar a éstos la representación del Estado en el juicio -- sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto-- y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del “control de convencionalidad” que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional”<sup>2</sup>

A los años después fue utilizado en una sentencia definitiva, en la causa *Almonacid Arellano vs Chile* (2006), el caso trata de la utilización por los tribunales de Chile de un decreto ley de amnistía (DL N°2191) que impedía investigar y sancionar a los crímenes ocurridos durante el

---

<sup>2</sup> Corte IHD. Caso *Myrna Mank vs Guatemala*. Voto concurrente razonado Juez Sergio García Ramírez. 25 de noviembre de 2003. Pp:8

periodo de la dictadura en que más ejecuciones y desapariciones ocurrieron. El Tribunal Regional expresó que los jueces locales tenían la obligación de hacer un control de convencionalidad para que el tratado fuera efectivo, como puede apreciarse en más detalle en la cita precisa:

“En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.”<sup>3</sup>

El siguiente caso que contribuyó al desarrollo a esta doctrina fue el de Trabajadores Cesados del Congreso vs Perú, esta trata de un grupo de trabajadores quienes fueron desvinculados de sus trabajos como consecuencia de un plan de racionalización del personal del Congreso tras el autogolpe de Estado de 1992 en Perú, estos trataron una serie de acciones y recursos los cuales fueron todos rechazados. Lo relevante de este caso para este trabajo se puede observar en la siguiente cita:

“En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones.”<sup>4</sup> (destacado propio)

A continuación, sigue el caso de 2011 Gelman vs Uruguay, el cual trata sobre la tortura y asesinato de dos jóvenes en el marco de la “Operación Condor” durante la dictadura uruguaya,

---

<sup>3</sup>Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. P.53

<sup>4</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.Pp. 47.

estos delitos nunca se pudieron investigar producto de que el Congreso dictó una ley de amnistía para los crímenes cometidos en esa época.

“Cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, **todos sus órganos**, incluidos sus jueces, están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, (...)”<sup>5</sup>

“La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo “susceptible de ser decidido” por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un “control de convencionalidad” que **es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial.**”<sup>6</sup> (destacado propio)

En fin, estos serían los casos que dan forma a la doctrina del Control de Convencionalidad.

#### Razones por las que surge el Control de Convencionalidad.

A partir del estudio de esta temática surge la interrogante de: ¿Por qué la Corte se vio en la necesidad de crear esta doctrina del Control de Convencionalidad?

La respuesta a la pregunta es relevante para entender mejor la institución y facilitar la comprensión de lo que viene después.

Una de las primeras observaciones que se advierte es que la Corte percibe que los países participes del Sistema Interamericano no estaban haciendo una aplicación directa de los tratados de derechos humanos a los que se encontraban obligados, ya sea simplemente porque omitían

---

<sup>5</sup>Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Pp: 57.

<sup>6</sup> Ibid. Pp. 69-70

su aplicación -señalando que no eran normas autoejecutables- o privilegiaban la normativa interna por sobre el Pacto, por lo que Corte trata de destacar con la instauración de esta doctrina la aplicación directa de este tratado y de potenciar la superioridad del Pacto por sobre el ordenamiento interno. En razón de lo recién explicado es que podemos entender el hincapié que hace la Corte al momento de plantear el control de convencionalidad en el sentido de que cuando un Estado incorpora un tratado a su ordenamiento este comienza a ser parte de la ley interna y todas las autoridades deben sujetarse a ella, en especial los jueces, como se puede apreciar en la siguiente cita “La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos.”<sup>7</sup> (subrayado propio).

En este mismo sentido es la opinión Karlos Catilla “Ante esa realidad de que el Poder Judicial es uno de los componentes del Estado que más difíciles son de abrir ante la realidad que muestra el derecho de origen internacional, nos parece normal que la Corte Interamericana de Derechos Humanos buscara una fórmula para lograr que dicho Poder se sienta involucrado y obligado a observar y cumplir con lo que establece la Convención Americana sobre Derechos Humanos y los demás tratados que hoy integran el *corpus juris* del sistema regional americano”<sup>8</sup>

En otras palabras, la Corte diseñó un vehículo idóneo -adoptando un rol proactivo- para potenciar el carácter de aplicación directa o autoejecutabilidad de la Convención, además trata a través de esta doctrina fomentar que los países partes comiencen a dar una jerarquía superior al derecho internacional de los derechos humanos en sus ordenamientos internos, para poder así garantizar y satisfacer con un mayor alcance y de manera más completa los derechos humanos en la región.

---

<sup>7</sup>Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Párrafo 124. P.53

<sup>8</sup> Castilla, Karlos. 2011. El Control de Convencionalidad: un nuevo debate en México a partir de la sentencia del Caso Radilla Pacheco. [en línea] Anu. Mex. Der. Inter. vol.11, pp.599. <[http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1870-46542011000100020](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-46542011000100020)>[consulta:16 de noviembre de 2018]

El segundo factor sería de carácter más práctico y tiene que ver con la carga de casos que puede ver la Corte IDH. En efecto, esta no puede abocarse a conocer una infinidad de causas por razones de disponibilidad de tiempo y además porque es deber principal de los Estados el resguardar los derechos humanos de sus ciudadanos. “Sería imposible, además de indeseable, tomando en cuenta el carácter subsidiario o complementario de la jurisdicción internacional, que ésta recibiera un gran número de contiendas sobre hechos idénticos o muy semejantes entre sí, para reiterar una y otra vez los criterios sostenidos en litigios precedentes.”<sup>9</sup> Es decir, tiene un sentido de economía procesal para la Corte, que ella no pueda conocer todo lo que ocurre en América y desde su perspectiva no tiene sentido que examine una y otra vez casos que tienen características muy similares. “La CoIDH quiere descongestionarse de todos aquellos casos que contienen elementos respecto a los cuales ya ha hecho alguna interpretación, pero que sin embargo, le siguen llegando porque los tribunales nacionales no son capaces de atenderlos pese a que tienen a su alcance el tratado y las interpretaciones”<sup>10</sup>. Un ejemplo de estos es en el caso de las leyes de amnistías donde distintos países de Sudamérica decretaron estas normas para evitar que se juzgaran los crímenes cometidos durante los periodos de dictaduras militares y que la Corte posteriormente sancionó, como es en el caso de Chile<sup>11</sup>, Perú<sup>12</sup>, Uruguay<sup>13</sup> y Brasil<sup>14</sup>. Teniendo en cuenta además que los procesos ante la Corte son largos pudiendo esta resolver al año entre 9 a 21 casos y la resolución de estos también compromete recursos, respecto de los que la Corte cada vez está más escasa. En razón de lo expresado recién “(...) la lógica del control de convencionalidad desarrollada por los jueces internos va en la línea de que los tribunales nacionales siguiendo la jurisprudencia de la CIDH puedan resolver los casos nacionales, sin hacer incurrir por sus resoluciones judiciales de Estado Juez al Estado Parte en responsabilidad internacional por violación de derechos humanos, además de atochar a la CIDH con casos

---

<sup>9</sup> Corte IDH. Caso Tibi vs Ecuador. Voto concurrente razonado Juez Sergio García Ramírez. 7 septiembre de 2004. Párrafo 5. P. 2.

<sup>10</sup> Castilla. Op. Cit., p. 611

<sup>11</sup> Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006.

<sup>12</sup> Corte IDH. Caso La Cantuta Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006.

<sup>13</sup> Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011.

<sup>14</sup> Corte IDH. Caso Caso Herzog Y Otros Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de marzo de 2018.

similares ya resueltos de acuerdo al principio de economía procesal, donde existe una clara línea jurisprudencial.”<sup>15</sup>

La última de las razones por las que la Corte decidió adoptar el control de convencionalidad fue para acentuar el deber de los Estados como los principales garantes de los derechos humanos y la Corte como agente subsidiario. Como bien señala la cita anterior y bien resume Pablo Gonzáles al referirse al control de convencionalidad “Se trata de una doctrina cuyo objetivo es eminentemente práctico: incrementar la aplicación y efectividad a nivel nacional de los estándares contenidos en el DIDH, para que sean las autoridades nacionales las primeras en garantizar que la aplicación del derecho nacional no derive en una violación de los derechos humanos de las personas.”<sup>16</sup>

## II. CONCEPTO Y ELEMENTOS CARACTERISTICOS.

Tras esa breve reseña del Control de Convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte podemos llegar a apreciar que “(...) no es posible encontrar una definición acabada del control de convencionalidad en el párrafo 124 de Almonacid Arellano, ni en ningún caso aislado en la línea jurisprudencial en la materia.”<sup>17</sup>, ya que la “la Corte Interamericana ha enriquecido y modificado el contenido del control de convencionalidad atendiendo a los distintos marcos fácticos sobre los que ha resuelto, y a las ideas de sus creadores.”<sup>18</sup>, por lo que es necesario “(...)detenerse en el análisis de los distintos subtemas que plantean estos pronunciamientos, que deben enlazarse entre sí para lograr una interpretación conjunta del “control de convencionalidad”<sup>19</sup>. Además,

---

<sup>15</sup> Nogueira, Humberto. 2012. Diálogo interjurisdiccional, control de convencionalidad y jurisprudencia del Tribunal Constitucional en período 2006-2011.[en línea] Estudios Constitucionales Año 10, Nº 2, 2012, pp. 73. <[https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S071852002012000200003&lng=es&nrm=iso&tlng=es](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S071852002012000200003&lng=es&nrm=iso&tlng=es)>[consulta:25 de noviembre de 2018]

<sup>16</sup> González, Pablo. La doctrina del Control de Convencionalidad a la luz del principio de subsidiariedad. [en línea] Estudios constitucionales. 2017. Vol. 15, Nº1. P.66<[https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-52002017000100003](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002017000100003)>[consulta:24 de noviembre de 2018]

<sup>17</sup>Idem.

<sup>18</sup>Idem.

<sup>19</sup> Sagues, Néstor Pedro.2010. Obligaciones internacionales y control de convencionalidad. [en línea] Estudios constitucionales. 2010, vol.8, n.1. p 119. <https://scielo.conicyt.cl/pdf/estconst/v8n1/art05.pdf>[consulta:24 de noviembre de 2018]

hay que tener en cuenta que este concepto, aunque esta mayormente desarrollado, aún puede presentar cambios o introducción de nuevos elementos.

A continuación, abordaremos las principales preguntas que surgen a partir del análisis del control de convencionalidad

#### ¿Cuál es la función del control de convencionalidad en el ámbito interno?

La función del control de convencionalidad consiste en realizar un contraste entre la norma interna y la norma internacional de derechos humanos. Este contraste no solo incluye la Convención interamericana de Derechos humanos, sino también las interpretaciones que haga la Corte sobre ella creando un estándar convencional que los jueces internos deben seguir. En palabras simple de Sagúes es “acto de revisión o fiscalización de la sumisión de las normas nacionales, a la Convención Americana de Derechos Humanos, y a la exégesis que a este instrumento da la Corte Interamericana de Derechos Humanos.”<sup>20</sup>

Este contraste supone que la Convención IDH se aplica en el ámbito interno de forma directa y además tiene una jerarquía superior comparado al resto de la regulación interna.

El tema discutido y el cual es objeto de este proyecto, es el de si la interpretación hecha por el Tribunal Regional es vinculante para los tribunales y autoridades internas de cada país creando un estándar convencional que sería parecido al precedente utilizado en el Common Law. Este asunto solo será planteado, porque será discutido en extenso en los capítulos siguientes.

#### ¿Cuál es el alcance de este control de convencionalidad?

Esta pregunta hace referencia a si el control solo se efectúa en base a la Convención Americana de Derechos Humanos o incluye a otros tratados de Derechos Humanos vinculados al sistema interamericano. Respecto de aquello aún no existe total certeza, ya que “En principio, a la Corte Interamericana no le tocaría tutelar a otros tratados, fuera del Pacto de San José de Costa Rica y a los instrumentos que a él se adosen jurídicamente, frente a posibles infracciones provocadas por el derecho interno del Estado.”<sup>21</sup> En el mismo sentido de la reciente cita, si observamos el art 62 n°3 de la Convención IDH que señala “La Corte tiene competencia para conocer de

---

<sup>20</sup> Ibid. P 120.

<sup>21</sup> Ibid. P. 127

cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de **esta Convención** (...)”(destacado propio), pareciera claro que el alcance es solo el Pacto San José de Costa Rica.

Sin embargo, existen votos razonados que comenzaron a señalar que se extendía a otros tratados<sup>22</sup>y esta postura se concretó en dos sentencias de fondo donde la Corte señaló en una de ellas:

“Asimismo, este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que, cuando un Estado es parte de tratados internacionales **como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura y la Convención Belém do Pará**, dichos tratados obligan a todos sus órganos, incluido el poder judicial, cuyos miembros deben velar por que los efectos de las disposiciones de dichos tratados no se vean mermados por la aplicación de normas o interpretaciones contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un “control de convencionalidad” entre las normas internas y los tratados de derechos humanos de los cuales es Parte el Estado, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, como el ministerio público, deben **tener en cuenta no solamente la Convención Americana y demás instrumentos interamericanos, sino también la interpretación que de estos ha hecho la Corte Interamericana**”<sup>23</sup> (destacado propio)

La primera parte de esta cita no tiene un contenido controvertido, ya que la Corte está señalando al Estado de que si ratificó un tratado está obligado por este. Sin embargo, el extender el efecto interpretativo del control a estos tratados, que no son el Pacto San José, es ciertamente discutible y existen otras aristas a observar.

---

<sup>22</sup>Corte IDH. Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú. Voto Razonado del Juez Sergio García Ramírez. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. P 1.; Corte IDH. Caso Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Voto Razonado del Juez Ad Hoc Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. P 17.

<sup>23</sup> Corte IDH. Caso Gudiel Álvarez y otros (“Diario Militar”) vs Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2012. P. 118.

### ¿A quiénes está dirigido este control?

Este control en un inicio estuvo solo dirigido para que lo ejercieran los jueces<sup>24</sup>, después se amplió para jueces y administradores de la justicia<sup>25</sup> y por último se extendió a todas las autoridades<sup>26</sup> internas de los países suscritores del Pacto. En este punto existen temas discutibles de interés, pero serán tratados en un próximo capítulo en más detalle por esta razón no se profundizará más en el tema.

### ¿Cómo deben ejercerlo los jueces?

La Corte ha señalado que el control de convencionalidad se debe ejercer:

“(…) “de convencionalidad” ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones”<sup>27</sup>

Como puede apreciarse este mandato que establece la Corte es respecto de los jueces, ya que “Esta característica es un aspecto del principio *iura novit curia* (“el juez conoce el derecho”), en el sentido de que las autoridades deben estar conscientes del contenido de las normas de derechos humanos vigentes y deben aplicarlas cuando sea pertinente para garantizar el efecto útil de la Convención.”<sup>28</sup>

Se ha pensado que la Corte con esta declaración estaría confirmando competencias a los jueces de las que no gozan de acuerdo a las reglas de sus países. Sin embargo, la misma Corte toma la

---

<sup>24</sup> Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006.

<sup>25</sup> Corte IDH. Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010.

<sup>26</sup> Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011.

<sup>27</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. Pp. 47.

<sup>28</sup> Op. Cit. Gonzáles. Pp. 73

prevención de señalar que debe hacerse de acuerdo a los presupuestos formales y materiales a los que se encuentran sujetos los jueces.

### ¿La Corte establece un modelo para ejercer el control de convencionalidad?

Esta fue una pregunta sin respuesta por varios años hasta el 2014 cuando la Corte se pronunció sobre el tema señalando que:

“(…) la Convención Americana no impone un modelo específico para realizar un control de constitucionalidad y convencionalidad.”<sup>29</sup>

Lo que importa a la Corte es que se haga por todas las autoridades llamadas a respetar la Convención Interamericana de Derechos Humanos, no la forma.

A partir de estas respuestas puede quedar más claro qué es el control de convencionalidad y que implica su ejercicio por los Estados que son parte de la Convención Interamericana de Derechos Humanos.

### III. FUNDAMENTOS DE DERECHO POSITIVO PARA SU CONSTRUCCION.

Los fundamentos emanan de la jurisprudencia de Corte Interamericana y son complementados con la doctrina que ha ido trabajando para la construcción de esta institución. De acuerdo con lo investigado el control de convencionalidad se sustenta en 4 pilares, dos de la misma Convención Interamericana y los otros dos de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, los cuales serán presentados a continuación:

#### Artículo 1.1 Convención Interamericana Derechos humanos.

Este artículo establece que “1) Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.”

---

<sup>29</sup> Corte IDH. Caso Liakat Ali Alibux Vs. Suriname. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de enero de 2014. P.38

Ello hace referencia a que el derecho de la Convención es de aplicación directa por todas las autoridades de los países que han suscrito el tratado, en especial los jueces que deben tener por incorporadas estas normas al sistema interno y utilizarlas a la hora de resolver un caso donde sean necesarias, bien como señala la Corte “Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.”<sup>30</sup> Es importante hacer hincapié en que este deber es respecto de todo el aparato estatal, ya que este no puede fraccionarse y se pone un especial énfasis en el deber del poder judicial señalando que “Sin embargo, cuando el Legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, el Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella.”<sup>31</sup> Si llegan aplicarse normas, decretos, reglamentos u otra normativa contraria a la convención generara responsabilidad internacional.

#### Artículo 2 Convención Interamericana Derechos humanos.

Este artículo dice: “Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.”<sup>32</sup>

De la simple lectura puede apreciarse que este artículo es complementario con el artículo 1, explicado anteriormente.

La Corte “ha entendido por este artículo conforme al artículo 2 de la Convención Americana, los Estados no sólo tienen la obligación de adoptar las medidas legislativas necesarias para

---

<sup>30</sup>Corte IDH. Velásquez Rodríguez vs Venezuela. Fondo. Sentencia 29 de julio de 1988. Pp. 35.

<sup>31</sup>Ferrer, Eduardo. 2011. Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano. [en línea] Estudios constitucionales. Vol. 9, n°2, pp: 562 <[https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-52002011000200014](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002011000200014)>[consulta:25 de noviembre de 2018]

<sup>32</sup> Convención Interamericana de Derechos Humanos.

garantizar el ejercicio de los derechos en ella consagrados, sino que también deben evitar promulgar aquellas leyes que impidan el libre ejercicio de estos derechos y evitar que se supriman o modifiquen las leyes que los protegen. Estas obligaciones son una consecuencia natural de la ratificación de la Convención Americana por parte del Estado”<sup>33</sup>

A partir de este artículo se habla del principio de efectividad o utilidad del tratado, que tendrá mucho importancia cuando discutamos la fuerza vinculante de las interpretaciones de la Corte Interamericana, este significa que “ (...) cada juzgador debe velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales, de manera que no quede mermado o anulado por la aplicación de normas o prácticas internas contrarias al objeto y fin del instrumento internacional o del estándar internacional de protección de los derechos humanos.”<sup>34</sup>

De este artículo se le da mucha importancia a la parte que dice “otras medidas” señalando que “La expresión ‘*medidas (...) de otro carácter*’ que utiliza la Convención en su artículo 2º, implica que los órganos jurisdiccionales ordinarios o especiales que contempla el ordenamiento estatal, en cuanto órganos del Estado, se encuentran vinculados directa e inmediatamente por los derechos asegurados convencionalmente, más aún cuando el ordenamiento jurídico estatal al ratificar la Convención, la convierte en derecho interno sin que deje de ser simultáneamente derecho internacional.”<sup>35</sup>

#### Artículo 26 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados

Este artículo 26 dice que “Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.” A este artículo se le conoce como el *pacta sunt servanda* y la Corte ha señalado a la hora de referirse al control de convencionalidad que “En esta misma línea de ideas, esta Corte ha establecido que ‘según el derecho internacional las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno’. Esta

---

<sup>33</sup>Corte IDH. Caso Boyce y otros vs Barbados. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 20 de noviembre de 2007.

<sup>34</sup>Corte IDH, Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Pp 48-49.

<sup>35</sup>Op. Cit. Nogueira, Humberto. Diálogo interjurisdiccional, control de convencionalidad y jurisprudencia del Tribunal Constitucional en período 2006-2011. Pp: 69

regla ha sido codificada en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.”<sup>36</sup>

#### Artículo 27 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados

“Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.”

Este artículo se explica por sí mismo y la Corte lo ha usado al momento de hacer uso del Control de convencionalidad, como puede apreciarse en la cita anterior.

Usando estas cuatro normas en conjunto es posible configurar, de acuerdo a la Corte y la doctrina, el control de convencionalidad, constituyendo una obligación para las partes del tratado llevarlo a cabo cuando exista una incompatibilidad no subsanable, priorizando la norma internacional sobre la interna.

### CÁPITULO SEGUNDO: FUERZA VINCULANTE DE LAS DECISIONES DE LA CORTE IDH.

#### I. BREVE INTRODUCCIÓN.

El control de convencionalidad desde que fue planteado por primera vez por la Corte IDH, en el caso Almonacid Arellano vs Chile, contempló la vinculación obligatoria de las decisiones de la Corte, teniendo estas resoluciones un efecto expansivo que alcanza a Estados que no han participado en un litigio internacional determinado. En otras palabras, la Corte le indica a los Estados que, además de tener la obligación de ejercer el control de convencionalidad a nivel interno, para cumplir con esta función correctamente, no basta efectuar el contraste entre las disposiciones de la Convención y las del derecho interno, sino se requiere incluir además en

---

<sup>36</sup>Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Pp:53.

dicho examen la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En la siguiente cita se puede apreciar lo recién explicado:

“En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, **sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana**, intérprete última de la Convención Americana.”<sup>37</sup> (destacado propio)

Lo anterior significaría que la jurisprudencia de la Corte IDH vincularía, de esta manera, obligatoriamente, a todos los Estados que han ratificado la Convención IDH, especialmente aquellos Países que le han reconocido competencia al Tribunal Regional, sin importar si han sido parte del proceso internacional o no. Los Estados deberán comenzar atender en cuenta la jurisprudencia de la Corte a la hora de aplicar la Convención IDH a nivel interno, lo que implica tener un conocimiento actualizado, completo y sistemático de todos los casos que resuelve la Corte, especialmente por parte de los jueces nacionales.

## II. CASO GELMAN VS URUGUAY: COSA JUZGADA Y COSA INTERPRETADA.

Desde el pronunciamiento de la Corte IDH en *Almonacid Arellano vs Chile* no existió otra resolución que se refiriera con más profundidad al tema del efecto erga omnes de la jurisprudencia interamericana. Esta situación se mantuvo hasta la resolución sobre supervisión de cumplimiento de sentencia del caso *Gelman vs Uruguay*, en específico en el voto razonado del Juez Eduardo Ferrer Mc-Gregor.

En dicho voto razonado, se plantea la doctrina de la “Res Judicata” y la “Res Interpretata”. De acuerdo con el Juez Ferrer Mc-Gregor “La sentencia interamericana, en tanto adquiere la autoridad de la cosa juzgada internacional, despliega los contenidos y efectos de la sentencia en dos dimensiones: a) de manera subjetiva y directa hacia las partes en la controversia

---

<sup>37</sup>Corte IDH. Caso *Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. P.53

internacional; y b) de manera objetiva e indirecta hacia todos los Estados Parte en la Convención Americana.”<sup>38</sup>

El primero de estos efectos es lo que se conoce como efecto inter-partes, es decir, la sentencia es obligatoria para los Estados que actuaron en el proceso internacional, mientras que el segundo efecto es a lo que se le denomina como eficacia erga omnes, siendo la sentencia interamericana un parámetro o estándar mínimo de efectividad convencional que es obligatoria para todos los Estados partícipes del Sistema Interamericano, sin que tenga relevancia sí intervinieron o no en el proceso determinado.

La diferencia entre uno o el otro efecto radica en una cuestión de grado, ya que la vinculación será en un mayor grado en los casos en que el Estado haya participado directamente en un proceso ante la Corte IDH y será de menor grado cuando haya sido un tercero ajeno a la controversia.

En el caso en que un Estado haya sido parte de un litigio interamericano la vinculación será total, en el sentido de que la Nación condenada debe dar cumplimiento a la sentencia en los términos que indica la resolución, sin poder modificar nada de lo que se le ordena, lo que implica que el Estado debe cumplir con la parte dispositiva y, también, la parte considerativa de la sentencia. Por otro lado, en el caso que un Estado no haya sido parte del litigio en específico, este deberá seguir el estándar mínimo de efectividad -originado en el caso interamericano particular- en causas internas con similitudes que lo hagan análogo para aplicar la interpretación de la Corte como parámetro, en esta situación se le permite al Estado alegarse del estándar establecido por la Corte, sólo en casos en que exista una postura más favorable para el individuo a nivel interno será posible no seguir el parámetro fijado por la Corte, lo que debe hacerse de manera fundada. En resumen, la diferencia radica en el nivel de flexibilidad con la que pueden integrar al ordenamiento interno un mandado de la Corte IDH.

---

<sup>38</sup> Ferrer, Eduardo. 2013. 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). [en línea] Estudios constitucionales. vol. 11, n°2, pp.656 <[https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-52002013000200017](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002013000200017)>[consulta: 10 de enero de 2019]

Tras explicar lo anterior, de forma breve, comenzaremos a desarrollar algunas de las razones que justifican el por qué todos los Estados parte del sistema interamericano de protección de derechos están vinculados con la cosa interpretada.

### III. CONSTRUCCIÓN POSITIVA DEL PRECEDENTE INTERAMERICANO

#### Eficacia interpretativa.

La eficacia interpretativa “consiste en la obligación por todas las autoridades nacionales de aplicar no sólo la norma convencional sino la ‘norma convencional interpretada’ (res interpretata)”<sup>39</sup>, a través de lo mencionado es posible configurar una efectividad mínima del Pacto San José, por medio de las interpretaciones que la Corte IDH realiza de las disposiciones del tratado en cuestión.

Lo anterior es posible debido a que las interpretaciones realizadas por el Tribunal Regional se entienden incorporadas a la Convención entrando a formar parte del contenido del texto internacional, en otras palabras, “la norma convencional que deben aplicar los Estados es el resultado de la interpretación de las disposiciones del Pacto de San José (...)”<sup>40</sup>. Mc- Gregor justifica lo anterior, principalmente, por la función y rol que realiza la Corte, lo que será explicado en detalle en el siguiente punto del trabajo.

En razón de lo explicado puede concluirse que la jurisprudencia de la Corte adquiere el mismo valor normativo que la Convención IDH, por lo que la efectividad de las interpretaciones deriva del mismo Pacto y, por lo tanto, se le hacen extensibles las obligaciones de los artículos 1.1° y 2°, que establecen los deberes de garantizar los derechos de la Convención y también de adoptar las medidas necesarias para compatibilizar el Pacto con la normativa interna.

El objetivo final de la cosa interpretada es establecer una efectividad mínima normativa para los Estados parte de Convención IDH, esto se logra estableciendo un parámetro u estándar por medio de la jurisprudencia Interamericana que debe ser obedecido por los Estados parte de la Convención, sin importar si intervinieron o no en un caso determinado.

---

<sup>39</sup> Ibid. Pp. 662

<sup>40</sup> Ibid. Pp. 672

La cosa interpretada es de carácter flexible, ya que los Estados pueden desprenderse del estándar interamericano en virtud del art. 29 d) de la Convención IDH, que establece el principio de interpretación *pro personae*. En otras palabras, los operadores jurídicos pueden optar seguir con una interpretación diferente al parámetro mínimo interamericano si existe una opción que sea más favorable para el derecho o libertad de la persona a nivel interno, una vez que se opta por no utilizar el estándar de la jurisprudencia interamericana es necesario justificarlo profusamente.

#### Facultades interpretativas de la corte interamericana.

Otro de los argumentos que contribuye a construir la doctrina del precedente dice relación con la función que la Corte cumple en el sistema interamericano, de acuerdo con la misma Corte cuando plantea el control de convencionalidad señala que “(...) sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, **intérprete última de la Convención Americana**”<sup>41</sup>(destacado propio).

La Corte IDH sería el último intérprete de la Convención IDH, lo que implica que tiene la última palabra cuando existe algún conflicto o duda respecto del alcance y sentido de alguna disposición del Pacto de San José. El estatus de última intérprete de la Convención es posible conseguirla a través de la interpretación sistemática de ciertas normas de la Convención IDH. En esta línea se señala primero que la Corte tiene la “competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido”<sup>42</sup>. Además, una vez que resuelva el caso que le fue presentado este fallo tendrá el carácter de definitivo e inapelable, de acuerdo con el artículo 67 de la Convención Interamericana.

Adicionalmente de las disposiciones recién mencionadas, la Corte es la intérprete por excelencia de la Convención, ya que en primer lugar esta es “una institución judicial autónoma cuyo objetivo es la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.”<sup>43</sup> Es decir, su función esencial es interpretar y aplicar el Pacto, se podría decir que esta es la intérprete autorizada de la Convención IDH. También es importante tener presente la

---

<sup>41</sup>Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. P.53

<sup>42</sup> Artículo 62 N°3. Convención Interamericana de Derechos Humanos.

<sup>43</sup> Artículo 1. Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

función consultiva del Tribunal Regional, la cual está contemplada en el art. 64 de la Convención IDH y que permite a los Estado Parte de la Organización de Estados Americanos elevar consultas a la Corte acerca de la interpretación de la Convención.

En virtud de lo recién explicado es posible concluir que la “interpretación formulada por la Corte Interamericana va a tener de hecho el mismo valor que la letra del Pacto, e incluso será superior a la redacción de éste, porque como intérprete final del mismo fija la superficie y el alcance de sus cláusulas escritas.”<sup>44</sup>

Si a todo lo mencionado se le agrega la idea de que los enunciados de la Convención IDH son meramente dispositivos, correspondería completar el contenido de estas disposiciones y el agente más indicado para aquello pareciera ser la Corte IDH, según lo recién explicado.

En resumen, la Corte tiene la autoridad para fijar sus interpretaciones como contenido de la Convención, esto debido a que es la última en pronunciarse sobre la interpretación de una disposición convencional y también porque es el intérprete auténtico, ya que la propia Convención IDH le encarga el rol de interpretar el Pacto en varias disposiciones, como según fue explicado en los párrafos anteriores. En palabras de Ferrer Mc-Gregor “(...) es el Pacto de San José el que establece como ‘único órgano’ competente de naturaleza “jurisdiccional” para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Parte de la Convención Americana, con competencia para “interpretar” y “aplicar” la Convención,”<sup>45</sup>

También se señala que no corresponde limitar el rol de la Corte a solo aplicar e interpretar la Convención para casos particulares, sino que esta – como garante de los derechos humanos- también “desempeña un rol casatorio, en el sentido de unificar jurisprudencia contradictoria y fijar lineamientos generales sobre disposiciones convencionales”<sup>46</sup>, esto le permitiría a Corte

---

<sup>44</sup> Óp. Cit. Sagúes. Pp. 126.

<sup>45</sup> Op. Cit. Ferrer Mc-Gregor. 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).Pp. 670.

<sup>46</sup> Robledo, Miguel. 2017. De la doctrina de la cosa interpretada (res interpretata). Fundamentos, alcances, límites y proyecciones. EN: NOGUEIRA, HUMBERTO Y AGUILAR, GONZALO. El parámetro del control de convencionalidad, la cosa interpretada y el valor de los estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. NOGUEIRA, HUMBERTO Y AGUILAR, GONZALO. Primera Edición. Santiago. Editorial Triángulo. Pp. 435.

emitir, por medio de su jurisprudencia, un estándar mínimo de protección de los derechos enunciados en el Pacto de San José. Esto claramente tiene relación con la concepción del sistema interamericano que se opte seguir, de acuerdo con la postura que apoya el precedente interamericano, se piensa en un sistema más integrado donde los Estados funcionan en unidad, lo que será explicado en más detalle en los párrafos siguientes.

#### Artículo 69 de la convención interamericana de derechos humanos.

El presente artículo es uno que sirve para apoyar el efecto erga omnes de la jurisprudencia de la Corte IDH, esta disposición establece: “El fallo de la Corte será notificado a las partes en el caso y transmitido a los Estados partes en la Convención.”

El artículo 69 establece que los fallos no serán de conocimiento exclusivo del Estado que participó en el proceso determinado, sino que también serán puestos en conocimiento de los Estados parte de la Convención, los cuales no han intervenido en el procedimiento interamericano determinado. Este artículo tendría por objeto “(...) irradiación indirecta del efecto erga omnes de la sentencia. La mencionada irradiación, a nuestro juicio, busca vincular de manera particular a aquellos Estados parte que han aceptado la competencia contenciosa de la Corte IDH”<sup>47</sup>. En otras palabras, el artículo mencionado tendría por objeto contribuir al efecto expansivo de la jurisprudencia de la Corte IDH, esto al dar a conocer a todos los Estados parte el resultado de un proceso determinado del que no fueron partícipes.

También siguiendo la misma línea argumentativa se ha señalado que la última parte del artículo 69 no estaba contemplado en el proyecto original de la Convención IDH, siendo ésta incorporada tras las diversas modificaciones, de acuerdo con Robledo esta incorporación carecería de sentido si se pensara suprimir el valor de las sentencias interamericanas más allá del caso particular, es decir, no tendría sentido hacer llegar a los Estados las sentencias si estos no las usaran para incorporarlas a sus sistemas jurídicos.<sup>48</sup>

---

<sup>47</sup> Sánchez, Claudia. 2015. Impacto de la cosa interpretada por la Corte IDH y la reforma constitucional en México. [en línea] FORO. Revista De Ciencias Jurídicas Y Sociales, Nueva Época, 17. <<https://revistas.ucm.es/index.php/FORO/article/view/48625>>[consulta: 10 de enero de 2019]

<sup>48</sup> Óp. Cit. Robledo. Pp. 327

## Obstaculo del artículo 68 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos

El artículo 68 n° 1 es uno de los obstáculos que se le presenta a los defensores del precedente interamericano, la razón de lo mencionado puede apreciarse a partir de una rápida lectura del artículo en cuestión, el cual señala: “Los Estados partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que **sean partes.**” (destacado propio). Este artículo establece la obligatoriedad de los fallos de la Corte IDH. A partir de una lectura literal de esta disposición, puede concluirse que el efecto vinculante de los fallos es solo respecto a las partes del proceso y no existe disposición que haga extensible a terceros no participantes del litigio los efectos de la sentencia.

Los diferentes autores rechazan una lectura aislada y literal del artículo, siendo necesario una visión articulada y completa que vea más allá del artículo mencionado, en palabras de Robledo, al referirse al fundamento normativo de la cosa interpretada señala que “más allá de no encontrar anclaje en específico en la letra del artículo 68 del Pacto de San José de Costa Rica, se desprende, a partir de una interpretación sistemática y armónica de las obligaciones internacionales consagradas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (...)”<sup>49</sup> y “ (...) las receptadas en los arts. 1.1., 2 y 29 del Pacto San José de Costa Rica.”<sup>50</sup>

También parece interesante la posición del juez Mac- Gregor que señala que “(...) pretender reducir la obligatoriedad de la jurisprudencia convencional sólo a los casos donde el Estado ha sido “parte material”, equivaldría a nulificar la esencia misma de la propia Convención Americana, cuyos compromisos asumieron los Estados nacionales al haberla suscrito y ratificado o adherido a la misma, y cuyo incumplimiento produce responsabilidad Internacional”<sup>51</sup>. De acuerdo con el autor una lectura textual del artículo 68 atentaría contra toda la Convención IDH, por lo que negar el efecto erga omnes de la jurisprudencia interamericana significaría suprimir su esencia, la cual es la protección de los derechos humanos mediante la interpretación y aplicación del Pacto San José.

---

<sup>49</sup> Ibid. pp. 345

<sup>50</sup> Ídem.

<sup>51</sup> Óp. Cit. Mc-Gregor. 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). Pp. 671

#### IV. ARGUMENTOS DOCTRINALES

##### La idea de un derecho común interamericano.

A medida que se avanza en la lectura sobre la temática de este trabajo es posible percatar el uso constante del término Corpus Iuris Interamericano (CII en adelante), el cual fue concebido inicialmente por la Corte IDH y, posteriormente la doctrina lo ha utilizado para su análisis y desarrollo.

El término CII, fue utilizado por la Corte en una opinión consultiva donde desarrolla el concepto, en términos genéricos, era un parámetro interpretativo utilizado por la Corte para esclarecer el sentido y alcance de alguna disposición convencional, es decir, era en principio un elemento interpretativo. Este CII está conformado por distintos tratados de derechos humanos y también otras fuentes de las denominadas soft law.

En 2012 la Corte IDH en el caso Masacre de Rio Negro especificó que el control de convencionalidad, además de hacerse en base a la Convención IDH, debía realizarse teniendo presente otros tratados de derechos humanos y la interpretación que la Corte haya hecho de ellos. Tras este caso el CII pasó de ser un elemento interpretativo utilizado por la Corte a ser un conjunto de fuentes normativas que los Estados deben considerar para contrastar con su ordenamiento interno.

Saber exactamente qué es el CII, es difícil, ya que es un concepto que está en constante evolución. Lo que está claro es que el CII está compuesto por la Convención IDH, otros tratados de derechos humanos ratificados por el Estado y las interpretaciones que la Corte haya hechos de los mencionados; se ha señalado que también serian parte del CII las opiniones consultivas de la Cortes IDH y algunas fuentes soft law, como indicaciones de ciertas organizaciones internacionales, entre otras.

A partir de la lectura de diversos autores que se refieren al CII, es posible concluir que este constituye un estándar mínimo regional que debe ser observado por los países parte del Pacto de San José, de acuerdo con Gonzalo Aguilar “Este *ius commune* se constituiría sobre la base

de estándares mínimos comunes y compartidos por los Estados parte del sistema interamericano de protección de derechos humanos.”<sup>52</sup>

El CII contempla la idea de un derecho común entre todos los partícipes del sistema interamericano, que deben seguir los mismos estándares en un compromiso común de protección de los derechos humanos. En palabras de Nogueira “En efecto, la garantía de un sistema convencional de derechos exigible a los Estados partes como estándar mínimo viene dado por el seguimiento de buena fe de dichos estándares interpretativos y del desarrollo de una doctrina común en los estados vinculados por el tratado, generando un espacio convencional sobre derechos cubierto por el *corpus iuris interamericano*, base de un derecho público común mínimo interamericano que asegure y garantice derechos reales y efectivos para las personas que habitan dicho espacio.”<sup>53</sup>

Siguiendo esta línea argumentativa, para que puede darse ese orden público común mínimo es necesario unificación, es decir, que alguien establezca cual es patrón a seguir para que no exista una divergencia de criterios que harían imposible configurar este derecho común, es por esto que tiene sentido -siguiendo este modelo- establecer a una institución que tenga la palabra final y definitiva estableciendo un criterio general para que sigan los demás países parte del sistema interamericano.

#### Garantía colectiva.

La idea de garantía colectiva dice relación con que los Estados signatarios de la Convención IDH se comprometieron conjuntamente a resguardar, cumplir y hacer efectivo el sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Esta característica es propia de los tratados de derechos humanos, según lo señala la Corte IDH “(...) Convención Americana, así como los demás tratados de derechos humanos, se aplican de conformidad con la noción de

---

<sup>52</sup> Aguilar, Gonzalo. 2017. *Ius constitutionale commune interamericanum*. EN: NOGUEIRA, HUMBERTO Y AGUILAR, GONZALO. El parámetro del control de convencionalidad, la cosa interpretada y el valor de los estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. NOGUEIRA, HUMBERTO Y AGUILAR, GONZALO. Primera Edición. Santiago. Editorial Triangulo. Pp.22.

<sup>53</sup> Óp. Cit. Nogueira. Pp. 73

garantía colectiva y tienen una naturaleza especial, que los diferencian de los demás tratados, los cuales reglamentan intereses recíprocos entre los Estados Partes.”<sup>54</sup>

Estos tratados de derechos humanos no obedecen a la lógica clásica de los tratados, donde los estados regulaban relaciones reciprocas entre Estados, es decir, siguen la idea de que cada parte obtiene alguna prestación o beneficio del acuerdo celebrado. Los tratados de DDHH van más allá de los intereses particulares de sus Estados y buscan proteger los derechos de las personas de manera conjunta, en otras palabras, todos se comprometen a velar porque el sistema sea efectivo, sin necesariamente obtener alguna ventaja de esto. Para que el sistema sea efectivo es necesario que las sentencias emitidas por la Corte IDH sean cumplidas, y en el caso en que un Estado no quiera llevar a cabo lo ordenado por el Tribunal Regional el sistema interamericano establece un mecanismo para denunciar tal actuación, como el informe que presenta la Corte a la Asamblea General en que señala cuales fueron los Estados que no dieron cumplimiento a las sentencias dictadas<sup>55</sup>, siendo “la labor de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, cuando se le presenta un incumplimiento manifiesto por parte de uno de los Estados de una Sentencia emitida por la Corte Interamericana, es precisamente la de proteger el efecto útil de la Convención Americana y evitar que la justicia interamericana se torne ilusoria al quedar al arbitrio de las decisiones internas de un Estado.”<sup>56</sup> Lo anterior es una expresión de la garantía colectiva, ya que los Estados se unen para proteger a la Convención y que no sea incumplida por alguno de sus miembros, es decir, todos los Estados trabajan en torno a un objetivo común.

Esta noción de garantía colectiva contribuye a comprender al sistema interamericano como una entidad común, lo que tiene directa relación con lo explicado anteriormente respecto del Corpus Iuris Interamericano. En palabras del juez MC-Gregor “Todos los Estados Parte del Pacto se encuentran obligados, en su conjunto, a lograr el cumplimiento y eficacia de los pronunciamientos que emite el Tribunal Interamericano en tanto que los Estados Parte de la

---

<sup>54</sup> Corte IDH. Caso López Mendoza vs. Venezuela, Supervisión de cumplimiento de sentencia. Resolución de 20 de noviembre de 2015. pp. 7

<sup>55</sup> Artículo 65, Convención Interamericana de Derechos Humanos; Artículo 30 Estatuto Corte Interamericana de Derechos Humanos.

<sup>56</sup> CIDH. Caso López Mendoza vs. Venezuela, Supervisión de cumplimiento de sentencia. Resolución de 20 de noviembre de 2015. pp. 7

Convención y, en general, todos los Estados que conforman la Organización de Estados Americanos, se encuentran interesados en coadyuvar en el establecimiento de un orden público interamericano que garantice el desarrollo democrático de los pueblos.”<sup>57</sup>

En resumen, todos los Estados al momento de incorporarse al sistema interamericano de derechos humanos lo hacen en torno a un objetivo común, que en este caso sería la protección de los derechos humanos en el ámbito regional de América. Para lograr este objetivo es necesario que las sentencias de la Corte IDH sean cumplidas, tanto en un caso particular como cuando un Estado que no participó en un proceso internacional determinado debe seguir la jurisprudencia interamericana, como cosa interpretada. Lo mencionado es necesario para crear un orden público interamericano, que haga a los derechos consagrados en los tratados de DDHH efectivos.

## V. ARGUMENTOS PRACTICOS:

### Rol preventivo del precedente interamericano.

Este argumento dice relación con que, al realizar un control de convencionalidad a nivel interno, siguiendo el precedente interamericano, el Estado estaría previniendo generar una posible responsabilidad internacional. Esto en razón de que, en el caso de no aplicar el parámetro establecido por medio de la jurisprudencia del Tribunal Interamericano, la persona agravada podría recurrir eventualmente a las instancias internacionales y lo más probable sería que la Corte siga la misma línea argumentativa planteada en casos anteriores, lo que culminaría en la condena al Estado por incumplir con los deberes del Pacto San José de Costa Rica, en específico los arts. 1.1° y 2°. Lo anterior, porque el Estado no garantizó la protección de determinado derecho a alguno de sus ciudadanos y también porque no adoptó su sistema interno a los estándares fijados por la Corte a través de los distintos casos en que se pronunció.

En resumen, este fundamento tendría por objeto evitar una futura declaración de responsabilidad internacional para el Estado parte.

---

<sup>57</sup> Óp. Cit. Mc-Gregor. 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). Pp. 680.

### Economía procesal.

El presente punto dice relación con la Economía procesal, el cual fue mencionado en el capítulo primero desde la perspectiva de la Corte, por lo que nos remitiremos a lo señalado para no repetir lo ya explicado en párrafos anteriores.

Desde otro punto de vista la economía procesal también tiene una perspectiva para los Estados quienes que tienen que litigar ante la Corte IDH, en el caso que sean demandados, y además deben dar cumplimiento a las sentencias de la Corte a nivel interno, si el proceso culmina con una condena, lo que muchas veces involucra la participación de todos los poderes estatales; por último los Estados deben informar a la Corte sobre el cumplimiento de la sentencia, lo que se concreta en audiencias sobre cumplimiento de sentencia, las que pueden ser varias en el caso que la Corte no constata el cumplimiento integro por parte del Estado.

Todas estas instancias significan esfuerzos y recursos del Estado demandado, las que podrían evitarse si se siguiera la jurisprudencia de la Corte IDH, o por lo menos reducir el número de casos que llegan a la instancia internacional. En palabras de Nogueira “(...) que evidentes razones de economía procesal nos señalan que carece de sentido no cumplir con la doctrina (*ratio decidendi o holding*) de la sentencia dictada respecto de otros Estados miembros y asumir el riesgo de una previsible y próxima condena si no se acatan dichos precedentes.”<sup>58</sup>

### Autoridad moral de las sentencias interamericanas.

Esta razón dice relación con que las decisiones de las Corte IDH son emitidas por un grupo de juristas expertos, cada uno destacado en su país y que fue seleccionado por la Asamblea General de la OEA, lo que implica proceso complejo para llegar a ocupar alguno de los asientos para ser Juez de la Corte IDH. En virtud de lo señalado, las resoluciones de las Corte IDH tendrían una gran autoridad moral, ya que son tomadas por expertos en la materia y que, además, vienen de diferentes realidades culturales y jurídicas por lo que incorporan diversos puntos de vista frente a una misma problemática, para después arribar a una decisión común.

---

<sup>58</sup> Nogueira, Humberto. 2017. La fuerza vinculante de las sentencias de la Corte IDH, su valor de precedente y la obligatoriedad de su consideración por los Estados Partes de la de la CADH. EN: NOGUEIRA, HUMBERTO Y AGUILAR, GONZALO. El parámetro del control de convencionalidad, la cosa interpretada y el valor de los estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. NOGUEIRA, HUMBERTO Y AGUILAR, GONZALO. Primera Edición. Santiago. Editorial Triangulo. Pp.278.

### CAPÍTULO TERCERO: CRITICAS Y CUESTIONAMIENTOS.

En el presente capítulo se desarrollarán las distintas críticas que se han presentado al efecto expansivo de las sentencias de la Corte IDH agrupadas en los puntos que a continuación se indican:

#### I. POSICIÓN DE LA CORTE INTERAMERICANA EN EL SISTEMA INTERAMERICANO.

La Corte Interamericana -en el modelo tradicional en base al cual se diseñó el sistema de protección de derechos humanos (con la Convención IDH y el Estatuto de la Corte)- se establece como un agente subsidiario, es decir, que esta puede actuar en los casos en que los países no han asegurado los derechos a sus ciudadanos y se ha generado un incumplimiento del tratado que resguarda esos derechos. Lo anterior, en razón de que los Estados son los principales garantes de los derechos y libertades de sus habitantes. Aquello puede apreciarse en el sistema interamericano al contemplarse el agotamiento de los recursos internos como un requisito de admisibilidad para poder presentar una petición ante la Comisión IDH, otorgándole la oportunidad al Estado para que asegure la protección de los derechos de forma preferente. Una de las razones por las que se adopta este modelo es debido a que los actores locales, incluyendo en ellos a los jueces y legisladores, están en la mejor posición para apreciar en terreno la

complejidad de las circunstancias que concurren al caso. De esta forma se ha afirmado que: “Importantly, subsidiarity is also premised on the understanding that local actors, including legislators and judges, are in the best position to appreciate the complexity of circumstances on the ground. Those local actors are better suited to understand what measures may be most effective for internalizing human rights norms in distinct social, economic, cultural, historical, and political contexts.”<sup>59</sup>

La Corte, bajo el modelo mencionado, actuaba de una forma complementaria o subsidiaria en relación con las jurisdicciones nacionales, sin embargo tras la creación del control de convencionalidad esta ya “(...) no opera ya de manera complementaria, sino de manera paralela, concurrente, integral y especialmente en un grado jerárquico superior al sistema jurídico nacional.”<sup>60</sup> Bajo la doctrina del control de convencionalidad se impone el deber a los Estado de seguir las interpretaciones de la Corte, incluso para casos en que no han sido parte, al momento de ejercer el control de convencionalidad, lo que implica que las interpretaciones serían obligatorias para todas las Partes que le reconocen competencia a la Corte, ya que se ha entendido que estas interpretaciones completan el contenido de la Convención llegando a incorporarse al instrumento. Teniendo en consideración, además, que la Convención debe aplicarse preferentemente y de forma directa por los jueces, puede concluirse que para que la Corte imponga sus decisiones debe tener una posición de autoridad que le permita generar un precedente que sea seguido por los tribunales internos de cada país que le reconoce competencia. En razón de esta nueva autoridad que revestiría a la Corte es que diversos autores comienzan a llamarla Corte de Casación supranacional<sup>61</sup>, Corte Constitucional Interamericana<sup>62</sup>, entre otros.

Estos postulados comenzarán a generar críticas por parte de la doctrina respecto a que la Corte no detenta una posición jerárquica, principalmente porque ese modelo no es el pactado cuando los Estados decidieron adherir a la Convención Interamericana.

---

<sup>59</sup> Dulitzky, Ariel. 2015. An Inter-American Constitutional Court? The Invention of the Conventionality Control by the Inter-American Court of Human Rights. [en línea]. Texas International Law Journal. 2015. Vol 50, N °1. Pp. 53 <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r33557.pdf>.>[consulta: 18 de diciembre de 2018]

<sup>60</sup> Dulitzky, Ariel. El impacto del Control de Convencionalidad ¿un cambio de paradigma en el sistema interamericano de derechos humanos? [en línea] p. 538 <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4757/9.pdf>.>[consulta: 18 de diciembre de 2018]

<sup>61</sup> Op. Cit. Saguez. P 126

<sup>62</sup> Op. Cit. Dulitzky, El impacto del Control de Convencionalidad ¿un cambio de paradigma en el sistema interamericano de derechos humanos? p. 544

A continuación, se analizará cuál es el lugar que ocupa la Corte IDH en el sistema interamericano a partir de un breve análisis de la Convención IDH.

En primer lugar, es pertinente señalar lo que el propio Pacto de San José establece en su preámbulo: “(...) una protección internacional, de naturaleza convencional **coadyuvante o complementaria** de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos” (destacado propio)

Siguiendo lo recién mencionado, corresponde recordar las normas de interpretación de los tratados contempladas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, para este caso nos remitiremos al artículo 26 número 2 que señala “Para los efectos de la interpretación de un tratado. el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos.” En razón de lo señalado el preámbulo es un elemento esencial al momento de interpretar la posición y funciones de la Corte IDH en el sistema interamericano.

Los autores han señalado que “Conforme esta visión, la jurisdicción interamericana solo entrará en funcionamiento —en virtud de su naturaleza subsidiaria— cuando los jueces nacionales no hayan ejercitado adecuadamente el control de convencionalidad en sus procesos internos. Sin embargo, ello no implica, en modo alguno, transformar a la Corte Interamericana en una nueva instancia de apelación de la decisión nacional, ya que el objetivo de la competencia contenciosa de la Corte no es revisar las decisiones nacionales como un tribunal de apelación, sino verificar si han existido violaciones concretas a las normas de la Convención y de los otros tratados de Derechos Humanos por parte de los estados y, en su caso, hacer cesar la violación, conforme lo dispone la misma Convención.”<sup>63</sup>

Por lo tanto, no puede entenderse que la naturaleza subsidiaria de la actuación de la Corte pueda derivarse un carácter de órgano superior jerárquico que imponga sus decisiones a los tribunales internos, es decir, no porque la Corte IDH actúe después de que los órganos judiciales internos hayan decidido sobre el asunto, como consecuencia del requisito del agotamiento de los recursos

---

<sup>63</sup> Vitolo, Alfredo. 2013. 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* [en línea] N°18, pp 364 .-<<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/viewFile/8961/9369>>[consulta: 20 de diciembre de 2018]

internos, significa que aquella sea su superior jerárquico con el poder de generar un precedente que afectara a todas las Partes que le reconocen competencia, sin importar si fueron parte del litigio o no. De acuerdo con los defensores de esta última postura el modelo subsidiario solo significa que la Corte actúa cuando los Estados han fallado en brindar la protección a sus ciudadanos y estos recurren a la instancia internacional para que esta violación sea declarada y se establezcan las medidas de reparación correspondientes.

Tras haber explicado el punto anterior, continuaremos con la pregunta de si ¿La Convención IDH señala algo sobre la ubicación superior de la Corte IDH respecto de los tribunales nacionales?

De acuerdo, con Ariel Dulitzky “[The] Convention does not create a system in which national courts must, in all cases, follow the decisions of the Court as if they were hierarchically inferior courts.”<sup>64</sup>

En resumen, la Convención no establece un modelo que ubique a la Corte IDH como un tribunal superior interamericano y a los tribunales nacionales como sus subordinados.

## II. CONSTRUCCIÓN POSITIVA INSUFICIENTE.

### Artículo 69 Convención Interamericana de Derechos Humanos

El mencionado artículo, como fue señalado en el capítulo anterior, es uno de los que ayuda a construir la doctrina -que plantea la Corte- sobre la fuerza vinculante de sus interpretaciones para los Estados que no han sido parte del litigio. Este artículo establece: “El fallo de la Corte será notificado a las partes en el caso y transmitido a los Estados partes en la Convención.”

Para la postura que defiende la obligatoriedad de las interpretaciones de la Corte el artículo mencionado, explicado de forma breve, expresaría que la intención de los signatarios de la Convención sería que los Estados siguieran los pronunciamientos de la Corte, por esa razón se les comunica a los Estados no participantes del litigio las sentencias que dictadas.

---

<sup>64</sup> Op. Cit. Dulitzky “An Inter-American Constitutional Court? The Invention of the Conventionality Control by the Inter-American Court of Human Rights.” P. 70

La primera crítica que se plantea a la postura mencionada es que las sentencias son transmitidas a los Estados parte de la Convención, por tanto, aquello incluye a Estados que le reconocen competencia a la Corte IDH como aquellos que no lo hacen. Si recordamos el artículo 62 número 1 de la Convención IDH “Todo Estado parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, o en cualquier momento posterior, **declarar que reconoce como obligatoria** de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención.”<sup>65</sup> (destacado propio) De la lectura del artículo puede apreciarse que un Estado puede adherir a la Convención IDH sin reconocer competencia a la Corte, ya que requiere una declaración especial distinta a la Convención en donde se señale que el Estado, además de ratificar o adherir el tratado, reconoce la competencia contenciosa del Tribunal Regional.

En razón de esto “(...), por una parte, con este falso sustento jurídico se estaría vinculando a Estados que no reconocen la competencia de la CoIDH a seguir sus interpretaciones, en total contravención del Derecho Internacional y pasando por alto el artículo 62 de la propia Convención Americana”<sup>66</sup>, por lo tanto, si la razón de la Convención hubiese sido establecer la vinculación obligatoria de las sentencias de la Corte IDH a Estados no participantes del juicio “(...) la transmisión del fallo se hubiese dirigido sólo a los Estados que hubiesen reconocido la competencia de la CoIDH para dar congruencia a la CADH y al sistema que creó.”<sup>67</sup>, ya que carecería de todo sustento obligar a Estados, que ni siquiera le reconocen competencia, a seguir sus interpretaciones.

En la actualidad de los Estados que han ratificado y hecho el depósito de la Convención existe uno que no le reconoce competencia a la Corte IDH siendo este Dominica<sup>68</sup>. Además, si se hace un estudio puede apreciarse que en varios casos el depósito del Tratado difiere de la fecha de la declaración de reconocimiento de competencia, como por ejemplo en el caso de México que presentó su adhesión a la Convención el año 1981 y le otorgó competencia a la Corte en

---

<sup>65</sup> Ibid.

<sup>66</sup> Catilla, Karlos. 2016. La independencia judicial en el llamado Control de Convencionalidad Interamericano. [en línea] Estudios constitucionales. Vol. 14, N°2. Pp.84. <<https://app.vlex.com/#/vid/664354209>> [consulta: 22 de diciembre de 2018]

<sup>67</sup> Ibid. Pp. 84

<sup>68</sup> Información disponible en <[http://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_B-32\\_Convencion\\_Americana\\_sobre\\_Derechos\\_Humanos\\_firmas.htm](http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos_firmas.htm)> [consulta: 22 de diciembre de 2018]

1999<sup>69</sup>, dejando claro que estos dos actos no siempre ocurren conjuntamente o a veces solo ocurre la ratificación y depósito.

En segundo lugar, los críticos señalan que los autores defensores del precedente omiten mencionar los trabajos preparatorios de la Convención IDH, los cuales -de acuerdo al art 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados- son medios auxiliares de interpretación de los tratados. En estos, según Castilla, “(...) se ponía claro énfasis en que el fallo se notificaba a las partes, con el sentido y alcance que tiene ese término. Mientras que se transmitía a los Estados Parte en la Convención como cortesía de información en un sistema derivado de un tratado multilateral.”<sup>70</sup> . En razón de lo recién pareciera debilitarse la interpretación que se ha hecho de este artículo, ya que los Estados que participaron en la redacción de la Convención no contemplaban que las decisiones de la Corte fueran vinculantes para partes ajenas a un litigio específico.

#### Críticas al artículo 27 CVDT

Otro de los artículos generalmente mencionados por los críticos de la doctrina del Control de Convencionalidad es el artículo 27 de la CVDT, en base a este se justifica la superioridad normativa de la Convención IDH en el ordenamiento interno y la autoejecutabilidad de las normas contenidas en él, junto a estas interpretaciones de la Corte como parte del Tratado mencionado. En base a esta norma se ataca directamente al Control de Convencionalidad, como institución, y no solo la fuerza vinculante de las interpretaciones de la Corte.

Este artículo ha sido considerado como una norma de responsabilidad internacional y la interpretación que le ha dado la Corte IDH es “It is an unprecedented reading of Article of the 27 Vienna Convention on the Law of Treaties to claim that it establishes an obligation to grant self-executing character to treaties, or that it establishes an obligation to place treaties above the ordinary laws of each country's legal system.”<sup>71</sup>

---

<sup>69</sup> Ídem.

<sup>70</sup> Op. Cit. Castilla. La independencia judicial en el llamado Control de Convencionalidad Interamericano. Estudios constitucionales. Pp. 84

<sup>71</sup> Fuentes, Ximena. 2008. International and Domestic Law: Definitely an Odd Couple. [en línea] 77 Rev. Jur. U.P.R. 483, 2008. Pp. 489 <<https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/rjupurco77&i=489>>[consulta: 22 de diciembre de 2018]

Si se estudian los trabajos preliminares de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados puede apreciarse, como señala la profesora Fuentes, que “*The travaux preparatoires of Article 27 support the view that this is a responsibility rule whose sole effect is excluding domestic law as a ground for ruling out international responsibility.*”<sup>72</sup> Lo recién señalado puede apreciarse especialmente en el rechazo de una enmienda propuesta por Luxemburgo que proponía, en términos sencillos, una norma que contemplara el compromiso de los Estados con la finalidad de que tomaran todas las medidas necesarias para incorporar el derecho internacional al orden interno, lo que implicaba otorgarle una jerarquía superior al orden internacional<sup>73</sup>.

En resumen, “Estas normas impiden justificar la violación de cualquier tratado, incluida la Convención, argumentando que una norma interna lo amerita. Pero de allí, no se deriva que la Convención, deba tener aplicabilidad directa ni jerarquía superior a la legislación o a la propia Constitución.”<sup>74</sup>, en otras palabras, el artículo 27 de la CVDT no es una norma que tenga por objeto regular la forma en la que los Estados deben incorporar el derecho internacional a sus sistemas jurídicos internos.

#### Último interprete.

La Corte IDH es la interprete última de la Convención, esto se deriva de la interpretación conjunta de los artículos 62, 64 y 67 de la Convención IDH, el primero de estos hace referencia a la facultad de la Corte de resolver casos contenciosos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención; el siguiente es sobre la facultad de la Corte para emitir opiniones sobre compatibilidad entre el derecho interno de un Estado y la Convención y el último artículo mencionado es el que establece que las sentencias, en casos contenciosos, de la Corte son definitivas e inapelables. De acuerdo con los defensores del precedente interamericano esta cualidad de la Corte contribuiría, en conjunto con otros argumentos mencionados en el capítulo anterior, a configurar la doctrina que considera la vinculación obligatoria de las interpretaciones de la Corte, en razón de que al ser la única y última en pronunciarse sobre el asunto su

---

<sup>72</sup> Ibid. Pp 489

<sup>73</sup> Op. Cit. Dulitzky, “El impacto del Control de Convencionalidad ¿un cambio de paradigma en el sistema interamericano de derechos humanos?” Pp. 539.

<sup>74</sup> Ibid. Pp. 539

interpretación revestiría la autoridad suficiente para completar el contenido de la Convención haciéndola extensible a los Estados parte.

Este planteamiento ha sido objeto de críticas principalmente porque se señala que la cualidad de la Corte –de última interprete- fue un invento de esta misma sin fundamentos. En este sentido se pronuncia Alfredo Vítolo “Comenzamos por señalar que este papel de intérprete «último» del tribunal no surge ni puede ser inferido de norma alguna y —lamentablemente— la Corte Interamericana ha realizado esta afirmación en forma dogmática, sin pretender en ningún momento dar las razones en las que funda su posición.”<sup>75</sup>. Siguiendo lo planteado por el mismo autor, señala que a partir de los artículos 62 y 64 no es posible llegar a concluir que la facultad de interpretar la convención sea “(...) sea exclusiva, única o final, salvo en los casos contenciosos en los cuales actúa, en virtud de lo dispuesto por el Artículo 67 de la Convención y, como ya hemos expuesto, respecto exclusivamente de ese caso.”<sup>76</sup>

De acuerdo con lo recién planteado puede argüirse que la Corte es el intérprete final de la Convención para los casos contenciosos que conoce. Sin embargo, ahora corresponde resolver si de ese carácter de último interprete deriva que sus interpretaciones sean vinculantes para Estados que no han sido parte de un litigio internacional determinado. La repuesta de los que sostienen la obligación del precedente es que si es vinculante, mientras que la doctrina crítica responde señalando que se confunden “dos cuestiones conceptuales distintas, a saber, la del carácter definitivo de las decisiones de los tribunales de última instancia con la del carácter obligatorio de la jurisprudencia de esos tribunales para otros tribunales u órganos.”<sup>77</sup> La primera característica recién mencionada se refiere a lo que en el Derecho Procesal se denomina como cosa juzgada, figura en virtud de la cual la sentencia firme se torna inimpugnable, irrevocable e inmutable, en otras palabras, la sentencia no puede ser modificada o dejada sin efecto, por lo que no pueden introducirse cambios al mandato mediante posteriores pronunciamientos dentro del mismo proceso o mediante otros procesos. Esta institución no debe confundirse con el efecto erga omnes, que intenta imponer la Corte, ya que este dice relación con la sentencia pronunciada

---

<sup>75</sup> Op. Cit. Vítolo. Pp 370.

<sup>76</sup> Ibid. Pp. 370

<sup>77</sup> Malarino, Ezquiel. 2011. Acerca de la pretendida obligatoriedad de la jurisprudencia de los órganos interamericanos de protección de derechos humanos para los tribunales judiciales nacionales. [en línea] Pp. 440. <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3801/19.pdf>>[consulta: 26 de diciembre de 2018]

tiene efectos generales y no solo tiene efecto para las partes en el litigio “inter partes”. Además, Malarino<sup>78</sup> señala que la Corte no tiene una relación jerárquica con los tribunales nacionales, por lo que a pesar de que la Corte es el último interprete a nivel interamericano, en los casos contenciosos, no significa que sea el último interprete a nivel interno, ya que no existe, por lo menos, a nivel internacional una norma que establezca el carácter vinculante y superior de sus sentencias a nivel interno.

#### Artículo 26 de la Convención de Viena del Derecho de los Tratados.

Como se explicó en capítulos anteriores este artículo establece la obligación de cumplir las obligaciones internacionales de buena fe y consagra lo que se conoce como pacta sunt servanda. En relación con este artículo la Corte IDH no ha desarrollado cómo este artículo contribuye a generar la obligación de realizar el control de convencionalidad por los Estados, lo que ha generado cuestionamientos por la doctrina.

También este artículo, en la forma que ha sido interpretado la Corte IDH, ha sido objeto de críticas ya que se ha entendido que este es un deber – cumplir de buena fe- que es aplicable a obligaciones existentes, es decir, se ha entendido que no permite crear nuevas obligaciones, como bien señala el profesor Troncoso a la hora de mencionar lo planteado por el tratadista Malcom Shaw “principio de la buena fe es un principio que informa y modela la observancia de las reglas **existentes** de derecho internacional constriñendo, adicionalmente, la manera por la cual dichas reglas pueden ser legítimamente ejercidas”<sup>79</sup> (destacado propio)

Este argumento ha sido esgrimido también por el profesor Contreras que señala que “Si uno analiza la jurisprudencia de la CIJ, por ejemplo, la buena fe, por sí sola no funda la doctrina en comento. En términos simples el principio de buena fe no genera nuevas obligaciones para los Estados. Tal como ha sostenido la CIJ, la buena fe es un concepto que no es en sí misma una fuente de obligaciones allí donde, de lo contrario, no existirían”<sup>80</sup>

---

<sup>78</sup> Op. Cit. Malarino,

<sup>79</sup> Troncoso, Claudio. 2012. Derecho Internacional, Constitución y derecho interno. [en línea:] Revista de Derecho Público. Vol 77. P 455 <<https://revistaderechopublico.uchile.cl/index.php/RDPU/article/view/30938>>[consulta: 26 de diciembre de 2018]

<sup>80</sup> Contreras, Pablo. 2015. Análisis Crítico del Control de convencionalidad. TN: Núñez, Manuel. Internalización del Derecho Público. Santiago, Chile, Thomson Reuters. pp. 447.

Por lo tanto, se cuestiona que mediante el artículo 26 de la CVDT se puedan generar o crear nuevas obligaciones, como lo intenta la Corte IDH, lo es para los Estados seguir las interpretaciones de la Corte IDH en casos en que su Estado no ha sido parte.

#### Artículo 1 y 2 Convención Interamericana de Derechos Humanos.

La crítica respecto a este artículo es respecto con la amplitud con la que fue redactado el artículo señalando, de acuerdo con Contreras, que “El objeto de la redacción amplia de los artículos 1 y 2 busca, precisamente, que sean los propios Estados los que tengan la flexibilidad para elegir los mecanismos de protección de derechos que encuentren adecuados.”<sup>81</sup> El autor llega a esta conclusión analizando disposiciones similares de la Convención Europea de Derechos Humanos y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos. El artículo no busca imponer un modelo de invalidación judicial, sino que le otorga un amplio campo de acción a los Estados para que incorporen las adecuaciones pertinentes, de acuerdo con sus constituciones y la Convención IDH, a sus ordenamientos internos para que estén en concordancia con los derechos y libertades resguardados en el Pacto.

#### Crítica a los argumentos de naturaleza práctica.

Como se explicó en el capítulo anterior la doctrina defendía el precedente interamericano señalando que por razones de eficiencia y la autoridad moral de las decisiones del Tribunal Regional correspondería a los Estados seguir las interpretaciones de la Corte IDH para los casos en que han sido parte como en los que no han participado.

La doctrina crítica, generalmente, reconoce y acepta estos motivos, sin embargo, esta está conteste en que estos argumentos son insuficientes para generar la obligación de seguir el precedente interamericano para los Estados y que para adoptar tal modelo es necesario incorporar modificaciones convencionales que permitan un sistema integrado, pero no puede ser impuesto de forma unilateral por la Corte IDH. A modo ejemplar citamos a Ariel Dulitzky, “Pero estas razones de política judicial y economía procesal que justificarían seguir lo dicho por la Corte, no la transformarían en una obligación jurídica como pretende imponer.”<sup>82</sup>

---

<sup>81</sup> Op. Cit. Contreras. Análisis Crítico del Control de convencionalidad. Pp. 457.

<sup>82</sup> Op. Cit. Dulitzky, “El impacto del Control de Convencionalidad ¿un cambio de paradigma en el sistema interamericano de derechos humanos?”. Pp 548.

En el mismo sentido se pronuncia Pablo Contreras “Esta forma de entender el control de convencionalidad -bajo la lógica pragmática y de economía- permiten una formulación débil para la doctrina misma. La doctrina sería conveniente en términos prácticos y mejoraría los rendimientos de tutela de derecho. Pero, como es evidente, la eficiencia en la protección de derechos no es, necesariamente y por sí sola, un fundamento normativo para el control de convencionalidad.”<sup>83</sup>

### III. PRINCIPIOS QUE GOBIERNAN EL DERECHO INTERNACIONAL.

#### Consentimiento de los Estados.

Los Estados son los principales agentes del Derecho Internacional Público, estos tienen la facultad de crear derechos y obligaciones en el ámbito internacional mediante su consentimiento, como expresión del ejercicio de su soberanía deciden libremente adquirir nuevos compromisos.

En relación con el tema de esta tesis los Estados Americanos se reunieron en San José en Costa Rica en 1969 para firmar la Convención Interamericana de Derechos Humanos en el cual se contemplan las funciones y facultades que se le otorgan a la Corte para que pudiera ejercer su competencia contenciosa y consultiva.

Con la creación del control de convencionalidad por parte de la Corte IDH la doctrina más crítica de esta figura ha reaccionado señalando que la Corte se estaría excediendo del mandato que le fue otorgado mediante la Convención IDH y estaría creando derecho sin el consentimiento de los Estados que le dieron vida. En este sentido opina María Angélica Benavides “Estas conclusiones constituyen expansiones artificiales de competencias que dejan de lado las facultades efectivamente entregadas a los órganos, excediendo las verdaderamente atribuidas por las normas convencionales y su interpretación.”<sup>84</sup> Y también Alfredo Vítolo al opinar sobre el efecto expansivo de la jurisprudencia de la Corte IDH señala que “Este criterio de la Corte

---

<sup>83</sup> Op. Cit. Contreras. Análisis Crítico del Control de convencionalidad. Pp. 453.

<sup>84</sup> Benavides, María Angélica. 2017. El Control de Compatibilidad y el Control de Convencionalidad (o el problema de la competencia). [en línea] *Estudios constitucionales* [en línea], 2013, vol. 16, n°2, pp. 374. <[https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-52002017000200365](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002017000200365)> [consulta: 26 de diciembre de 2018]

Interamericana violenta el consentimiento otorgado por los estados cuando, a través de la Convención Americana, establecieron el tribunal y le fijaron sus atribuciones, limitando su soberanía al otorgarle a la Corte ciertas competencias. Es precisamente por esta última razón que no resulta posible interpretar las atribuciones de la Corte Interamericana en forma extensiva, yendo más allá de lo que los estados pudieron haber pretendido e interpretado al celebrar el tratado”<sup>85</sup> .

Corresponde mencionar que no existe ninguna norma en la Convención Interamericana que otorgue efecto erga omnes a las sentencias de la Corte IDH. Además, al dar una lectura estricta del artículo 62 n°3 “La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención **que le sea sometido**, siempre que los Estados Parte en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial, como se indica en los incisos anteriores, ora por convención especial.” (destacado propio), el efecto de las sentencias sería solo para las partes involucradas.

Siguiendo estos postulados para que las sentencias de la Corte lleguen a tener a el carácter de precedente obligatorio para todos los Estados parte -participes o ajenos a un litigio determinado- es necesario una reforma convencional, que un Estado en su ordenamiento interno establezca que son obligatorias las sentencias de la Corte o “bien por la mutación de los efectos de las sentencias por interpretación que los Estados hagan de la norma, de acuerdo al artículo 31.3 de la Convención de Viena ‘toda practica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por el cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado’”<sup>86</sup>, para esto sería necesario una practica de varios Estados parte del tratado y de carácter constante para que dé cuenta del cambio de interpretación en la región.

#### Incorporación derecho internacional al derecho nacional.

Se ha entendido que los Estados tenían el control para determinar cómo las normas de Derecho Internacional se incorporaban a su sistema jurídicos, con qué jerarquía y con qué efectos. Lo anterior se debe a que no existe en derecho internacional alguna norma que obligue a los Estado

---

<sup>85</sup> Op. Cit. Vitolo. Pp. 365.

<sup>86</sup> Benavides, María Angélica. 2015. El efecto erga omnes de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. [en línea] 27 International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional, <<http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.il15-27.eeos>> pp. 160.[consulta: 26 de diciembre de 2018]

a adherir a una forma de incorporación, o que determine la posición jerárquica que deben ocupar las normas internacionales en los ordenes internos, en virtud de este vacío legal es que ha quedado a la libertad de los Estados la forma en que realizan la incorporación.

Sin embargo “(...) la teoría del control de convencionalidad rompe el esquema tradicional de incorporación del derecho interno en los ámbitos internos. Tradicionalmente se entendía que cada Estados era soberano para decidir cómo se incorporaba un tratado, qué jerárquicamente se le otorgaba al mismo y si tenía aplicación domestica directa.”<sup>87</sup>

Como hemos explicado a lo largo de este trabajo el Control de Convencionalidad intenta establecer a la Convención Interamericana, junto con otros tratados derechos humanos, en una jerarquía superior en relación con el ordenamiento nacional a nivel interno y además hacer a todas las normas de la Convención directamente aplicables. Aquello representaría un cambio respecto del modelo tradicional que se venia siguiendo, ya que el ordenamiento internacional le estaría ordenando a los Estados como incorporar el derecho internacional, los efectos de las normas internacionales y su ubicación en la pirámide normativa interna.

El problema con lo recién planteado, como señala la profesora Fuentes, es “Where does the American Convention contain such an obligation?The answer is nowhere. Where in general international law could we find that obligation? Again, nowhere”<sup>88</sup>

La Corte trata de justificar su doctrina con el artículo 27 de la CVDT, pero como se señaló anteriormente este es un artículo de responsabilidad internacional y no un mandato de cómo los Estados deben incorporar el Derecho Internacional sus ordenamientos.

---

<sup>87</sup> Op. Cit. Dulitzky, “El impacto del Control de Convencionalidad ¿un cambio de paradigma en el sistema interamericano de derechos humanos?”. Pp. 540

<sup>88</sup> Op. Cit. Fuentes. Pp. 488

#### IV. ALGUNAS PRECAUCIONES DE DERECHO INTERNO.

##### El problema del precedente.

El sistema basado en la doctrina del *stare decisis* se aplica en países de tradición de Common Law. Este sistema se basa en el seguimiento del *precedente*, establecido por un tribunal superior, por los tribunales inferiores, en términos sencillos.

Con la doctrina del control de convencionalidad, en específico lo que dice relación con la obligación de seguir las interpretaciones que ha hecho la Corte, en diversos casos, al momento de aplicar la Convención por parte de los Estados, estaría tratando de incorporar a la realidad latinoamericana un sistema de precedente. Las discusiones de sí procede o no incorporar tal sistema en virtud de las normas en que se basa el cambio, si las potestades de la Corte permiten que incorpore el precedente, etc. no serán objeto de análisis en esta parte del trabajo, ya que fueron extensamente analizadas en el presente capítulo y el anterior.

En presente análisis se plantearán algunas de las dificultades que significarían incorporar la doctrina del *stare decisis* en una realidad donde prima el modelo continental de efecto relativo de las sentencias, como en el caso de Chile, que de acuerdo con el artículo 3 del Código Civil chileno “Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren”.

El principal problema que se presentaría es que el sistema del precedente no es simplemente seguir las interpretaciones hechas por el tribunal superior, sino que existe un conjunto de reglas que hacen funcionar al sistema, estas reglas son totalmente ajenas a nuestra cultura jurídica y requerían de estudio, análisis y tal vez algunas modificaciones legales para aplicarlo correctamente. Como señala Vítolo “La aplicación de la regla del *stare decisis* requiere una ajustada técnica para discernir en cada caso entre el razonamiento principal y definitorio de un caso (*holding* o *ratio decidendi*) y los diversos *dicta* o razonamientos laterales y, como principio, no resulta aplicable al derecho legislado, o sea a sistemas fundados en la norma positiva, en tanto su aplicación a ultranza importaría socavar la base democrática de aquella, expresión de la voluntad general, confiriendo al juez —en este caso al juez interamericano— el poder de

«hacer la ley» y no solo de aplicarla.”<sup>89</sup> Es otras palabras, la implementación de este sistema no es tan simple como puede parecer a primera vista.

#### El problema de la inmediata auto-ejecutabilidad de las normas Convencionales.

La doctrina del control de convencionalidad supone que la Convención IDH tiene una aplicación directa en los ordenamientos internos, en otras palabras, tiene un contenido autoejecutable, este planteamiento significa que los jueces pueden utilizar todas las disposiciones de la Convención en contraste con la normativa interna. Esta doctrina estaría ignorando la posibilidad de existencia de normas de carácter no autoejecutable, es decir, disposiciones que requieren complementación del Poder Ejecutivo o Legislativo para ser operativas en el ordenamiento interno.

---

<sup>89</sup> Op. Cit. Víto. Pp. 366.

#### CAPÍTULO CUARTO: CUESTIONES PENDIENTES.

En el presente capítulo se analizará el alcance del precedente interamericano, con esto nos referimos en primer lugar a qué tipo de jurisprudencia -contenciosa, consultiva o precautoria- se entiende incluida en el estándar establecido por la Corte para realizar el control de convencionalidad.

Como estudiamos en los capítulos anteriores no existe duda que la jurisprudencia contenciosa es parte del estándar fijado por la Corte, sin embargo, como desarrollaremos en este capítulo el asunto se extiende a la jurisprudencia consultiva, esto será analizado en detalle a continuación mediante un examen de lo manifestado por la Corte IDH en sus pronunciamientos, además incluiremos las diversas opiniones que aquellas resoluciones han generado, por lo tanto nos concentraremos en este capítulo en analizar si el precedente interamericano contempla la jurisprudencia consultiva o no.

En esta primera parte nos centraremos en las opiniones consultivas que están consagradas en el art. 64 de la Convención IDH, el art. 2 n°2 del Estatuto de la Corte y en Título tercero del Reglamento de la Corte Interamericana.

En la segunda parte de este capítulo se analizará la ampliación del criterio de la Corte respecto a los sujetos obligados a realizar el control de convencionalidad. Se tratará de ilustrar brevemente cómo estas autoridades ejercerían el control, con el objeto de poder visualizar el alcance del precedente interamericano.

I. ALCANCE DEL PRECEDENTE.

II. RAZONES QUE JUSTIFICAN LA INCORPORACIÓN AL PARÁMETRO INTERAMERICANO DE LAS OPINIONES CONSULTIVAS.

Razones doctrinarias.

Dentro de estas razones podemos encontrar primero las que señalan que la Corte IDH al plantear el control de convencionalidad, en *Almonacid Arellano vs Chile*, estableció que los jueces internos debían ejercer el control en base a la Convención IDH y a las interpretaciones que la Corte ha realizado del Pacto San José. Lo que puede apreciarse es que la Corte -al hablar de interpretación - nunca realizó alguna distinción entre la jurisdicción contenciosa y la consultiva (u otras), por lo que la “Corte Interamericana no ha hecho diferenciaciones expresas, cuando habla del material controlante, o de referencia, entre sentencias y opiniones consultivas. Por ello, de modo implícito, de acuerdo al principio exegético que indica que «donde la ley no distingue, no debemos distinguir» (ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus), las dos fuentes de generación de doctrina de la Corte tendrían idéntico valor.”<sup>90</sup>. En palabras breves, si la Corte no ha realizado la distinción entre las distintas interpretaciones que practica, no hay motivos para nosotros para realizar esa tarea.

Otro de los argumentos que se han desarrollado para incluir como parámetro interamericano a las resoluciones de orden consultivo, precautorio y de ejecución es el que dice relación con el rol de último y auténtico interprete de la Convención IDH de la Corte. El fundamento esgrimido establece que en cualquier resolución que emita la Corte está realizando un trabajo de interpretación, esta tarea no es cualquiera, sino una que le otorgo la propia Convención Interamericana, por lo que no importa distinguir entre un caso contencioso o uno consultivo, ya que todas contemplan la interpretación última y auténtica de la Corte. En palabras de Víctor Bazán “(...) opiniones consultivas son resultado de la labor hermenéutica de esta en tanto intérprete final de tal instrumento internacional, parece razonable concluir que al llevar adelante

---

<sup>90</sup> Sagüés, Nestor P. 2015. Las opiniones consultivas de la Corte Interamericana en el control de convencionalidad. [en línea:] Pensamiento Constitucional. N°20. Pp 278. <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/14893>>[consulta: 23 de enero de 2019]

la fiscalización convencional aquellos habrían de tener necesariamente en cuenta, en lo aplicable, *los productos interpretativos vehiculados en dichas opiniones consultivas.*”<sup>91</sup>

Es relevante, para comprender lo recién explicado, lo desarrollado en el capítulo segundo respecto al rol de la Corte IDH. En palabras resumidas, la doctrina propone que el Tribunal Interamericano es el intérprete último y auténtico de la Convención IDH – y de otros tratados-, por lo que sus interpretaciones tienen efectividad interpretativa, llegando a ser parte del contenido del tratado.

En resumen, este argumento propone que “no interesa mayormente la vía por la que la Corte ha interpretado, sino el producto interpretativo al que ha arribado.”<sup>92</sup>

### Pronunciamentos de la Corte.

La Corte IDH, por medio de varias opiniones consultivas, se ha pronunciado sobre el carácter de las opiniones consultivas y también sobre el papel que estas cumplen en relación con el control de convencionalidad.

En una de sus primeras opiniones consultivas, la Corte explicó las diferencias entre la jurisdicción contenciosa y la consultiva, esta señaló “(...) las opiniones consultivas de la Corte, como las de otros tribunales internacionales, por su propia naturaleza, no tienen el mismo efecto vinculante que se reconoce para sus sentencias en materia contenciosa en el artículo 68 de la Convención; y si esto es así, menos razones existen para sacar argumentos de los eventuales efectos que pudieran tener frente a Estados que ni siquiera habrían participado en el procedimiento consultivo”<sup>93</sup>. La Corte en este punto inicial señala que las sentencias consultivas no son de carácter vinculante, por lo que no podrían afectar a Estados que no han participado del procedimiento, como tampoco al Estado que solicitó la consulta. Las opiniones consultivas tienen un carácter recomendatorio o de asesoría, porque la decisión final de adoptar o no lo

---

<sup>91</sup> Bazán, Víctor. 2015. El Sistema Interamericano De Protección De Los Derechos Humanos Y Algunos Retos Y Cuestiones Actuales Y Conflictivas Relacionados Con La Jurisdicción Contenciosa De La Corte Interamericana. [en línea:] Revista Temas Socio Jurídicos. Vol 35, N°68. Pp 28 <<https://doi.org/10.29375/01208578.2252>>[consulta: 23 de enero de 2019]

<sup>92</sup> Op. Cit. Sagüés, Nestor P. Las opiniones consultivas de la Corte Interamericana en el control de convencionalidad. Pp 281.

<sup>93</sup> Corte IDH, “Otros tratados” objeto de la función consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión consultiva OC- 01/82 de 24 de septiembre de 1982.

determinado por el Tribunal queda en manos de la discrecionalidad del Estado, sin que existan repercusiones en el ámbito de la responsabilidad internacional.

Otra de las veces que se pronuncia sobre el tema al que nos referimos es en la opinión consultiva OC- 15/97, en la que la Corte cambia sutilmente la postura planteada anteriormente, señalando: “Además, aún cuando la opinión consultiva de la Corte no tiene el carácter vinculante de una sentencia en un caso contencioso, tiene, en cambio, efectos jurídicos innegables.”<sup>94</sup> El Tribunal no se refiere a lo significan esos “efectos jurídicos innegables” específicamente, pero claramente está reconociendo que las opiniones consultivas tienen ciertas consecuencias jurídicas para los Estados parte del Pacto y no tienen un mero carácter de recomendación voluntaria.

Después, la Corte da un gran salto a la opinión consultiva OP-21/14, no sólo en razón del espacio de tiempo, sino también por el cambio de postura que adopta la Corte, en relación con las opiniones más moderadas mencionadas antes. En dicha resolución la Corte establece “Es por tal razón que estima necesario que los diversos órganos del Estado realicen el correspondiente control de convencionalidad, **también sobre la base de lo que señale en ejercicio de su competencia no contenciosa o consultiva**, la que innegablemente comparte con su competencia contenciosa el propósito del sistema interamericano de derechos humanos, cual es, ‘la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos.’”<sup>95</sup> (destacado propio)

Por último, en una de sus últimas opiniones consultivas la Corte reitera la idea planteada anteriormente, en la cual además señala “El propósito central de la función consultiva es obtener una interpretación judicial sobre una o varias disposiciones de la Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. En este orden de ideas, las Opiniones Consultivas cumplen, en alguna medida, la función propia de un **control de convencionalidad preventivo**.”<sup>96</sup> (destacado propio).

---

<sup>94</sup> Corte IDH, “Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos” (art. 51 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión consultiva OC-15/97 del 14 de noviembre de 1997.

<sup>95</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 del 19 de agosto de 2014

<sup>96</sup> Corte IDH, 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 del 26 de febrero de 2016.

La explicación que da la Corte para justificar lo recién mencionado viene de primero de su posición como el órgano jurisdiccional de la OEA con facultades expresas -otorgadas por la Convención IDH- para interpretar el Pacto de San José, esta función tiene por objeto “coadyuvar a los Estados Miembros y a los órganos de la OEA para que cumplan de manera cabal y efectiva sus obligaciones internacionales en la materia y definan y desarrollen políticas públicas en derechos humanos, en este caso para las niñas y los niños en el contexto de la migración. Se trata, en efecto, de interpretaciones que contribuyan a fortalecer el sistema de protección de los derechos humanos”<sup>97</sup>. Además, la Corte señala, en virtud del deber de respetar los derechos humanos de la Carta de la OEA, las opiniones consultivas sirven como guía para Estados que no han ratificado la Convención IDH “Dado el amplio alcance de la función consultiva de la Corte que, como ya se expuso, involucra no solo a los Estados Parte de la Convención Americana, lo que se señala en la presente Opinión Consultiva también tiene relevancia jurídica para todos los Estados Miembros de la OEA que han acordado la Declaración Americana, independientemente de que hayan o no ratificado la Convención Americana, así como para los órganos de la OEA cuya esfera de competencia se refiera al tema de la consulta.”<sup>98</sup>

Con este pronunciamiento queda clara la postura de la Corte respecto de la incorporación de la jurisprudencia consultiva como parámetro de convencionalidad, por lo que -al igual que la jurisprudencia contenciosa- debería ser observada y seguida por los Estados para cumplir con el correcto ejercicio del control de convencionalidad a nivel interno, para así prevenir incurrir en responsabilidad internacional.

Lo interesante de esto es que la Corte convierte en los hechos a las opiniones consultivas obligatorias mediante el control de convencionalidad, ya que la interpretación de cierta norma convencional -de acuerdo con la Corte- deberá ser seguida por los Estados parte de la Convención IDH obligatoriamente como parte del ejercicio del control de convencionalidad a nivel interno. Esto lo hace sin reconocer expresamente el carácter vinculante de estos pronunciamientos, pero si se observa el resultado final es el mismo.

---

<sup>97</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 del 19 de agosto de 2014

<sup>98</sup> Corte IDH, 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 del 26 de febrero de 2016.

### La obligatoriedad de las opiniones consultivas.

El presente punto no está directamente relacionado con el alcance del precedente interamericano, pero contribuye a la discusión al contrarrestar la hipótesis de que no puede considerarse parte del estándar establecido por la Corte para el control de convencionalidad decisiones que no tienen efecto vinculante para ningún Estado.

Una parte de la doctrina desafía los postulados clásicos de que las opiniones consultivas no son vinculantes, tanto para los Estados que solicitan la opinión, como los terceros Estados que no han participado de forma alguna en el proceso.

La presente doctrina incluso señala que la denominación de opiniones consultivas sería errónea, respecto de las funciones que realiza la Corte de acuerdo con el art. 64 de la Convención IDH. Esta declara que una denominación más adecuada sería la de dictámenes, como los que emite el Corte Europea de Justicia, ya que estos son de carácter vinculante.

La fundamentación de esta postura consiste en que la interpretación de la Corte IDH es una interpretación auténtica de la Convención IDH, ya que “ (...) en caso de dudas en cuanto al sentido y alcance de sus disposiciones, se ha señalado cuál es el órgano encargado de emitir un pronunciamiento sobre la interpretación correcta de las mismas pero, por supuesto, esa interpretación es vinculante para los Estados y no puede constituir una mera ‘opinión’.”<sup>99</sup>

Además, esta opinión sería de carácter judicial, por lo que la Corte actúa como un órgano jurisdiccional y no como un mero asesor para los Estados y organismos de las OEA, en otras palabras, “(...) sea en el campo contencioso, sea en el consultivo, la función de ‘aplicar o interpretar’ el Pacto de San José, la Corte actúa como un órgano jurisdiccional y sus decisiones tienen naturaleza jurisdiccional.”<sup>100</sup> En virtud de esto los autores reconocen que las resoluciones consultivas tienen carácter vinculantes, pero también admiten que estas no pueden ejecutarse de la misma manera que las sentencias de carácter contencioso, aunque destacan que esto no basta para evitar su carácter vinculante, en opinión de Pedro Nikken las resoluciones consultivas

---

<sup>99</sup> Faundez, Hector. 2004. El Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos, aspectos institucionales y procesales [en línea] <[https://www.iidh.ed.cr/IIDH/media/1575/si\\_proteccion\\_ddhh\\_3e.pdf](https://www.iidh.ed.cr/IIDH/media/1575/si_proteccion_ddhh_3e.pdf)> [consulta: 20 de enero de 2019]. p. 990.

<sup>100</sup> Nikken, Pedro. La función consultiva de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos. [en línea:]Pp. 171. <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2454/10.pdf>>[consulta: 23 de enero de 2019]

“tienen, en general, un valor análogo al que tienen las sentencias de los tribunales internacionales para los Estados que no han sido partes en el caso sentenciado: si bien no son directamente obligatorias para ellos, representan una interpretación auténtica del Derecho internacional (en el caso de la Convención Americana u "otro tratado" sometido a consulta), que, como fuente auxiliar del mismo, debe ser tenido como norma por los Estados americanos para el cumplimiento de sus obligaciones internacionales.”<sup>101</sup>

La Corte cumple con una función de coadyuvar a los Estados y órganos de la OEA a cumplir con sus obligaciones internacionales en el plano de los derechos humanos, esta función no puede separarse de las opiniones consultivas, por lo que las mencionadas no podrían tener un carácter recomendatorio, ya que aquello significaría privar del efecto útil a la Convención IDH.

Por último, se señala que los Estados que han ratificado la Convención, en virtud del art 33, “éste habría aceptado la competencia de la Corte para velar por el cumplimiento de los compromisos contraídos en la Convención y para definir el alcance de los mismos mediante su interpretación autorizada”<sup>102</sup>, lo que además debe cumplirse de acuerdo a la buena fe, contemplada en el art. 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

En razón de lo explicado, de acuerdo con esta postura, las opiniones consultivas tendrían carácter obligatorio y se alejarían del concepto tradicional, donde estas resoluciones tendrían un carácter recomendatorio, es decir, no vinculante.

### III. RAZONES QUE JUSTIFICAN CONTEMPLAR SOLO LA JURISPRUDENCIA CONTENCIOSA COMO PARÁMETRO.

#### La no obligatoriedad de las opiniones consultivas.

Una de las razones para no considerar a las opiniones consultivas, contempladas en el artículo 64 de la Convención IDH, como parte de las interpretaciones contempladas en el parámetro interamericano para realizar el control de convencionalidad, es que estas no tienen fuerza vinculante obligatoria. “Las opiniones consultivas no son obligatorias. En este campo la Corte

---

<sup>101</sup> Ibid. Pp. 176

<sup>102</sup> Faundez. Op. Cit, p. 992.

cumple una función asesora, de tal modo que sus opiniones no tienen el mismo efecto vinculante que se reconoce para sus sentencias en materia contenciosa.”<sup>103</sup>

Siguiendo la lógica de lo recién mencionado, es posible concluir que como estas resoluciones no son obligatorias no podrían tener el alcance que la Corte les otorga como interpretaciones necesarias para el adecuado control de convencionalidad, ya que de bajo esa lectura estas resoluciones serían obligatorias al final. Esto podría contradecir la naturaleza de estas resoluciones que tradicionalmente se han entendido como pronunciamiento sin vinculación jurídica obligatoria formal.

Las opiniones consultivas no son un acto jurisdiccional, si se interpreta este concepto en un sentido restringido. Este concepto implica un conflicto de intereses de relevancia jurídica que una vez resultado por la autoridad jurisdiccional correspondiente detentaría la autoridad de cosa juzgada. En el caso de las opiniones consultivas son conflictos hipotéticos, donde no existen partes enfrentadas en virtud de interés contradictorios, por lo que la resolución no está revestida por la cosa juzgada. Si el acto no es judicial o jurisdiccional la resolución no tendría la fuerza para imponerse a los Estados, y la Corte estaría actuando en un rol de asesora, por lo que las actuaciones emitidas en esa calidad tendrían un carácter de recomendación, lo que denomina en derecho internacional como *soft law*. Es por esta razón que los defensores de la obligatoriedad de las opiniones consultivas defienden enfáticamente el carácter jurisdiccional de las opiniones consultivas fundado en “(…) la teoría del órgano, la conclusión no admite réplica, pues parte de la base que toda la actividad de un tribunal —como el Interamericano— es jurisdiccional, por ser un cuerpo de esencia judicial.”<sup>104</sup>

Por último, es importante reconocer el rol práctico que cumplen estas resoluciones, las que muchas veces, a pesar de no ser vinculantes, son seguidas por los Estados partícipes del sistema. En palabras de Hitters “En síntesis puede sostenerse que esta específica alta función

---

<sup>103</sup>Pacheco, Máximo. 2011. La Corte Interamericana de Derechos Humanos. [en línea] EN: MORALES, MARCOS. Estudio de Derecho y Propiedad Intelectual. Homenaje a Arturo Alessandri Besa. Primera edición. Santiago. Editorial Jurídica. Pp. 111. <<http://doctrina.vlex.cl/vid/corte-interamericana-derechos-humanos-275274211>>[consulta: 25de enero de 2019]

<sup>104</sup> Hitters, Juan. “¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (Control de constitucional y convencionalidad)” Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. [en línea] 2008. N°10. Pp. 149<<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r25295.pdf>.>[consulta: 25de enero de 2019]

interpretativa que cumple el cuerpo de marras, **si bien no es vinculante en sentido propio**, su fuerza —como vimos— se apunto en la autoridad científica y moral de la Corte, y *tiene efectos jurídicos innegables para todo el modelo regional, y en particular para el Estado que lo solicitó.*”<sup>105</sup>(destacado propio)

#### IV. EJERCICIO DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD POR TODAS LAS AUTORIDADES DEL ESTADO.

El control de convencionalidad en sus inicios fue planteado como una obligación dirigida a los jueces de cada país, era considerado como una suerte de ultima a oportunidad cuando los otros poderes del Estado -Poder Legislativo y Ejecutivo- no cumplieran con sus deberes de adoptar las medidas necesarias para resguardar los derechos consagrados en el Pacto San José, como la Corte señala “(...) cuando el Legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, el Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella”<sup>106</sup>

A medida que la Corte fue desarrollando la institución del control de convencionalidad, ésta fue ampliando los sujetos obligados a ejercerlo a nivel interno, llegando a señalar en Gelman vs Uruguay “(...) debe primar un “control de convencionalidad” (supra párr. 193), que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial.”<sup>107</sup>

La extensión de la obligación del control de convencionalidad a todas las autoridades nacionales puede derivarse del deber de garantía general consagrado en el art 1.1 y del deber de adoptar la normativa nacional a la Convención establecido en el art 2, como establece la Corte “en el sentido de que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados, según el artículo 1.1 de la Convención Americana.”<sup>108</sup> La obligación está dirigida

---

<sup>105</sup> Ibid. P.150.

<sup>106</sup> Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. P.52.

<sup>107</sup> Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. P.69-70.

<sup>108</sup> Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. P.53.

al Estado como un todo, por lo que todos los poderes deben cumplir con las obligaciones establecidas en Pacto y, por lo tanto ejercer el control de convencionalidad.

Tras esa breve introducción proseguiremos a explicar algunas de las interrogantes y comentarios que surgen a partir de la recién señalada declaración de la Corte IDH.

#### Del diseño jurisdiccional a uno para todas las autoridades Estatales.

Se puede concluir que el control de convencionalidad surgió de dos inspiraciones, la primera de estas es la misma Corte IDH, la cual, como se explicó en el primer capítulo, ejerce el control de convencionalidad originario. La versión interna del control de convencionalidad es una especie de réplica de lo que realiza el Tribunal Regional, es evidente que ambas versiones comparten elementos esenciales comunes como que es realizado por órganos judiciales, que tiene por objeto contrastar el ordenamiento interno con la normativa internacional de derechos humanos, etc. También tienen diferencias como que el proceso internacional tiene por objeto declarar la responsabilidad internacional del Estado denunciado, mientras que el proceso nacional tiene como finalidad resguardar los derechos de los habitantes del Estado donde ejerce funciones.

El otro modelo que inspira al control de convencionalidad interno es el control de constitucionalidad que realizan los tribunales constitucionales u otros órganos jurisdiccionales con competencias de protección constitucional. Esto lo podemos ver en el voto razonado del Juez García: “En cierto sentido, la tarea de la Corte se asemeja a la que realizan los tribunales constitucionales. Estos examinan los actos impugnados --disposiciones de alcance general-- a la luz de las normas, los principios y los valores de las leyes fundamentales. La Corte Interamericana, por su parte, analiza los actos que llegan a su conocimiento en relación con normas, principios y valores de los tratados en los que funda su competencia contenciosa.”<sup>109</sup>

En virtud de lo expresado es posible entender que en un comienzo el control de convencionalidad fue ideado bajo el modelo judicial de carácter represivo, en razón de lo expresado la Corte y la doctrina se concentraron en el desarrollo de la implementación a nivel interno del control de convencionalidad para el Poder Judicial, ya que, además de que la Corte establece que es una obligación para los jueces, parece lo más lógico replicar la actividad de la

---

<sup>109</sup> Corte IDH. Caso Tibi vs Ecuador. Voto concurrente razonado Juez Sergio García Ramírez. 7 septiembre de 2004. Pp. 1

Corte IDH a nivel interno con la autoridad nacional con la que comparte ciertas características comunes.

Creemos que por estas razones cuando se expande el control de convencionalidad a otras autoridades, como el Poder Ejecutivo y Legislativo, se hace necesario precisar cómo sistemas distintos de actuación se adecuan a lo que exige la Corte IDH, ya que es claro que no pueden seguir el modelo exacto que se desarrolló en torno a la judicatura. Aquello en el sentido de que cada autoridad nacional actúa dentro de un marco de legalidad, este le señala los actos y formas por lo que regirá su acción mientras ejerce funciones, cada una de estas autoridades tiene atribuciones diferentes que limitan su actuar a un cierto campo de acción. Entonces hay que adecuar el control de convencionalidad, o más bien, configurar una versión administrativa y otra legislativa de la institución.

Son pocos los autores que le han dedicado algunas palabras al presente tema, ya que como señala la mayoría de la doctrina se ha concentrado en la variante jurisdiccional del control de convencionalidad.

A continuación, se tratará de esbozar en qué consistiría para cada poder del Estado cumplir con la obligación de llevar a cabo el control de convencionalidad, en esta parte nos concentraremos en ilustrar brevemente lo que implicaría ejercer el control para estos órganos, para así poder apreciar el verdadero alcance que tendría el precedente interamericano si se cumple cabalmente con lo propuesto por la Corte.

El Poder Legislativo, principalmente, crea normativa, por lo que este poder no tendría que realizar un trabajo de contraste, sino que “el control de convencionalidad no opera como examen de validez de la norma interna – control ‘fuerte’ como en Almonacid- ni como un ejercicio de interpretación conforme – control ‘débil’- sino como una pauta normativa a considerar en la fabricación del enunciado normativo.”<sup>110</sup> En este caso en control significaría una suerte de base o piso para la generación de normativa interna, la Corte deja este punto claro en *German vs Uruguay* donde señala “La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad **está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los**

---

<sup>110</sup> Op. Cit. Contreras Análisis Crítico del Control de convencionalidad. Pp.443.

**derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana**, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías”<sup>111</sup>(destacado propio)

En este caso el escenario que se le presentaría al Congreso sería muy similar a lo que ocurre cuando al tramitarse una ley existen dudas u objeciones sobre su constitucionalidad, lo que las autoridades legislativas realizan es presentar ante el Tribunal Constitucional sus inquietudes para que sean resueltas por el órgano que establece nuestra Constitución, esto se denomina un control previo. Es relevante destacar que en el caso de la convencionalidad el parámetro a seguir va más allá de la Convención, ya que incluye las interpretaciones de la Corte IDH. También existe el problema hoy en día de que no existe un órgano encargado del control de convencionalidad preventivo, podría discutirse que el Tribunal Constitucional tiene esa atribución, ya que los derechos esenciales consagrados en tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes formarían parte del bloque de constitucionalidad y, por lo tanto tendrían el mismo rango que la Constitución, sin embargo es importante señalar que aún no existe consenso sobre la teoría derivada del artículo 5° inciso segundo de la Constitución Política. Este último asunto excede el ámbito de este trabajo de tesis, por lo que no se profundizara en las posibles formas de ejercer un control de convencionalidad y tampoco de las discusiones respecto el art 5 de la CPR.

Lo que si queda claro de lo mencionado es que al Poder Legislativo le corresponde una tarea previa o preventiva, ya que debe seguir el parámetro interamericano antes de aprobar una norma.

El control de convencionalidad para el legislativo implicaría “(...) a no sancionar normas opuestas al Pacto de San José de Costa Rica y a la Jurisprudencia de la Corte Interamericana, y a modificar las existentes, y en casos extremos a eliminarlas, para concordarlas con estos

---

<sup>111</sup>Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. P.70.

baremos.”<sup>112</sup>. esto significa que no solo es un rol positivo (de creación de normas), sino que implica también eliminar normas contrarias al Pacto y las interpretaciones de la Corte IDH.

Los órganos administrativos crean normas mediante reglamentos, dictámenes, decretos, etc. A estos también se aplicarían las obligaciones explicadas para el órgano legislativo en el rol positivo, es decir, deberían hacer un examen previo en relación con el estándar mínimo interamericano, que es la Convención en conjunto con la interpretación de la Corte, para crear una normativa administrativa.

En el caso en que se deban aplicar normas administrativas o leyes por parte de las autoridades administrativas, se advierte que primero debiera realizarse una interpretación conforme a los estándares interamericano de derechos humanos, lo que Sagüés denomina como “el control constructivo de convencionalidad”<sup>113</sup>. Si la interpretación de la norma es inconciliable con lo que señala el Pacto y la jurisprudencia de la Corte, es necesario un control represivo, como el que se le encarga ejercer a los jueces. En este caso se presenta la dificultad de que no tienen la facultad para dejarla sin efecto o evitar su aplicación, por lo que las opciones serían otorgarles esa facultad o “reconocerle legitimación procesal para plantear el asunto ante quien sí está habilitado para ejercer el control de constitucional para que el resuelva el tema del control represivo de convencionalidad.”<sup>114</sup>

En resumen, estos son los planteamientos que se han hecho respecto a los órganos no jurisdiccionales que deben ejercer el control de convencionalidad, con esta corta explicación de la expansión de titulares de la obligación internacional queda -de forma manifiesta- que la obligación de seguir la jurisprudencia de la Corte IDH involucra a todo el aparato estatal, por lo que tiene un verdadero efecto expansivo la jurisprudencia de la Corte, este efecto involucra normas que ni siquiera han sido creadas, ya que estas estarían condicionadas por el estándar mínimo interamericano. De todo lo explicado en este trabajo puede concluirse que la expansión de los sujetos va en línea con la idea del Corpus Iuris Interamericano, que -como se explicó en

---

<sup>112</sup> Sagüés, Nestor P. 2015. Notas sobre el control ejecutivo de convencionalidad. [en línea] Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. N°21. Pp. 145 <<https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/anuario-derecho-constitucional/article/view/4122/3570>>[consulta: 26 de enero de 2019]

<sup>113</sup> Ibid.

<sup>114</sup> Ibid. P. 147

capítulos anteriores- busca una suerte de unificación mínima regional en materia de derechos humanos.

### Impedimentos prácticos.

Uno de los impedimentos prácticos es que para ejercer el control de convencionalidad es necesario tener un conocimiento acabado de la regulación internacional de derechos humanos y, además, manejar la jurisprudencia de la Corte IDH. Estas exigencias serían necesarias para cualquier autoridad, para que esta pueda ejercer su obligación del realizar el control de convencionalidad. Esto podría implicar una carga un tanto excesiva para los Estados, sobre todo para funcionarios que no acostumbrar a manejar este tipo fuente jurídica y, que además implica un gran trabajo de estudio porque las sentencias no son cortas y existe un gran número de jurisprudencia emitida por la Corte.

También se podría plantear el problema de comprensión de las sentencias de la Corte, las cuales podrían ser difíciles de entender si no se tiene una preparación jurídica previa.

Por último, podría generarse un caos normativo si todas las autoridades tienen facultades para ejercer el control de convencional, por lo que es importante que la Corte se pronuncie en más detalle a lo que se refiere con que todas las autoridades deben realizar el mencionado control.

## CAPÍTULO QUINTO: MODELO COMPARADO TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.

### I. INTRODUCCIÓN.

En el mundo existen 3 sistemas de protección de derechos humanos de carácter internacional, cada uno con un cuerpo judicial que supervisa el cumplimiento de las obligaciones a la que los Estados se han comprometido por medio de la ratificación de tratados.

Estos sistemas son: en primer lugar, el más antiguo, el sistema europeo el cual entró en vigor en 1953 con la Convención Europea de Derechos Humanos y el establecimiento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en 1959, le sigue el sistema americano donde la Convención Interamericana de Derechos Humanos entró en vigencia en 1978 y la Corte Interamericana comenzó sus actividades en 1979. Por último, encontramos el sistema africano donde la

Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, entró en vigor en 1986 y posteriormente en el año 2004 entró en vigor el Protocolo n°1 que establece a la Corte Africana de Derechos Humanos.

En el presente capítulo nos concentraremos en el estudio del sistema europeo, las razones de esta decisión dicen relación -principalmente- con que este es el sistema más antiguo, con mayor desarrollo y alcance de población, por lo que observar sus características y cambios podría ser una herramienta útil para el estudio de este trabajo.

### Cuestiones Preliminares.

Antes de comenzar este análisis es necesario tener en consideración algunas características del modelo europeo que lo diferencian Interamericano.

En primer lugar, en el sistema europeo pueden presentarse directamente las denuncias por parte de particulares, esto fue gracias a la aprobación del Protocolo n°11, que además suprimió a la Comisión Europea de Derechos Humanos. En América la Comisión aún juega un papel muy importante en el sistema, ya que es el órgano que recibe las denuncias y posteriormente, si no se encuentra una solución con arreglo del país involucrado, presenta la acción ante la Corte IDH, además de participar en el resto del proceso. Esta diferencia tiene como consecuencia que el número de denuncias sea mayor en el sistema europeo, ya que la Comisión funciona como un “filtro” y también hace el proceso más largo para las personas que intentan ejercer acciones, porque deben pasar -antes- por un proceso distinto ante la Comisión.

La segunda gran diferencia dice relación con la ejecución o cumplimiento de la sentencia, en el sistema americano esta función está a cargo de la misma Corte, en otras palabras, ella supervisa y trabaja con los Estados para que las violaciones a los derechos humanos sean reparadas. Por otro lado, en el caso europeo la ejecución de las sentencias queda a cargo del Comité de Ministros del Consejo de Europa, por lo que una vez que el Tribunal dicta sentencia no vuelve a involucrarse con el asunto, salvo que el Comité presente alguna consulta interpretativa sobre la sentencia para que así pueda realizar una correcta ejecución.

La última gran diferencia es respecto a las opiniones consultivas, en el modelo europeo aquellas están restringidas tanto en los titulares de la acción, ya que solo puede ejercer esta acción el

Comité de Ministros. Como también desde un punto sustantivo, porque se excluyen preguntas sobre el sentido y alcance de los derechos consagrados en el Convenio Europeo, limitándolo a cuestiones procedimentales. Sin embargo, es importante recalcar que en diciembre de 2018 entró en vigor el Protocolo n°16 que permite a los jueces de las más altas jerarquías de cada Estado miembro dirigir consultas sobre la interpretación de los derechos consagrados en la Convención y sus protocolos en relación con su legislación interna, estas consultas son de carácter no vinculante. En América la facultad consultiva de la Corte IDH es bastante amplia pudiendo dirigir consultas sobre cuestiones procedimentales o de fondo, además los titulares de la acción pueden ser un Estado miembro de la Organización de Estados Americanos o algunos de los órganos nombrado en el capítulo X de la Carta de Estados Americanos.

## II. EFEECTO DE LAS SENTENCIAS EN EL SISTEMA EUROPEO.

Este capítulo se centrará en cómo los Estados parte de la Convención Europea de Derechos Humanos interactúan con las sentencias del Tribunal Europeo, en el caso de ser terceros ajenos a una causa determinada. Además, tangencialmente, se desarrollará el tema de la incorporación de la Convención Europea de DDHH a los ordenamientos internos, esto debido a que ambos temas se encuentran estrechamente relacionados.

### Modelo Clásico.

La Convención Europea de DDHH, al igual que la Convención Interamericana, no impone una forma para incorporar este cuerpo normativo internacional al sistema jurídico interno, por lo que queda a discreción de cada Estado miembro con qué fuerza y con qué jerarquía se incorpora al sistema nacional, lo que eventualmente afectara el cómo se considera la jurisprudencia del Tribunal Europeo. Como señala Meyer y Wutscher “The ECHR leaves it to the Member States to ensure the effective implementation of the Convention within their internal law. Thus, the effects of the ECHR and the judgments of the ECtHR in the domestic legal order depend on the manner of implementation and the degree of openness of the legal order to international law”<sup>115</sup>.

---

<sup>115</sup>Mayer, C y Wutscher, H. 2014. Are Austrian Courts Obligated to Consider the Jurisprudence of the European Court of Human Rights When Interpreting the ECHR. [en línea] ICL Journal. Vol 8. p: 202 <<https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/vioincl8&i=203>>[consulta: 25 de septiembre de 2020]

En resumen, cada país tiene el poder discrecional para optar sobre la forma y grado con la que incorpora el tratado a su normativa interna.

Por otro lado, en relación con el alcance de las sentencias el art. 46 n°1 de la Convención Europea de DDHH establece: “Las Altas Partes Contratantes se comprometen a acatar las sentencias definitivas del Tribunal en los litigios en que **sean partes**” (destacado propio). A pesar de la lectura literal de este artículo, en la realidad europea, “(...) the effects of its judgments are still disputed. According to the prevailing opinion, which is certainly also influenced by the absence of a caselaw system in most Member States of the Council of Europe, the Court's judgments legally bind only the parties to a specific dispute.”<sup>116</sup>

Con lo recién explicado queda claro que el alcance que establece la Convención es el efecto relativo de las sentencias o efecto inter-partes, esto quiere decir, que las sentencias solo tienen efecto vinculante para las partes que intervienen en el litigio. Sin embargo, existe parte de la doctrina que trata de desafiar esta concepción clásica, como explicaremos posteriormente.

Por último, mencionaremos que las sentencias del Tribunal Europeo tienen carácter declarativo, por lo que este cuerpo judicial no puede imponer medidas específicas a los Estados para que reparen la situación que genera una violación de derechos, el Tribunal se limita a dar recomendaciones. Esta característica está directamente relacionada con que la ejecución esté a cargo del Comité de Ministros, quien al fin vela por el cumplimiento y se relaciona directamente con los Estados para establecer las medidas necesarias.

### Evolución del Sistema Europeo de Derechos Humanos.

Para comenzar este punto es importante destacar que el proceso de incorporación y apertura al sistema internacional de derechos humanos en Europa ha sido un proceso paulatino influenciado por diversos factores. No está demás señalar que este proceso no ha sido fácil, en un comienzo países como Francia y Reino Unido se resistieron a los efectos de la jurisdicción Internacional, sin embargo, posteriormente accedieron a la colaboración. Los desafíos actuales para el sistema europeo son, principalmente, el número de denuncias anuales, países con grandes deficiencias estructurales que dificultan la protección de los derechos humanos en la región, la falta de

---

<sup>116</sup> Ibid. p. 201.

colaboración de algunas naciones y las grandes diferencias respecto del alcance de protección entre diferentes países.

El sistema europeo ha pasado por diversos cambios que han puesto en cuestionamiento los postulados presentados en el punto anterior, en especial el efecto inter partes de las sentencias del TEDH.

#### Cambios relevantes en el sistema.

Desde los inicios del Tribunal Europeo hasta la actualidad, al sistema se le han introducido un conjunto cambios, algunos normativos y otros de carácter más fáctico, estos de alguna u otra forma han influenciado la forma en que las sentencias del TEDH son consideradas por los Estados miembros en sus ordenamientos internos.

A continuación, analizaremos algunos de los cambios más relevantes que afectan la materia de estudio de este trabajo.

Uno de los cambios más importantes es la inclusión de los procedimientos pilotos, estos fueron introducido por el mismo Tribunal Europeo con el apoyo del Consejo de Europa, quien respaldó la decisión del órgano judicial de utilizar este procedimiento, señalando que no era necesaria una reforma a la Convención para su uso. El procedimiento -en cuestión- tiene por objeto resolver deficiencias estructurales en un Estado determinado, esto debido a que estos problemas generan una gran cantidad de denuncias basados en un mismo conflicto. El tribunal en base a una serie de casos puede percatarse del problema estructural que afecta al país, a partir de esto resuelve el caso piloto estableciendo medidas concretas para remediar la situación que afecta a los ciudadanos de aquella nación, estas medidas deben cumplirse en un periodo de tiempo establecido por el Tribunal.

Este nuevo procedimiento rompe con el modelo clásico de justicia individual, ya que otorga al Tribunal el poder de imponer medidas específicas a un país, pasa tener cierto control en la ejecución del fallo, además le otorga a sus sentencias un efecto expansivo, aunque limitado a un Estado en específico y por último, señalamos que en estos casos no se analiza la cuestión en concreto, sino en abstracto, ya que a partir del análisis de unos pocos casos sobre el efecto negativo de cierta medida en un país determinado se toma una decisión de forma genérica, sin

observar caso a caso las condiciones particulares por las que determinada persona se ve afectada por la medida. Como señala Argelia Queralt “En este sentido, sin duda, el impacto de las sentencias piloto es mucho mayor que las sentencias declarativas al uso del TEDH, superando los efectos inter partes clásicos, y pasando a tener un efecto erga omnes, eso sí, en los confines de un determinado Estado.”<sup>117</sup>

En segundo lugar, señalaremos la introducción del protocolo n°14 que permite a los comités (3 jueces del TEDH) declarar la admisibilidad de una denuncia y también resolver la causa, en los casos en que exista una línea jurisprudencia estable (well-established case-law). Esto refuerza la idea de la importancia de la jurisprudencia del Tribunal, y también potencia la aplicación de estándares generales para todos los países, ya que no es relevante si los otros casos -donde se fijó la línea jurisprudencial- tienen relación con el país denunciado o no.

También es relevante tener presente el efecto que generó la incorporación Protocolo n°11, ya que este implicó un aumento significativo de la cantidad de casos que resuelve el Tribunal Europeo de DDHH todos los años. Para ilustrar este punto nos referiremos a las estadísticas que lleva el Tribunal Europeo, estas señalan que existen 57200<sup>118</sup> casos pendientes en el año 2019 y en el año 2018 se juzgaron 2738 causas. Con esto buscamos ilustrar que para un Estado no seguir la jurisprudencia del Tribunal podría implicar una gran carga de trabajo, por lo que existe un factor de costos importante que el Estado podría comenzar a considerar, y tomar un rol preventivo a nivel interno tendría grandes consecuencias.

Otro punto interesante que considerar son las normas de la Unión Europea, que parecen haber facilitado el acceso para otras normativas de carácter internacional a los ordenamientos nacionales, como es el caso de la Convención Europea de Derechos Humanos. La normativa UE debe aplicarse de forma preferente y directa en el ordenamiento interno, esto derivado de la naturaleza propia del sistema integrado que busca conseguir uniformidad. Esto alertó a los sistemas normativos internos para buscar remedios para lidiar con estos nuevos desafíos, lo que

---

<sup>117</sup> Queralt, Argelia. 2018. “Las sentencias piloto como ejemplo paradigmático de la transformación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.”, [en línea] Teoría y Realidad Constitucional núm. 42. P. 420. <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6800425>>[Consulta: 16 septiembre 2020]

<sup>118</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos, General statistics 2019. [en línea] <<https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=reports&c=>> [Consulta: 21 septiembre 2020]

contribuyo tambien a preparar a los jueces internos a aprender a relacionarse con las jurisdicciones supranacionales, así opina Keller y Stone “Thus, in a myriad ways, European legal integration under the Treaty of Rome helped to prepare national legal systems for the kinds of major challenges that were to come under the ECHR.”<sup>119</sup> Este factor es solo relevante para los países que son parte de la Unión Europea y además de la Asamblea del Consejo de Europa.

Por último, otro factor importante sería el desarrollo por parte del Tribunal Europeo de una línea jurisprudencia clara y consistente. El Tribunal se ha preocupado de seguir su propia jurisprudencia y justificar sus decisiones en base a estas, “In consequence, the Court performs its most important governance functions through the building of a precedent-based case law. Through precedent, the Court seeks to structure the argumentation of applicants and defendant States, to ground its rulings, and to persuade States to comply with findings of violation. The Court also relies heavily on precedent-based rationales to develop Convention rights, and to manage a complex environment, prospectively”<sup>120</sup>. Sumándole esto a lo explicado anteriormente respecto del protocolo n°14, queda clara la fortaleza de la jurisprudencia del TEDH, que además se ha esforzado por ser consistente y, así convencer a los países para que sigan sus estándares.

En resumen, lo recién mencionado tiene por objeto explicar algunas de las razones de porque las sentencias del TEDH han ido cambiando de cómo eran concebidas en el modelo original, es decir, con efecto Inter partes. Estos cambios han generado “ Today, the Court often behaves more as a general and prospective lawmaker than as a judge whose reach is primarily particular and retrospective. In the post-Protocol no. 11 world, the Court functions as an authoritative oracle of rights jurisprudence for all of Europe; it supervises State compliance with the ECHR, whose standards are continuously rising; and it seeks general solutions to general problems with which it is confronted. This shift in emphasis has enormous consequences for the reception processes.”<sup>121</sup>

De una forma ilustrativa de los efectos de las medidas recién explicadas, un número importante de países han comenzado a tener presente la jurisprudencia del TEDH, la medida ha tenido

---

<sup>119</sup> Keller, H y Stone. A. 2008, A Europe of Rights: The Impact of the ECHR on National Legal Systems [en línea] p. 681

<https://oxforduniversitypressscholarshipcom.uchile.idm.oclc.org/view/10.1093/acprof:oso/9780199535262.001.001/acprof-9780199535262?rskey=3vevpo&result=1> [Consulta: 20 septiembre 2020]

<sup>120</sup> Ibid. p. 703.

<sup>121</sup> Ibid. P. 703

orígenes diversos, en algunos países a proveniendo de las más altas judicaturas y en otros de orden legislativo, como bien ejemplifica “Formally, the abovementioned Constitutions are silent on this, while the UK’s HRA expressly provides (section 2) that: ‘[a] court or tribunal determining a question which has arisen in connection with a Convention right must take into account any – (a) judgment, decision, declaration or advisory opinion of the European Court of Human Rights’. In Italy and Germany, as seen above, it is the Constitutional Court that gave instructions to this effect”<sup>122</sup>. Los países que han tomado estas precauciones lo han hecho en el sentido de realizar una interpretación conforme con el estándar europeo, sin embargo, en los casos en que exista una interpretación inconciliable con la Convención las respuestas de cada Estado varían, no existiendo una solución uniforme. En materia legislativa hay países, como Inglaterra, que han contemplado considerar las decisiones de TEDH al momento de regular alguna materia que tenga alguna incidencia la Convención.

#### Menciones a la cosa interpretada.

La doctrina de la cosa interpretada no es ajena a la realidad europea, sino que esta ha sido utilizada en el marco del Consejo de Europa, ya sea más directamente por sus órganos políticos, como por el mismo Tribunal de una forma un poco más sutil, ya que nunca ha utilizado el termino en cuestión.

La primera en pronunciarse sobre la cosa interpretada fue la Asamblea del Consejo de Europa, quien en el año 2000 emitió el reporte denominado “Execution of judgments of the European Court of Human Rights”, en la recién mencionada la Asamblea declaró dentro de las draft resolutions “3.The principle of solidarity implies that 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

---

<sup>122</sup>Martinico.G. 2012. Is the European Convention Going to Be ‘Supreme’? A Comparative-Constitutional Overview of ECHR and EU Law before National Courts [en línea] EJIL, Vol. 23 No. 2. P. 411. <<http://www.ejil.org/article.php?article=2288&issue=111>>[consulta: 25 de septiembre de 2020]

possible implications which judgments pronounced in other cases may have for their own legal system and legal practice.”<sup>123</sup>

También en el mismo documento incluyó entre las recomendaciones dirigidas al Comité de Ministros (draft recommendations) “iii ask the governments of High Contracting Parties to make more use of their right to intervene in cases before the Court, so as to promote the erga omnes significance of of the decisions of the Court;”<sup>124</sup> (subrayado propio)

En este punto es importante tener presente que la Asamblea del Consejo de Europa no tiene facultades para imponer medidas a los países parte de la organización, quien tiene ese poder es el Comité de Ministros, la cual es la institución con poder normativo.

Por otro lado, hay que tener en consideración el informe del Comité de Derechos Humanos, que volvió a reafirmar lo señalado por la Asamblea. “While a judgment of the Court is formally binding only on the respondent State under Article 46 of the Convention (there is no erga omnes effect), in order to prevent future violations the High Contracting Parties are encouraged to consider the conclusions to be drawn from a judgment finding a violation of the Convention by another State, where the same problem of principle exists within their own legal system, and to integrate the Strasbourg Court’s case law into national law. In this respect, reference is often made to the principle of res interpretata whereby it is argued, based on Articles 1, 19, 32 and 46 of the Convention, that national authorities should take account of the Convention as interpreted by the Court, but also bearing in mind the principle of subsidiarity and the doctrine of the margin of appreciation.”<sup>125</sup>

Por último, es relevante tener presente las declaraciones de los Estados miembros de la Convención Europea de DDHH, quienes cada cierto tiempo se reúnen para estudiar los desafíos que presenta el sistema y también, las medidas necesarias que deberían tomar para superar esos

---

<sup>123</sup>Consejo de Europa, Asamblea. “Report:Execution of judgments of the European Court of Human Rights” . 2000. Doc 8808. [en línea] <<https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/X2H-Xref-ViewHTML.asp?FileID=9013&lang=ENDocDetails-EN.asp?fileid=9013>>

[Consulta: 25 septiembre 2020]

<sup>124</sup> Ibid.

<sup>125</sup> Consejo de Europa, Comité directivo de Derechos Humanos, “Report on the Longer-Term Future of the System of the European Convention On Human Rights”.2015. Doc CDDH(2015)R84. [en línea] <[http://www.coe.int/t/DGHL/STANDARDSETTING/CDDH/REFORMECHR/CDDH\(2015\)R84\\_Addendum%20I\\_EN-Final.pdf](http://www.coe.int/t/DGHL/STANDARDSETTING/CDDH/REFORMECHR/CDDH(2015)R84_Addendum%20I_EN-Final.pdf)>[consulta: 28 de septiembre de 2020]

desafíos, para así aumentar la efectividad del sistema. Dentro de las recomendaciones que aconsejan tomar a los países podemos encontrar, el de seguir la jurisprudencia del Tribunal Europeo y también, trabajar en la traducción de las sentencias para así facilitar el acceso al conocimiento de estas por parte de todos los operadores jurídicos del sistema. Es importante señalar que estas declaraciones no tienen carácter vinculante, sin embargo, fueron adoptadas por los 47 miembros de la Convención, por lo representan un compromiso importante con la protección de los derechos humanos en la región.

A continuación, citamos la Declaración de Brighton que señala “In particular, expresses the determination of the States Parties to ensure effective implementation of the Convention at national level by taking the following specific measures, so far as relevant: iv) Enabling and encouraging national courts and tribunals to take into account the relevant principles of the Convention, **having regard to the case law of the Court**, in conducting proceedings and formulating judgments; and in particular enabling litigants, within the appropriate parameters of national judicial procedure but without unnecessary impediments, to draw to the attention of national courts and tribunals any relevant provisions of the Convention and **jurisprudence of the Court.**”<sup>126</sup> (destacado propio)

En la última conferencia de la que nació la Declaración de Copenhague, los miembros van un paso más allá señalando “Calls upon the States Parties to continue strengthening the implementation of the Convention at the national level in accordance with previous declarations (...) : b) ensuring, with appropriate involvement of national parliaments, that policies and legislation comply fully with the Convention, including by checking, in a **systematic manner and at an early stage of the process, the compatibility of draft legislation and administrative practice in the light of the Court’s jurisprudence.**”<sup>127</sup>(destacado propio)

En resumen, pareciera que existe un esfuerzo por la Comunidad Europea por respetar los estándares establecidos por el Tribunal Europeo mediante su jurisprudencia.

---

<sup>126</sup> Estados miembros de la Convención Europea de Derechos Humanos. Declaración de Brighton. 2012. [en línea] <[https://www.echr.coe.int/Documents/2012\\_Brighton\\_FinalDeclaration\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/2012_Brighton_FinalDeclaration_ENG.pdf)>[consulta: 28de septiembre de 2020]

<sup>127</sup> Estados miembros de la Convención Europea de Derechos Humanos. Declaración de Copenhague. [en línea] <[https://www.echr.coe.int/Documents/Copenhagen\\_Declaration\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Copenhagen_Declaration_ENG.pdf)>[consulta: 28de septiembre de 2020]

Podemos concluir que a pesar de no existir -formalmente- un sistema tipo precedente o cosa interpretada vinculante obligatorio, esto no ha impedido la colaboración de los Estados en el sistema europeo de derechos humanos, quienes han decidido considerar el estándar establecido por el Tribunal Europeo para así aumentar la efectividad de la Convención. A pesar de los avances, aún existen países que no toman en cuenta el estándar europeo fijado por el Tribunal, lo que resulta en un mayor número de denuncias en su contra y muchas de carácter repetitivo.

### III. DOCTRINA DEL MARGEN DE APRECIACIÓN.

El margen de apreciación nacional es una doctrina de origen jurisprudencial creada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, esta tenía por objeto en sus inicios conciliar realidades nacionales diversas con la protección de los derechos fundamentales, sobre todo teniendo en cuenta la delicada situación en que se encontraba el Tribunal en sus inicios, donde este no era un órgano permanente. Hoy en día sigue teniendo ese mismo objetivo, pero tras el desarrollo de la doctrina durante varios años y los cambios que ha sufrido el sistema, se ha generado una ola de críticas por la doctrina, estas van desde el desarrollo inconsistente por el Tribunal de la doctrina y su falta de sustento teórico, hasta la necesidad de supresión de su uso por el Tribunal.

La doctrina del margen de apreciación permite a los estados un espacio de acción sobre sus leyes, políticas y actividades en general, en relación con la normativa internacional, en especial con la Convención Europea de Derechos Humanos.

Es importante destacar, y que muchas veces se confunde, lo que dice relación con que el margen de acción que tienen los Estados no es libre o diferente para cada país, el margen se construye sobre una base que es indisponible por parte de los Estados, sobre esa base el Tribunal puede decidir si revoca la decisión nacional o acepta las medidas tomadas por las autoridades locales, en razón de que estas últimas se encontraría en una mejor posición para apreciar el asunto controvertido y no están en contraviniendo la Convención.

Esta doctrina en el sistema americano de derechos humanos ha sido de carácter excepcional, en especial se destacan 2 casos, donde la Corte IDH ha hecho uso expreso del término margen de apreciación. Estos casos son opinión consultiva de Costa Rica sobre Propuesta de modificación

a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalizaciones y en el caso contencioso Herrera-Ulloa vs Costa Rica

En este trabajo no nos centraremos en si procede o no que nuestro Tribunal Regional utilice esta doctrina, o alguna otra formula que otorgue a los Estados algún grado de deferencia. Esto excedería el ámbito de este trabajo y se aleja del objetivo de este.

A continuación, desarrollaremos brevemente como esta doctrina conviviría con la doctrina del control de convencionalidad.

#### El control de convencionalidad y el margen de apreciación.

Pareciera ser que el control de convencionalidad afecta la libertad con que los Estados toman las medidas adecuadas para adoptar su normativa interna a los estándares que les exigen las obligaciones internacionales que han contraído. Como bien señala Contreras al referirse al control de convencionalidad “Al constituir un mandato que obliga a los Estados Partes a internalizar la Convención Americana de Derechos Humanos, afecta la discrecionalidad de los Estados para efectos de implementar las obligaciones contenidas en dicho tratado internacional.”<sup>128</sup> En otras palabras, el control de convencionalidad le viene a decir a los Estados como incorporar y aplicar el tratado, mientras que la doctrina del margen de apreciación le permite al Estado que él tome la decisión de como incorporar y aplicar el tratado, cumpliendo ciertos requisitos como fue explicado en el punto anterior.

Por estas razones es interesante analizar la relación entre estos dos conceptos, por un lado, el control de convencionalidad y por otro el del margen de apreciación nacional. Revisar si es posible que estos convivan o si son totalmente incompatibles.

Es importante recalcar que el margen de apreciación nacional es una doctrina que se ha usado marginalmente por la Corte IDH, además esta última no tiene el deber de aplicarla, ya que es una creación jurisprudencial de otro tribunal internacional, y que no está consagrado en la

---

<sup>128</sup> Contreras, P. 2014. Control de Convencionalidad, Deferencia Internacional y Discreción Nacional en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. [en línea] Revista Ius et Praxis, Año 20, N° 2 <<https://scielo.conicyt.cl/pdf/iusetp/v20n2/art07.pdf>> p. 236[consulta: 5 de octubre de 2020]

Convención Americana de DDHH, por lo que queda a discreción de la Corte si hace uso de esta o no.

Para responder a esta pregunta sobre la compatibilidad de estas dos doctrinas es necesario hacer primero la distinción entre materias sobre las que la Corte se ha pronunciado y aquellas respecto de las cuales no lo ha hecho. En las últimas los Estados tienen un margen de acción más amplio, ya que no se ha definido una regla por la Corte, por lo tanto, puede garantizarse el derecho establecido en la Convención conforme a lo que el Estado considera como en línea con la normativa internacional, en cambio se debería aplicar el estándar interamericano establecido por la Corte en los casos en que se haya pronunciado sobre la materia, de manera tal que el margen sería más limitado en estos casos. En el primer caso no existiría un potencial conflicto entre doctrinas, ya que para que se aplique el control de convencionalidad es necesario que exista alguna jurisprudencia sobre la materia, por lo que la tensión se presentaría solo cuando existe jurisprudencia sobre el tema.

La doctrina especializada llega a la conclusión que ambas doctrinas si podrían convivir, la forma en que esto sería posible es partiendo de la premisa de que el margen de apreciación se construye sobre una base indisponible, es decir, los Estados deben cumplir con un mínimo que no pueden modificar. En el caso que entre en juego el control de convencionalidad, esa base estaría constituida por la jurisprudencia de la Corte IDH, por lo que los países bajo su jurisdicción no podrían establecer medidas que fueren menos efectiva que el estándar interamericano, en defecto el margen de acción estaría constituido por medidas que hagan más afectivos, por sobre el parámetro sentado en la jurisprudencia de la Corte, los derechos garantizados en la Convención IDH.

De acuerdo con el Juez Interamericano Ferrer Mc-Gregor, el control de convencionalidad no limitaría la discrecionalidad que tienen los Estados para implementar la Convención en su territorio, ya que el estándar fijado por la Corte sería un mínimo o base, por lo que cualquier medida que sea más favorable sería ese espacio o margen de discreción. En palabras del autor “existe un ‘margen interpretativo nacional’ que pueden realizar las autoridades para favorecer

con la interpretación nacional la efectividad del derecho o libertad fundamental, siempre y cuando sea para potenciar la efectividad de la norma convencional;”<sup>129</sup>

En Europa el margen no es libertad absoluta de acción para los Estados, el Tribunal Europeo, aunque no siempre consistente, se excusa de aplicar esta doctrina en distintos pilares siendo el primero de ellos la parte indisponible del derecho, el segundo cuando existe jurisprudencia establecida sobre una materia y por último cuando existe consenso regional sobre determinada materia.

## CONCLUSIONES

En este trabajo de tesis estudiamos la doctrina del control de convencionalidad, concentrándonos en el ámbito, de esta institución, de si las interpretaciones de la Corte IDH son vinculantes para los Estados parte de la Convención IDH, sin importar si aquellos han si parte de un caso en particular o no.

Para alcanzar este objetivo tratamos de ubicar la justificación de la mencionada obligación, para lo cual recurrimos a primero estudiar la historia, racionalidad y contenido del control de

---

<sup>129</sup>Op. Cit., Ferrer, 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)”. pp. 678

convencionalidad, después nos referimos a los argumentos que buscan fundamentar la obligatoriedad de seguir el precedente interamericano y por último abordamos las posturas que critican o cuestionan la obligación de realizar el control de convencionalidad, lo que incluye la de seguir las interpretaciones de la Corte.

Además, para complementar la cuestión principal analizamos ciertas temáticas vinculadas directamente a la pregunta central, como el alcance del precedente y a qué autoridades nacionales les correspondería realizar el control. También, examinamos al sistema Europeo de derechos humanos, en especial si existía alguna obligación similar a la que plantea la Corte IDH.

Tras desarrollar los puntos descritos podemos dar una respuesta a la pregunta realizada al inicio de este trabajo, respecto a si la jurisprudencia de la Corte IDH es un precedente vinculante para los estados parte de la Convención IDH, como un elemento integrante del control de convencionalidad.

Primero consideramos necesario recalcar la gran importancia que significa la jurisprudencia de la Corte para el desarrollo y protección de los derechos humanos en la región. Sin embargo, a pesar del positivo designio que busca alcanzar la doctrina del control de convencionalidad, nos cuesta encontrar un sustento suficiente para afirmar la existencia de la obligación internacional descrita.

En primer lugar, consideramos que es cierto que la Corte IDH tiene un papel principal en la interpretación de la Convención, siendo esta la interprete final del Pacto, sin embargo, consideramos que otorgarle un efecto extensivo y preferente a su jurisprudencia, como parte misma de la Convención, basado en el argumento mencionado no es suficiente, siendo necesario recurrir a otras normas internacionales para fundar la obligación. El problema frente al cual nos encontramos al recurrir a otras normas es que estas presentan una serie de complicaciones, partiendo por el art. 27 de la CVDT siendo esta una norma de responsabilidad internacional y que no tiene por objeto imponer la forma en que un tratado sea incorporado al sistema nacional; el art 26 de la misma CVDT habla de la buena fe en el cumplimiento de las obligaciones internacionales, pero la buena fe no puede ser creadora de nuevas obligaciones, como lo es el caso de seguir el precedente interamericano. Los artículos 1 y 2 de la Convención IDH parecieran ser un mandato para incorporar y cumplir con el Tratado, sin imponer una forma

particular para hacerlo. Por lo demás la Corte no detenta una posición de superior jerárquico respecto de los tribunales internos, lo que sería necesario en un sistema tipo precedente.

Por último, los argumentos prácticos, a pesar de que puedan ser ciertos, no bastan para dar origen a una obligación jurídica internacional.

Con lo que acabamos de explicar no buscamos desmerecer los criterios interpretativos de la Corte, consideramos que estos son relevantes y deberían ser considerados por nuestros tribunales nacionales como un elemento interpretativo importante a considerar al momento de resolver casos donde se utilice la Convención IDH y otros tratados de derechos humanos, donde el Tribunal Interamericano haya emitido su opinión.

En fin, para que esta institución sea concebida como lo plantea la Corte IDH es necesario la participación de los Estados, ya sea modificando la convención o adoptándola como parte de su derecho interno.

## BIBLIOGRAFÍA:

### Doctrina:

1. Aguilar, Gonzalo. 2017. *Ius constitutionale commune interamericanum*. EN: NOGUEIRA, HUMBERTO Y AGUILAR, GONZALO. El parámetro del control de convencionalidad, la cosa interpretada y el valor de los estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. NOGUEIRA, HUMBERTO Y AGUILAR, GONZALO. Primera Edición. Santiago. Editorial Triangulo.
2. Bazán, Víctor. 2015. El Sistema Interamericano De Protección De Los Derechos Humanos Y Algunos Retos Y Cuestiones Actuales Y Conflictivas Relacionados Con La Jurisdicción Contenciosa De La Corte Interamericana. [en línea:] Revista Temas Socio Jurídicos. Vol 35, N°68. <<https://doi.org/10.29375/01208578.2252>>
3. Benavides, María Angélica. 2017. El Control de Compatibilidad y el Control de Convencionalidad (o el problema de la competencia). [en línea] *Estudios constitucionales* [en línea]. 2013, vol. 16, n°2.

- <[https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-52002017000200365](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002017000200365)>
4. Benavides, María Angélica. 2015. El efecto erga omnes de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. [en línea] 27 International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional, <<http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.ii15-27.eeos>>
  5. Catilla, Karlos. 2016. La independencia judicial en el llamado Control de Convencionalidad Interamericano.[en línea] Estudios Constitucionales. Vol. 14, N°2. <<https://app.vlex.com/#/vid/664354209>.>
  6. Castilla, Karlos. 2011. El Control de Convencionalidad: un nuevo debate en México a partir de la sentencia del Caso Radilla Pacheco. [en línea] Anu. Mex. Der. Inter. vol.11, <[http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1870-46542011000100020](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-46542011000100020)>
  7. Contreras, Pablo. 2015. Análisis Crítico del Control de convencionalidad.TN: Núñez, Manuel. Internalización del Derecho Público. Santiago, Chile, Thomson Reuters
  8. Contreras, P. 2014. Control de Convencionalidad, Deferencia Internacional y Discreción Nacional en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. [en línea] Revista Ius et Praxis, Año 20, N° 2 <<https://scielo.conicyt.cl/pdf/iusetp/v20n2/art07.pdf>>
  9. Dulitzky, Ariel. 2015. An Inter-American Constitutional Court? The Invention of the Conventionality Control by the Inter-American Court of Human Rights. [en línea]. Texas International Law Journal. 2015. Vol 50, N °1. <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r33557.pdf>.>
  10. Dulitzky, Ariel El impacto del Control de Convencionalidad ¿un cambio de paradigma en el sistema interamericano de derechos humanos? [en línea] <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4757/9.pdf>.>
  11. Faundez, Hector. 2004. El Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos, aspectos institucionales y procesales [en línea] <[https://www.iidh.ed.cr/IIDH/media/1575/si\\_proteccion\\_ddhh\\_3e.pdf](https://www.iidh.ed.cr/IIDH/media/1575/si_proteccion_ddhh_3e.pdf)>
  12. Ferrer, Eduardo. 2011. Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano. [en línea] Estudios constitucionales. Vol. 9, n°2, <[https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-52002011000200014](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002011000200014)>
  13. Ferrer, Eduardo. 2013. 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). [en línea] Estudios constitucionales. vol. 11, n°2, <[https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-52002013000200017](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002013000200017)>
  14. Fuentes, Ximena. 2008. International and Domestic Law: Definitely an Odd Couple. [en línea] 77 Rev. Jur. U.P.R. 483, 2008. <<https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/rjupurco77&i=489>>
  15. González, Pablo. La doctrina del Control de Convencionalidad a la luz del principio de subsidiariedad. [en línea] Estudios constitucionales. 2017. Vol. 15, N°1.

- <[https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-52002017000100003](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002017000100003)>
16. Hitters, Juan. 2015. Control de Convencionalidad (adelantos y retrocesos). [en línea] Estudios constitucionales. Vol. 13, N°1. <[https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-52002015000100005](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002015000100005)>
  17. Hitters, Juan. 2008. ¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (Control de constitucional y convencionalidad)” Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. [en línea]. N°10. <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r25295.pdf>>
  18. Keller, H y Stone. A. 2008, A Europe of Rights: The Impact of the ECHR on National Legal Systems [en línea] <<https://oxforduniversitypressscholarshipcom.uchile.idm.oclc.org/view/10.1093/acprof:oso/9780199535262.001.0001/acprof9780199535262?rskey=3vevpo&result=1>>
  19. Malarino, Ezquiel. 2011. Acerca de la pretendida obligatoriedad de la jurisprudencia de los órganos interamericanos de protección de derechos humanos para los tribunales judiciales nacionales. [en línea] <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3801/19.pdf>>
  20. Martinico.G. 2012. Is the European Convention Going to Be ‘Supreme’? A Comparative-Constitutional Overview of ECHR and EU Law before National Courts [en línea] EJIL, Vol. 23 No. 2. <<http://www.ejil.org/article.php?article=2288&issue=111>>
  21. Mayer, C y Wutscher, H. 2014. Are Austrian Courts Obligated to Consider the Jurisprudence of the European Court of Human Rights When Interpreting the ECHR. [en línea] ICL Journal. Vol 8. <<https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/vioincl8&i=203>>
  22. Nikken, Pedro. La función consultiva de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos. [en línea:] <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2454/10.pdf>>
  23. Nogueira, Humberto. 2012. Diálogo interjurisdiccional, control de convencionalidad y jurisprudencia del Tribunal Constitucional en período 2006-2011.[en línea] Estudios Constitucionales Año 10, N° 2, 2012, <[https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S071852002012000200003&lng=es&nrm=iso&tlng=es](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S071852002012000200003&lng=es&nrm=iso&tlng=es)>
  24. Nogueira, Humberto. 2017.La fuerza vinculante de las sentencias de la Corte IDH, su valor de precedente y la obligatoriedad de su consideración por los Estados Partes de la de la CADH. EN: NOGUEIRA, HUMBERTO Y AGUILAR, GONZALO. El parámetro del control de convencionalidad, la cosa interpretada y el valor de los estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. NOGUEIRA, HUMBERTO Y AGUILAR, GONZALO. Primera Edición. Santiago. Editorial Triangulo.
  25. Pacheco, Máximo. 2011. La Corte Interamericana de Derechos Humanos. [en línea] EN: MORALES, MARCOS. Estudio de Derecho y Propiedad Intelectual. Homenaje a Arturo Alessandri Besa. Primera edición. Santiago. Editorial Jurídica. <<http://doctrina.vlex.cl/vid/corte-interamericana-derechos-humanos-275274211>>

26. Queralt, Argelia. 2018. “Las sentencias piloto como ejemplo paradigmático de la transformación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.”, [en línea] Teoría y Realidad Constitucional núm. 42. <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6800425>>
27. Robledo, Miguel. 2017. De la doctrina de la cosa interpretada (res interpretata). Fundamentos, alcances, límites y proyecciones. EN: NOGUEIRA, HUMBERTO Y AGUILAR, GONZALO. El parámetro del control de convencionalidad, la cosa interpretada y el valor de los estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. NOGUEIRA, HUMBERTO Y AGUILAR, GONZALO. Primera Edición. Santiago. Editorial Triangulo.
28. Sagues, Néstor Pedro. 2010. Obligaciones internacionales y control de convencionalidad. [en línea] Estudios constitucionales. 2010, vol.8, n.1. <<https://scielo.conicyt.cl/pdf/estconst/v8n1/art05.pdf>>
29. Sagüés, Nestor P. 2015. Las opiniones consultivas de la Corte Interamericana en el control de convencionalidad. [en línea:] Pensamiento Constitucional. N°20. <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/14893>>
30. Sagüés, Nestor P. 2015. Notas sobre el control ejecutivo de convencionalidad. [en línea] Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. N°21. <<https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/anuario-derecho-constitucional/article/view/4122/3570>>
31. Sánchez, Claudia. 2015. Impacto de la cosa interpretada por la Corte IDH y la reforma constitucional en México. [en línea] FORO. Revista De Ciencias Jurídicas Y Sociales, Nueva Época, 17. <<https://revistas.ucm.es/index.php/FORO/article/view/48625>>
32. Troncoso, Claudio. 2012. Derecho Internacional, Constitución y derecho interno. [en línea:] Revista de Derecho Público. Vol 77. <<https://revistaderechopublico.uchile.cl/index.php/RDPU/article/view/30938>>
33. Vitolo, Alfredo. 2013. 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* [en línea] N°18. <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/viewFile/8961/9369>>

### Sentencias.

1. Corte IDH, “Otros tratados” objeto de la función consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión consultiva OC- 01/82 de 24 de septiembre de 1982.
2. Corte IDH, Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (art. 51 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión consultiva OC-15/97 del 14 de noviembre de 1997
3. Corte IHD. Caso Myrna Mank vs Guatemala. Voto concurrente razonado Juez Sergio García Ramírez. 25 de noviembre de 2003.

4. Corte IDH. Caso Tibi vs Ecuador. Voto concurrente razonado Juez Sergio García Ramírez. 7 septiembre de 2004.
5. Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006.
6. 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.
7. Corte IDH. Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú. Voto Razonado del Juez Sergio García Ramírez. Sentencia de 24 de noviembre de 2006.
8. Corte IDH. Caso La Cantuta Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006.
9. Corte IDH. Caso Boyce y otros vs Barbados. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 20 de noviembre de 2007.
10. Corte IDH, Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008
11. Corte IDH. Caso Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Voto Razonado del Juez Ad Hoc Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot. Sentencia de 26 de noviembre de 2010.
12. Corte IDH. Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010
13. Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011.
14. Corte IDH. Caso Gudiel Álvarez y otros (“Diario Militar”) vs Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2012
15. Corte IDH. Caso Liakat Ali Alibux Vs. Suriname. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de enero de 2014
16. 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 del 19 de agosto de 2014
17. Corte IDH. Caso López Mendoza vs. Venezuela, Supervisión de cumplimiento de sentencia. Resolución de 20 de noviembre de 2015.
18. Corte IDH, 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 del 26 de febrero de 2016.
19. Corte IDH. Caso Herzog Y Otros Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de marzo de 2018

Documentos:

1. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, General statistics 2019. [en línea] <<https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=reports&c=>>

2. Consejo de Europa, Asamblea. "Report:Execution of judgments of the European Court of Human Rights" . 2000. Doc 8808. [en línea] <<https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/X2H-Xref-ViewHTML.asp?FileID=9013&lang=EN&DocDetails-EN.asp?fileid=9013>>
3. Consejo de Europa, Comité directivo de Derechos Humanos, "Report on the Longer-Term Future of the System of the European Convention On Human Rights".2015. Doc CDDH(2015)R84. [en línea] <[http://www.coe.int/t/DGHL/STANDARDSETTING/CDDH/REFORMECHR/CDDH\(2015\)R84\\_Addendum%20I\\_EN-Final.pdf](http://www.coe.int/t/DGHL/STANDARDSETTING/CDDH/REFORMECHR/CDDH(2015)R84_Addendum%20I_EN-Final.pdf)>
4. Estados miembros de la Convención Europea de Derechos Humanos. Declaración de Brighton. 2012. [en línea] <[https://www.echr.coe.int/Documents/2012\\_Brighton\\_FinalDeclaration\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/2012_Brighton_FinalDeclaration_ENG.pdf)>
5. Estados miembros de la Convención Europea de Derechos Humanos. Declaración de Copenhague. [en línea] <[https://www.echr.coe.int/Documents/Copenhagen\\_Declaration\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Copenhagen_Declaration_ENG.pdf)>
6. Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.