¿La última palabra? Control de convencionalidad y posibilidades de diálogo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Jorge Contesse

I. Introducción

El sistema interamericano de protección de derechos humanos opera hoy en un ambiente social, político y legal muy diferente al que existía cuando, hace unas dos décadas y algo más, comenzó a funcionar. Hoy, los regímenes democráticos son la norma en América Latina y, por lo mismo, la relación entre éstos y los órganos de protección regional de derechos merece ser revisada dado el reclamo por mayores espacios de deferencia que algunos Estados legítimamente hacen. Este trabajo analiza lo anterior atendiendo, en primer lugar, a la doctrina del "control de convencionalidad", que la Corte Interamericana (o Corte IDH) viene articulando desde algunos años y que sostiene que los jueces locales tendrían la obligación de inaplicar leyes que contrarían la Convención Americana —doctrina que ha sido duramente criticada— y, en segundo lugar, dibuja una manera en que podría producirse una suerte de conversación constitucional entre la Corte IDH y los Estados.

Esta conversación tiene un objeto doble: por un lado, acepta la potestad que la Corte tiene para orientar la interpretación sobre derechos fundamentales de los países que constituyen el sistema regional de derechos humanos, dando un lugar especial a las interpretaciones sobre derechos que los propios Estados hacen e instando a la Corte a seguir dichos lineamientos, antes que (siempre) intentar liderarlos; y, por el otro, enfatiza la domesticación de los estándares y obligaciones internacionales por medio de procesos de deliberación nacional, llevados adelante por los órganos e

instituciones locales. Con esto, sostengo, se respetan mejor los espacios de deferencia democrática a que los Estados tienen derecho, sin desatender las obligaciones que derivan de la suscripción voluntaria y soberana que esos mismos Estados hacen de los tratados internacionales sobre derechos humanos.

El plan es el siguiente: tras esta breve introducción, explico la doctrina del control de convencionalidad que la Corte IDH asumió plenamente desde 2006 y destaco las principales críticas que se le han hecho (II). Luego muestro algunos intentos que especialistas han hecho para dar coherencia a la doctrina y cómo éstos resultan insatisfactorios. En seguida, ofrezco una alternativa de reconstrucción de la doctrina del control y del contexto institucional en el que ella podría ser operativa (III), que grafico como una instancia en que la Corte IDH actúa como amplificadora de algunas interpretaciones locales sobre derechos fundamentales (III.A) y que tiene su corolario en la actuación de los Estados y sus propias instituciones como mecanismos para internalizar las obligaciones de derecho internacional (III.B). Concluyo que un modelo como el descrito satisface mejor los requerimientos de orientar la interpretación constitucional sobre los derechos atendiendo, a la vez, las exigencias que impone el escenario de fondo, esto es, el que se "condena" a Estados democráticos con instituciones más fuertes que las existentes hasta hace no poco (IV).

II. El "control de convencionalidad"[1]

[1] Esta sección está basada, con modificaciones, en mi trabajo en co-autoría con Fernando Basch, *Transnational Conversations: International Law and Domestic Adjudication in Latin America*, en LATIN AMERICAN CASEBOOK: COURTS, RIGHTS, AND THE CONSTITUTION (P. Bergallo, R. Gargarella & J. González Bertomeu eds., de próxima aparición).

En los últimos años, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha articulado una doctrina conocida como el "control de convencionalidad" en cuya virtud los jueces y otras autoridades nacionales se encontrarían en la obligación de inaplicar aquellas normas domésticas que no se conforman con las cláusulas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como la interpretación que de estas hace la misma Corte.[2-3] Al pretender dotar a los jueces y autoridades nacionales de tal atribución, se entiende que esta doctrina del control de convencionalidad buscaría robustecer la protección de los derechos humanos en la región, aunque, como se revisa a continuación, su aparición no está exenta de dificultades y ha generado no pocas críticas por parte de especialistas.

A. ¿En qué consiste esta doctrina?

La doctrina del "control de convencionalidad" se encuentra en algunos votos concurrentes del ex juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sergio García Ramírez,[4] pero no es hasta septiembre de 2006 que el tribunal regional la adopta en una decisión de fondo. La sentencia que da origen al control de

---

[2] La Convención Americana sobre Derechos Humanos (o "Pacto de San José de Costa Rica"), adoptada en 1969 y en vigencia desde 1978, contempla una serie de derechos fundamentales, así como establece la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos como los órganos encargados de dar protección y monitorear el cumplimiento de las obligaciones emanadas de dicho instrumento internacional.

[3] La primera sentencia de la Corte Interamericana donde esta doctrina es suscrita por todo el tribunal — y no solo uno de sus jueces, en votos separados, como había ocurrido hasta entonces— es *Almonacid Arellano v. Chile*, adoptada en septiembre de 2006. Luego, con matices y algunas diferencias mayores, la Corte IDH ha reiterado la noción de "control de convencionalidad" al menos en las siguientes sentencias: *Case of the Dismissed Congressional Employees v. Peru* (2006), *Case of La Cantuta v. Peru* (2006), *Case of Boyce et al. v. Barbados* (2007), *Case of Heliodoro Portugal v. Panama* (2008), *Radilla-Pacheco v. Mexico* (2009), *Atala Riffo and Daughters v. Chile (2012)*.

[4] En las sentencias de los casos *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, 25 de noviembre de 2003; *Tibi vs. Ecuador*, de 7 de septiembre de 2004 y *López Álvarez vs. Honduras*, de 1 de febrero de 2006. Ver Juan Carlos Hitters, *Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)*, 7(2) ESTUDIOS CONSTITUCIONALES 109, 113-14 (2009).

convencionalidad trata de un caso en contra del Estado de Chile referido a la existencia en ese país de una ley de auto-amnistía, que impide la investigación judicial, determinación de responsabilidades y sanción por casos de violaciones graves y sistemáticas a los derechos humanos cometidas durante la dictadura de Augusto Pinochet.[5] En palabras de la Corte:

> …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 (*sic*) los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.[6]

La primera pregunta que surge, desde luego, es cuál es el fundamento de esta doctrina, toda vez que la Convención Americana no contiene norma alguna que *obligue* a los jueces domésticos a llevar adelante este tipo de control.[7] La Corte Interamericana viene resolviendo casos contenciosos desde fines de la década de los ochenta, de modo que resulta al menos llamativo que hayan tenido que pasar casi veinte años para que "descubriera" que sobre los jueces domésticos pesa la obligación de inaplicar leyes por el uso directo de la Convención Americana. El fundamento de

---

[5] Leyes como la de auto-amnistía en Chile se encuentran también en otros países, como Argentina, que en 1986 y 1987 dictó las llamadas "leyes de impunidad" (de obediencia debida y punto final), Uruguay, que adoptó en 1986 la "ley de caducidad" o Brasil, que hizo lo propio en 1979.

[6] Inter-American Court of Human Rights, *Case of Almonacid Arellano v. Chile*, Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs. Judgment of September 26, 2006, Series C No. 154, para. 124.

[7] Ver Ximena Fuentes Torrijo, *International and domestic law: definitely an odd couple* 77 REV. JUR. U.P.R. 483 (2008). En el mismo sentido, Castilla Juárez, Karlos Castilla Juárez, *Control interno o difuso de convencionalidad? Una mejor idea: la garantía de los tratados*, 13 Anuario Mexicano de Derecho Internacional 51, 81 (2013).

esta obligación, sostiene la Corte en el párrafo siguiente al recién citado, radica en el deber que tienen los Estados de cumplir los tratados internacionales "de buena fe" (artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados), así como la prohibición que tienen los Estados de "invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado", prohibición contenida en el artículo 27 de la misma Convención de Viena.[8]

Para una parte de los especialistas, así como en general los activistas de derechos humanos, la doctrina introducida en 2006 implica un significativo avance en la protección regional de los derechos humanos. Como advierte Castilla Juárez, la mayor parte de los autores han celebrado la introducción de esta doctrina en el derecho interamericano.[9] Otros, sin embargo, han advertido los problemas que ella genera y han acusado la falta de prolijidad de la Corte Interamericana al introducir una noción que supone cuando menos afectar la distribución de competencias que hacen los Estados a nivel local.[10]

Tras la articulación en *Almonacid*, la Corte ha reiterado la noción del control de convencionalidad en varias decisiones, agregando algunas modalidades y especificando otras.[11] Así, por ejemplo, inicialmente la Corte entendía que los jueces

---

[8] Néstor Pedro Sagües, *Obligaciones internacionales y control de convencionalidad*, 8(1) Estudios Constitucionales 117, 120 (2010) y Juana María Ibáñez Rivas, *Control de convencionalidad: precisiones para su aplicación desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, ANUARIO DE DERECHOS HUMANOS 103, 106-07 (2012).

[9] Ver un breve listado de bibliografía en Karlos Castilla Juárez, *Control interno o difuso de convencionalidad? Una mejor idea: la garantía de los tratados*, 13 Anuario Mexicano de Derecho Internacional 51, 54 (2013).

[10] *See*, with varying degrees of criticism, Fuentes, *supra* note 7; Oswaldo Ruiz-Chiriboga, *The conventionality control*: *examples of (un)successful experiences in Latin America*, 3(1-2) INTER-AM. & EUROPEAN HUM. RTS. J. 200 (2010); Castilla Juárez, *supra* note 7, and Pablo Contreras, "Control de Convencionalidad Fuerte y Débil", disponible en http://corteidhblog.blogspot.com/2012/08/bloguero-invitado-el-control-de.html (last visited: 15 February 2013).

[11] *See supra* note [3].

estaban obligados a llevar adelante "*una especie* de control" (sin indicar cuál sería el género al que pertenecería dicha especie), lo que más tarde cambia por un "control" a secas, aunque, de nuevo, sin detallar la diferencia entre la "especie" de control y el control, digamos "puro". También agrega más adelante que los jueces quedan obligados a ejercer el control de convencionalidad no solo si alguna de las partes así lo solicita, pero aun de oficio; y, finalmente, la Corte entiende que los jueces nacionales están obligados a velar por el cumplimiento del "efecto útil" de los tratados internacionales, lo que agregaría, en su concepto, otro fundamento al deber de llevar a cabo el control de convencionalidad.[12]

Con todo, tal como han advertido algunos, no es claro que de la prohibición de justificar el incumplimiento de obligaciones internacionales en base a las normas domésticas —lo que desde luego puede generar responsabilidad internacional del Estado— se siga una obligación específica de distribuir competencias a nivel interno, dotando a los jueces de atribuciones que eventualmente el ordenamiento jurídico interno no les atribuye.[13] Este problema se hace evidente al considerar los diversos modelos de control de constitucionalidad de las leyes que existen en América Latina. Tomando como ejemplo tres países de la región —Argentina, Chile y Colombia— es posible ilustrar lo anterior: mientras en Argentina, el control de constitucionalidad es difuso, vale decir, recae como potestad constitucional sobre todos los jueces, Chile y Colombia tienen modelos concentrados de control constitucional, donde solo alguna corte especializada tiene la potestad para inaplicar leyes por contravenir la Constitución. Al articular la noción de control de convencionalidad, la Corte

---

[12] Ibáñez, *supra* note ___, at 112.

[13] Ver María Carmelina Londoño Lázaro, "El principio de legalidad y el control de convencionalidad…..", p. 810.

Interamericana soslaya completamente la distinción entre modelos difusos y concentrados de control de constitucionalidad y , como es lógico, la obligación que la Corte introduce se satisface de manera distinta según si todos los jueces o solo algunos tienen, *de acuerdo con las normas de distribución de competencias internas*, la facultad para inaplicar leyes por contravenir la Constitución nacional. De esta manera, si en Chile un juez de primera instancia considera que una norma se opone a alguna cláusula de la Convención Americana (o a la interpretación que de ella hace la Corte), según la doctrina del control de convencionalidad tendría que dejar de aplicar la norma doméstica, pero, al hacer ello, contravendría aquellas normas que disponen que únicamente es el Tribunal Constitucional quien tiene la facultad de declarar inaplicable los preceptos legales por inconstitucionales (específicamente, el artículo 93 No 6 de la Constitución). En Argentina, en cambio, el mismo juez podría cumplir con el deber que la Corte Interamericana ha impuesto sin defraudar las normas internas de distribución de competencias.

La Corte Interamericana parece no advertir estos problemas hasta después de *Almonacid*: en el caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú,*[14] la Corte agrega una modalidad al control de convencionalidad, disponiendo que los "órganos del Poder Judicial" deben llevarlo adelante "evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes."[15] En algún sentido, se mejora la articulación de la doctrina pues parece atenderse a las especificidades de las (diversas) regulaciones

---

[14] Inter-American Court of Human Rights, *Case of the Dismissed Congressional Employees v. Peru*, Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs, Judgment of November 24, 2006.

[15] *Ibid*, para 128. Esta misma fórmula es reiterada posteriormente en los casos *Radilla-Pacheco v. Mexico*, Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs, Judgment of November 23, 2009, para. 339; and *Atala Riffo and Daughters v. Chile*, Merits, Reparations and Costs, Judgment of February 24, 2012, para. 282.

domésticas, aunque, como lo han advertido algunos especialistas, se mantienen serias inconsistencias. Así, por ejemplo, desde que la Corte agregó que el control de convencionalidad debe ser realizado aun *ex officio*, cabe preguntarse qué ocurre cuando el contraste normativo entre disposiciones legales y la Constitución solo puede realizarse a petición de parte: según la Corte Interamericana habría una falta pero, como venimos explicando, es un hecho que en determinados países el control de constitucionalidad de las leyes es atributo exclusivo de determinadas cortes y no de todos los jueces, con lo cual la Corte no logra superar la dificultad de subvertir normas orgánicas internas de los propios Estados que le dan competencia.

En el sistema de la Unión Europea es posible encontrar nociones similares a la del control de convencionalidad interamericano. Así, por ejemplo, doctrinas como la de "supremacía" o del "efecto directo" otorgan a los jueces nacionales el poder de revisar la validez legal de las normas domésticas de conformidad con aquellas provenientes del Consejo de Europea,[16] lo que ha llevado a algunos a aseverar que tal sería el equivalente al caso interamericano.[17] Pero, tal como advierte Castilla, no parece posible hacer el paralelo entre estas doctrinas y la del control de convencionalidad puesto que las características del Tribunal de Justicia de la Unión Europea no son comparables a las de la Corte IDH (el símil de esta corte en Europea sería la Corte Europea de Derechos Humanos, la que en todo caso ha reconocido el margen que tienen los Estados para determinar la jerarquía normativa que ocupan las

---

[16] La Corte Europea de Justicia inaugura estas doctrinas en 1964, en el caso *Costa v. ENEL*, las que son desarrolladas posteriormente en casos como *Amministrazoine delle Finanze dello Stato v. Simmenthal*, de 1978. Ver Alec Stone Sweet, *Constitutionaism, Legal Pluralism, and International Regimes*, 16 IND. J. GLOBAL LEGAL STUD. 621, 636 (2009).

[17] Juan Carlos Hitters, *Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)*, 7(2) ESTUDIOS CONSTITUCIONALES 109, 112-13 (2009) ("Lo cierto es que este 'control de convencionalidad' no sólo se ejercita en el sistema regional correspondiente al área de los derechos humanos, sino también que dicha inspección se cumple desde antiguo en el derecho comunitario, sea por los jueces nacionales como por el propio Tribunal de Luxemburgo".)

normas sobre derechos humanos en cada uno de los Estados, yendo en una dirección opuesta a la de la Corta Interamericana).

Por todo ello, como puede apreciarse, junto con el entusiasmo en los defensores de derechos humanos, la introducción del control de convencionalidad genera preguntas teóricas y prácticas que deben ser atendidas. A continuación examino algunos intentos por dar coherencia a la doctrina en comento y muestro que, a pesar de los esfuerzos, no resultan satisfactorios, dejando las cosas prácticamente en el mismo lugar, esto es, a la Corte IDH con una doctrina que no logra hacer frente a las críticas que se presentan.

B. Reconstrucciones de la doctrina del control de constitucionalidad

Algunos autores, advirtiendo los problemas en la forma como se ha articulado la doctrina del control de convencionalidad, han aventurado formas de hacerlo compatible con las obligaciones que desde la Convención Americana se pueden exigir a los Estados que la han suscrito.[18] En general, comparten los propósitos declarados de esta doctrina —*i.e.*, la mayor protección y garantía de los derechos— pero objetan las inconsistencias técnicas que se aprecian al estudiar la manera como se constituye el control de convencionalidad.

Así, por ejemplo, hay quienes, junto con llamar a la Corte Interamericana a realizar esfuerzos de modo que su jurisprudencia sea vista como "consistente, rigurosa

[18] Las obligaciones principales están contenidas en los artículos 1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y consisten en la obligación de *respeto y garantía* de los derechos y libertades allí reconocidos (art. 1) así como la de adoptar las "medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades" en los casos en que estos no estuviesen suficientemente garantizados a nivel interno (art. 2).

y razonable",[19] sugieren que los jueces nacionales solo debieran ejercer el control de convencionalidad bajo las siguientes condiciones: (a) que exista una norma *manifiestamente* contraria a la Convención Americana; (b) que la Corte IDH haya establecido previamente un estándar internacional obligatorio y con efectos generales contra el cual el juez doméstico contraste la norma nacional, y (c) que la función judicial observe las formas y competencias prescritas en el orden jurídico interno.[20] Este intento de solución no mejora mucho las cosas ya que es perfectamente posible que la Corte haya señalado "con efectos generales" que un tipo de normas es "manifiestamente" incompatible con la Convención Americana —como lo ha hecho, por ejemplo, con las leyes de auto-amnistía—[21] y que un juez doméstico *no tenga* la atribución constitucional para inaplicar o derogar esa legislación en el nivel interno. Dicho juez, en la lógica de la Corte, estaría haciendo incurrir a su Estado en responsabilidad internacional por no "adoptar medidas" —inaplicar la ley— para garantizar el ejercicio y garantía de los derechos que la Convención asegura (obligación contenida en el art. 2 del Pacto).

Otros, por su parte, distinguen entre facetas "destructivas" y "constructivas" del control de convencionalidad".[22] De un lado estaría la dimensión tradicional del trabajo de la Corte IDH que opera como un "rayo exterminador de normas locales",

---

[19] Londoño Lázaro, p. 811. Si de acuerdo a esas "formas y competencias", un juez de instancia, por caso, no estuviese legalmente habilitado para declarar inaplicar una norma jurídica por "anticonvencional", entonces lo cierto es que en tal hipótesis el control de convencionalidad sencillamente no podría llevarse a cabo.

[20] *Id.*

[21] Casos *Barrios Altos vs. Perú* (2001), *Almonacid Arellano vs. Chile* (2006), *Gelman vs. Uruguay* (2011), entre otros.

[22] Néstor Pedro Sagües, *Obligaciones internacionales y control de convencionalidad*, 8(1) ESTUDIOS CONSTITUCIONALES 117, 130 (2010).

cada vez que ella declara que una norma se opone a la Convención.[23] o, específicamente, cuando exige a los jueces domésticos que lo hagan al conocer los casos en sede local; y, de otro lado, existiría una modalidad en cuya virtud "las normas constitucionales y subconstitucionales…deberían, asimismo *en todo lo posible, ser interpretadas* […] *en consonancia* con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos".[24] Sin embargo, la idea de la interpretación conforme para evitar que las normas domésticas entren en tensión con las del tratado internacional suponen que estas no se oponen a él precisamente *porque pueden interpretarse de un modo compatible*, de modo que no parece ser realmente una explicación de la doctrina elaborada por la Corte.

En una línea similar, hay quienes plantean como remedio a las deficiencias de la doctrina entender que el fin perseguido por la Corte Interamericana al inaugurar esta doctrina no es otra cosa "que los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia cumplan con *la garantía de los tratados*", lo que, sin embargo, y tal como reconocen, "no es ninguna novedad" pues en definitiva importa exigir al juez que

---

[23] Sagües, *supra* note ___, at 130. Uno de los problemas con la metáfora utilizada es que supone más de lo que a Corte IDH puede dar: para que un pronunciamiento de la Corte pueda efectivamente "exterminar" las normas domésticas se requiere que el Estado en cuestión contemple algún tipo de regulación en virtud de la cual tal será el efecto seguido de dicho pronunciamiento. El exterminio de las normas no depende, dicho de otra manera, de la mera voluntad de la Corte, sino que requiere de un acto del Estado que determine que las decisiones supraregionales actuarán como rayos exterminadores. Mientras ello no ocurra, lo cierto es que normas que la Corte IDH ha declarado como contrarias a la Convención Americana pueden perfectamente seguir vigentes en el orden interno. Basta mirar el caso de Chile para ilustrar el punto: cuando la Corte IDH determinó que la regla constitucional que autorizaba la censura previa de ciertas películas vulneraba el art. 13 de la Convención (*Caso Olmedo Bustos y Otros vs. Chile*, 2001), Chile *decidió* modificar su Constitución, dando cumplimiento a la sentencia de la Corte; pero tras la decisión de la Corte IDH respecto a la incompatibilidad con la Convención Americana del decreto-ley de auto-amnistía, Chile no ha derogado esa norma y por lo tanto no puede afirmarse, como hace Sagües, que una modalidad de ejercicio del control de convencionalidad pulverice normas locales.

[24] *Id.* (el destacado es mío). Explica Sagües: "Consecuentemente, si una cláusula de una constitución nacional (o una norma subconstitucional) permite por ejemplo dos o tres interpretaciones, el operador deberá preferir la que coincida, y no la que se oponga a la Convención Americana de (*sic*) Derechos Humanos. *A contrario sensu*, ello significa que deberá desechar las interpretaciones de la norma constitucional o subconstitucional, que resulten incompatibles con la Convención Americana, o con la interpretación dada a esta última por la Corte Interamericana de Derechos Humanos".

"directamente inaplique o expulse las normas nacionales que se opongan al contenido de los tratados internacionales".[25] En otras palabras, no se varía, a pesar de las críticas vertidas, la solución que el tribunal regional plantea como exigencia a los jueces domésticos.

Como se observa, los diversos intentos de los autores por dar sentido a la doctrina del control de convencionalidad asoman como insuficientes, lo que lleva a pensar en la dificultad que esta tiene para ser sostenida técnicamente. Al implicar grados de intervención en la forma como los Estados organizan la competencia de sus órganos, exigiendo que jueces y demás órganos de la administración de justicia contrasten las normas locales con aquellas de la Convención Americana (y la interpretación de ésta llevada adelante por la Corte Interamericana), el tribunal regional exige demasiado sin ocuparse, por ejemplo, de las distinciones entre países con sistemas de control de constitucionalidad concentrado y aquellos con sistemas difusos (donde las posibilidades de ejercer este tipo de control son obviamente menos problemáticas).

III. Una alternativa: la Corte IDH como amplificadora de la justicia constitucional

¿Se equivoca por completo la Corte Interamericana al pretender que sus decisiones orienten la forma como los jueces y autoridades domésticas pueden resolver casos sobre derechos fundamentales? Creo que no. Las constituciones latinoamericanas contienen amplios catálogos de derechos que se asemejan, en mayor o menor medida, al catálogo contenido en la Convención. Además, los jueces domésticos *efectivamente* utilizan la jurisprudencia de la Corte así como las normas de la

---

[25] Castilla Juárez, *supra* note ___, at 92-93.

Convención al momento de resolver —unos más, otros menos. Por último, la Convención sí dispone obligaciones de adoptar medidas, sin que ellas queden circunscritas a determinados órganos del Estado, de modo que es necesario preguntarse por el espacio de interacción entre los tribunales (y autoridades) domésticos y los órganos del sistema interamericano de protección de derechos humanos.

El problema, según vimos, es la actitud tipo "todo-o-nada" que la Corte asume; en realidad, una actitud más del tipo "todo" que "nada". La Corte pretende que *todos* los jueces, aun de oficio, contrasten sus normas locales con las de la Convención y, en caso de estimar que hay conflicto, den preferencia a esta por sobre aquellas. Algunos han señalado que el control de convencionalidad sería una extensión del control de constitucionalidad, como se conoce desde *Marbury v. Madison*; esto es, otro caso en que un tribunal amplía su esfera de acción en virtud de actos propios.[26] Pero una diferencia fundamental es que en *Marbury* la Corte Suprema de Estados Unidos asumió que *ella* era la que tenía la potestad de invalidar la legislación (habiendo además un telón de doctrina, como son los *Federalist Papers*), mientras que la Corte Interamericana pretende crear potestades públicas *de otros órganos* por medio del control de convencionalidad. Como una dificultad adicional, no lo hace respecto de órganos equivalentes o paralelos a ella, como la Comisión Interamericana o incluso los órganos políticos y jurídicos de la OEA (lo que, de todas formas, sería problemático); lo hace respecto de órganos que operan en un nivel diferente, como es el Estado (y, todo ello, sin que hubiese siquiera sectores de la academia o Estados promoviendo una noción semejante).

---

[26] [Citas]

Consciente de las críticas que se han levantado por esta forma de actuar, la Corte y parte de la doctrina han respondido afirmando que lo que hay entre los tribunales locales y la Corte IDH es una especie de "diálogo interjurisdiccional".[27] Según esta fórmula, se promueve que "las cortes locales lleven adelante una interpretación conforme a la Convención Americana y a los pronunciamientos de la Corte IDH, pero que correlativamente ésta tenga presente las observaciones que desde los contextos jurisdiccionales se formulen a los criterios del tribunal interamericano".[28] El propio presidente de la Corte ha cultivado esta idea, al afirmar en un voto concurrente que "los tribunales nacionales están llamados a cumplir un papel crucial por ser uno de los vehículos principales para que el Estado pueda traducir en el orden interno las obligaciones contenidas en los tratados internacionales sobre derechos humanos, aplicándolos en su jurisprudencia y accionar cotidianos […] deben poner en práctica las decisiones vinculantes de la Corte Interamericana que interpretan y definen las normas y estándares internacionales de protección de los derechos humanos".[29] Más aún, en una visita a la Suprema Corte de México, en febrero de 2013, García-Sayán es cuidadoso en señalar que, junto con la preocupación por que los Estados utilicen las decisiones de la Corte IDH, los jueces de este tribunal "no hacemos evaluaciones porque somos muy respetuosos del espacio de cada

---

[27] Ver, por ejemplo, Víctor Bazán, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos y las cortes nacionales: acerca del control de convencionalidad y la necesidad de un diálogo interjurisdiccional sustentable*, ponencia presentada en el VIII Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional, México, 2010, disponible en http://www.juridicas.unam.mx/wccl/ponencias/13/215.pdf.

[28] *Id.*, p. 2.

[29] Voto concurrente del juez Diego García-Sayán en la sentencia de la Corte IDH, *Caso Cepeda Vargas vs. Colombia* (2010), pár. 30, citado por V. Bazán.

tribunal y entendemos que lo que hay, es más bien, un proceso de diálogo respetuoso entre unos y otros".[30]

Lo que el presidente de la Corte parece no advertir es que sus opiniones traslucen no tanto una idea de diálogo de dos (o más) vías, sino una suerte de monólogo unidimensional, *desde* la Corte *hacia* los tribunales domésticos. Si hay diálogo, entonces las dos partes debieran tener igual derecho a participar y los mejores argumentos sobre el sentido y alcance de los derechos que tenemos son los que debieran finalmente prevalecer, sin importar su precedencia.[31] En la formulación de la noción de "diálogo interjurisprudencial", sin embargo, la opinión de la Corte tiene mayor peso relativo, operando como una última palabra, y lo que interesa a esta— incluso al punto de realizar visitas oficiales a los Estados— es que los jueces locales reciban, entiendan y ojalá internalicen los estándares internacionales y la comprensión que tiene de estos. Esta (llamémosla) filosofía judicial empieza mal, pues no es claro que ésa sea la función de la Corte, pero termina peor, con el propósito declarado (pero difícilmente operativo) de identificar una obligación sobre los hombros de los jueces de llevar adelante el control de convencionalidad.

En vez de llegar a este extremo, la Corte IDH podría —y debiera, creo— adoptar una genuina actitud de conversación transnacional. No le basta decir que está embarcada en un diálogo con los jueces locales y visitarlos en sus despachos para luego decidir casos con el objetivo que ellos adopten los estándares y los repliquen en sede local. Tal entendimiento quizá podía sostenerse en los años en que la Corte comenzó a funcionar, dada la débil institucionalidad de los países suscriptores de la

---

[30] *Sinembargo.mx*, "'CoIDH respeta sistemas judiciales de los países", afirma García-Sayán", 28 de febrero 2013, disponible en http://www.sinembargo.mx/28-02-2013/544525.

[31] Ver SEYLA BENHABIB, DIGNITY IN ADVERSITY. HUMAN RIGHTS IN TROUBLED TIMES 57 (2011).

Convención Americana y el tipo de casos que le tocaba conocer (principalmente, violaciones de derechos humanos graves y sistemáticas cometidas por regímenes no democráticos). Pero hoy la situación no es la misma. Si bien subsisten problemas de institucionalidad, los países ya no son gobernados por dictaduras sangrientas que trabajan sobre la base de políticas de terror de Estado y, por lo mismo, los espacios para desplegar agendas de derechos y someterlas al examen de los órganos locales demanda de parte de los órganos del sistema interamericano una actitud diferente.[32]

A continuación presentaré dos decisiones recientes que, me parece, permiten ilustrar la idea de diálogo transnacional que quiero defender. Ambos casos — decididos por la Corte IDH en 2012 — tienen además en común (i) que son condenas a países con regímenes constitucionales "en forma" (Chile y Costa Rica) y (ii) que versan sobre situaciones de derechos humanos inéditas, que se alejan de los casos de violaciones masivas y sistemáticas con las que la Corte ha cimentado su jurisprudencia. Tras revisar estos casos, daré una breve mirada la manera como un Estado (México) ha reaccionado al emplazamiento que la Corte ha hecho respecto del control de convencionalidad, destacando el carácter "institucional" de esta reacción, es decir, hecha *dentro* y *según* las normas constitucionales mexicanas. Creo que estas dos fases pueden ser tenidas como las mejores versiones de una verdadera

---

[32] Durante los últimos dos años, impulsados principalmente por los gobiernos de Ecuador y Venezuela, a los que se han sumado otros Estados, la OEA ha discutido propuestas de reforma al funcionamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos —bajo el eufemismo de "proceso de reflexión y fortalecimiento" de la CIDH. El argumento con el que arrancan estas propuestas de reforma es uniformemente la distinta legitimidad democrática que los Estados tienen hoy y cómo la situación de derechos humanos ha cambiado, lo que reclamaría también un tipo de actuación diferente por parte de la Comisión y la Corte IDH. Se dice, por ejemplo, que a la Comisión IDH ya no le debiera corresponder llevar adelante acciones de *protección* (como son, *i.a.*, la tramitación de peticiones individuales) sino concentrarse en acciones de *promoción*, como son las visitas *in loco* a distintos países, así como actividades de educación en derechos humanos. Sobre esta materia, puede consultarse el documento, *Los límites jurídicos a las reformas al Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)*, el que fuera suscrito por más de 130 profesores de derecho de las Américas disponible en http://www.dejusticia.org/index.php?modo=interna&tema=sistema_judicial&publicacion=1455.

conversación constitucional interamericana, donde los diversos actores jurídicos tienen un rol que cumplir en la creación del derecho. Ello además permite ilustrar a la Corte IDH y demás actores que intervienen en los procesos internacionales los límites existentes para el despliegue de las agendas de protección de derechos que van más allá de la adopción de decisiones judiciales (sean éstas locales o internacionales).

A. El diálogo *desde* la Corte IDH: los casos *Atala Riffo* y *Artavia Murillo*

En febrero de 2012 la Corte Interamericana condenó al Estado chileno por violar el derecho de igualdad, así como el derecho a la protección de la familia, a la vida privada y familiar de Karen Atala y sus hijas, debido a la decisión de la Corte Suprema de ese país que otorgó la tuición de las hijas al padre, fundándose en que ella habría antepuesto sus intereses personales al llevar a vivir a su pareja del mismo sexo al hogar donde criaba a las niñas.[33] La Corte Suprema chilena declaró no tener reproche respecto de la sexualidad de Atala pero objetó que ella "ejerciera" su orientación sexual al mismo tiempo que su calidad de madre, argumentando que las niñas podrían verse expuestas a discriminación social y que tenían derecho a crecer en el seno de una familia tradicional chilena, esto es, constituida por un padre y una madre. En este caso por primera vez la Corte IDH tendría que pronunciarse respecto de la orientación sexual como una (eventual) categoría protegida por la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Y, además, la Corte tendría que razonar no solo respecto del alcance del principio de no discriminación y cómo éste se afectó en contra de Atala, sino también pronunciarse sobre la situación en que se encuentran los derechos de los niños en casos de cuidado personal.

---

[33] Corte IDH, caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 24 de febrero 2012. Como *disclaimer*, advierto que me tocó representar, junto a otros colegas, a las peticionarias en este caso.

Para justificar que la orientación sexual (y la identidad de género) era una de las categorías que quedaban amparadas por la prohibición de discriminar contemplada en el artículo 1 de la Convención Americana, la Corte IDH acudió a diversos elementos de interpretación. Como en otras ocasiones, la Corte citó decisiones del Comité de Derechos Humanos y del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, entre otros (párs. 88-90) y acudió a la jurisprudencia de su par europea, que viene conociendo este tipo de casos hace muchos años, algunos de ellos muy similares a *Atala*.[34] Hasta ahí no hay mucha novedad en la forma como la Corte IDH articula su nueva doctrina respecto a la orientación sexual como una categoría que debe leerse bajo la frase "cualquier otra condición social", del artículo 1 de la Convención. Sin embargo, en su decisión la Corte da un paso en la dirección de articular una suerte de diálogo transnacional *genuino*, esto es, que es dos vías y no solo desde la Corte hacia abajo. Para justificar la adopción de una nueva doctrina, la Corte parte constatando que el panorama social y político de la región ha cambiado y que ello necesariamente impacta en la forma como entendemos el alcance de nuestros derechos. Observa la Corte:

> social, cultural, and institutional changes are taking place in the framework of contemporary societies, which are aimed at being more inclusive of their citizens´ different lifestyles. This is evident in the social acceptance of interracial couples, single mothers or fathers and divorced couples, which at one time were not accepted by society. In this regard, the law and the State must help to promote social progress; otherwise there is a grave risk of legitimizing and consolidating different forms of discrimination that violate human rights.[35]

En seguida, el tribunal analiza la situación particular que tiene en frente —acaso las personas de orientación sexual diversa merecen un mismo umbral de protección que

---

[34] Tal es el caso de *Salgueiro vs. Portugal*.

[35] Párrafo 120 de la sentencia.

las personas heterosexuales— y para ello no solo recurre, como expliqué recién, a los instrumentos universales de Naciones Unidas o la práctica del sistema europeo de derechos humanos. Acá la Corte cita directamente desarrollos constitucionales de países de América Latina, lo que permite enraizar su decisión en interpretaciones locales, siguiendo, más que liderando, el avance de una nueva jurisprudencia sobre la materia. Trae a colación decisiones de la Corte Constitucional colombiana y de la Suprema Corte de México para objetar, primero, cómo es que a personas homosexuales se les ha privado de sus derechos de manera sistemática. Las palabras de la Corte colombiana: "que la discriminación [en el caso citado, en contra de un profesor] por razón de la orientación sexual se basa en un prejuicio sin asidero empírico alguno, que denota la injusta estigmatización que ha afectado a [la] población [homosexual] y que se ha invocado para imponerle cargas o privarla de derechos, en detrimento de sus posibilidades de participación en ámbitos tan relevantes de la vida social y económica".[36]

Luego, respecto de la situación particular de los niños, la Corte IDH cita una decisión de la Suprema Corte de México, en cuya virtud se mantiene que las parejas heterosexuales no aseguran, por ese solo hecho, que los niños serán criados en un mejor ambiente que el que puedan proveer parejas del mismo sexo. Dice la Corte mexicana: "La heterosexualidad no garantiza que un menor adoptado viva en condiciones óptimas para su desarrollo: esto no tiene que ver con la heterosexualidad-homosexualidad. Todas las formas de familia tienen ventajas y desventajas y cada

[36] Corte IDH, *Atala Riffo…*, nota 114 (citando la decisión de la Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-481, 9 de septiembre de 1998, pár. 25).

familia tiene que analizarse en lo particular, no desde el punto de vista estadístico."[37]

Con estas breves aunque directas citas, la Corte IDH termina de construir el argumento fundamental de *Atala*, cual es, que se vulnera la Convención Americana cuando se discrimina a una persona en base a su orientación sexual y que el interés superior de las niñas no supone que padres heterosexuales estén mejor calificados para criarlas. Tanto para el país condenado, como para los demás que reconocen la competencia de la Corte Interamericana, el mensaje es que la ampliación de la doctrina sobre igualdad no solo proviene de nociones globales sobre los derechos, sino también de las interpretaciones locales de dichos países que hacen parte de una asociación regional.

El segundo caso al que quiero hacer mención es *Artavia Murillo y Otros vs. Costa Rica*, el cual comparte con *Atala* el que la Corte resuelve sobre nociones y alcances de los derechos que no estaban contempladas al momento de adoptarse la Convención Americana. En *Artavia*, la Corte también tuvo que hacer reposar sus decisiones, además de las normas y estándares internacionales, en la comprensión que en los Estados existe respecto del asunto sometido ante ella, al condenar, en diciembre de 2012, al Estado de Costa Rica por la prohibición absoluta de tratamientos de fertilización *in vitro* que estaba vigente en el país desde 2000.[38]

Ese año, la Sala Constitucional declaró que un decreto del Ejecutivo que regulaba las técnicas de fertilización asistida era ilegal puesto que, por un lado,

---

[37] Corte IDH, *Atala Riffo…*, pár. 126 (citando la decisión de la Suprema Corte de Justicia de México, Acción de Inconstitucionalidad A.I. 2/2010, 16 de agosto de 2010, pár. 336).

[38] Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") vs. Costa Rica*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 28 noviembre de 2012, Serie C No. 257.

cualquier regulación que afectara de alguna manera derechos fundamentales —como el derecho a la vida— debía emanar de un acto del Congreso, no del Ejecutivo y, por otro lado, y sin perjuicio de si la regulación proviniera de uno u otro órgano, la técnica de fertilización *in vitro*, dijo el tribunal, atenta en contra del derecho a la vida del no nacido, el cual se protege desde el momento de la concepción, según el derecho constitucional costarricense y según la propia protección que contempla la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Diversas parejas que llevaban años practicando —sin éxito— tratamientos de reproducción asistida presentaron una petición ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la que posteriormente llevó el caso ante la Corte. Esta determinó que la prohibición absoluta de la fertilización *in vitro* afectaba varios derechos protegidos por la Convención —como el derecho a la vida privada y familiar, el derecho a la integridad personal y a no ser objeto de discriminación—, decisión que basó en una determinada interpretación de la norma que protege el derecho a la vida.[39]

Según la Corte, el embrión no puede ser entendido como persona para efectos de la protección convencional del derecho a la vida y ésta, que se establece "en general, desde el momento de la concepción", supone que mientras no se haya producido la implantación del óvulo fecundado en el útero materno, no tiene aplicación, vale decir, no hay derecho a la vida involucrado en la situación. En su fallo, la Corte Interamericana dice utilizar tres métodos de interpretación para determinar el sentido y alcance de la norma transcrita. Primero, una interpretación según "el sentido corriente de los términos", luego, una interpretación "sistemática" (para lo cual analiza la práctica del sistema universal y otros sistemas regionales de

[39] El artículo 4.1 de la Convención dispone: "Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción […]".

derechos humanos), y, por último, una interpretación "evolutiva" de las normas del tratado, específicamente el artículo 4.

En la interpretación evolutiva, la Corte parte observando que "Costa Rica es el único país de la región que prohíbe y, por tanto, no practica la FIV",[40] y luego repasa muy someramente la situación de legislaciones de otros países para concluir que las

> prácticas de los Estados se relacionan con la manera en que interpretan los alcances del artículo 4 de la Convención, pues ninguno de dichos Estados ha considerado que la protección al embrión deba ser de tal magnitud que no se permitan las técnicas de reproducción asistida o, particularmente, la FIV. En ese sentido, *dicha práctica generalizada está asociada* al principio de protección gradual e incremental —y no absoluta— de la vida prenatal y *a la conclusión de que el embrión no puede ser entendido como persona*.[41]

La Corte sabe que resuelve sobre un asunto esencialmente controvertido —basta mirar los numerosos *amicus briefs* sometidos para su consideración— y por ello se preocupa de mostrar que existe algo así como un grado de consenso interamericano —en sus palabras, una "práctica generalizada"— que entiende al embrión como un sujeto diferente a la persona cuando se trata de dar protección al derecho a la vida. A diferencia de *Atala*, sin embargo, la Corte aquí no recurre a decisiones o normativas particulares para sostener su doctrina, sino más bien deduce de la ausencia de prohibición constitucional en los Estados que cita un entendimiento respecto de cómo interpretar el artículo 4 de la Convención. Y, a partir de allí, concluye que dichos Estados lo hacen adoptando la postura que no existe incompatibilidad entre la protección convencional de la vida y la existencia y el uso de técnicas de reproducción asistida, lo que confirma la conclusión a la que la Corte ha ido arribando sobre base la base de su propio ejercicio de interpretación (según el "sentido corriente

---

40 Corte IDH, *Artavia Murillo…*, pár. 254.

41 *Id*., pár. 256 (énfasis agregado).

de los términos" y según otros sistemas de protección de derechos), cual es, que la Convención Americana es plenamente compatible con el uso de técnicas de reproducción asistida, particularmente, la fertilización *in vitro*.

Como en *Atala*, la Corte actúa como una voz que une y amplifica las interpretaciones constitucionales sobre el derecho a la vida que diversos Estados mantienen sobre esta materia. Al hacer ello, se sitúa lejos de la actitud maximalista que es propia de la articulación del control de convencionalidad y, además, queda en mejor pie para hacer frente a las críticas que se le hacen ante el escaso esfuerzo que despliega por rescatar el consenso "local" de los países sobre los que ejerce jurisdicción.[42] Esta forma de interacción, que coloca a la Corte como una caja de resonancia de la interpretación constitucional, respeta mejor la legitimidad democrática que muchos Estados reclaman con muy buenas razones y que tanto la Corte como la Comisión Interamericana deben atender.[43]

B. Diálogo *desde* los Estados: el caso *Radilla Pacheco vs. México*

Explicada la forma como la Corte puede de verdad entrar en un proceso de conversación con las jurisdicciones locales, veamos ahora cómo éstas también pueden participar activamente, más allá de simplemente seguir o adoptar los criterios de interpretación emanados desde la Corte IDH. El caso mexicano nos provee de un ejemplo interesante al respecto, que muestra cómo la institucionalidad domestica las obligaciones derivadas de la sentencia de la Corte en el caso *Radilla Pacheco*.

---

[42] *Cfr.* Gerald L. Neuman, *Import, Export, and Regional Consent in the Inter-American Court of Human Rights* 19 EUR. J. INT'L. LAW 101 (2008).

[43] Considérese, por ejemplo, lo que pasa en materia de decisiones como *Gelman vs. Uruguay*, en que la Corte IDH entiende que aun actos de democracia directa como un plebiscito carecen de validez jurídica enfrentados a las interpretaciones que la Corte hace de la Convención Americana. Al respecto, ver, *e.g.*, JUAN PABLO MAÑALICH, TERROR, PENA Y AMNISTÍA (2009) y el trabajo que Roberto Gargarella presenta en esta conferencia.

En agosto de 1974, miembros del Ejército del Estado de Guerrero, en México, arrestaron a Rosendo Radilla Pacheco, quien posteriormente desapareció. Su familia inició diversos procedimientos judiciales para determinar a los responsables de la desaparición forzada sin obtener resultados, por lo cual, en 2001, la hija de Padilla llevó el caso ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Esta determinó que México era responsable de violar una serie de derechos contemplados en la Convención[44] y llevó el caso ante la Corte, la que condenó en definitiva al Estado en noviembre de 2009, determinando, entre otras cosas, que la investigación por la desaparición forzada de Radilla no había sido llevada con la debida diligencia y que reiteró la improcedencia que la justicia penal militar conociera de situaciones en que la víctima de un delito es un civil, por lo que ordenó, primero, la realización de una nueva investigación (penal), la determinación de los responsables y su debida sanción y, en seguida, que esta se hiciera en todo caso bajo las normas y procedimientos de la justicia civil común.[45]

Los peticionarios habían solicitado a la Corte ordenar la reforma del artículo 13 de la Constitución mexicana, que da sustento constitucional a la jurisdicción penal militar, puesto que se prestaba para interpretaciones contrarias a la Convención Americana.[46] La Corte, sin embargo, desestimó la solicitud, señalando que la

---

[44] La Comisión IDH consideró que México había afectado el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal, a la libertad personal, determinadas garantías judiciales y el derecho a la protección judicial de determinados familiares de Rosendo Radilla.

[45] Corte IDH, *Caso Radilla Pacheco vs. México*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 23 de noviembre de 2009, Serie C No. 209, pár. 331.

[46] El art. 13 de la Constitución de México, en lo que interesa a este efecto, dispone: "Subsiste el fuero de guerra para los delitos y faltas contra la disciplina militar; pero los tribunales militares en ningún caso y por ningún motivo, podrán extender su jurisdicción sobre personas que no pertenezcan al Ejército. Cuando en un delito o falta del orden militar estuviese complicado un paisano, conocerá del caso la autoridad civil que corresponda".

existencia de una norma no garantiza completamente que en su aplicación se respeten los derechos fundamentales establecidos a nivel internacional y que, por lo mismo, importaba la manera como el Poder Judicial interpretara el alcance de la justicia militar. Lo que no resultaba aceptable, dijo la Corte, es que se le permitiera conocer de casos en que los imputados de un delito (de lesa humanidad, como es la desaparición forzada de personas) fueran juzgados por tribunales militares. Para ello, la Corte volvió sobre su doctrina del control de convencionalidad (pár. 339), concluyendo en la necesidad "que las interpretaciones constitucionales y legislativas referidas a los criterios de competencia material y personal de la jurisdicción militar en México se adecuen a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal" (pár. 340). El mensaje, entonces, va dirigido al Poder Judicial.[47]

Resulta interesante observar lo que el Poder Judicial mexicano hizo después de esta decisión. En paralelo a las discusiones sobre una reforma constitucional —adoptada finalmente en junio de 2011—[48] que vino a dar mayor importancia a los derechos humanos en la arquitectura constitucional, la Suprema Corte de Justicia se autoconvocó para una deliberación acerca de la forma como ella y el Poder Judicial, en general, debían atender los puntos resolutivos de la decisión de la Corte Interamericana en el caso *Radilla Pacheco*, específicamente, el valor que las sentencias de la Corte IDH tendrían en el ámbito interno para los jueces del país y la forma como éstos habrían de llevar adelante el control de convencionalidad que la

[47] En *Atala* sucede algo similar. Los peticionarios solicitaban una modificación a la norma que regula el cuidado personal de los hijos en caso que los padres vivan separados (art. 225 del Código Civil). La Corte observó que el problema no radicaba en la norma legal, sino en la interpretación judicial que se había hecho de ella y por ello, junto con ordenar medidas de capacitación judicial (igual que en *Radilla*), reiteró su tesis sobre el control de convencionalidad. Ver Corte IDH, *Atala Riffo…*, pár. 282.

[48] Reforma constitucional publicada en el Diario Oficial de la Federación del 10 de junio de 2011 por la cual se modifica el artículo 1º de la Constitución, reforzando el valor de los derechos humanos y su carácter obligatorio como normas de conducta que deben observar las autoridades y poderes públicos.

Corte había reiterado en su decisión.[49] El pleno de la Corte dedicó varios días para adoptar un acuerdo que, en lo medular, sostiene que "a) los jueces deberán llevar a cabo un control de convencionalidad *ex officio* en un modelo de control difuso de constitucionalidad; b) deberá restringirse la interpretación del fuero militar en casos concretos, y c) el Poder Judicial de la Federación deberá implementar medidas administrativas derivadas de la sentencia de la Corte Interamericana en el caso *Radilla Pacheco*."[50]

En lo que interesa a este trabajo, el pleno de la Corte razonó sobre la forma como los tribunales deberían llevar adelante el deber de ejercer el control de convencionalidad, observando que con la sentencia de la Corte IDH más la reforma constitucional de junio de 2011, se alteraba el régimen de control de constitucionalidad (concentrado) que existía hasta entonces, el cual, señala el pleno, no provenía en todo caso de alguna disposición constitucional, sino que era fruto de "diversas construcciones jurisprudenciales".[51] Específicamente, la Corte mexicana entiende que los jueces no pueden hacer declaraciones generales sobre la validez de las normas, ni menos expulsarlas del sistema jurídico, pero sí están en la obligación de inaplicarlas para dar preferencia a los enunciados de la Constitución y los tratados internacionales. Al hacer ello, el pleno indica que los jueces habrán de seguir un test de tres pasos, consistente en realizar una interpretación "conforme" a los tratados (con una dimensión genérica y una dimensión estricta) y, solo cuando estas alternativas no

---

[49] Suprema Corte de Justicia de México, Resolución dictada por el Tribunal Pleno en el expediente varios 912/2010 y Votos Particulares formulados por los Ministros Margarita Beatriz Luna Ramos, Sergio Salvador Aguirre Anguiano y Luis María Aguilar Morales; así como Votos Particulares y Concurrentes de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea y Jorge Mario Pardo Rebolledo, publicada en el Diario Oficial de 4 de octubre de 2011, Segunda Sección, pp. 1-65.

[50] *Id.*, pár. 22.

[51] *Id.*, pár. 25.

sean posibles de llevar a cabo, entonces habrán de inaplicar la ley.[52] Finalmente, el pleno razona sobre la base de los tipos de control de constitucionalidad existentes en México y la manera como éstos se deben realizar para dar cumplimiento a la obligación de llevar a cabo un control de convencionalidad y el mandato establecido en el (nuevo) artículo 1º constitucional.[53]

Desde luego, hubo discrepancias en el pleno de la Corte y otros ministros entendieron que la Corte IDH se extralimitaba en sus atribuciones al ordenar a los jueces locales llevar adelante el control de convencionalidad.[54] Sin embargo, ante el hecho de una sentencia de la Corte Interamericana que dispone una serie de obligaciones, algunas de las cuales están dirigidas a los tribunales locales y son vagas o de difícil implementación, es destacable el esfuerzo que hace el pleno de la Suprema Corte mexicana por delimitar la forma de cumplir con el mandato impuesto por la Corte IDH. En este sentido, la Corte participa activamente de la conversación transnacional advirtiendo que los órganos locales tienen necesariamente un rol que cumplir para hacer realizable las órdenes que emite la Corte Interamericana. El pleno intenta ilustrar a los jueces federales y locales respecto de cuáles son sus

---

[52] *Id.*, pár. 33 (inaplicar una norma legal "no afecta o rompe con la lógica del principio de división de poderes y del federalismo, sino que fortalece el papel de los jueces al ser el último recurso para asegurar la primacía y aplicación efectiva de los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los cuales el Estado mexicano es parte.").

[53] El pleno también ordena a los tribunales inferiores adherir a la interpretación que se sigue de la sentencia de la Corte IDH respecto a la incompatibilidad del artículo 57, fracción II, del Código de Justicia Militar, en cuya virtud se permite que crímenes o delitos cometidos por militares en contra de civiles, aun aquellos que equivalen a crímenes de lesa humanidad, sean conocidos por esa justicia penal especial. Por ello ordena que en lo sucesivo "el fuero militar no podrá operar bajo ninguna circunstancia frente a situaciones que vulneren derechos humanos de civiles" (pár. 44).

[54] Ver, por ejemplo, el voto de la ministra Luna Ramos ("En el estado de derecho, todas las autoridades tenemos una competencia específica y en un sistema federal como el nuestro, en el que rige un control constitucional [concentrado], no es viable determinar que los jueces ordinarios inapliquen leyes porque consideren que son contrarias a la Carta Magna", p. 36). Incluso, el presidente de la Corte argumentó que el pleno lisa carecía de competencia para adoptar un acuerdo como éste, sin perjuicio del fondo del asunto. Ver voto particular del ministro Sergio Salvador Aguirre Anguiano, *id*.

competencias después de *Radilla Pacheco*, lo que además permite una mejor forma de implementar las decisiones del tribunal regional, materia que, como es sabido, frecuentemente preocupa a los especialistas.[55] Al deliberar acerca de las obligaciones derivadas de la sentencia, es el propio Estado el que toma la responsabilidad de implementar los estándares de derecho internacional.

De esta manera, la actuación del pleno consiste en la participación *desde* el Estado que forma parte del diálogo jurisprudencial, pero no en la versión que más atrás explicábamos y que le sienta bien a la Corte IDH, esto es, el monólogo de arriba hacia abajo, sino uno en que de verdad el Estado tiene algo que decir (nada menos que determinar —falta ver si correcta o incorrectamente— cómo los tribunales locales deben participar de una conversación sobre derechos fundamentales que trasciende las fronteras del Estado). Es posible así configurar un modelo en que, por un lado, la Corte IDH actúa como amplificadora de las mejores comprensiones sobre derechos fundamentales presentes en la región, siguiendo y no solo liderando procesos de decisión constitucional, y, por otro lado, se deja un espacio de deferencia a los Estados para que sean éstos quienes resuelvan la forma como internalizan el derecho internacional de los derechos humanos y no la Corte IDH a través de doctrinas problemáticas.

---

[55] Uno de los temas más abordados en el derecho internacional de los derechos humanos es precisamente los problemas de implementación que existen de las decisiones provenientes de tribunales regionales. Ver, entre muchos, Alexandra Huneeus, *Courts Resisting Courts: Lessons from the Inter-American Court's Struggle to Enforce Human Rights*, 44 CORNELL INT'L L.J. 101 (2010); Ariel Dulitzky, *The Inter-American Human Rights System Fifty Years Later: Time For Changes*, 2011 QUEBEC J. INT'L L. 127, 138 (2011) ("Almost 60 % of the [Inter-American Commission on Human Rights] recommendations … are never carried out. Just under 40 % are partially complied with..."); Fernando Basch *et al.*, *The Effectiveness of the Inter-American System of Human Rights Protection: A Quantitative Approach to its Functioning and Compliance With its Decisions*, 12 SUR, INT'L. J. HUM. RTS. 9 (2010); *See also* MAXIMIZING JUSTICE, MINIMIZING DELAY: STREAMLINING PROCEDURES OF THE INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS, report by the Human Rights Clinic of the University of Texas School of Law (2011) *available at http://www.utexas.edu/law/clinics/humanrights/work/Maximizing_Justice_Minimizing_Delay_at_the_IACHR.pdf.*

Quizá una de las posibles objeciones que puede hacerse a esta forma de entender la creación del derecho interamericano de los derechos humanos consiste en la determinación de los casos y decisiones que desde la Corte IDH se puedan seleccionar para construir las doctrinas (podríamos llamar a esta objeción, el problema del *cherry-picking*). No tengo espacio para abordarla acá pero parece importante dejarla sentada de modo de pensar en mecanismos que hagan consistente a un modelo que quiere dar aplicación al derecho internacional sin dejar de respetar los márgenes de deliberación democrática a que tienen derecho los Estados.

IV. Conclusión

Tras varias décadas de funcionamiento, el sistema interamericano de derechos humanos debe hacer frente a notables cambios constitucionales que han ocurrido en los países que le dan vida. En algunas casos, las presiones por reacomodar la manera como los órganos del sistema se relacionan con los Estados ha tomado carices negativos, como lo prueba el llamado proceso de fortalecimiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, iniciado en 2011. Lo que está más allá de toda duda es que las circunstancias jurídicas y políticas en las que operan hoy la Corte y la Comisión son muy diversas a aquellas que existían hace veinte o veinticinco años atrás. Por lo mismo, es importante mirar con atención la manera como estos órganos entienden su labor y, en particular, la forma de vincularse con las demás cortes constitucionales de los países de la OEA.

En un contexto en que los Estados reclaman mayores espacios de autodeterminación constitucional, la Corte Interamericana ha asumido una actitud maximalista, como de un tribunal de casación supranacional, a través de la doctrina del control de convencionalidad. He explicado en qué consiste ella y las principales

críticas que se le hacen: fundamentalmente, el que la Corte decide, sin atender a las particulares condiciones de los Estados, que los jueces locales tienen ciertas obligaciones de inaplicar leyes (o aun las propias Constituciones domésticas) cuando éstas contradicen lo dispuesto por la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la interpretación que de ella hace la Corte IDH, generando situaciones cuando menos contradictorias para los jueces locales. Esto, que suele ser aplaudido por parte de la doctrina y los activistas de derechos humanos, genera problemas técnicos no menores y, por lo mismo, requiere que se hagan intentos por reconstruirla de un modo que, por una parte, dé aplicación a los estándares internacionales que los Estados soberanamente han suscrito y, por otra, respete espacios de deferencia para estos mismos Estados.

Para ello he presentado una forma de diálogo transnacional entre la Corte IDH y los tribunales locales que, a diferencia de la noción de diálogo que la misma Corte dice abrazar, supone una verdadera conversación entre (al menos) dos partes. En ella, la Corte Interamericana no solo direcciona a los Estados en la interpretación de las normas sobre derechos fundamentales sino, antes bien, sigue los lineamientos que las cortes de esos mismos (u otros) Estados han articulado respecto de las materias que son sometidas al conocimiento de los órganos regionales. Revisé dos casos decididos en 2012 (*Atala Riffo y Niñas vs. Chile* y *Artavia Murillo y Otros vs. Costa Rica*) que dan cuenta, aunque de modo tímido, de esta forma de abordar la interpretación sobre los derechos. Junto con ello, presenté como corolario de esta conversación entre dos partes la manera como la Suprema Corte de México se planteó que era necesario otorgar lineamientos a los tribunales del país para dar aplicación a los mandatos que la Corte IDH articuló en la sentencia *Radilla Pacheco vs. México*. En lugar de irrumpir en la toma de decisiones constitucionales a nivel de los Estados, la Corte IDH haría

bien en mirar con más cautela las distribuciones de competencia y acaso desde allí invitar a los Estados a participar de la conversación que desea sostener sobre el alcance y sentido de los derechos que tenemos y servir así de una suerte de amplificador de las doctrinas que, teniendo raíz en los Estados que sostienen al sistema interamericano, mejor protegen esos derechos.