



SANT'ANNA LEGAL STUDIES

STALS RESEARCH PAPER 4/2016

Haideer Miranda Bonilla

***EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN EL SISTEMA INTER-
AMERICANO DE DERECHOS HUMANOS***

Scuola Superiore Sant'Anna

Pisa

<http://stals.sssup.it>

ISSN: 1974-5656

This page was intentionally left blank

EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

Haideer Miranda Bonilla

ABSTRACT

El presente estudio tiene como finalidad analizar el impacto que ha tenido el control de «convencionalidad de convencionalidad» en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y en sede nacional. En particular, a través del análisis de los antecedentes históricos, el fundamento normativo, el parámetro, las características, los efectos del control. Además, se analizarán los desafíos que tiene el control de convencionalidad «en sede nacional» a cargo de los jueces nacionales como impulsores de ese mecanismo ideado para lograr el respecto de estándares mínimos de tutela y que los convierte prácticamente en “jueces interamericanos”. En este sentido, se analizará como en la praxis como se ha llevado a cabo el control de convencionalidad en algunos ordenamientos, particularmente en Costa Rica y México con posterioridad a la sentencia *Almonacid Arellano vs. Chile* por la Corte IDH.

KEYWORDS: control de convencionalidad, Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, Costa Rica, México

EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN EL SISTEMA INTER-AMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

Haideer Miranda Bonilla *

SUMARIO. 1. Introducción. 2. El control de convencionalidad en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos 3. El control convencionalidad en sede nacional 4. Fundamento jurídico del control 4.1. Parámetro del control 5. Características del control: difuso. 5.1. El carácter *ex officio* y el deber de todas las jurisdicciones nacionales de realizarlo dentro del marco de sus respectivas competencias 5.2. Los efectos de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 6. Algunas experiencias de control 6.1. México 6.2. Costa Rica. 7. Efectos del control. 8. El juez nacional como juez interamericano. 9. El diálogo judicial como mecanismo de integración en materia de protección de los derechos fundamentales. 10. Bibliografía.

1. Introducción.

A partir de mediados del siglo XX se empezó a hablar de la “internacionalización del derecho constitucional” y más recientemente, en las dos últimas décadas, de la “constitucionalización del derecho internacional”. La internacionalización del derecho constitucional consiste en el proceso de inclusión del derecho internacional dentro del derecho constitucional interno de un país, de modo tal que las normas internacionales ocupen un lugar definido dentro del sistema de fuentes del respectivo Estado. La constitucionalización del derecho internacional consiste un proceso distinto, en virtud del cual, se acepta que los tratados sobre derechos humanos tienen un dimensión constitucional, es decir, que son constitucionales del orden internacional que implica el respeto por los derechos humanos¹.

* Doctor en Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales por la Facultad de Derecho de la Universidad de Pisa Italia. Especialista en Justicia Constitucional y Tutela Jurisdiccional de los Derechos por la Universidad de Pisa. Máster en Estudios Avanzados de Derecho Europeo y Transnacional y Especialista en Estudios Internacionales por la Universidad de Trento, Italia. Licenciado en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. Letrado de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Coordinador de la Maestría en Derecho Comunitario y Derechos Humanos de la Facultad de Derechos (UCR) www.derechocomunitario.ucr.ac.cr.

¹ Corte IDH. Voto disidente del juez Antônio Cançado Trindade en la sentencia de interpretación del caso Trabajadores cesados del Congreso vs. Perú, sentencia del 30 de noviembre del 2007. Serie C No. 174, párr. 6.

El primero de los fenómenos opera en el ámbito interno, en la medida que cada Estado fija de forma autónoma el rango o la jerarquía que ocupan los tratados internacionales de derechos humanos en el ordenamiento jurídico. Por su parte, en el segundo de los fenómenos, se puede evidenciar como el derecho internacional de los derechos humanos se ha nutrido de institutos jurídicos propios del derecho constitucional. En este sentido, puede existir una similitud entre el control concentrado de constitucionalidad que llevan a cabo las Cortes o Tribunales Constitucionales y el control concentrado de convencionalidad que lleva a cabo la Corte IDH, pues en términos generales ambos tienen como finalidad limitar el poder arbitrario del Estado y la tutela de la dignidad de la persona humana². Asimismo, en el establecimiento del control de convencionalidad en sede nacional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia “Almonacid Arellano vs. Chile” tomó como referencia la jurisprudencia de Cortes, Salas y Tribunales Constitucionales de la región, quienes desde hace tiempo vienen ejerciendo ese tipo de control en sus respectivos ordenamientos³.

El presente estudio tiene como finalidad analizar el impacto que ha tenido el control de «convencionalidad» en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y en sede nacional. En particular, a través del análisis de los antecedentes históricos, el fundamento normativo, el parámetro, las características, los efectos del control. Además, se analizarán los desafíos que tiene el control de convencionalidad «en sede nacional» a cargo de los jueces nacionales como impulsores de ese mecanismo ideado para lograr el respeto de estándares mínimos de tutela y que los convierte prácticamente en “jueces interamericanos”. En este sentido, se analizará como en la *praxis* como se ha llevado a cabo el control de convencionalidad en algunos ordenamientos, particularmente en Costa Rica y México con posterioridad a la sentencia Almonacid Arellano vs. Chile por la Corte IDH.

Las precisiones en la aplicación del control de convencionalidad en sede nacional que ha desarrollado en los últimos años la jurisprudencia interamericana y la atenta sensibilidad de la academia a través de un número significativo de estudios, refleja la actualidad de la temática, la cual es considerada como el gran desafío que tiene el juez nacional en América Latina⁴. En este

² HITTERS, Juan Carlos. *Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación. (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)* en Estudios Constitucionales, Santiago, Centro de Estudios Constitucionales de Chile/Universidad de Talca, Año 7, No. 2, 2009, p. 109-128.

³ Corte Interamericana de Derechos Humanos –en adelante Corte IDH-. Caso Almonacid Arellano vs. Chile. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costa. Sentencia del 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154.

⁴ Cfr. Corte IDH. Voto razonado del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor en el caso Cabrera y Montiel Flores vs. México, sentencia del 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220.

sentido, se pretende analizar la intensidad con que ha sido implementado a nivel nacional y cuáles son los principales desafíos y retos que enfrenta en el futuro.

2. El control de convencionalidad en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

El control de convencionalidad tiene dos manifestaciones: una de carácter concentrado que ejerce la Corte Interamericana de Derechos Humanos –en adelante Corte IDH-, y otra de carácter difuso que ejercen los jueces a nivel nacional⁵. En este sentido se reconoce la existencia de un control de convencionalidad en sede internacional y otro en sede nacional como se verá más adelante.

El control de convencionalidad es un mecanismo que ejerce la Corte IDH comúnmente denominada la Corte de San José de forma *subsidiaria, complementaria* en el evento de que el derecho interno (Constitución, ley, actos administrativos, jurisprudencia, prácticas administrativas o judiciales, etc.) es incompatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros tratados –aplicables-, mediante un *examen de confrontación normativa* (derecho interno con el tratado), en un caso concreto⁶. La Corte de San José tiene a su cargo “el control de con-

⁵ Sobre el control “concentrado y difuso” de convencionalidad desarrollado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos -en adelante Corte IDH- existe una vasta bibliografía entre la que se puede citar: ALBANESE, Susana (coord.). *El control de convencionalidad*. Ed. Ediar, Buenos Aires, 2008. CASTILLA KARLOS. *El Control de Convencionalidad. Un nuevo debate en México a partir del caso Radilla Pacheco*, en Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol XI, 2011, pp. 593 – 624. BAZÁN Víctor y NASH Claudio. *Justicia constitucional y derechos fundamentales: el control de convencionalidad*. Ed. Konrad Adenauer de Alemania 2012. CARBONELL Miguel. *Introducción general al control de convencionalidad*. Ed. Porrúa, México D.F, 2013. FERRER MAC – GREGOR Eduardo (coord.). *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*. Ed. Fundap, México, 2012. FERRER MAC GREGOR, Eduardo. *El control difuso de convencionalidad en el Estado Constitucional*, en Fix Zamudio, Héctor y Valadés Diego (coord.), *Formación y Perspectivas del Estado en México*. Ed. UNAM – El Colegio Nacional, México, 2010, pp. 155 – 188. GONZÁLEZ ESPINOZA, Olger Ignacio. *Acerca del “control de convencionalidad” por parte de los operadores de Justicia (nacionales e internacionales) en situaciones de justicia transicional*, p. 215 – 271. En Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, volumen 56, julio – diciembre de 2012, San José. HITTERS, Juan Carlos. *Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación. (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)* en Estudios Constitucionales, Santiago, Centro de Estudios Constitucionales de Chile/Universidad de Talca, Año 7, No. 2, 2009, pp. 109-128. IBAÑEZ RIVAS, Ana María. *Control de convencionalidad: precisiones para su aplicación desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. En Anuario de Derechos Humanos de la Universidad de Chile, n. 8, 2012, pp. 103 – 113. REY CANTOR, Ernesto. *Control de Convencionalidad de las leyes y derecho humanos*. Ed. Porrúa, México, 2008. SAGUES Néstor Pedro. *Obligaciones internacionales y control de convencionalidad*. en Estudios Constitucionales, Santiago, Centro de Estudios Constitucionales de Chile/Universidad de Talca, Año 8, No. 2, 2009, pp. 117-135. SAIZ ARNAIZ, Alejandro y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coords.), *Control de Convencionalidad, Interpretación Conforme y Diálogo. Jurisprudencial, Una Visión desde América Latina y Europa*. Ed. Porrúa, México, 2012. VENTURA ROBLES Manuel. *El control de convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte interamericana de Derechos Humanos*. En Estudios sobre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Tomo II. Ed. Corte IDH y IIDH, San José, 2011, pp. 385 – 416.

⁶ REY CANTOR, Ernesto. *Control de Convencionalidad de las leyes y derecho humanos*. Ed. Porrúa, México, 2008, p. 46.

vencionalidad fundado en la confrontación entre el hecho realizado y las normas de la Convención Americana. Esta solo puede confrontar los hechos internos -leyes, actos administrativos, resoluciones jurisdiccionales-, por ejemplo con las normas de la Convención y resolver si existe congruencia entre aquellos y estas, para determinar, sobre esa base, si aparece la responsabilidad internacional del Estado por incumplimiento de sus obligaciones de la misma naturaleza”⁷.

Al respecto, ni la Convención Americana de Derechos Humanos, ni el Estatuto ni el Reglamento de la Corte se refieren expresamente a dicho control, sino que es una competencia inherente que deriva de lo dispuesto en los artículos 1.1, 2, 63, 67 y 68.1 de la Convención Americana. En la jurisprudencia interamericana la primera referencia a la expresión “control de convencionalidad” se encuentra en el voto razonado del *ex* juez interamericano García Ramírez en la sentencia *Myrna Chang vs. Guatemala* (2003), la cual reiteró en los votos particulares de los casos *Tibí vs. Ecuador* (2004) y *Vargas Areco vs. Paraguay* (2006)⁸ y que posteriormente fue reconocida por la totalidad de los integrantes de la Corte IDH en la sentencia *Almonacid Arellano vs. Chile* (2006)⁹, en donde se creó la doctrina del “control difuso de convencionalidad” que deben llevar a cabo todas las autoridades nacionales, incluso los jueces y órganos encargados de la administración de justicia.

A pesar de que el reconocimiento expreso de tal instituto jurídico es reciente, la Corte de San José ha venido ejerciendo el «control concentrado de convencionalidad» desde que emitió su primer sentencia de fondo en el caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras* en 1988¹⁰, momento a partir del cual ha tenido que determinar la compatibilidad o no con la Convención Americana de cualquier acto u omisión por parte de cualquier poder u órgano o agente del Estado, incluso leyes nacionales y sentencias de tribunales nacionales¹¹. Nótese, que en el Sistema Interamericano de Derecho Humanos – en adelante Sistema IDH.- la responsabilidad internacional es de carácter objetivo, pues recae sobre el Estado y no sobre alguno de sus órganos o poderes y mu-

⁷ Corte IDH. Voto particular de Sergio García Ramírez en el caso *Vargas Areco vs. Paraguay*. Sentencia de Fondo. Reparaciones y Costas del 26 de septiembre de 2006. Serie C. No. 155, párr. 6 y 7.

⁸ Corte IDH. Votos particulares de García Ramírez Sergio en los casos *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, sentencia del 25 de noviembre de 2003, Serie C. No 101, párr. 27 y *Tibí vs. Ecuador*, sentencia del 7 de septiembre de 2004, Serie C. No 114, párr. 3.

⁹ Corte IDH. Caso *Almonacid Arellano vs. Chile*. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costa. Sentencia del 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154.

¹⁰ Corte IDH. Caso *Velásquez Rodríguez contra Honduras*, sentencia de fondo del 29 de julio de 1988. Serie C. No. 4.

¹¹ CANÇADO TRINDADE Antônio. *Reflexiones sobre el futuro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, p. 573. En AA.VV. *El Futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*. Ed. IIDH, San José, Costa Rica, 1998.

cho menos tiene un carácter individual sobre el individuo como acontece en la jurisdicción de la Corte Penal Internacional.

En las sentencias Velázquez Rodríguez, Godínez Cruz y Fairén Garbi, Solís Corrales (1989) la Corte IDH estableció la responsabilidad internacional del Estado de Honduras por la desaparición forzada, interrogatorios y torturas que fueron sometidas las víctimas por parte de las fuerzas armadas, así como por la omisión de las autoridades judiciales en investigar y sancionar a los culpables de tan graves violaciones de derechos humanos. Posteriormente, en el caso La Última Tentación de Cristo “Olmedo Bustos y Otros” vs. Chile la Corte IDH determinó la incompatibilidad del artículo 19 número 12 que mantenía la censura cinematográfica por cuanto limitaba la libertad de expresión y pensamiento reconocido en el artículo 13 de la Convención Americana y ordenó al Estado modificar su propio ordenamiento eliminando el instituto de la censura previa¹². Lo anterior, es de trascendental importancia, pues es la primera sentencia en la que la Corte IDH declaró la incompatibilidad o mejor dicho la «inconvencionalidad» de una norma constitucional con la Convención Americana. En igual sentido, se pueden citar la sentencia Caesar vs. Trinidad y Tobago¹³.

En la sentencia Barrios Altos vs. Perú, la Corte de San José determinó que la aprobación y aplicación de leyes de amnistía que exoneraban de responsabilidad penal a militares, policías y civiles que hubieran cometido graves violaciones de derechos humanos vulneran los artículos 1.1, 2, 7, 8 y 25 de la Convención Americana y por primera vez determinó que éstas carecen de efectos jurídicos¹⁴. Esa tesis jurisprudencial ha sido reiterada en numerosos fallos por los jueces interamericanos, quienes han determinado que “son inadmisibles las disposiciones de amnistía,

¹² La Corte IDH en el punto resolutivo 4 de la sentencia en cuestión ordenó: “(...) el Estado debe modificar su ordenamiento jurídico interno, en un plazo razonable, con el fin de suprimir la censura previa para permitir la exhibición de la película “La Última Tentación de Cristo”, y debe rendir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dentro de un plazo de seis meses a partir de la notificación de la presente Sentencia, un informe sobre las medidas tomadas a ese respecto”. Caso La última Tentación de Cristo “Olmedo Bustos y otros” vs. Chile. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costa. Sentencia del 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73.

¹³ Corte IDH. Caso Caesar vs. Trinidad y Tobago. Fondo. Reparaciones y Costas. Sentencia del 11 de marzo del 2005. Serie C. No. 123.

¹⁴ En esa oportunidad la Corte de San José indicó: “(...) los Estados Partes en la Convención que adopten leyes que tengan este efecto, como lo son las leyes de autoamnistía, incurren en una violación de los artículos 8 y 25 en concordancia con los artículos 1.1 y 2 de la Convención. Las leyes de autoamnistía conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana. Este tipo de leyes impide la identificación de los individuos responsables de violaciones a derechos humanos, ya que se obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia e impide a las víctimas y a sus familiares conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente. Como consecuencia de la manifiesta incompatibilidad entre las leyes de auto amnistía y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las mencionadas leyes carecen de efectos jurídicos”. Corte IDH. Caso Barrios Altos vs Perú. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75, párr. 41, 43 y 44.

las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos, tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”¹⁵.

En la reciente sentencia *Gelman vs. Uruguay*, la Corte IDH declaró que por sus efectos, la Ley de Caducidad se constituye en una ley de amnistía incompatible con la Convención Americana y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y por lo tanto, carente de efectos jurídicos¹⁶. Ello, a pesar de que la Ley de Caducidad fue aprobada en un régimen democrático y respaldada por la ciudadanía en un referéndum y un plebiscito que se llevaron a cabo respetando los procedimientos previstos en la Constitución. Para los jueces interamericanos:

“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”.¹⁷

Por otra parte, la jurisprudencia de la Corte IDH ha determinado que una sentencia de un órgano jurisdiccional nacional puede vulnerar la Convención Americana por aplicar una norma o realizar una interpretación contraria a esta. Al respecto, el Tribunal reitera que la jurisdicción internacional tiene carácter *subsidiario, coadyuvante y complementario*, en razón de lo cual no desempeña funciones de tribunal de “cuarta instancia”¹⁸. En este sentido, la Corte ha precisado

¹⁵ Sobre las «leyes de amnistía, indulto o de punto final» existe una vasta jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos dentro de la que se puede citar: *Caso Barrios Altos vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C, No. 75; *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C, No. 154; *Caso La Cantuta vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C, No. 162; *Caso Gomes Lund y otros (Guerilha do Araguaia) vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010, Serie C, No. 219; *Caso Gelman Vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C, No. 221.

¹⁶ Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. Sentencia de Fondo y Reparaciones del 24 de febrero del 2011. Serie C. No. 221, párr. 237 a 246 y 312.

¹⁷ Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. Sentencia de Fondo, párr. 238 y 239.

¹⁸ La doctrina de la “cuarta instancia” ha sido desarrollada por la Corte IDH en diferentes sentencias dentro de las que se puede citar: *Caso Atala Riffo vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia

que no es un tribunal de alzada o de apelación, para dirimir los desacuerdos entre las partes, sobre algunos alcances de la valoración de prueba o de la aplicación del derecho interno en aspectos que no estén directamente relacionados con el cumplimiento de obligaciones internacionales de derechos humanos. Es por ello que ha sostenido que, en principio corresponde a los tribunales del Estado el examen de los hechos y las pruebas presentadas en las causas particulares”. Lo anterior, en virtud de que la jurisdicción interamericana tiene como principal función determinar la compatibilidad de las actuaciones realizadas incluidas las de sus órganos judiciales con la Convención Americana¹⁹.

En el caso *Mauricio Herrera vs. Costa Rica*, los jueces interamericanos determinaron que la sentencia de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia que resolvió el recurso de casación interpuesto por la víctima, vulneró los artículos 8.2 inciso h) de la Convención Americana en virtud de que no se realizó un “examen comprensivo e integral de todas las cuestiones debatidas y analizadas en el tribunal inferior”²⁰. En la sentencia *Atala Riffo vs. Chile*, la Corte determinó que las sentencias judiciales habían hecho referencia a que conceder la custodia de la madre «por su orientación sexual», podía poner en peligro el interés del menor, motivo por el cual sin que existiera un estudio técnico concedieron la custodia de las tres menores a su padre, lo cual fue considerado violatorio del principio de igualdad y no discriminación reconocido en el artículo 19 de la Convención Americana²¹.

Las sentencias de Cortes, Salas o Tribunales Constitucionales no escapan a ese control concentrado de convencionalidad. En el reciente caso *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*, la Corte IDH analizó el contenido de la sentencia número 2306 del 15 marzo del 2000, por medio de la cual la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica declaró inconstitucional el decreto legislativo No. 24029-S que permitía la técnica de la fecundación *in vitro*, determinando en lo que interesa que:

de 24 de febrero de 2012. Serie C. No. 219, párr. 65. Caso *Nogueira de Carvalho y otros vs. Brasil*. Excepciones Preliminares y Fondo. Sentencia de 28 de noviembre de 2006. Serie C No. 161, párr. 80 y Caso *Cabrera García y Montiel Flores*. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costa. Sentencia del 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220 párr. 16.

¹⁹ Corte IDH. Caso *Niños de la Calle “Villagrán Morales y otros” vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia del 19 de noviembre de 1999. Serie C. No. 63, párr. 222.

²⁰ Corte IDH. Caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia del 2 de julio de 2004. Serie C. No. 107, párr. 167.

²¹ Corte IDH. Caso *Atala Riffo vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C. No. 219.

“(…) el alcance del derecho a la vida privada y familiar ostenta una estrecha relación con la autonomía personal y los derechos reproductivos. La sentencia de la Sala Constitucional tuvo el efecto de interferir en el ejercicio de estos derechos de las presuntas víctimas, toda vez que las parejas tuvieron que modificar su curso de acción respecto a la decisión de intentar tener hijos por medio de la FIV. En efecto, la Corte considera que una de las injerencias directas en la vida privada se relaciona con el hecho de que la decisión de la Sala Constitucional impidió que fueran las parejas quienes decidieran sobre si deseaban o no someterse en Costa Rica a este tratamiento para tener hijos. La injerencia se hace más evidente si se tiene en cuenta que la FIV es, en la mayoría de los casos, la técnica a la que recurren las personas o parejas después de haber intentado otros tratamientos para enfrentar la infertilidad (por ejemplo, el señor Vega y la señora Arroyo se realizaron 21 inseminaciones artificiales) o, en otras circunstancias, es la única opción con la que cuenta la persona para poder tener hijos biológicos, como en el caso del señor Mejías Carballo y la señora Calderón Porras²²”.

En virtud de lo anterior, el Tribunal interamericano determinó que la interpretación contenida en la sentencia constitucional vulneraba el derecho a la vida privada y familiar reconocido en los artículos 5.1, 7, 11.2 y 17.2 de la Convención Americana²³.

Lo anteriormente expuesto evidencia como la Corte IDH en 35 años de jurisprudencia contenciosa ha llevado a cabo un control de convencionalidad que se asemeja en gran medida al control concentrado de constitucionalidad que efectúan las Cortes o Tribunales Constitucionales. En ese sentido, en un voto concurrente el *ex* juez interamericano García Ramírez indicó:

“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. Dicho de otra manera, si los tribunales constitucionales controlan la “constitucionalidad”, el tribunal internacional de derechos humanos resuelve acerca de la “convencionalidad” de esos actos. A través del control de constitucionalidad, los órganos internos procuran conformar la actividad del poder público – y, eventualmente, de otros agentes sociales – al orden que entraña el Estado de Derecho en una sociedad democrática. El tribunal interamericano, por su parte, pretende conformar esa actividad al orden internacional acogido en la convención fundadora de la jurisdicción interamericana y aceptado por los Estados partes en ejercicio de su soberanía”²⁴.

²² Corte IDH. Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2012, Serie C. No. 257, párr. 277.

²³ Un comentario a esa sentencia se puede ver en: MIRANDA BONILLA Haideer. *La Corte Interamericana dei diritti umani condanna il Costa Rica per il divieto di fecondazione in vitro*. En Rivista di Diritto pubblico comparato ed europeo. Ed. Giappicheli, No. 2, 2013, Milano, Italia.

²⁴ Corte IDH. Voto concurrente razonado de Sergio García Ramírez en el caso Tibí vs. Ecuador, sentencia del 7 de septiembre del 2004, párr. 3.

Esta similitud se presenta además por el hecho de que ambas jurisdicciones les corresponde dar actuación a verdaderos catálogos de derechos «*bill of rights*» como la Constitución y la Convención Americana respectivamente, instrumentos que contienen principios y valores que requieren ser interpretados. Por ello, se considera que la interpretación constitucional presenta una especificidad particular respecto a la interpretación de otro documento jurídico como una ley ordinaria o un reglamento²⁵. Tal especificidad aplica también para la interpretación que llevan a cabo los jueces interamericanos del texto de la Convención Americana²⁶, aunque los criterios de interpretación de ambas jurisdicciones no necesariamente son los mismos²⁷.

Por otra parte, la Corte IDH desempeña un control de convencionalidad «preventivo y abstracto», cuando en ejercicio de su competencia consultiva reconocida en el artículo 64 de la Convención Americana, un Estado le solicita su opinión sobre un proyecto de ley o incluso de reforma constitucional. Por ejemplo, en la opinión consultiva OC/484 “Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica, relacionada con la naturalización”, la Corte de San José se pronunció sobre la incompatibilidad de un proyecto de reforma constitucional con la Convención Americana, en particular que “sí constituye discriminación incompatible con los artículos 17.4 y 24 de la Convención estipular en el artículo 14.4 del proyecto condiciones preferentes para la naturalización por causa de matrimonio a favor de uno solo de los cónyuges.”²⁸

²⁵ GUASTINI Ricardo. *L'interpretazione dei documenti normativi*. Ed. Giuffrè, Milano, 1994, p. 270. El autor considera que la interpretación constitucional no presenta ninguna especificidad respecto de la interpretación de cualquier otro documento jurídico. En sentido contrario a esa tesis se puede citar en la doctrina constitucional italiana a AZZARITTI Gaetano (coord.) *Interpretazione Costituzionale*. Ed. Giappichelli, Torino, 2007, p. 17 ss.

²⁶ FERRER MAC-GREGOR Eduardo. *La Corte Interamericana de Derechos Humanos como intérprete constitucional. Dimensión transnacional del Derecho Procesal Constitucional*, p. 209. En VALADÉZ Diego y GUTIÉRREZ RIVAS Rodrigo (coord.). *Derechos Humanos*. Memoria del IV Congreso Nacional de Derechos Constitucional III. UNAM, México, 2001.

²⁷ Las *pautas interpretativas* que deben de respetar los jueces de la Corte IDH se encuentran establecidas en el artículo 29 de la Convención Americana, el cual dispone: Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

²⁸ Corte IDH. Opinión Consultiva OC- 4/84 del 19 de enero de 1984, “Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica, relacionada con la naturalización”. Serie A, No. 4.

Tal observación fue tomada en cuenta por la Asamblea Legislativa de Costa Rica en el texto de la Reforma Constitucional número 7065 que aprobó el 21 de mayo de 1987. Este instrumento es de indudable valor pues los Estados tienen la posibilidad de consultar a la Corte IDH sobre la compatibilidad de un proyecto de ley o de reforma constitucional con la Convención Americana de previo a su aprobación.

Una ulterior precisión encuentra relación con el hecho de que la jurisprudencia interamericana siempre ha resaltado y valorizado que los principales garantes de la tutela de los derechos reconocidos en la Convención Americana, son los Estados. Lo anterior evidencia el carácter subsidiario y complementario de la jurisdicción de la Corte de San José, principios que tienen una estrecha relación con el mecanismo convencional “el cual obliga a todos los jueces y órganos judiciales a prevenir potenciales violaciones a derechos humanos, las cuales deben solucionarse a nivel interno teniendo en cuenta las interpretaciones de la Corte Interamericana y, solo en caso contrario, pueden ser considerados por ésta, en cuyo supuesto ejercerá un control complementario de convencionalidad²⁹”. Ello conlleva a que el control de convencionalidad en sede internacional se realiza de forma *supletoria*, únicamente en aquellos supuestos en los cuáles las autoridades nacionales o los jueces nacionales no han hecho lo que les corresponde, pues solo así tiene sentido considerar la jurisdicción interamericana. Esa tesis ha sido reafirmada por la Corte de San José en recientes fallos.

3. El control de convencionalidad en sede nacional

En la sentencia *Almonacid Arellano vs. Chile* del 5 de agosto del 2006, la totalidad de jueces de la Corte IDH reconocieron formalmente por primera vez, la doctrina del control de convencionalidad al establecer:

“La descrita obligación legislativa del artículo 2 de la Convención tiene también la finalidad de facilitar la función del Poder Judicial de tal forma que el aplicador de la ley tenga una opción clara de cómo resolver un caso particular. 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. El cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado, y es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido en

²⁹ Corte IDH. Caso *Gelman vs. Uruguay*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución del 20 de marzo de 2013, párr. 72 y Caso de la *Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 30 de noviembre del 2012. Serie C. No. 259, párr. 144.

el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, 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.

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. 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.

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 regla ha sido codificada en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969”.³⁰

Esta sentencia se inscribe en la línea jurisprudencial de la Corte IDH de considerar las leyes de amnistía incompatibles con la Convención Americana y por lo tanto privas de efectos jurídicos en el ordenamiento jurídico interno³¹. En la sentencia *Almonacid Arellano* se declaró que el decreto de ley, el cual perdonaba crímenes de lesa humanidad, en el período de 1973 a 1979 de la dictadura militar de Augusto Pinochet, era incompatible con la Convención Americana.

En la formalización de esa doctrina, la Corte IDH recurre al método comparado al que tal y como ella misma afirma «paulatinamente ha ido reconociendo cada vez más importancia en sus decisiones»³², pues analiza como la jurisprudencia de diferentes Cortes, Salas o Tribunales

³⁰ Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano vs. Chile. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia del 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr. 124.

³¹ Sobre las leyes de amnistía existe una vasta jurisprudencia de la Corte IDH dentro de la que se puede citar: *Caso Barrios Altos vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C, No. 75; *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C, No. 154; *Caso La Cantuta vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C, No. 162; *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de noviembre de 2010, Serie C, No. 219; *Caso Gelman Vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C, No. 221.

³² Algunos ejemplos de la utilización del derecho comparado por parte de la Corte de San José se pueden ver en las sentencias *Heliodoro Portugal vs. Panamá* y *Tiu Tojín vs. Guatemala* tuvo en cuenta sentencias de tribunales internos de Bolivia, Colombia, México, Panamá, Perú, y Venezuela sobre la imprescriptibilidad de delitos permanentes como la desaparición forzada. Además, en la sentencia *Atala Riffo y Niñas Vs. Chile* utilizó pronunciamientos de Tribunales Constitucionales y de su homóloga la Corte Europea de Derechos Humanos para reconocer la orientación sexual como una categoría protegida por la Convención Americana.

Constitucionales o Cortes Supremas han venido desde años atrás implementando un control de convencionalidad. En la sentencia Cabrera García y Montiel Flores, los jueces interamericanos señalaron:

“Así, por ejemplo, tribunales de la más alta jerarquía en la región se han referido y han aplicado el control de convencionalidad teniendo en cuenta interpretaciones efectuadas por la Corte Interamericana. La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica ha señalado que:

debe advertirse que si la Corte Interamericana de Derechos Humanos es el órgano natural para interpretar la Convención Americana sobre Derechos Humanos [...], la fuerza de su decisión al interpretar la convención y enjuiciar leyes nacionales a la luz de esta normativa, ya sea en caso contencioso o en una mera consulta, tendrá –de principio- el mismo valor de la norma interpretada.

Por su parte, el Tribunal Constitucional de Bolivia ha señalado que:

En efecto, el Pacto de San José de Costa Rica, como norma componente del bloque de constitucionalidad, está constituido por tres partes esenciales, estrictamente vinculadas entre sí: la primera, conformada por el preámbulo, la segunda denominada dogmática y la tercera referente a la parte orgánica. Precisamente, el Capítulo VIII de este instrumento regula a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en consecuencia, siguiendo un criterio de interpretación constitucional “sistémico”, debe establecerse que este órgano y por ende las decisiones que de él emanan, forman parte también de este bloque de constitucionalidad.

Esto es así por dos razones jurídicas concretas a saber: 1) El objeto de la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; y, 2) La aplicación de la doctrina del efecto útil de las sentencias que versan sobre Derechos Humanos.

Asimismo, la Suprema Corte de Justicia de República Dominicana ha establecido que:

en consecuencia, es de carácter vinculante para el Estado dominicano, y, por ende, para el Poder Judicial, no sólo la normativa de la Convención Americana sobre Derechos Humanos sino sus interpretaciones dadas por los órganos jurisdiccionales, creados como medios de protección, conforme el artículo 33 de ésta, que le atribuye competencia para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados partes.

De otro lado, el Tribunal Constitucional del Perú ha afirmado que:

La vinculatoriedad de las sentencias de la Corte Interamericana no se agota en su parte resolutive (la cual, ciertamente, alcanza sólo al Estado que es parte en el proceso), sino que se extiende a su fundamentación o *ratio decidendi*, con el agregado de que, por imperio de la [Cuarta Disposición Final y Transitoria (CDFT)] de la Constitución y el artículo V del Título Preliminar del [Código Procesal Constitucional], en dicho ámbito la senten-

cia resulta vinculante para todo poder público nacional, incluso en aquellos casos en los que el Estado peruano no haya sido parte en el proceso. En efecto, la capacidad interpretativa y aplicativa de la Convención que tiene la C[orte Interamericana], reconocida en el artículo 62.3 de dicho tratado, aunada al mandato de la CDFT de la Constitución, hace que la interpretación de las disposiciones de la Convención que se realiza en todo proceso, sea vinculante para todos los poderes públicos internos, incluyendo, desde luego, a este Tribunal.

Dicho Tribunal también ha establecido que:

se desprende la vinculación directa entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y este Tribunal Constitucional; vinculación que tiene una doble vertiente: por un lado, *reparadora*, pues interpretado el derecho fundamental vulnerado a la luz de las decisiones de la Corte, queda optimizada la posibilidad de dispensársele una adecuada y eficaz protección; y, por otro, *preventiva*, pues mediante su observancia se evitan las nefastas consecuencias institucionales que acarrearán las sentencias condenatorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para la seguridad jurídica del Estado peruano.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina ha referido que las decisiones de la Corte Interamericana “resulta[n] de cumplimiento obligatorio para el Estado Argentino (art. 68.1, CADH)”, por lo cual dicha Corte ha establecido que “en principio, debe subordinar el contenido de sus decisiones a las de dicho tribunal internacional”. Igualmente, dicha Corte Suprema estableció “que la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos” ya que se “trata de una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia y, en consecuencia, también para la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado argentino en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos”

Además, la Corte Constitucional de Colombia ha señalado que en virtud de que la Constitución colombiana señala que los derechos y deberes constitucionales deben interpretarse “de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”, se deriva “que la jurisprudencia de las instancias internacionales, encargadas de interpretar esos tratados, constituye un criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales”³³.

Lo anterior demuestra cómo diversas Cortes o Tribunales Constitucionales y Cortes Supremas de la región, desde tiempo atrás, han venido integrando al control de constitucionalidad de la normativa interna el control de convencionalidad, al conceder un valor privilegiado en la jerarquía de las fuentes o en su interpretación a la Convención Americana o utilizar en sus sentencias la jurisprudencia de la Corte IDH, claro ejemplo del proceso de «constitucionalización

³³ Corte IDH. Caso Cabrera García y Montiel Flores. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costa. Sentencia del 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220, párr. 1

del derecho internacional de los derechos humanos»³⁴. Por su parte, la incorporación del control de convencionalidad por parte de la Corte de San José, se convierte en un ejemplo del fenómeno inverso, es decir, del proceso de «internacionalización del derecho constitucional», particularmente al trasladar instrumentos procesales que en el ámbito interno sirven para garantizar la actuación directa de la Constitución a nivel interamericano. Ello presupone una «viva interacción»³⁵ entre jurisdicciones que podría constituirse en un elemento de significativo valor para corroborar la existencia de un «diálogo judicial o entre cortes» en la tutela multinivel de los derechos fundamentales en América Latina³⁶.

Por otra parte, el contenido del control de convencionalidad ha sido paulatinamente perfeccionado en su jurisprudencia por la Corte IDH. En la sentencia Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú, los jueces de la Corte de San José precisaron el alcance *ex officio* que debe tener el control de convencionalidad en sede nacional el cual debe llevarse a cabo “en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes”³⁷. Esa tesis fue reiterada en las sentencias Heliodoro Portugal vs. Panamá³⁸ y Radilla Pacheco vs. México³⁹. Posteriormente, en la sentencia Cabrera García y Montiel Flores vs. México el Tribunal interamericano sustituyó las expresiones relativas al Poder Judicial «por todos los órganos del Estado»; en dicha oportunidad, indicó en lo que interesa:

“Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también 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. 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 la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y

³⁴Cfr. ALBANESE Susana. *La internacionalización del derecho constitucional y la constitucionalización del derecho internacional*. En ALBANESE, Susana (coord.). *El control de convencionalidad*. Ed. Ediar, Buenos Aires, 2008.

³⁵ Esa expresión ha sido utilizada por el actual Presidente de la Corte de San José, GARCÍA SAYÁN Diego. *Una viva interacción: Corte interamericana y Tribunales Internos*. En la Corte Interamericana de Derechos Humanos: un Cuarto de siglo: 1979 – 2004. Ed. Corte IDH, 2005, pp. 323 – 384.

³⁶ Cfr. MIRANDA BONILLA Haideer. *La tutela multinivel de los derechos fundamentales y el diálogo entre Cortes en América Latina*, p. 565 ss. En Boris Barrios González y Luris Barrios Chavés (coords) *El Constitucionalismo de los Derechos*. Ed. Boris & Barrios, 2014, Panamá.

³⁷ Corte IDH. Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costa. Sentencia del 24 de noviembre de 2006, Serie C. No. 158.

³⁸ Corte IDH. Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costa. Sentencia del 12 de agosto de 2008. Serie C. No. 186.

³⁹ Corte IDH. Caso Radilla Pacheco vs. México. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costa. Sentencia del 23 de noviembre del 2009. Serie C. No. 209.

órganos vinculados a la administración de justicia deben 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”⁴⁰.

4. Fundamento jurídico del control

En el texto de la Convención Americana, el Estatuto y el Reglamento de la Corte IDH si bien no encontramos una referencia expresa al término “control de convencionalidad”, ello es una competencia inherente que deriva de lo dispuesto en los artículos 1.1, 2, 62.3, 63.1, 67 y 68.1 de la Convención Americana, así como los numerales 31, 32, 42, 65 y 67 del Reglamento de la Corte IDH vigente y los artículos 1 y del Estatuto de la Corte IDH.

Al respecto, el artículo 1 de la Convención Americana dispone: “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”. Por su parte, el artículo 2 de la Convención determina que “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”.

Tales disposiciones son el fundamento principal del control de convencionalidad que se debe llevar a cabo en sede nacional, en particular modo, en aquellos Estados que han suscrito la Convención Americana y han aceptado la competencia contenciosa de la Corte IDH. En particular, el deber de adoptar disposiciones de derecho interno o principio de adecuación normativa, reconocido en el artículo 2 convencional, ha sido interpretado por la Corte IDH en el sentido que:

“En relación con la obligación general de adecuar la normativa interna a la Convención, la Corte ha afirmado en varias oportunidades que “[e]n el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha celebrado un convenio internacional, debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de las obligaciones asumidas”. En la Convención Americana este principio es recogido en su artículo 2, que establece la obligación general de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de la misma, para garantizar los derechos en ella reconocidos, lo cual implica que las medidas de derecho

⁴⁰ Corte IDH. Caso Cabrera García y Montiel Flores, op. cit. párr. 225.

interno han de ser efectivas (principio de *effet utile*).

La Corte ha interpretado que tal adecuación implica la adopción de medidas en dos vertientes, a saber: i) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio, y ii) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías. Precisamente, respecto a la adopción de dichas medidas, es importante destacar que la defensa u observancia de los derechos humanos a la luz de los compromisos internacionales en cuanto a la labor de los operadores de justicia, debe realizarse a través de lo que se denomina “control de convencionalidad”, según el cual 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 humanos⁴¹”.

Así, la observación a lo dispuesto en el artículo 2 del Pacto de San José trasciende meramente el ámbito legislativo, pueden y deben las autoridades administrativas y especialmente los jueces nacionales en todos los niveles, realizar interpretaciones que no limiten el estándar interpretativo establecido por la Corte IDH, precisamente para lograr la efectividad mínima de la Convención Americana cuyo compromiso los Estados se comprometieron a aplicar.⁴² Ello en modo alguno impide que las autoridades nacionales brinden un mayor ámbito de tutela a los derechos fundamentales.

El fundamento del control de convencionalidad se encuentra en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, los cuales disponen que según el derecho internacional, las obligaciones que este impone, deben ser cumplidas de buena fe y no pueden invocarse para su incumplimiento el derecho interno. Al respecto, la Corte IDH en la Opinión Consultiva OC/14 indicó 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. Estas reglas pueden ser consideradas como principios generales del derecho y han sido aplicadas, aún tratándose de disposiciones de carácter constitucional, por la Corte Permanente de Justicia Internacional y la Corte Internacional de Justicia [Caso de las Comunidades Greco-Búlgaras (1930), Serie B, No. 17, pág. 32; Caso de Nacionales Polacos de Danzig (1931), Series A/B, No. 44, pág. 24; Caso de las Zonas Libres (1932), Series A/B, No. 46, pág. 167; Aplicabilidad de la obligación a arbitrar bajo el Convenio de Sede de las Naciones Unidas (Caso de la Misión del PLO) (1988), págs. 12, a 31-2, párr. 47]. Asimismo estas

⁴¹ Corte IDH. Caso Almonacid Arellano vs. Chile, op cit. párr. 124.

⁴² Corte IDH. Voto razonado del juez Ferrer Mac Gregor. Resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia del 20 de marzo de 2013 en el caso Gelman vs. Uruguay, párr. 50.

reglas han sido codificadas en los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969⁴³.

Los principios de derecho internacional relativos a la buena fe y el efecto útil que a su vez involucra el principio *pacta sunt servanda*, constituyen los principales fundamentos, para que los tratados internacionales sean cumplidos por parte de los Estados, quienes de forma voluntaria, limitaron parte de su soberanía para formar parte de una sistema internacional de protección. Ese fundamento se ve reforzado en el ámbito nacional en aquellos ordenamientos que le conceden un valor supraconstitucional y constitucional a la Convención Americana y a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, como acontece por ejemplo en Argentina, Bolivia, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Perú y República Dominicana y recientemente, en México⁴⁴.

4.1. El parámetro del control

El parámetro del control de convencionalidad está conformado por la Convención Americana de Derechos Humanos (1969), los diferentes protocolos adicionales a esta, en particular, el Protocolo Adicional en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador” y el Protocolo para la Abolición de la Pena de Muerte, así como la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención Belén do Para” y la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra Personas con Discapacidad”. Además lo integran los criterios interpretativos que ha establecido la Corte IDH en su jurisprudencia, como ha sido ampliamente reiterado.

⁴³ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994. Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Serie A, No. 14, párr. 35

⁴⁴ Sobre el tema se puede consultar, AYALA CORAO Carlos. *La jerarquía de los tratados de derechos humanos*. En AAVV. *El Futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 1998, p. 137 – 154. FIX ZAMUDIO Héctor. *La creciente internacionalización de las Constituciones iberoamericanas, especialmente en la regulación y protección de los derechos fundamentales*, p. 583 – 672. En BOGDANDY Armin Von, FERRER MAC-GREGOR Eduardo, MORALES ANTONIAZZI Mariela. *La Justicia Constitucional y su internacionalización ¿Hacia un ius constitucionale commune en América Latina*. Tomo I, II. UNAM, México, 2011.

El parámetro del control difuso de convencionalidad puede ser válidamente ampliado en sede nacional, cuando se otorgue una mayor protección al derecho fundamental. Lo anterior, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 29 de la Convención Americana, el cual ha sido interpretado por la jurisdicción interamericana en el sentido de que “si a una misma situación son aplicables la Convención Americana y otro tratado internacional, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana”⁴⁵. Ello reconoce los principios «pro homine» y «pro persona» que deben siempre informar la interpretación que llevan a cabo el juez nacional como el interamericano. En este sentido, para Ferrer Mac-Gregor la circunstancia de no aplicar el “estándar mínimo” creado por la Corte IDH por considerar aplicable otra disposición o criterio más favorable (sea fuente nacional o internacional) implica, en el fondo, aplicar el estándar interamericano⁴⁶.

5. Características del control: carácter difuso

El control de convencionalidad reconocido formalmente a partir de la sentencia Almonacid Arellano tiene como una de sus principales características su carácter «difuso»⁴⁷, en virtud del cual lo deben ejercer todas los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, independientemente de su formal pertenencia o no al Poder Judicial y sin importar su jerarquía, grado, cuantía o materia de especialización. Lo anterior, incluye a las Cortes, Salas o Tribunales Constitucionales, así como a las Cortes Supremas de Justicia de los veinticuatro países que han ratificado la Convención Americana y de los 21 países que han reconocido la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH.⁴⁸ En la reciente sentencia *Gelman vs. Uruguay* la Corte IDH extendió el ámbito de aplicación del control a «cualquier autoridad pública».

⁴⁵ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de Noviembre de 1985 La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos) solicitada por el gobierno de Costa Rica. Serie A No. 5 párr. 52. En la doctrina sobre el tema se puede citar PINTO Mónica. *El Principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos*. En ABREGÚ Martín y COURTIS Christian (coord). La aplicación de los tratados de derechos humanos y por los tribunales locales. Editores del Puerto, Buenos Aires. Argentina, 1997.

⁴⁶ FERRER MAC-GREGOR Eduardo. *Interpretación Conforme y Control Difuso de Convencionalidad*. El nuevo paradigma del juez mexicano, op. cit. p. 108.

⁴⁷ Voto razonado del juez Ferrer Mac-Gregor en relación con la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Cabrera y Montiel Flores vs. México* de 26 de noviembre de 2010. ID. El control difuso de convencionalidad en el Estado Constitucional. En FIX ZAMUDIO, Héctor y VALADÉS Diego (coord.), *Formación y Perspectivas del Estado en México*. Ed. UNAM – El Colegio Nacional, México, 2010, pp. 155 – 188.

⁴⁸ JINESTA LOBO Ernesto. *Control de convencionalidad ejercido por los Tribunales y Salas Constitucionales*, p. 269 – 288. En FERRER MAC – GREGOR Eduardo (coord.). *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*. Ed. Fundap, México, 2012.

En el ámbito interno, este tipo de control tiene diferentes grados de intensidad y realización, pues la Corte IDH ha reconocido que él mismo se llevará a cabo en “el marco de las respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes”. Ello conlleva el reconocimiento de un margen de apreciación nacional en su implementación, pues de modo alguno la jurisdicción interamericana pretende imponer que ese control sea ejercido de igual forma, en todos los ordenamientos. Las autoridades nacionales tienen amplia discrecionalidad para determinar la forma como se implementará. En modo alguno, impone en aquellos ordenamientos, en donde existe un control concentrado de constitucionalidad a cargo de una Corte o Tribunal constitucional un «control difuso». En la *praxis* existen ordenamientos nacionales que optaron por un control difuso como México que faculta a todos los jueces nacionales a llevar a cabo ese control y ordenamientos, en donde ese control es concentrado como en Costa Rica. Lo anterior ha sido determinado en vía jurisprudencial por los órganos encargados de llevar a cabo el control de constitucionalidad.

En particular, la Suprema Corte de la Nación de México autorizó no solo el control de convencionalidad *ex officio*, sino de forma autónoma y discrecional realizó una nueva interpretación del artículo 133 de la Constitución a la luz de lo dispuesto en el artículo 1, el cual fue reformado recientemente –el 10 de junio de 2011-, para aceptar el control difuso de constitucionalidad, lo que originó un nuevo sistema de control de constitucionalidad⁴⁹. Con ello, la intensidad del control de convencionalidad aumentó, pues todos los jueces se encuentran facultados para llevarlo a cabo. No obstante, ese proceder no necesariamente debe ser implementado de forma idéntica por los demás ordenamientos.

En los ordenamientos donde existe un «modelo concentrado de constitucionalidad», el control de convencionalidad en última instancia le corresponde ejercerlo a la Corte, Sala o Tribunal Constitucional. En tal sentido, los jueces nacionales tienen el deber de dar actuación a la Convención Americana y a la jurisprudencia interamericana, pudiendo incluso, llevar a cabo una interpretación convencionalmente conforme de la normativa interna⁵⁰. En aquellos ordenamientos en donde el juez nacional no se encuentra facultado para llevar a cabo un control difuso de

⁴⁹ GARCÍA MORELOS Gumesindo. Suprema Corte de Justicia de la Nación. El control de convencionalidad *ex officio*. Origen en el ámbito regional americano, obligatoriedad para los Jueces Mexicanos, precisión de sus alcances y retos para el Poder Judicial de la Federación. Cuadernos de Jurisprudencia Número 8, octubre 2012, México.

⁵⁰ Cfr. En MIRANDA BONILLA Haideer. *La interpretación conforme a la Convención Americana de Derechos Humanos*. En la Revista de Derecho Comunitario, Internacional y Derechos Humanos, número 3, 2015. Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica.

constitucionalidad, se encuentra en la obligación de presentar una consulta judicial. Por su parte, en aquellos ordenamientos en donde existe un control difuso como en Argentina y México, los jueces se encuentran autorizados a desaplicar la normativa interna por ser inconvencional, aunque los efectos jurídicos tendrán un valor *inter partes*, es decir, solo en el caso en concreto. Con independencia del modelo de control que se implemente a nivel interno, son los altos órganos jurisdiccionales (Tribunales, Salas y Cortes Constitucionales), como intérpretes de cierre en los ordenamientos jurídicos internos, los que mantendrán un mayor grado de intensidad en el ejercicio del control de convencionalidad a través de su ejercicio o de su revisión en un caso en concreto⁵¹.

5.1. El carácter ex officio y la obligación de todas jurisdicciones nacionales de efectuarlo dentro del ámbito de sus competencias

En la sentencia Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú del 24 de noviembre del 2006, la Corte de San José precisó el alcance ex officio que debe tener el control de convencionalidad.

“Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad”⁵² *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”⁵³.

En la construcción jurisprudencial de tal instituto, la Corte IDH no solo ideó un sistema difuso, sino que este fuera ejercido de oficio por las autoridades, incluso sin que medie solicitud expresa de una de las partes en el proceso. Lo anterior implica que en cualquier circunstancia, los jueces deben realizar ese control, el cual se integra al control de constitucionalidad que existe en cada ordenamiento. Pudiera suceder, incluso, que en el ámbito interno procedan recursos o

⁵¹ FERRER MAC-GREGOR Eduardo. *Panorámica del derecho procesal constitucional y convencional*. Ed. Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 990.

⁵² Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, op. cit. párr. 124.

⁵³ Corte IDH. Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú, op. cit. párr. 128.

medios de defensa adecuados y eficaces para combatir la falta o inadecuado ejercicio del “control difuso de convencionalidad” por algún juez (como por ejemplo, a través de una apelación, recurso de casación o proceso de amparo), al no haberse realizado *ex officio* dicho control⁵⁴.

El control de convencionalidad parte de una noción amplia de «autoridad jurisdiccional» que incorpora a todos los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, independientemente de su formal pertenencia o no al Poder Judicial y sin importar su jerarquía, grado, cuantía o materia de especialización. Lo anterior, incluye a las Cortes, Salas o Tribunales Constitucionales, así como a las Cortes Supremas de Justicia – que se encuentren al interno o no del Poder Judicial- quiénes en última instancia, llevan a cabo el control de constitucionalidad de la normas a nivel interno. Ello convierte a estos últimos en «interlocutores privilegiados» con la Corte de San José, al incorporar y en muchos casos, ampliar en su jurisprudencia, los estándares mínimos interamericanos que posteriormente son aplicados por los jueces nacionales. Ese proceso se fortalece por el hecho de que cada vez con más frecuencia la jurisprudencia interamericana retoma decisiones de tribunales internos para fundamentar y conceptualizar la violación de la Convención Americana en la resolución de un caso concreto⁵⁵.

5.2. Los efectos de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

En la resolución de supervisión de cumplimiento de la sentencia en el caso *Gelman vs. Uruguay*, la Corte IDH determinó un ulterior elemento de la obligación de llevar a cabo el control de convencionalidad el cual se encuentra relacionado con la «eficacia de sus sentencias», en particular, si esta ha sido dictada en un caso en el cual el Estado ha sido parte o no, indicando:

“En relación con la primera manifestación, cuando existe una sentencia internacional dictada con carácter de cosa juzgada respecto de un Estado que ha sido parte en el caso sometido a la jurisdicción de la Corte Interamericana, todos sus órganos, incluidos sus jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, también están sometidos al tratado y a la sentencia de este Tribunal, lo cual les obliga a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención y, consecuentemente, las decisiones de la Corte Interamericana, no se vean mermados por

⁵⁴ FERRER MAC-GREGOR Eduardo. *Interpretación Conforme y Control Difuso de Convencionalidad*, op. cit. p. 152.

⁵⁵ Así, por ejemplo la Corte IDH en el caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia, al desarrollar el derecho a no ser forzosamente desplazado, bajo los artículos 4, 5 y 22 de la Convención americana, la Corte se basó extensamente en la sentencia de la Corte Constitucional de Colombia T/025-04. Cfr. Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No.134, párr. 174 y ss. Véase asimismo casos Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245, párrs. 159, 164, 182, 186, 202 y 208, Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil, párrs. 163 a 169, o Caso *Gelman vs Uruguay*, párrs. 215 a 224.

la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin o por decisiones judiciales o administrativas que hagan ilusorio el cumplimiento total o parcial de la sentencia. Es decir, en este supuesto, se está en presencia de cosa juzgada internacional, en razón de lo cual el Estado está obligado a cumplir y aplicar la sentencia. En esta situación se encuentra el Estado de Uruguay respecto de la Sentencia dictada en el *caso Gelman*. Por ello, precisamente porque el control de convencionalidad es una institución que sirve como instrumento para aplicar el Derecho Internacional, en el presente caso que existe cosa juzgada se trata simplemente de emplearlo para dar cumplimiento en su integridad y de buena fe a lo ordenado en la Sentencia dictada por la Corte en el caso concreto, por lo que sería incongruente utilizar esa herramienta como justificación para dejar de cumplir con la misma, de conformidad con lo señalado anteriormente.

Respecto de la segunda manifestación del control de convencionalidad, en situaciones y casos en que el Estado concernido no ha sido parte en el proceso internacional en que fue establecida determinada jurisprudencia, por el solo hecho de ser Parte en la Convención Americana, todas sus autoridades públicas y todos sus órganos, incluidas las instancias democráticas, jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, están obligados por el tratado, por lo cual deben ejercer, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, un control de convencionalidad tanto en la emisión y aplicación de normas, en cuanto a su validez y compatibilidad con la Convención, como en la determinación, juzgamiento y resolución de situaciones particulares y casos concretos, teniendo en cuenta el propio tratado y, según corresponda, los precedentes o lineamientos jurisprudenciales de la Corte Interamericana⁵⁶. (Lo subrayado no corresponde al original).

La Corte IDH amplía nuevamente el ámbito de vigencia del control de convencionalidad al indicar que lo deben de llevar a cabo “todas autoridades públicas y todos sus órganos, incluidas las instancias democráticas, jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia”. Por otra parte, precisa que la eficacia vinculante que tienen sus sentencias dictadas en un proceso contencioso contra un Estado conlleva la obligación de cumplir con la totalidad de la misma y no sólo con la parte dispositiva -ratio decidendi-. Ese cabal cumplimiento involucra a todas las autoridades nacionales incluidos las autoridades jurisdiccionales quienes en modo alguno pueden imponer obstáculos a través de interpretaciones que tiendan a restringir o evadir lo ordenado por la Corte IDH. En relación a los demás Estados que han suscrito la competencia contenciosa la eficacia de las sentencias es indirecta y se relaciona con la vinculatoriedad del criterio interpretativo o de la cosa interpretada. Así, las sentencias de la jurisdicción interamericana tienen efectos «directos» o «indirectos» dependiente si el Estado fue parte o no dentro del proceso contencioso.

⁵⁶ Corte IDH. Caso Gelman vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución del 20 de marzo de 2013, párr. 68 y 69.

6. Algunas experiencias de control

En el presente apéndice, se analiza cómo en la implementación del control de convencionalidad, algunos ordenamientos nacionales optaron por un control de convencionalidad difuso en sentido amplio como Argentina y México lo cual faculta a todos los jueces nacionales a llevar a cabo ese control y por el contrario ordenamientos, en donde ese control es tendencialmente concentrado, como en Costa Rica. Lo anterior fue determinado en vía jurisprudencial por los órganos encargados de llevar a cabo el control de constitucionalidad en cada ordenamiento, en particular, por la Suprema Corte de la Nación de México y por la Sala Constitucional en Costa Rica. La escogencia de ambas experiencias se debe a la actualidad del tema en ambos ordenamientos, en donde se han discutido ampliamente las facultades del juez ordinario en su aplicación y si puede desaplicar normas nacionales por ser esta contraria al parámetro de convencional, en términos similares a como se lleva a cabo en el marco de la relación entre el juez nacional y la Corte de Justicia de la Unión Europea⁵⁷.

6. 1. México

En los ordenamientos jurídicos de América Latina, el mayor impacto que ha tenido el control de convencionalidad «difuso» ha sido quizás en México. Entre las razones se encuentra una serie de sentencias condenatorias emitidas por la Corte IDH en los últimos años motivo⁵⁸ por el cual se llevó a cabo una importante reforma constitucional en materia de derechos humanos y de amparo vigentes desde el mes de junio de 2011⁵⁹. En particular se reformó el artículo 1 de la Constitución, el cual actualmente dispone: “En los Estados Unidos Mexicanos, todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece. Las normas relativas a los derechos humanos se interpre-

⁵⁷ Sobre el mecanismo de la cuestión o reenvío prejudicial que lleva a cabo el juez nacional ante la Corte de Justicia de la Unión Europea (U.E.), se puede consultar, GIOVANETTI Tommaso. *Il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia in Italia*, p. 4. En PASSAGLIA Paolo. Corti costituzionali e rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia. Estudio realizado por la Corte Constitucional Italiana.

⁵⁸ Entre las sentencias condenatorias emitidas por la Corte IDH en contra de ese Estado se destacan Castañeda Gutman (2008), González y otras (Campo Algodonero) (2009), Radilla Pacheco (2009), Fernández Ortega y otros (2010), Caso Rosendo Cantú (2010) y Cabrera García, Montiel Flores (2010) que provocaron una serie de repercusiones en el ordenamiento jurídico.

⁵⁹ La Reforma Constitucional del artículo 1 se publicó en el Diario Oficial de la Federación el diez de junio de dos mil once.

tarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo momento la protección más amplia a las personas. Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley”.

Por otra parte, la reforma constitucional abarcó la materia de amparo concierne, fundamentalmente, al juicio de amparo, institución protectora de los derechos fundamentales por excelencia, el cual se ve robustecido al ampliarse la procedencia del amparo respecto de cualquier norma general y al preverse su procedencia por violaciones a los derechos humanos, plasmados en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte.

Por otra parte, a fin de dar cumplimiento a la sentencia Radilla Pacheco, la Suprema Corte de la Nación de México en el *expediente Varios 912/2010* del 14 de julio del 2011, analizó en diferentes resoluciones o tesis, aspectos como la obligatoriedad de las sentencias condenatorias de la Corte IDH, la manera como debían ser interpretadas, la forma en que debe ser implementado el control de convencionalidad a nivel interno y la importancia de la interpretación convencionalmente conforme.

En primer lugar, determinó que para el Poder Judicial, son vinculantes no solamente los puntos de resolución concretos de la sentencia, sino la totalidad de los criterios contenidos en la sentencia mediante la cual se resuelve ese litigio. Ello fue ampliado en la resolución 65/ 2011, en la que el Pleno de la Suprema Corte determinó:

“El Estado Mexicano ha aceptado la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por ello, cuando ha sido parte en una controversia o litigio ante esa jurisdicción, la sentencia que se dicta en esa sede, junto con todas sus consideraciones, constituye cosa juzgada, correspondiéndole exclusivamente a ese órgano internacional evaluar todas y cada una de las excepciones formuladas por el Estado Mexicano, tanto si están relacionadas con la extensión de la competencia de la misma Corte o con las reservas y salvedades formuladas por aquél. Por ello, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, aun como tribunal constitucional, no es competente para analizar, revisar, calificar o decidir si una sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos es correcta o incorrecta, o si excede en relación con las normas que rigen su materia y proceso. Por tanto, la Suprema Corte no puede hacer ningún pronunciamiento que cuestione la validez de lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ya que para el Estado Mexicano dichas sentencias constituyen cosa juzgada. Lo único procedente es acatar y reconocer la totalidad de la sentencia en sus términos. Así, las resoluciones pronunciadas por aquella instancia internacional son obligatorias para todos los órganos del Estado Mexicano, al haber figurado como parte en

un litigio concreto, siendo vinculantes para el Poder Judicial no sólo los puntos de resolución concretos de la sentencia, sino la totalidad de los criterios contenidos en ella”⁶⁰.

El resto de la jurisprudencia de la Corte IDH que deriva de las sentencias en donde el Estado mexicano no figura como parte, tendrá el carácter de «criterio orientador» de todas las decisiones de los jueces mexicanos, pero siempre en aquello que favorezca más a la persona, de conformidad con el artículo 1º de la Constitucional. Esa tesis fue desarrollada por el pleno en la resolución 66/2011, en la que se indicó:

“Los criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que derivan de sentencias en donde el Estado Mexicano no intervino como parte en el litigio son orientadores para todas las decisiones de los jueces mexicanos, siempre que sean más favorables a la persona, de conformidad con el artículo 1o. constitucional. De este modo, los jueces nacionales deben observar los derechos humanos establecidos en la Constitución Mexicana y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como los criterios emitidos por el Poder Judicial de la Federación al interpretarlos y acudir a los criterios interpretativos de la Corte Interamericana para evaluar si existe alguno que resulte más favorable y procure una protección más amplia del derecho que se pretende proteger. Esto no prejuzga la posibilidad de que sean los criterios internos los que se cumplan de mejor manera con lo establecido por la Constitución en términos de su artículo 1o., lo cual tendrá que valorarse caso por caso a fin de garantizar siempre la mayor protección de los derechos humanos”⁶¹.

En segundo término, la Suprema Corte de la Nación se pronunció sobre la forma como debe ser implementado a nivel interno el control de convencionalidad. Al respecto con anterioridad a la Reforma Constitucional del artículo 1, la Suprema Corte de la Nación había emitido reiteradamente una serie de pronunciamientos en los que establecía que el control de constitucionalidad es concretado pues es una atribución que le es exclusiva⁶². En la tesis P LXX/2011, la Suprema Corte pasó de un modelo de control concentrado de constitucionalidad, a un modelo de tipo sistema difuso al determinar:

“Actualmente existen dos grandes vertientes dentro del modelo de control de constitucionalidad en el orden jurídico mexicano, que son acordes con el modelo de *control de convencionalidad ex officio* en materia de derechos humanos a cargo del Poder Judicial. En primer término, el control concentrado en los órganos del Poder Judicial de la Federación con vías directas de control: acciones de inconstitucionalidad, controversias constitucionales y amparo directo e indirecto; en segundo término, el control por parte del resto de los jueces del país en forma incidental durante los procesos ordinarios en los que son competentes, esto es, sin necesidad de abrir un expediente por cuerda separada. Ambas vertientes de control se ejercen de manera independiente y la existencia de este modelo general de control no requiere que todos los casos sean revisables e impugnables en ambas. Es un sistema concentrado en una parte y difuso en otra, lo que permite que sean los criterios e interpretaciones constitucionales, ya sea por declaración de inconstitucionalidad o por inaplicación, de los que conozca la Suprema Corte para que determine cuál es la interpretación constitucional que finalmente debe prevalecer en el orden jurídico nacional. Finalmente, debe señalarse que todas las demás autoridades del país en el ámbito de sus competencias tienen la obligación de aplicar las normas correspondientes haciendo la interpretación más favorable a la persona para lograr su protección más amplia, sin tener la posibilidad de inaplicar o declarar su incompatibilidad”⁶³.

⁶⁰ Suprema Corte de Justicia de México. Resolución del veintiocho de noviembre del dos mil once, tesis del Pleno LXV/2011.

⁶¹ Suprema Corte de Justicia de México. Resolución del veintiocho de noviembre del dos mil once, tesis del Pleno LXVI/2011.

⁶² Tesis PJ/ 73/99.

⁶³ Tesis del Pleno LXX/2011.

Con ello, la Suprema Corte de la Nación de México autorizó no solo el control de convencionalidad *ex officio*, sino de forma autónoma y discrecional realizó una nueva interpretación del artículo 133 de la Constitución a la luz de lo dispuesto en el artículo 1, el cual fue recientemente reformado, para aceptar el control difuso de constitucionalidad, lo que originó un nuevo sistema de control de constitucionalidad. Con ello la intensidad del control de convencionalidad aumentó, pues todos los jueces se encuentran facultados para llevarlo a cabo.

Ello conlleva a que el juez ordinario debe llevar un control de constitucionalidad y de convencionalidad pudiendo desaplicar normas que infrinjan la Constitución Federal o los tratados internacionales que reconozcan derechos humanos, solo en el caso concreto, es decir, con efecto *inter partes*, pues no tiene la competencia para declarar la invalidez de la disposición. En este sentido, el mecanismo de la desaplicación al que se hace referencia, es similar al desarrollado e implementado en la relación entre el juez nacional y la Corte de Justicia de la Unión Europea, pues los jueces federales al conocer de controversias constitucionales, acciones de inconstitucionalidad y de amparo, pueden declarar la invalidez de las normas que contravenga la Constitución o los tratados internacionales que reconozcan derechos humanos con *efectos erga omnes*. Lo anterior, conlleva a que la norma interna es expulsada del ordenamiento jurídico por ser inconstitucional o inconvencional.

Por otra parte, la Suprema Corte estableció en las tesis LXIX/2011 los pasos que deben seguir los jueces a fin de llevar a cabo el control difuso de constitucionalidad y de convencionalidad. En particular determina que de previo a desaplicar una norma o declarar su invalidez, el juez debe tratar de realizar una interpretación conforme a constitucional y convencionalmente conforme de la norma interna. En tal sentido, la resolución en cuestión indicó:

“La posibilidad de inaplicación de leyes por los jueces del país, en ningún momento supone la eliminación o el desconocimiento de la presunción de constitucionalidad de ellas, sino que, precisamente, parte de esta presunción al permitir hacer el contraste previo a su aplicación. En ese orden de ideas, el Poder Judicial al ejercer un control de convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos, deberá realizar los siguientes pasos: a) Interpretación conforme en sentido amplio, lo que significa que los jueces del país -al igual que todas las demás autoridades del Estado Mexicano-, deben interpretar el orden jurídico a la luz y conforme a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los cuales el Estado Mexicano sea parte, favoreciendo en todo tiempo a las personas con la protección más amplia; b) Interpretación conforme en sentido estricto, lo que significa que cuando hay varias interpretaciones jurídicamente válidas, los jueces deben, partiendo de la presunción de constitucionalidad de las leyes, preferir aquella que hace a la ley acorde a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los que el Estado Mexicano sea parte, para evitar inci-

dir o vulnerar el contenido esencial de estos derechos; y, c) Inaplicación de la ley cuando las alternativas anteriores no son posibles. Lo anterior no afecta o rompe con la lógica de los principios de división de poderes y de 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”⁶⁴.

Ello ha sido caracterizado por un sector de la doctrina como los grados de intensidad en el ejercicio del control de convencionalidad⁶⁵. En particular modo se potencian los poderes interpretativos del juez, a fin de incorporar en su actividad, el parámetro no solo de la Constitución, sino la Convención Americana y los demás tratados instrumentos que ha suscrito en materia de derechos humanos, así como los estándares mínimos de protección desarrollados en su jurisprudencia por la Corte IDH.

Por último, en esa tendencia de constitucionalización del derecho internacional de los derechos humanos la Suprema Corte de la Nacional en la tesis 293/2011 del 4 de septiembre del dos mil trece, determinó que los derechos humanos de fuente internacional, a partir de la reforma al artículo 1 de la Constitución tienen la misma eficacia normativa que los previstos en la Constitución, es decir, se les reconoce el mismo *rango constitucional*. De esta manera, se interpretó que la reforma en materia de derechos humanos, amplía el catálogo constitucional, pues permite armonizar a través del principio pro persona, las normas nacionales y las internacionales y garantiza así la protección más amplia a la persona. Con anterioridad la Suprema Corte había mantenido la tesis de que los tratados internacionales en materia de derechos humanos tenían un rango supra legal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 133 de la Constitución Federal.

6.2. Costa Rica

En este ordenamiento jurídico el control de constitucionalidad de las normas tiene un carácter concentrado y es ejercido por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Ese órgano especializado fue creado con la reforma que se llevó a cabo en el mes de mayo de 1989 de los artículos 10 y 48 de la Constitución. Posteriormente, se promulgó la Ley de la Jurisdicción Constitucional, en el cual se desarrollan los diferentes procesos constitucionales, compe-

⁶⁴ Suprema Corte de Justicia de México. Resolución del veintiocho de noviembre del dos mil once, tesis del Pleno LXIX/2011.

⁶⁵ FERRER MAC-GREGOR Eduardo. *Interpretación Conforme y Control Difuso de Convencionalidad*, op. cit. p. 191.

tencias y funciones dentro de las que se destacan conocer en forma exclusiva, los recursos de amparo, hábeas corpus, ejercer el control de la constitucionalidad de las normas a través del conocimiento de acciones de inconstitucionalidad, consultas de constitucionalidad y consultas judiciales de constitucionalidad y resolver los conflictos de competencia entre los poderes del Estado⁶⁶.

El *parámetro* del control de constitucionalidad se encuentra establecido en el artículo 1 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, la cual determina: “La presente ley tiene como fin regular la jurisdicción constitucional, cuyo objeto es garantizar la supremacía de las normas y principios constitucionales y del Derecho Internacional o Comunitario vigente en la República, su uniforme interpretación y aplicación, así como los derechos y libertades fundamentales consagrados en la Constitución o en los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en Costa Rica”. Ese parámetro con fundamento en la fuerza normativa de la Constitución debe ser aplicado no solo por la jurisdicción constitucional, sino por los jueces ordinarios, así como por todas las autoridades estatales.

Por su parte, la Sala Constitucional desde sus primeros años de funciones ha mostrado particular atención en la utilización de los instrumentos que conforman el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) reconociendo que no solamente tienen un valor similar a la Constitución, sino que en la medida que otorguen mayores derechos o garantías a las personas, priman sobre la norma fundamental⁶⁷. Además, los jueces constitucionales han establecido un carácter obligatorio a las opiniones consultivas y sentencias de la Corte IDH con independencia de que el país haya sido parte o no en el proceso⁶⁸.

En la sentencia número 2313-1995 determinó “si la Corte Interamericana de Derechos Humanos es el órgano natural para interpretar la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), la fuerza de su decisión al interpretar la Convención y enjuiciar leyes nacionales a la luz de esa normativa, ya sea en un caso contencioso o en un mera

⁶⁶ Sobre el modelo de justicia constitucional costarricense se puede consultar: JINESTA LOBO Ernesto. *Derecho Procesal Constitucional*. Ed. Guayacán, 2015. HERNÁNDEZ VALLE Rubén. *Derecho Procesal Constitucional*. Ed. Juricentro, San José, 2014. ROCAFORT PIZA, Rodolfo. *La Justicia Constitucional en Costa Rica*. Ed. Investigaciones Jurídicas, Primera Edición, 2004, y OROZCO SOLANO Víctor *La fuerza normativa de la Constitución frente a las normas preconstitucionales*, UBIJUS-CEAD, Ciudad de México, 2012.

⁶⁷ Sala Constitucional. Sentencias número 3435-1992, 5759-1993 y 2313-1995.

⁶⁸ Sala Constitucional. Sentencias número 2312- 1995, 1682, 3043 y 4276 todas del 2007.

opinión consultiva, tendrán en principio el mismo valor de la norma interpretada”⁶⁹. Dicha resolución resalta la importancia de que no solo se cumpla con lo dispuesto en el texto de la Convención Americana sino en los criterios interpretativos que son los que le dan vida a ésta. Esa construcción realizada a nivel constitucional fue reconocida por la Corte IDH en la sentencia de supervisión de cumplimiento en el caso Gelman de marzo de 2013 en la que realizó la distinción entre los efectos directos e indirectos de las sentencias convencionales.

En la sentencia número 9685-2000 se refirió al contenido de la noción instrumentos internacionales de derechos humanos del artículo 7 de la Constitución determinando: “En este sentido hay que rescatar la referencia específica que hoy la Constitución hace de los “instrumentos internacionales”, significando que no solamente convenciones, tratados o acuerdos, formalmente suscritos y aprobados conforme al trámite constitucional, sino cualquier otro instrumento que tenga la naturaleza propia de la protección de los Derechos Humanos, aunque no haya sufrido ese trámite, tiene vigencia y es aplicable en el país”. Además, en la sentencia número 7247-2006 indicó que “los instrumentos internacionales de derechos humanos integran el parámetro de control de constitucionalidad”.

Ello demuestra en primer, lugar como la jurisprudencia constitucional les ha otorgado un valor «supraconstitucional» a los tratados internacionales de derechos humanos, en la medida en que brinde un mayor ámbito de protección al que ofrece la Constitución⁷⁰. En segundo plano, el valor privilegiado que le ha reconocido a la Convención Americana y a la jurisprudencia de la Corte IDH y en tercer lugar, como desde sus primeros años ha venido ejerciendo un control de convencionalidad, al declarar en diferentes oportunidades, la inconstitucionalidad de una norma nacional por ser contraria al parámetro de convencionalidad, incluso con fundamento en lo dispuesto en una Opinión Consultiva. Ello con fundamento en el artículo 2 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional que integra al parámetro de constitucionalidad los tratados internacionales en derechos humanos.

Por otra parte, la Sala Constitucional ha incorporado, formalmente, en recientes sentencias las características que informan el control de convencionalidad en sede nacional que fue formalizado por la Corte IDH utilizando algunas de sus sentencias y criterios jurisprudenciales. Así, en la sentencia número 3441-2013 determinó:

⁶⁹ Sala Constitucional. Sentencia número 9685-2000.

⁷⁰ ARMIJO SANCHO Gilbert. *La tutela supraconstitucional de los derechos humanos en Costa Rica*, p. 39 – 62. En Revista Ius et Praxis, vol. 9, núm. 1, 2003 Universidad de Talca, Chile.

“(…) El control de convencionalidad es una construcción pretoriana de la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuyo propósito fundamental es lograr la “supremacía convencional” en todos los ordenamientos jurídicos nacionales o locales del denominado “parámetro de convencionalidad”, conformado por las declaraciones y convenciones en la materia del Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos, las sentencias vertidas por esa Corte regional y sus opiniones consultivas. Constituye una revolución jurídica en cuanto le impone a los jueces y Tribunales nacionales, en especial, a los Constitucionales, la obligación de consolidar el “Estado convencional de Derecho”, anulando y expulsando del sistema jurídico nacional respectivo toda norma que confronte, irremediablemente, el “bloque de convencionalidad”. De esta doctrina, cabe resaltar dos cuestiones relevantes, que son las siguientes: a) El control de convencionalidad debe ser ejercido, incluso, de oficio, aunque las partes intervinientes no lo hayan instado o requerido y b) al ejercer el control de convencionalidad, los jueces y Tribunales Constitucionales, gozan del “margen de apreciación nacional”, sea como un todo que tiene plenitud hermética, para poder concluir si una norma nacional infringe o no el parámetro de convencionalidad; consecuentemente, no pueden hacerse análisis aislados como si el ordenamiento jurídico estuviere constituido por compartimentos estancos o segmentados. Cabe destacar que el margen de apreciación nacional es un concepto jurídico indeterminado que permite la convergencia y armonización del derecho nacional y del interamericano, estableciendo un umbral de convergencia que permite superar la relatividad de las tradiciones jurídicas nacionales”⁷¹.

En este sentido, resaltó una de las características principales del control de convencionalidad, como es el hecho que debe ser ejercido de oficio por las autoridades nacionales, así como la utilización de la doctrina del margen de apreciación nacional con que cuentan los jueces y las Cortes Constitucionales para determinar si una norma nacional es contraria al parámetro de convencionalidad.

Asimismo, en la sentencia número 6120-2013 dispuso:

“(…) se han incorporado a nuestro ordenamiento jurídico, normas provenientes del Derecho Internacional Público, lo cual ha expandido el “marco normativo” no solo para las partes procesales, sino también para los operadores jurídicos...Esto nos lleva al tema del “control de convencionalidad”, el cual no resulta ajeno a nuestro sistema, pues de una u otra forma este Tribunal lo ha ido implementando en forma paulatina durante los últimos años, de manera que puede afirmarse con certeza que la jurisprudencia constitucional se encuentra fundada no sólo en el reconocimiento de los derechos constitucionales, sino en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos. En este sentido, la línea jurisprudencial del Tribunal y la normativa internacional incorporada a nuestro ordenamiento o promulgada por el Congreso, ha elevado a pauta hermenéutica, el principio del interés superior del menor, el cual debe orientar toda la labor no solo de los tribunales nacionales, sino también de la Administración Pública y proyectarse sobre aquellas actividades de los sujetos privados que sean de interés público. En el caso de los tribunales nacionales, el control de convencionalidad les permite mantener “un diálogo” constante entre los sistemas na-

⁷¹ Sala Constitucional. Sentencia número 3441-2013.

cionales de protección de derechos humanos y los sistemas internacionales. En el caso de la jurisdicción de familia, los jueces de la República, deben ejercer ese “control de convencionalidad” y aplicar las normas y principios contenidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos, para que se pueda hacer efectivo el principio universal según el cual la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales y los niños deben recibir la protección y la asistencia necesarias para lograr un adecuado desarrollo de su personalidad, de manera que posteriormente puedan asumir plenamente sus responsabilidades en la comunidad, como individuos independientes, imbuidos del espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad”⁷².

Lo anterior evidencia cómo la Sala Constitucional ha reconocido en su jurisprudencia el deber del juez nacional de llevar a cabo un control de convencionalidad, lo cual conlleva en primer lugar la aplicación directa de la Convención Americana. Por otra parte, en aquellos supuestos donde exista un conflicto entre la norma nacional y el parámetro de convencionalidad el juez nacional debe realizar una interpretación convencionalmente conforme⁷³. Esta temática formalizada recientemente en la sentencia Radilla Pacheco por la Corte IDH pretende que las autoridades nacionales escojan entre las múltiples interpretaciones que le puedan dar a una norma, incluida la Constitución, aquella que respete la Convención Americana y los criterios interpretativos convencionales en vez de declarar la inconstitucionalidad de la normativa por ser inconvencional. Con ello, el Estado sortearía el riesgo de incurrir en responsabilidad internacional y lo más importante, se prevendrían o remediarían en sede interna las violaciones a los derechos fundamentales⁷⁴. En aquellos supuestos donde el conflicto normativo no pueda ser solucionado vía interpretativa, el juez ordinario tiene la posibilidad de plantear una consulta judicial ante la Sala Constitucional de conformidad con el artículo 101 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional la cual se configura en la praxis como una “consulta judicial de convencionalidad”.

En nuestro ordenamiento jurídico existe un debate en relación a si el juez ordinario en aplicación del control de convencionalidad puede desaplicar una norma nacional por ser inconvencional en la resolución de un caso en concreto sometido a su conocimiento, existiendo sobre

⁷² Sala Constitucional. Sentencia número 6120-2013.

⁷³ La interpretación conforme a la Convención Americana se convierte en un instrumento que puede impulsar o favorecer la implementación con una mayor intensidad del control de convencionalidad, pues las autoridades nacionales tienen la obligación de escoger entre las múltiples interpretaciones, aquella que respete no solo el texto de la Convención Americana, sino los criterios interpretativos desarrollados en su jurisprudencia por la Corte IDH. En MIRANDA BONILLA Haideer. *La interpretación conforme a la Convención Americana de Derechos Humanos*, op cit. p. 7.

⁷⁴ BAZAN Victor. *La vinculación entre el control de convencionalidad y la responsabilidad internacional del Estado por la violación de los derechos humanos*, op. cit. p. 713.

el tema posiciones encontradas⁷⁵. Al respecto, para el profesor *Hernández Valle* cuando un juez tiene dudas sobre la constitucionalidad –en este caso convencionalidad– de una norma que debe aplicar en la resolución del caso sometido a su jurisdicción, debe suspender el dictado de la sentencia y formular la respectiva consulta a la Sala Constitucional, quién es la única competente para determinar si una determinada norma es o no contraria al bloque de constitucionalidad o al de convencionalidad⁷⁶. Además, quienes sostienen esa tesis afirman que es claro que en nuestro sistema de justicia constitucional el juez ordinario no puede inaplicar una norma con rango de ley por razones de inconstitucionalidad o de inconventionalidad sencillamente porque el sistema no es difuso, sino concentrado⁷⁷.

Por su parte, la jurisdicción ordinaria ha comenzado a inaplicar disposiciones legales por motivos de inconventionalidad. En sentencia número 2014-1758 el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del II Circuito Judicial de San José desaplicó en el caso en concreto el artículo 11 de la Ley sobre Estupefacientes, Sustancias Psicotrópicas Droga de Uso no Autorizado, Actividades Conexas, Legitimación de Capitales y Financiamiento al Terrorismo, Ley número 8204.

Al respecto, tal y como hemos visto el juez ordinario debe aplicar de forma directa la Convención Americana y en aquellos casos donde existe un conflicto entre la norma nacional y el parámetro de convencional debe llevar a cabo una interpretación conforme a la Convención Americana. En los casos límite donde ese conflicto no es superable vía interpretativa el juez ordinario puede formular una consulta judicial de convencionalidad ante la Sala Constitucional a fin de que esta determine a través de una resolución fundamentada, si existe un conflicto normativo que amerite la expulsión de la norma interna de nuestro ordenamiento o si este puede ser

⁷⁵ La tesis de que el juez ordinario puede desaplicar la norma nacional por inconventional fue sostenida por profesor Allan Brewer Carías en su exposición en el seminario sobre “El control de convencionalidad y su aplicación” organizado por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, 27-28 de septiembre de 2012, San José, Costa Rica.

⁷⁶ HERNÁNDEZ VALLE. Rubén. *El Diálogo entre las Cortes en San José*, p. 837. En FERRER MAC GREGOR Eduardo, HERRERA GARCÍA Alfonso (coords.) *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*. In *Memoriam Jorge Carpizo, generador incansable de diálogos*. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.

⁷⁷ OROZCO SOLANO Víctor. *El impacto de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el sistema de justicia constitucional costarricense*, p. 12. En curso de publicación.

superable vía interpretativa a través de la técnica de la interpretación convencionalmente conforme⁷⁸.

El mecanismo de la *desaplicación* de la norma nacional por ser inconventional al que un sector de la doctrina nacional es favorable⁷⁹ tiene un carácter muy limitado -inter partes- y únicamente para el caso en concreto, lo cual conlleva el riesgo de que un mismo caso sea resuelto de forma diferente y que la normativa siga vigente en nuestro ordenamiento hasta tanto no se pronuncie la jurisdicción constitucional quién es la única facultada para expulsar una norma del ordenamiento jurídico. En nuestro ordenamiento si bien no se prohíbe al juez ordinario la desaplicación de una norma nacional por ser contraria al parámetro de convencionalidad, lo cual incluso es utilizado con cierta frecuencia en la praxis judicial considero que en este supuesto se debe plantear la consulta de convencionalidad a la Sala Constitucional a fin de garantizar mayor seguridad jurídica. Al respecto, en la sentencia número 16141-2013, la Sala Constitucional determinó:

“(...) En este sentido, la autoridad para conocer de las infracciones a las normas constitucionales, como las convencionales de derechos humanos, debe ser ejercida por la jurisdicción constitucional, porque se complementan unas y otras, naturalmente se atraen (doctrina que se evidencia en la sentencia de la Sala Constitucional No. 1995-2313), y, en consecuencia, los mismos mecanismos que tienen los jueces para elevar consultas de constitucionalidad, pueden utilizarse para las consultas por convencionalidad (según los criterios señalados en la sentencia de la Sala Constitucional No. 1995-1185). En estos casos, los artículos 102 y siguientes de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, transmutan para dar cabida al control de convencionalidad cuando la norma de derecho nacional se opone al corpus iuris interamericano u otros compromisos internacionales de derechos fundamentales. Esta transformación de las normas de la Ley de la Jurisdicción Constitucional no proviene de una decisión en el vacío, sino en atención a lo sostenido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Trabajadores Cesados del Congreso, que impone este control a los jueces, y en consecuencia el Estado, debe actuar conforme”. (Lo subrayado no corresponde al original).

Además se indicó en lo que interesa:

“(...) En este sentido, la necesidad de contar con pronunciamientos judiciales congruentes y uniformes dentro de nuestro ordenamiento jurídico, y la de darle contenido a los pronunciamientos dictados por el intérprete

⁷⁸ MIRANDA BONILLA Haideer. *La interpretación conforme a la Convención Americana de Derechos Humanos*, op cit. p. 1 ss.

⁷⁹ CHINCHILLA CALDERÓN Rosaura. *El control de convencionalidad como mecanismo para combatir la discriminación jurídica por orientación, identidad y expresión de género en Costa Rica*, pp. 197 – 216. En GONZÁLEZ ÁLVAREZ Daniel y LLOBET RODRÍGUEZ Javier (coord.) *Derecho Penal y Constitución*. Libro en memoria del Dr. Luis Paulino Mora Mora, Tomo I, Editorial Corte Suprema de Justicia, Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica.

principal de la Convención Americana, es que esta Sala decide resolver de esta manera, reiterando el reconocimiento de la autoridad máxima, que es, la Corte Interamericana cuando interpreta la Convención Americana de Derechos Humanos. Así, el juez estará legitimado para consultarle a la Sala cuando tuviere dudas fundadas sobre la convencionalidad de una norma o acto que deba aplicar, o de un acto, conducta u omisión que deba juzgar en un caso sometido a su conocimiento. En consecuencia, si la controversia proviene de una disposición de un tratado internacional, de las leyes o reglamentos, y éstos deben ser aplicados por el juzgador, si se determina de oficio alguna controversia, le corresponde elevar la consulta y resolverlas la Sala Constitucional. El juez debe hacer control de convencionalidad indirecto y abstracto, en el sentido de que, mediante un ejercicio intelectual, compara el texto de las normas del orden doméstico frente al internacional, sean disposiciones legislativas, administrativas o de cualquier otro carácter, para determinar si existen incongruencias relevantes. El principio de jerarquía de las fuentes del derecho, la exigibilidad directa e inmediata de la Constitución Política, y el carácter supralegal de los tratados internacionales, permite que mediante los diferentes procesos que contiene la jurisdicción constitucional, poner de manifiesto la obligación de compatibilizar el ordenamiento jurídico con las disposiciones que gozan de mayor potencia y resistencia, de ahí, que es la vía jurisdiccional para eliminar las incongruencias de las normas cuyos efectos sean contrarios a esas disposiciones. Si la nulidad proviene de la incompatibilidad con la Constitución Política o un tratado internacional de Derechos Humanos (auto-aplicable o self-executing), la misma debe ser declarada por la Sala Constitucional, para que sus efectos sean permanentes y duraderos en el ordenamiento jurídico nacional”.

En este sentido, es necesario que la Sala Constitucional precise de forma clara los alcances del control de convencionalidad en relación a si permite o no la desaplicación de la norma interna por parte del juez, tal y como se ha llevado en otros ordenamientos. Al respecto, en las sentencias números 348 y 349 del 2007, la Corte Constitucional Italiana determinó que el juez nacional cuando tiene serias dudas sobre la inconventionalidad de normativa interna que no es superable en vía interpretativa no puede desaplicarla sino que tiene la obligación de presentar la cuestión incidental ante ella⁸⁰. Nótese que la Corte IDH ha reiterado en su jurisprudencia que la Convención Americana no impone un modelo específico para realizar un control de constitucionalidad y convencionalidad⁸¹, motivo por el cual la determinación del modelo de convencionalidad a seguir es decisión discrecional de los Estados.

⁸⁰ En la sentencia número 348-2007 la Corte Constitucional indicó: “Il giudice comune non ha, dunque, il potere di disapplicare la norma legislativa ordinaria ritenuta in contrasto con una norma della Convenzione Europea dei Diritti Umani (CEDU), poiché l’asserita incompatibilità tra le due si presenta come una questione di legittimità costituzionale, per eventuale violazione dell’art. 117, primo comma della Costituzione, di esclusiva competenza del giudice delle leggi”.

⁸¹ Corte IDH. Caso Liakat Ali Alibux Vs. Suriname. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de enero de 2014, **Serie C No. 276**, párr. 124.

7. Efectos del control

Los efectos del control de convencionalidad ejercido en sede nacional se diferencian si se ejerce en un modelo de control difuso o concentrado. En un primer momento el juez nacional – independientemente del modelo de control interno - cuando tenga serías dudas sobre la convencionalidad de una norma que debe aplicar en la resolución de un caso en concreto, tiene el deber de llevar a cabo una interpretación conforme a la Convención Americana. En el supuesto en que no se pueda llevar a cabo una interpretación convencionalmente conforme, los ordenamientos nacionales prevén diferentes consecuencias, tales como la declaratoria de inconstitucionalidad con efectos *erga omnes* de la norma por ser inconvencional o la desaplicación con efectos solo para el caso en concreto -inter partes-.

En un modelo de control difuso el juez nacional se encuentra autorizado a desaplicar la norma interna de forma motivada, con la finalidad de que si una de las partes no se encuentra de acuerdo con ello, pueda presentar los recursos correspondientes. La desaplicación de la norma interna tiene efectos únicamente en el caso en concreto motivo por el cual tiene únicamente “efectos inter partes”. Esto presenta el riesgo de que una misma norma pueda recibir en situaciones idénticas, diferentes interpretaciones por las autoridades judiciales, lo que conlleva a que la norma no siempre sea desaplicada, a pesar de que existen serios motivos para considerar su inconvencionalidad. En estos ordenamientos existen órganos supremos, como por ejemplo la Suprema Corte de la Nación en México y la Corte Suprema en Argentina, quienes en última instancia, les corresponde unificar los diferentes criterios jurisprudenciales «función unificadora o monofiláctica» y si es el caso declarar la inconstitucionalidad de una norma interna por ser inconvencional con efecto *erga omnes*.

En los ordenamientos con un modelo concentrado de constitucionalidad, los efectos del control son diferentes. Ante la imposibilidad de llevar a cabo una interpretación convencionalmente conforme, el juez nacional no podrá desaplicar la normativa interna, sino que deberá plantear una consulta judicial ante la Corte o Tribunal Constitucional. Así por ejemplo, en Costa Rica el juez nacional que tiene motivos fundados de la inconvencionalidad de la norma que debe de aplicar en la resolución de un caso, debe presentar una consulta judicial de convencionalidad, en los términos anteriormente expuestos ante la Sala Constitucional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 102 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional.

Por otra parte, los efectos del control difuso de convencionalidad tienen un mayor grado de complejidad, cuando la normativa nacional solo permite la declaración general de la norma para el futuro (efectos *ex nunc*) y no hacia el pasado (*ex tunc*), ya que la intencionalidad de la Corte IDH, en el momento en que crea la doctrina es que la norma inconventional carezca de efectos jurídicos desde un inicio⁸². Ello se evidencia en los casos, en los cuáles declaró que las leyes de amnistía e indulto carecen de efectos jurídicos desde el momento mismo en que entraron en vigor en el ordenamiento.

8. El juez nacional como juez interamericano

En el siglo XXI, el rol del juez en un Estado Constitucional de Derecho ha dejado ser la «*bouche della loi*» para tener un papel protagónico en la protección de los derechos humanos⁸³. Los jueces nacionales tienen la importante misión de salvaguardar no solo los derechos fundamentales previstos en la Constitución, sino también el conjunto de valores, principios y derechos reconocidos en los instrumentos internacionales que el Estado ha suscrito. En el Sistema IDH el juez nacional representa el primer garante de la aplicación de los derechos reconocidos en la Convención Americana⁸⁴. Ello, en virtud del carácter subsidiario y complementario de la jurisdicción interamericana, a la cual se puede acudir una vez que de previo se han agotado los recursos internos, salvo determinadas excepciones, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46.1 de la Convención Americana.

Es claro que en tres décadas de labores, la Corte IDH ha emitido una gran cantidad de sentencias, opiniones consultivas, resoluciones de medidas cautelares interpretación y de supervisión de sus propias resoluciones que han creado un abundante «*corpus juris*» motivo, por el cual su finalidad es que encuentre actuación a nivel nacional, tal y como ha sido llevado a cabo con mayor intensidad en ordenamientos como Argentina, Colombia, Costa Rica y Perú. Por ello, la Corte IDH en la formalización del control de convencionalidad, le ha reconocido un papel

⁸² FERRER MAC-GREGOR Eduardo. *Interpretación Conforme y Control Difuso de Convencionalidad*, op. cit. p. 161.

⁸³ Ese tema fue desarrollado en la conferencia “*La funzione interpretativa del giudice costituzionale e del giudice comune*” impartida por el profesor Roberto Romboli, el lunes 21 de enero del 2013 en el ámbito de la II edición del Curso de Alta Formación en Justicia Constitucional y tutela jurisdiccional de los derechos impartido en la Facultad de Derecho de la Universidad de Pisa, Italia del 14 de enero al 1 de febrero del 2013. www.corsoaltaformazionepisa.it

⁸⁴ El Sistema Europeo de Derechos Humanos resalta el rol del juez nacional en la protección de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo de Protección de los Derechos y Libertades Fundamentales, tal y como lo señalan PERTICI Andrea y ROMBOLI Roberto en *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*. En BARTOLI Sergio, CONFORTI Benedetto y RAIMONDI Guido (coord.). Ed. CEDAM, Padova, 2001, p. 377.

protagónico al juez en el circuito de la tutela jurisdiccional de los derechos, con independencia del modelo de control de constitucionalidad presente en cada ordenamiento.

Ello conlleva que el juez nacional deba realizar un control “tridimensional” de constitucionalidad, convencionalidad y comunitario sobre la normativa interna⁸⁵. Esto último, en aquellos ordenamientos donde existe un ordenamiento *supranacional* de derecho comunitario, como por ejemplo el Sistema de Integración Centroamericana (SICA) o el MERCOSUR y la Comunidad Andina en Sudamérica. En particular, en la interacción entre la jurisdicción nacional e internacional surgen una serie de obligaciones para el juez nacional con independencia del grado, cuantía, materia de especialización o si pertenecen al Poder Judicial por efecto de ratificación de la Convención Americana y la aceptación de la jurisdicción contenciosa. La jurisdicción interamericana, a través de la figura del control de convencionalidad le ha impuesto al juez nacional, una serie de obligaciones: a) la realización de un control de convencionalidad *ex officio*; b) la interpretación del derecho nacional de conformidad con la Convención Americana y la jurisprudencia de la Corte IDH; c) la colaboración en la ejecución de las sentencias de la Corte IDH cuando ha sido condenado su Estado.

En el ámbito interno, este tipo de control tiene diferentes grados de intensidad y realización, pues la Corte IDH ha reconocido que él mismo se llevará a cabo en “el marco de las respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes”. Ello conlleva el reconocimiento de un margen de apreciación nacional en su implementación, pues de modo alguno, la jurisdicción interamericana pretende imponer que ese control sea ejercido de igual forma en todos los ordenamientos como se vio anteriormente.

Los jueces nacionales se convierten en los primeros jueces interamericanos. Son los que tienen la mayor responsabilidad para armonizar la legislación nacional con los parámetros interamericanos. La Corte IDH debe velar por ello y tener plena consciencia de los estándares que irá construyendo en su jurisprudencia, teniendo en consideración, el “margen de apreciación nacional” que deben contar los Estados americanos para interpretar el *corpus iuris interamericano*⁸⁶.

⁸⁵ ULATE CHACÓN Enrique. *Patrimonio Constitucional Centroamericano y tutela de los derechos fundamentales mediante un control “tridimensional” de constitucionalidad, comunitario y de convencionalidad (Estudio de Derecho Comparado)*. Tesis realizada para el obtención de la especialidad en Justicia Constitucional y Tutela Jurisdiccional de los Derechos, 2012 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Pisa. En curso de publicación.

⁸⁶ FERRER MAC-GREGOR Eduardo. *Interpretación Conforme y Control Difuso de Convencionalidad. El nuevo paradigma del juez mexicano*, op. cit. p. 185.

Para lograr una plena actuación de ese control a nivel nacional es fundamental la capacitación y formación de los jueces ordinarios y de los integrantes de la Administración de Justicia sobre la organización y funcionamiento de los órganos del Sistema IDH, de los derechos que tutela la Convención Americana y demás instrumentos que conforman el parámetro de convencionalidad y en particular modo de la organización y estructura de la Corte IDH y los estándares mínimos de protección que ha desarrollado en su jurisprudencia. Como ejemplo de programas de capacitación se pueden mencionar los Cursos Interdisciplinarios sobre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos que desde el año de 1988 realiza anualmente el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, así como los programas de capacitación sobre estándares interamericanos de protección que realiza para funcionarios de la Defensa Pública, Ministerios Públicos y organismos electorales en la región⁸⁷. Asimismo, los congresos y seminarios que organiza la Corte IDH fuera de su sede cuando lleva a cabo las “sesiones itinerantes”. Es fundamental que los propios Estados lleven a cabo programas de capacitación para sus funcionarios involucrando en ello, a las Facultades de Derecho, a fin de que en sus programas de estudios, incorporen cursos sobre la materia. Lo anterior es fundamental para lograr mejores estándares de protección en la región.

En esta construcción jurisprudencial, se parte de una noción amplia de juez nacional donde las Cortes o Tribunales Constitucionales o Cortes Supremas de la región tienen un rol preponderante, tal y como lo ha reafirmado la Corte IDH, al utilizar parámetros constitucionales y jurisprudencia de órgano de justicia constitucional de la región. En sentido, para el *ex* presidente del Tribunal Constitucional *Andreas Vobkhule* los Tribunales Constitucionales deben actuar como “mediadores”, pues de algún modo son los obligados junto a los legisladores nacionales a imponer las doctrinas supranacionales sobre derechos humanos a las demás autoridades domésticas⁸⁸. Esa función de mediadores o interlocutores conlleva resolver los conflictos jurisprudenciales que se presenten en la jurisdicción ordinaria con la interpretación de la Convención Americana y en la aplicación de los estándares convencionales de protección pues llevan a cabo una función unificadora o nomofiláctica que tienden a garantizar seguridad jurídica y la certeza del derecho.

⁸⁷ Las diferentes actividades de formación para funcionarios estatales que realiza el Instituto Interamericano de Derechos Humanos pueden ser consultados en su sitio web: <https://www.iidh.ed.cr/>

⁸⁸ CANOSA USERA Raúl, FERNÁNDEZ SÁNCHEZ Pablo Antonio, GARCÍA ROCA Javier, SANTOLAYA MACHETTI Pablo. (coord.), *El Diálogo entre los Sistemas Europeo y Americano de Derechos Humanos*, Ed. Civitas, Madrid, 2012, p. 16.

9. El diálogo judicial como mecanismo de integración en materia de protección de los derechos fundamentales

El «diálogo entre Cortes», «judicial dialogue» o «judicial conversation» viene utilizado cada vez que en una sentencia se encuentran referencias a sentencias provenientes de un ordenamiento diverso de aquel en que opera un determinado juez y por lo tanto, externo, respecto del ordenamiento en que la sentencia debe explicar su eficacia⁸⁹. Al respecto, es muy útil la distinción realizada por el constitucionalista italiano *DE VERGOTTINI* entre «influencia» y «interacción». La primera es simplemente unidireccional, por su parte, la segunda implica una plausible reciprocidad que conlleva a una «cross fertilization». De aquí que solo si estamos en presencia de interacción, parece sensato recurrir al tema de diálogo⁹⁰. Con base en ello, es indispensable la existencia como mínimo de dos actores que interactúen. Asimismo puede haber diálogo entre legisladores, es decir, entre diferentes Parlamentos⁹¹, así como entre la doctrina como lo reflejan recientes estudios⁹², sin embargo, el objeto de nuestro estudio se enfocará a la circulación del derecho a través de la actividad interpretativa de las Cortes.

En esta materia se debe distinguir entre el «diálogo horizontal» y el «diálogo vertical». El primero se desarrolla entre órganos de un mismo nivel o jerarquía, en particular entre Cortes o Tribunales Constitucionales o internacionales como por ejemplo, entre la Corte Europea de Derechos Humanos y su homóloga la Corte IDH y tiene un carácter cooperativo y discrecional⁹³

⁸⁹ Sobre el tema existe una gran cantidad de literatura jurídica dentro de la que se puede citar: CARTABIA Marta. *“Taking dialogue seriously” The renewed need for a judicial dialogue at the time of constitutional activism in the European Union*, in Jean Monnet working papers N. 2/2007. CASSESE Sabino. *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*. Ed. Einaudi, Torino 2009. DE VERGOTTINI Giuseppe. *Oltre il dialogo tra le corti*, Bologna. Ed. Il Mulino, Bologna, 2010. GARCÍA ROCA Javier, CANOSA USERA Raul, FERNÁNDEZ SÁNCHEZ Pablo Antonio, SANTOLAYA MACHETTI Pablo. (coord.), *El Diálogo entre los Sistemas Europeo y Americano de Derechos Humanos*, Ed. Civitas, Madrid, 2012. PERTICI Andrea NAVARRETTA Emanuella. *Il dialogo fra le Corti: principi e modelli di argomentazione*. Ed. Edizioni Plus, Università di Pisa, 2004. PIZZORUSO Alessandro. *La produzione normativa nei tempi della globalizzazione*. Ed. Giappichelli, Torino, 2008.

⁹⁰ Esa distinción es propia del profesor Giuseppe De Vergottini y fue desarrollada en el seminario “*Diálogo entre Tribunales en Europa: una visión teórico práctica*” organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona los días 21 y 22 de marzo del dos mil trece. Lo anterior bajo la coordinación de la Dra. Argelia Queralt (Directora) y el Dr. Migue Pérez Moneo (Coordinador).

⁹¹ SCAFFARDI Lucia. *Parlamenti in dialogo. L’uso della comparazione nella funzione legislativa*. Ed. Jovene, Napoli, 2011.

⁹² PEGORARO Lucio. *Trasplantes, injertos, diálogos, jurisprudencia y doctrina frente a los retos del Derecho comparado*, p. 34 – 80. En FERRER MAC GREGOR Eduardo, HERRERA GARCÍA Alfonso (coords.) *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*. In *Memoriam Jorge Carpizo, generador incansable de diálogos*. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.

⁹³ FERRARI Giuseppe Franco, GAMBARO Antonio (a cura di). *Corti nazionali e comparazione giuridica*, Ed. Scientifiche Italiana, Nápoles, 2006.

. El segundo fenómeno denominado diálogo vertical, es aquel que se lleva a cabo en la relación entre Cortes nacionales e internacionales o supranacionales, como por ejemplo, entre la Corte IDH y las Cortes o Tribunales Constitucionales, el cual es objeto de nuestro estudio. Además, existe un «diálogo directo» cuando ocurre que una iniciativa encuentra explícito reconocimiento en la respuesta de otro; lo que ocurre entre Tribunales estatales del mismo nivel. Un «diálogo indirecto» cuando un tribunal supranacional provoca la respuesta de distintos tribunales estatales. Un diálogo silencioso cuando se incorpora un criterio jurisprudencial de otra jurisdicción pero no se cita expresamente la sentencia extranjera⁹⁴ Un simple «monólogo» en los casos en que los pronunciamientos de un tribunal estatal no susciten ocasión de respuesta por parte de los tribunales del mismo nivel⁹⁵.

En espacio interamericano la interacción entre el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos resulta ineludible, motivo por el cual se habla de una tutela multinivel en materia de derechos fundamentales que se fortalece con mecanismos como el control de convencionalidad, el cual como vimos tiene dos manifestaciones: una de carácter concentrado que ejerce la Corte IDH, y otra de carácter difuso que ejercen los jueces a nivel nacional. En este sentido se reconoce la existencia de un control de convencionalidad en sede internacional y otro en sede nacional.

El primero de ellos ha sido ejercido por la Corte de San José, desde que emitió su primer sentencia de fondo en el caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras (1988), momento a partir del cual ha tenido que determinar la compatibilidad o no con la Convención Americana de cualquier acto u omisión por parte de cualquier poder u órgano o agente del Estado incluso leyes nacionales y sentencias de tribunales nacionales. Por su parte, el control de convencionalidad en sede nacional fue formalizado en la sentencia Almonacid Arellano por la Corte IDH, en la que se dispuso que “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 trata-

⁹⁴ En ese sentido, en la relación entre el juez nacional y la Corte de Justicia se ha desarrollado un diálogo silencioso, pues en las sentencias no se citan expresamente los parámetros jurisprudenciales tal y como lo determina en su estudio, MARTINICO Giuseppe. *L'integrazione silente: la funzione interpretativa della Corte di giustizia e il diritto costituzionale europeo*. Ed. Jovene, Napoli, 2009.

⁹⁵ BURGORGUE LARSEN Laurence. *La formación de un derecho constitucional europeo a través del diálogo judicial*, p. 24 ss. En AA.VV. *Derecho Constitucional Europeo. Actas del VIII Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*. Ed. Tirant Lo Blanch, España, 2011.

do, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”.

En la formalización de esta doctrina, los jueces interamericanos utilizaron como parámetro la jurisprudencia de Cortes, Tribunales Constitucionales o Cortes Supremas que lo venían implementando con anterioridad. Por otra parte, se ha visto como esta doctrina ha sido implementada en el nivel interno, por los jueces nacionales incluidos los órganos de justicia constitucional lo que evidencia como es un instrumento que surgió y que tiende a favorecer un diálogo entre cortes de carácter vertical⁹⁶.

La jurisdicción interamericana ostenta un carácter *coadyuvante, complementario, subsidiario*, motivo por el cual son los Estados quienes en primer lugar, tienen el deber de asegurar la implementación a nivel nacional de las normas internacionales de protección. No es bueno que la protección internacional actúe como sustituto de la interna; su función es completar ésta y fomentar su mayor eficacia⁹⁷. Ello es lo que viene a potenciar el control de convencionalidad, cuyo contenido ha sido perfeccionado en su jurisprudencia por la Corte de San José. En la sentencia Trabajadores Cesados del Congreso (2006) precisó que el alcance *ex officio* que debe tener el control de convencionalidad en sede nacional, debe llevarse a cabo “en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes”. Así, se reconoce un margen de apreciación nacional en su implementación, pues de modo alguno, la jurisdicción interamericana pretende imponer que ese control sea ejercido de igual forma en todos los ordenamientos. Las autoridades nacionales tienen amplia discrecionalidad para determinar la forma como se implementará.

En la sentencia Cabrera García vs. México (2009), la Corte IDH sustituyó las expresiones relativas al Poder Judicial «por todos los órganos del Estado» y en la sentencia Gelman vs. Uruguay (2012) extendió el ámbito de aplicación del control a «todas autoridades públicas y todos sus órganos, incluidas las instancias democráticas» con lo cual esa obligación la tienen todas las autoridades del Estado y no únicamente al juez nacional. Por otra parte, en la resolución de supervisión de cumplimiento de la sentencia en el caso Gelman vs. Uruguay (2013), los jueces

⁹⁶ MIRANDA BONILLA Haideer. *La tutela multinivel de los derechos fundamentales y el diálogo entre las Cortes en América Latina*. op cit, p. 565 ss.

⁹⁷ PEREZ TREMPES Pablo. *Las garantías constitucionales y la jurisdicción internacional en la protección de los derechos fundamentales*. En Anuario de la Facultad de Derecho, No. 10. Universidad de Extremadura, 1992, p. 81.

de la Corte IDH determinaron un ulterior elemento de la obligación de llevar a cabo el control de convencionalidad, el cual se encuentra relacionado con la «eficacia de sus sentencias». En particular, si la sentencia ha sido dictada en un caso, en el cual el Estado ha sido parte, conlleva la obligación de cumplir con la totalidad de ella y no sólo con la parte dispositiva. En relación con los demás Estados que han suscrito la competencia contenciosa, la eficacia de las sentencias es indirecta y se relaciona con el carácter vinculante del criterio interpretativo.

Lo anterior evidencia que es una doctrina inconclusa que debe ser perfeccionada tomando en cuenta la realidad interamericana y la intensidad con que ha sido implementada en estos últimos años. Ello no debe darse en el marco de una estricta y exclusiva lógica unidireccional desde la Corte IDH hacia las jurisdicciones nacionales, sino que es preciso generar las condiciones para profundizar un “diálogo jurisprudencial” entre ambos niveles de tribunales: interamericano e interno⁹⁸.

En la formalización del control de convencionalidad, la Corte IDH ha reconocido un papel protagónico al juez nacional quien debe realizar en la mayoría de los ordenamientos, un control “tridimensional” de constitucionalidad, comunitario y de convencionalidad. En relación con éste último, la jurisdicción interamericana le ha impuesto al juez interno una serie de obligaciones, en particular: a) la realización de un control de convencionalidad *ex officio*; b) la interpretación del derecho nacional de conformidad con la Convención americana y la jurisprudencia de la Corte IDH; c) la ejecución de las sentencias de la Corte de San José, cuando ha sido condenado su Estado. Los jueces nacionales se convierten en jueces interamericanos, son los que tienen la mayor responsabilidad para armonizar la legislación nacional con los parámetros interamericanos. Lo anterior demuestra el voto de confianza que se le ha otorgado a la jurisdicción nacional, a fin de que aplique el corpus iuris interamericano.

Las posibilidades de éxito del “control de convencionalidad” están cifradas en su grado de receptividad en el derecho interno, la labor de los respectivos operadores jurídicos involucrados y la voluntad política de los Estados⁹⁹. En este sentido, es fundamental la capacitación y formación de las autoridades nacionales, los jueces ordinarios y de los integrantes de la Administración de Justicia en temas relacionados con la organización y funcionamiento de los órga-

⁹⁸ BAZÁN Víctor. *Estimulando sinergias: de diálogos jurisdiccionales y control de convencionalidad*, p. 30. En FERRER MAC – GREGOR Eduardo (coord.). *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*. Ed. Fundap, México, 2012.

⁹⁹ *Ibid.* p. 15.

nos del Sistema IDH, de los derechos que tutela la Convención Americana y demás instrumentos que conforman el parámetro de convencionalidad y en particular modo de la organización y estructura de la Corte IDH, así como los estándares de protección que ha desarrollado en su jurisprudencia. Lo anterior, no obsta para que a nivel nacional, la Constitución o la jurisprudencia constitucional o de la jurisdicción ordinaria amplíen los estándares de protección.

El control de convencionalidad como instrumento de *judicial dialogue* se perfila como una herramienta sumamente eficaz para el respeto, la garantía y la efectivización de los derechos descritos en el Pacto de San José y para Concomitantemente, también es un instrumento de sumo interés para construir un «ius commune latinoamericano», tal y como lo ha caracterizado el constitucionalista *FERRER MAC GREGOR* –actual juez de la Corte Interamericana- conformado por estándares mínimos de protección de la persona humana que puedan ser ampliados indistintamente por las jurisdicciones constitucionales, convencionales o comunitarias en atención al principio pro homine o de la mayor tutela expansiva¹⁰⁰.

¹⁰⁰ BOGDANDY, Armin Von, FERRER MAC-GREGOR Eduardo y MORALES ANTONIAZZI Mariela (coords). *La Justicia Constitucional y su Internacionalización. ¿Hacia Un Ius Constitutionale Commune En América Latina?*, Tomos I y II. Ed. UNAM, México, 2010.

10. Bibliografía

AA.VV. *El Futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*. Ed. IIDH, San José, Costa Rica, 1998.

ALBANESE, Susana (coord.). *El control de convencionalidad*. Ed. Ediar, Buenos Aires, 2008.

AYALA CORAO Carlos. *La jerarquía de los tratados de derechos humanos*. En AAVV. *El Futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 1998, p. 137 – 154.

BAZÁN Victor y NASH Claudio. *Justicia constitucional y derechos fundamentales: el control de convencionalidad*. Ed. Konrad Adenauer de Alemania 2012.

BOGDANDY, Armin Von, FERRER MAC-GREGOR Eduardo y MORALES ANTONIAZZI Mariela (coords). *La Justicia Constitucional y su Internacionalización. ¿Hacia Un Ius Constitutionale Commune En América Latina?*, Tomos I y II. Ed. UNAM, México, 2010.

CANÇADO TRINDADE Antônio. *El Sistema interamericano de protección de los derechos humanos (1948 – 2002)*. En AAVV. *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*. Ed. Deusto, Bilbao, 2003.

CARBONELL Miguel. *Introducción general al control de convencionalidad*. Ed. Porrúa, México D.F, 2013.

CARTABIA Marta. “*Taking dialogue seriously*” *The renewed need for a judicial dialogue at the time of constitutional activism in the European Union*, in Jean Monnet working papers N. 2/2007.

CASSESE Sabino. *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*. Ed. Einaudi, Torino 2009.

DE VERGOTTINI Giuseppe. *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*. Ed. Il Mulino, Bologna 2010.

FAUNDEZ LEDESMA Héctor. *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, aspectos institucionales y procesales*. San José, Costa Rica. IIDH, 3ra. Edición, 2005.

FERRARI Giuseppe Franco y GAMBARO Antonio (a cura di). *Corti nazionali e comparazione giuridica*. Ed. Scientifiche Italiana, Napoli, 2006.

FERRER MAC – GREGOR Eduardo (coord.). *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*. Ed. Fundap, México, 2012.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coord.) *Control de Convencionalidad, Interpretación Conforme y Diálogo. Jurisprudencial, Una Visión desde América Latina y Europa*. Ed. Porrúa, México, 2012.

FERRER MAC GREGOR Eduardo, HERRERA GARCÍA Alfonso (coords.). *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales. In Memoriam Jorge Carpizo, generador incansable de diálogos*. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.

GARCÍA ROCA Javier, CANOSA USERA Raúl, FERNÁNDEZ SÁNCHEZ Pablo Antonio y SANTOLAYA MACHETTI Pablo. (coord.) *El Diálogo entre los Sistemas Europeo y Americano de Derechos Humanos*. Ed. Civitas, Madrid, 2012.

GONZÁLEZ ESPINOZA, Olger Ignacio. *Acerca del “control de convencionalidad” por parte de los operadores de Justicia (nacionales e internacionales) en situaciones de justicia transicional*, p. 215 – 271. En Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, volumen 56, julio – diciembre de 2012, San José.

HITTERS Juan Carlos. *Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación. (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)*, p. 109 – 128. En Estudios Constitucionales, Santiago, Centro de Estudios Constitucionales de Chile/Universidad de Talca, Año 7, número 2, 2009.

MIRANDA BONILLA Haideer. *La Corte Interamericana dei diritti umani condanna il Costa Rica per il divieto di fecondazione in vitro*. En Rivista di Diritto pubblico comparato ed europeo. Ed. Giappicheli, No. 2, 2013, Milano, Italia.

MIRANDA BONILLA Haideer. *La tutela multinivel de los derechos fundamentales y el diálogo entre Cortes en América Latina*, pp. 565 -588. En Boris Barrios González y Luris Barrios Cha-

vés (coords) El Constitucionalismo de los Derechos. Ed. Boris & Barrios, 2014, Panamá.

MIRANDA BONILLA Haideer. *La interpretación conforme a la Convención Americana de Derechos Humanos*. En la Revista de Derecho Comunitario, Internacional y Derechos Humanos, número 3, 2015. Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica.

REY CANTOR, Ernesto. *Control de Convencionalidad de las leyes y derecho humanos*. Ed. Porrúa, México, 2008.

SAGUES Néstor. *Obligaciones internacionales y control de convencionalidad*. En Estudios Constitucionales, Santiago, Centro de Estudios Constitucionales de Chile/Universidad de Talca, Año 8, No. 2, 2009, pp. 117-135.

VENTURA ROBLES Manuel. *El control de convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte interamericana de Derechos Humanos*. En Estudios sobre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Tomo II. Ed. Corte IDH e Instituto Interamericano de Derechos Humanos. San José, Costa Rica 2011, pp. 385 – 416.