

Control de convencionalidad interamericano: Una propuesta de orden ante diez años de incertidumbre

*Karlos A. Castilla Juárez**

Introducción

El 26 de septiembre del año 2016 se cumplieron diez años de la primera vez que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH) utilizó en conjunto, y no en lo individual por medio de votos, el término *control de convencionalidad* en el párrafo 124 de la sentencia del *caso Almonacid Arellano y otros*¹. Si bien en ese momento se le anteponía la palabra *especie*, que con el paso de los años desapareció, esa fecha, esa sentencia y ese término son sin duda alguna un referente que ha trascendido en la historia del sistema interamericano.

No obstante, a una década de estar presente el término *control de convencionalidad* en la jurisprudencia interamericana, en la jurisprudencia nacional de varios países de la región, en varias centenas de publicaciones académicas y en otros tantos diversos

* Abogado por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. Doctor en Derecho por la Universitat Pompeu Fabra. Investigador visitante posdoctoral en el Instituto de Derecho Público de la Universitat de Barcelona. Agradezco los comentarios y lectura previa de este artículo a Paola Acosta, Byron Cárdenas, Miriam Henríquez y Thiago Oliveira.

1 Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154.

ámbitos vinculados con el sistema interamericano de derechos humanos, es difícil establecer con precisión una definición, una operación jurídica y un resultado concreto que indudablemente estén cubiertos o incluidos bajo ese término². Menos cuando surgió siendo una actividad que debía ejercer el Poder Judicial, para años después considerarse como una función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial³, sin dejar de denominarle *control*, sin alterarse en esencia su fraseo en la jurisprudencia de la CoIDH para cada caso y sin especificarse nada más que debe ser *ex officio*, en el marco de las respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes y que se debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana.

Esa falta de claridad e inconsistencia en el desarrollo y utilización del término *control de convencionalidad* es algo en lo que desde hace varios años hemos insistido algunos⁴ al analizar la totalidad de la jurisprudencia que recoge y hace uso de dicho término. Lamentablemente, hemos sido voces minoritarias, por lo que el término ha sido ampliamente difundido y aceptado a pesar de toda la incertidumbre que lo rodea⁵ y la desnaturalización

-
- 2 Es importante advertir esto, ya que la persona que no esté familiarizada con los sentidos y alcances que se le han dado al término *convencionalidad* en el ámbito interamericano, podría no entender la razón de esta y otras afirmaciones que se hacen en este artículo, especialmente si se parte del entendimiento que se le suele asignar a dicho término en otras regiones del mundo o desde el derecho internacional “puro”, en donde además pocas veces se le acompaña del **término control**.
 - 3 Cfr. Corte IDH. Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221, párr. 239.
 - 4 Véase: Castilla Juárez, Karlos. “¿Control interno o difuso de convencionalidad? Una mejor idea: la garantía de tratados”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Volumen XIII, 2013, p.p. 51-97.
 - 5 Cfr. Henríquez Viñas, Miriam. “La polisemia del control de convencionalidad

o vaciamiento de contenido que hace del concepto original de *control de convencionalidad*.

Por fortuna, todo parece indicar que la incertidumbre que se ha generado en los diez años de utilización del término *control de convencionalidad* en el ámbito interamericano, por fin, está llamando la atención de más personas. Así por ejemplo, en una mesa de análisis que compartí en el mes de agosto de 2016 con el ex juez y Presidente de la Corte Interamericana, Sergio García Ramírez que, como se sabe, es a quien se atribuye los primeros usos del término en sus votos, afirmaba en dicho evento que: “no existe una respuesta suficiente, a escala continental y ni siquiera nacional, acerca de ¿qué es el control de convencionalidad? ¿Qué produce? ¿Cuáles son sus alcances?”⁶. Pero además, invitaba a hacer un uso del *control de convencionalidad* con “razón y pertinencia, de lo contrario el resultado podría no ser el que apeteceamos”⁷. Palabras que son en nuestra opinión muy significativas por ser de quien son y porque confirman lo que algunos hemos venido insistiendo desde hace bastante tiempo atrás.

Ante esa realidad innegable, en este artículo intentaremos dar respuesta a las preguntas ante citadas, llenar algunos de los vacíos existentes y, ante lo irreversible de la utilización del término, precisar cuál es la operación jurídica que cada autoridad pública tiene a su cargo aunque a todas se les denomine de la misma forma como consecuencia de esa irreflexiva y poco

interno”, en *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, No. 24, 2014, pp. 113-141.

6 Palabras que se pueden escuchar junto con la imagen en: <http://sitios.te.gob.mx/20TEPJF/page/videos/9> Específicamente a partir del minuto 26:15, el minuto 38:40 y el minuto 48:10, que corresponden a la ponencia que se menciona.

7 Palabras que se pueden escuchar junto con la imagen en: <http://sitios.te.gob.mx/20TEPJF/page/videos/9> Específicamente a partir del minuto 47:17.

ordenada utilización de un término que debía estar reservado a las actividades que desarrollan los órganos internacionales de vigilancia y control de tratados como la CoIDH y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en el caso del sistema interamericano de derechos humanos⁸.

Con ese fin, en primer lugar, estableceremos una referencia precisa respecto a todo el conjunto de sentencias y resoluciones de la CoIDH en las cuales se recoge el término *control de convencionalidad* y a quién se dirige en cada una. En segundo lugar, haremos una propuesta de definición a partir del contenido de la jurisprudencia interamericana, a fin de ofrecer un poco de claridad respecto a lo que se debe entender en el ámbito interamericano cuando se utiliza el término *control de convencionalidad*.

En tercer lugar, estableceremos cuál es la operación jurídica que implica el llamado *control de convencionalidad* interamericano cuando está a cargo de autoridades que desempeñan funciones de naturaleza ejecutiva, legislativa y judicial. Esto con el fin de establecer los tres grandes modelos y operaciones jurídicas que se pueden incluir dentro del término que estamos estudiando. En cuarto lugar, con todos esos elementos, demostraremos si el término *control de convencionalidad* incluye alguna novedad sustantiva diferente a las obligaciones que adquieren los Estados al ser parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y demás tratados interamericanos.

8 Véase en idéntico sentido las afirmaciones del profesor Héctor Fix-Zamudio en “Los controles de constitucionalidad y convencionalidad en el ámbito interno”, en *XI Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, disponibles en: <http://www.youtube.com/watch?v=ygPlkjFWYrU> (minuto 25, con 20 segundos y siguientes. Consultado el 5 de enero de 2013).

Finalmente, esperando haber ofrecido una respuesta si no definitiva, sí al menos congruente a las preguntas y vacíos que antes se han planteado, se establecerán algunas conclusiones para el presente y futuro del *control de convencionalidad interamericano*.

1. La historia jurisprudencial completa del control de convencionalidad interamericano

Es común cuando se estudia algo en relación al llamado *control de convencionalidad* encontrar que las referencias jurisprudenciales que se citan son entre cinco a siete, pero siempre las mismas. Eso, en parte, es lo que ha generado el desarrollo de análisis incompletos y, sobre todo, ha impedido que se identifiquen los problemas que ha presentado esa historia jurisprudencial que nos tiene a 10 años de su inicio haciendo preguntas que debieron responderse desde el inicio o al menos, cada vez que se modificaba su fraseo y los sujetos destinatarios.

Al no ser el objeto de este artículo insistir en esos problemas e inconsistencias, remito a quien lee estas líneas a nuestros estudios existentes en relación a ello⁹. Por lo que, sin cambiar en posición en cuanto a lo anterior, lo que aquí interesa destacar es sólo el listado completo de 10 años de historia jurisprudencial,

9 Castilla Juárez, Karlos, “¿Control interno o difuso de convencionalidad? Una mejor idea: la garantía de tratados”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Volumen XIII, 2013, p.p. 51-97; “Control de convencionalidad interamericano: una mera aplicación del derecho internacional”, en *Revista Derecho del Estado*, No. 33, Universidad Externado de Colombia, julio-diciembre de 2014, pp. 149-172; y “Una respuesta a los comentarios de Alexei Julio al artículo ‘Control de convencionalidad interamericano: una mera aplicación del derecho internacional’”, en *Revista Derecho del Estado* No. 34, Universidad Externado de Colombia, enero-junio de 2015, pp. 55-60.

a fin de identificar de manera precisa a qué órgano o autoridad se ha pedido en cada caso que lleve a cabo el referido *control de convencionalidad*. Esto, a fin de proporcionar un mapa completo de la primera década de presencia del término control de convencionalidad en la jurisprudencia de la CoIDH, principalmente, para intentar romper el mito de que éste se sustenta tan sólo en 5 ó 7 sentencias e invitar a quien tenga un verdadero interés de profundización a que acuda directamente a cada una de las sentencias que deben ser estudiadas, si se pretende hacer un análisis serio del tema.

De esta forma, en la década que va de septiembre 2006 a septiembre de 2016, el término control de convencionalidad se encuentra de forma sustantiva en las siguientes sentencias de la CoIDH¹⁰:

Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154.	Poder Judicial
Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 158.	Órganos del Poder Judicial
Caso La Cantuta vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162.	Poder Judicial

10 En este listado han sido excluidas las sentencias en las cuales sólo se hace mención del término de manera aislada sin mayor contenido, así como el conjunto de resoluciones de supervisión de cumplimiento en las que se hace mención de éste por estar contenido en el apartado de reparaciones de la sentencia principal, pero no se hace ningún desarrollo sustantivo relevante.

Caso Boyce y otros vs. Barbados. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C No. 169.	Poder Judicial
Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 186.	Juzgadores
Caso Radilla Pacheco vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C No. 209.	Poder Judicial
Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213.	Poder judicial
Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214.	Poder Judicial
Caso Fernández Ortega y otros vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C No. 215.	Poder Judicial
Caso Rosendo Cantú y otra vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216.	Poder Judicial
Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2010. Serie C No. 217.	Poder Judicial
Caso Vélez Loor vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218.	Órganos de cualquiera de los poderes cuyas autoridades ejerzan funciones jurisdiccionales
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.	Poder Judicial

Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220.	Jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles.
Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221.	Jueces y órganos vinculados a la administración de justicia Cualquier autoridad pública
Caso Chocrón vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2011. Serie C No. 227.	Jueces y órganos vinculados a la administración de justicia
Caso López Mendoza vs. Venezuela. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2011. Serie C No. 233.	Jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles
Caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2011. Serie C No. 238.	Jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles
Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239.	Jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles
Caso Furlan y familiares vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246.	Jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles
Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012. Serie C No. 250.	Jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles
Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012. Serie C No. 252.	Todos los poderes y órganos estatales en su conjunto
Caso Gudiel Álvarez y otros ("Diario Militar") vs. Guatemala. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 noviembre de 2012. Serie C No. 253.	Jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles

Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 30 de noviembre de 2012. Serie C No. 259.	Todas las autoridades y órganos de un Estado
Caso Gelman vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 20 de marzo de 2013.	Todas las autoridades estatales
Caso Mendoza y otros vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2013. Serie C No. 260.	Jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles
Caso J. vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2013. Serie C No. 275.	Jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles
Caso Liakat Ali Alibux vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de enero de 2014. Serie C No. 276.	Todos los órganos del Estado, incluidos sus jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia
Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C No. 279.	Autoridades judiciales
Casos Masacres de Río Negro y Gudiel Álvarez y otros vs. Guatemala. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 21 de agosto de 2014.	Jueces nacionales
Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 282.	Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles Todas las autoridades y órganos de un Estado
Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21.	Los diversos órganos del Estado.

Caso Rochac Hernández y otros vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014. Serie C No. 285.	Todos los poderes y órganos estatales en su conjunto
Caso López Lone y otros vs. Honduras. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 05 de octubre de 2015. Serie C No. 302.	Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles
Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 08 de octubre de 2015. Serie C No. 304.	Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles
Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 08 de octubre de 2015. Serie C No. 305.	Atributo propio de la Corte Interamericana
Caso García Ibarra y otros vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2015. Serie C No. 306.	Todos los órganos del Estado, incluidos sus jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia
Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el sistema interamericano de derechos humanos (Interpretación y alcance del artículo 1.2, en relación con los artículos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46, y 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del artículo 8.1 A y B del Protocolo de San Salvador). Opinión Consultiva OC-22/16 de 26 de febrero de 2016. Serie A No. 22.	No establece

Como puede observarse, en catorce casos el “mandato” de *convencionalidad se dirige de manera exclusiva al Poder Judicial, en diecisiete a jueces y órganos vinculados con la administración de justicia*¹¹ (en cuatro de ellos al mismo tiempo

11 Las diferencias que la CoIDH encuentra entre hablar de “jueces” y de “Poder Judicial” no son claras en la jurisprudencia, aunque como se observa, los primeros años hacía más uso del segundo término que del primero que ha

a todo órgano del Estado), en cinco de manera exclusiva a todos los órganos, poderes o autoridades del Estado, mientras que dos más están fuera de todos esos supuestos por lo que se indica en el cuadro.

Lo que hace que en 31 de 38 sentencias emitidas en la primera década de uso del término *control de convencionalidad* (81.5 %), éste se dirija a jueces y tribunales de todo tipo como integrantes del Poder Judicial y como órganos vinculados con la administración de justicia. Siendo sin duda alguna, su principal objetivo o destinatarios. Mientras que sólo en nueve de 38 se dirige a cualquier otro órgano, poder o autoridad del Estado (23.6 %) en el que por lógica también se incluyen tribunales, pero que busca incluir a toda otra autoridad distinta de éstos.

En cuanto a la presencia del término por cada año, en donde menos presencia tiene es en los años 2007, 2008, 2009 y 2016 en los que sólo se utiliza en una sentencia en cada uno. Mientras que en 2010 es cuando más veces se utilizó durante un año en toda la década al hacerse en ocho sentencias, seguido por las seis referencias en 2012 y 2014, y las cuatro de 2011 y 2015.

Ahora bien, si vemos que desde que se incorpora el término, la CoIDH ha emitido 163 sentencias y resoluciones en casos contenciosos¹², lo anterior quiere decir que sólo en el 23.3 % de la jurisprudencia se ha utilizado. Con lo que cabría hacerse estas preguntas: ¿En el resto de casos no aplica? ¿Sólo existe para los casos y países a quienes se les ha dirigido? ¿Por qué no es una constante?¹³.

empleado en los más recientes años.

12 Sin contar opiniones consultivas y resoluciones de supervisión de cumplimiento de sentencia.

13 Por el espacio con que contamos en este artículo no podemos desarrollar algunas respuestas posibles a estas preguntas, pero sería interesante incluirlas en un

Esa información es fundamental en la búsqueda de precisión del contenido y alcance del llamado *control de convencionalidad*, para establecer una distinción entre los tipos de *control de convencionalidad interamericano* que existen, así como para determinar su contenido, alcance y la operación jurídica que en cada caso le corresponde. Pero, en todo caso, la anterior lista es la historia jurisprudencial completa del llamado *control de convencionalidad* en su primera década de existencia.

2. Propuesta de definición

Otra falla recurrente en la que se incurre cuando se habla del *control de convencionalidad*, es que no se han propuesto definiciones claras respecto a lo que es, qué significa o qué debe ser entendido cuando se utiliza ese término.

Lo común en la gran mayoría de textos académicos, de difusión y análisis cuando se intenta explicar qué es, dar una definición o establecer un concepto, es reproducir textualmente el párrafo con el cual la Corte Interamericana ha hecho el fraseo de que “todas las autoridades estatales están en la obligación de ejercer *ex officio* un control de convencionalidad entre las normas...”. Pero más allá de eso, no existen ejemplos, ni esfuerzos para aportar una definición clara¹⁴.

debate profundo del tema.

14 Por todos, véase: Corte IDH, *Control de Convencionalidad*. Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No. 7, [Fecha de consulta: 25 de marzo de 2016]. [Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/controlconvencionalidad8.pdf>], p. 4; en donde se establecen las primeras aproximaciones del “concepto”.

Lo más cercano a una definición con la que se cuenta¹⁵, ha sido propuesta desde la propia CoIDH, al establecer que el *control de convencionalidad* es “una institución que se utiliza para *aplicar* el Derecho Internacional, y específicamente la Convención Americana y sus fuentes, incluyendo la jurisprudencia de [la CoIDH]¹⁶.

En nuestra opinión, aunque lo anterior aporta mucho, resulta importante distinguir claramente entre el concepto de *control de convencionalidad* auténtico y el de *control de convencionalidad interamericano*.

Esto es así, por un parte, porque la idea de “control” en el ámbito jurídico incluye o es una operación jurídica más amplia que lo que incluye la idea de “aplicar” el Derecho Internacional. Por lo que, para evitar trivializar el término *control de convencionalidad*¹⁷, debe distinguirse de manera clara de lo que la CoIDH ha buscado con su idea de *control de convencionalidad* que, como vemos, es en esencia la de *aplicar* las normas del Derecho Internacional. Si la Corte Interamericana hubiese mantenido su idea en el ámbito del Poder Judicial (jueces, tribunales y órganos vinculados) como lo había hecho en los primeros años y lo hace en la mayoría de su jurisprudencia, podría no ser tan necesario hacer esta distinción, pero en el momento en el que lo amplió a toda autoridad, resulta complicado

15 Cfr. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *Manual auto-formativo para la aplicación del control de convencionalidad dirigido a operadores de justicia*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 2015. P. 49.

16 Corte IDH, *Caso Gelman vs. Uruguay*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 20 de marzo de 2013, párr. 65. Las cursivas no están en el original.

17 Cfr. Rojas Betancourth, Danilo, “Control de convencionalidad en Colombia. Entre el control de la Convención y su aplicación”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Año XXI, p. 134.

poder hablar de control en el sentido estricto de su naturaleza si se entiende bien a su vez la naturaleza de las funciones que desempeñan órganos legislativos, ejecutivos y otros tipos de autoridad diferente a las jurisdiccionales¹⁸.

Por otra parte, aunque en el mismo sentido, es importante distinguir lo que busca la CoIDH del auténtico *control de convencionalidad* o *control de tratados*, especialmente porque este último está depositado en los tribunales internacionales¹⁹, al ser éstos los únicos con competencia para determinar cuándo un acto u omisión de un Estado se contraponen a la obligación internacional adquirida por éste al firmar, ratificar o adherirse a un instrumento internacional. Los tribunales internacionales son los únicos que pueden determinar cuándo un hecho o acto imputable a un Estado es incompatible con el contenido de la norma internacional, así como los únicos facultados, a partir de esa determinación, para establecer la responsabilidad internacional del Estado y las consecuencias que de ésta derivan²⁰.

Pues así como a nivel nacional el juez constitucional se encarga de controlar que las leyes no contradigan la Constitución (y no necesariamente todo juez nacional es juez constitucional), de controlar que determinadas disposiciones que integran el texto

18 Cfr. Nino, Carlos S., “Los fundamentos del control judicial de constitucionalidad”, en Ackerman, Bruce (et. al.), *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 97-98; Gavara De Cara, Juan Carlos, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental del Bonn*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, pp. 128-129.

19 Véase en idéntico sentido las afirmaciones del profesor Héctor Fix-Zamudio, *op. cit.* Minuto 25, con 20 segundos y siguientes.

20 Cfr. Brownlie, Ian, *Principles of Public International Law*, 4a. Ed., Clarendon Press, Oxford, 1990, pp. 690, 703 y 704.

de una ley sean compatibles con el sistema de disposiciones que integran el texto constitucional²¹; el tribunal internacional se encarga de un control similar de los actos nacionales (incluida la Constitución nacional) respecto al tratado, de controlar que lo que se hace en el Estado sea compatible con el tratado. Debiendo entenderse claramente que “[s]i bien es cierto, en términos generales, que un tribunal interno procura establecer el contenido de una norma de derecho internacional de manera similar a un tribunal internacional, una misma disputa podría resolverse de una manera distinta por dichos tribunales por tratarse, en un caso, del sistema jurídico interno y, en el otro, del sistema jurídico internacional”²².

En ese sentido, una simple aplicación o cumplimiento de obligaciones internacionales, como lo pide la CoIDH en su falso *control de convencionalidad*, es cualquier cosa, menos un auténtico *control de convencionalidad o de tratados*, ni aunque se le pueda agregar el calificativo de difuso. En tanto no se ponga siempre y en todos los casos la norma del tratado como referente primario e incluso como superior para evaluar el resto de las normas, actos y hechos, difícilmente se puede hablar de *control de convencionalidad*²³.

Así, en todo caso, si hablamos de lo que la Corte Interamericana introdujo en sus jurisprudencia como una *especie de control de convencionalidad* para después simplemente llamarle *control de convencionalidad*, por seriedad jurídica

21 Cfr. Ferreres Comella, Víctor, *Justicia constitucional y democracia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012, pp. 21-22.

22 Buergenthal, Thomas, Gros Espiell, Héctor (et. al.), *Manual de derecho internacional público*, Fondo de Cultura Económica, México, 1994, p. 16.

23 Cfr. Sorensen, Max, *Manual de Derecho Internacional Público*, Fondo de Cultura Económica, México, 1973, pp. 195-196; Buergenthal, Thomas, op. cit., p. 15; Brownlie, Ian, op. cit., pp. 40-42.

y respeto al contenido original y auténtico de los términos, a esa idea le debemos agregar el adjetivo *interamericano* para distinguirlo claramente del otro, ya que, aunque se le llamara a uno interno o difuso y al otro externo o concentrado (primario y complementario en palabras de la CoIDH²⁴), simplemente, la operación jurídica que implica uno y otro no son la misma, como tampoco lo son sus efectos y resultados. Con lo que, bajo esas bases, podríamos establecer como definición que:

El *control de convencionalidad interamericano (CCI)* es el término que la Corte Interamericana de Derechos Humanos introdujo en su jurisprudencia para identificar la actividad que deben desarrollar todas las autoridades, órganos y poderes de un Estado Parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y demás tratados interamericanos, consistente en aplicar *ex officio* el Derecho Internacional, y específicamente la Convención Americana y sus fuentes, incluyendo la jurisprudencia de dicho tribunal interamericano, en el marco de las respectivas competencias de cada autoridad, órgano o poder y de las regulaciones procesales correspondientes.

Nosotros, para respetar la esencia, naturaleza y contenido auténtico del *control de convencionalidad* hemos propuesto desde hace algún tiempo la idea de la *garantía de tratados*²⁵. *Pero ante el posiblemente irreversible uso del término control de convencionalidad, al menos debemos hacer el esfuerzo de darle un correcto entendimiento, que no desnaturalice lo que*

24 Cfr. Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 20 de marzo de 2013, párrs. 70-72 y 87.

25 Castilla Juárez, Karlos, “¿Control interno o difuso de convencionalidad? Una mejor idea: la garantía de tratados”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Volumen XIII, 2013, p.p. 51-97. Pensando esencialmente en los órganos con funciones jurisdiccionales, ya que los demás órganos, por su naturaleza, no corresponden en estricto sentido las acciones que aquí se indican.

originalmente significa y representa en esencia dicho término, más allá de Latinoamérica.

Bajo ese entendimiento, podemos señalar que a partir de la referida definición se puede establecer que existen al menos tres tipos de CCI, de acuerdo a las tres grandes categorías en las que se pueden clasificar todas las autoridades, poderes u órganos del Estado: 1) judicial o jurisdiccional; 2) ejecutivo o administrativo; 3) legislativo o parlamentario. Por ello, en cada caso, el CCI tendrá características específicas atendiendo a esas funciones, tal y como lo estableceremos en el siguiente apartado.

3. ¿Qué operación jurídica implica el control de convencionalidad interamericano?

A pesar que desde ámbitos académicos y de algunos jurisdiccionales nacionales se ha señalado que el CCI implica desde interpretaciones conformes hasta inaplicaciones o expulsiones normativas, lo cierto es que, como antes fue señalado, la CoIDH sólo ha establecido que se trata de aplicar el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y específicamente la Convención Americana y sus fuentes, incluyendo la jurisprudencia de ese Tribunal.

Pero más aún, el tribunal interamericano ha establecido que el CCI tiene dos manifestaciones, dependiendo de si la sentencia ha sido dictada en un caso en el cual el Estado ha sido parte o no. La primera manifestación, según la CoIDH, se da 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. La segunda manifestación se da, de acuerdo con la CoIDH, en situaciones y casos en que el Estado concernido no ha sido parte en el proceso

internacional en que fue establecida determinada jurisprudencia, pero es parte en la Convención Americana²⁶.

Con lo que se puede establecer de manera concreta que por principio, las dos operaciones jurídicas generales que implica el CCI son:

- a) Aplicar la Convención Americana y sus fuentes para dar cumplimiento en su integridad y de buena fe a lo ordenado en una Sentencia dictada por la Corte en un caso concreto en el que el Estado fue parte²⁷.
- a) Aplicar la Convención Americana y sus fuentes para cumplir con las obligaciones ahí contenidas, específicamente, según sea el caso, para 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 concretos²⁸.

Así, la primera operación genérica básica del CCI busca o sirve para dar *cumplimiento de sentencia* y la segunda para dar *cumplimiento de obligaciones internacionales primarias*.

Con lo que, una vez que tenemos precisadas las operaciones genéricas que envuelve el CCI, no podemos pasar por alto que éstas, según se ha insistido por la CoIDH, se deben hacer *ex officio*, entre las normas internas y la Convención Americana, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes; y deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del

26 Cfr. Corte IDH, Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 20 de marzo de 2013, párrs. 67 a 69.

27 Cfr. *Ibidem*, párr. 68.

28 Cfr. *Ibidem*, párr. 69.

mismo ha hecho la Corte Interamericana.

Por lo que, atendiendo a esas operaciones generales y sus características, ahora debemos establecer las operaciones específicas que implica el CCI para cada uno de los tres tipos o formas en los cuales se debe llevar a cabo.

4. Control de convencionalidad interamericano judicial o jurisdiccional

Si bien al hablarse de la función judicial o jurisdiccional lo normal es pensar en el Poder Judicial, en esta clasificación, para incluir a todos los “órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles”, más que pensar en un determinado órgano o poder, pensamos en una función.

Es decir, en esas actividades consistentes en la resolución de conflictos (que surgen entre los órganos del poder público; entre el poder público y los particulares o entre los particulares) por medio de la satisfacción de pretensiones y la determinación concreta de derechos y obligaciones, en la aplicación e interpretación de la ley al caso concreto²⁹. Actividad típica de jueces y tribunales adscritos al Poder Judicial, pero no exclusiva de éstos al existir órganos adscritos al Poder Ejecutivo y Poder Legislativo que en situaciones o procedimientos concretos y establecidos en ley, desempeñan funciones de naturaleza jurisdiccional en prácticamente todos los países de América.

29 Cfr. *Sánchez Ferriz, Remedios (et. al.), Funciones y órganos del Estado constitucional, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 219; Prado, Juan José, Manual de instituciones de Derecho Público. Constitucional y administrativo, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, pp. 44-45.*

De esa forma, todo órgano, autoridad o poder que desempeñe *funciones jurisdiccionales o judiciales*, y no sólo los adscritos al tradicional entendimiento de Poder Judicial, deben llevar a cabo el CCI.

Pero ¿cómo lo deben hacer? ¿Cuál es la operación jurídica que deben desarrollar para el cumplimiento de esa función? La respuesta a estas preguntas las desarrollaremos a partir de las dos grandes operaciones que de acuerdo con la CoIDH se debe ejercer el CCI.

A. Cumplimiento de sentencia

La operación u operaciones jurídicas que se deben desarrollar en este supuesto del *CCI jurisdiccional dependerán en todo caso de lo que la Corte Interamericana establezca en su sentencia*. El margen con el que se cuenta a nivel interno es mínimo. En ese sentido, la operación jurídica será la que ordene la CoIDH en cada caso concreto, en cada sentencia.

Debiéndose tener presente que como lo ha establecido la Corte Interamericana, “[b]ajo este supuesto, el órgano judicial tiene la función de hacer prevalecer la Convención Americana y los fallos de esta Corte sobre la normatividad interna, interpretaciones y prácticas que obstruyan el cumplimiento de lo dispuesto en un determinado caso³⁰.

30 Cfr. *Caso Apitz Barbera y otros vs. Venezuela. Supervisión de cumplimiento de sentencia*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 23 de noviembre de 2012, párr. 26; Corte IDH, *Corte IDH. Caso Gelman vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 20 de marzo de 2013, párr. 73.

Así, por ejemplo, la CoIDH puede ordenar que se desarrolle una interpretación determinada de una norma específica para hacerla compatible con la CADH u otro tratado interamericano; la forma en que se debe resolver una situación tomando en cuenta las obligaciones internacionales que se tienen; la manera en la que se debe aplicar la CADH u otro tratado interamericano al resolver un caso concreto, la intervención de un órgano para resolver una situación, interpretar o aplicar una determinada norma a fin de cumplir con las obligaciones internacionalmente adquiridas, etc.; pero en todo caso deben ser operaciones precisas.

¿Quién debe cumplir con éstas? Será en primer lugar el órgano directamente involucrado en el caso o el que debiendo intervenir por tener competencia no lo hizo. Pero también, todos aquellos que teniendo idéntica competencia en un caso similar, puedan tener frente a sí el mismo supuesto, como una medida para garantizar que no se vuelvan a repetir los hechos o circunstancias que generaron ya una vez la responsabilidad internacional del respectivo Estado.

En este ámbito es imprescindible que la Corte Interamericana haga mandatos claros, sólidos y bien informados del sistema nacional al que se dirige. Pero en caso de que eso no ocurra, no se debe olvidar que no todo está perdido, ya que se puede pedir una interpretación de sentencia en los términos que establece el artículo 67 de la Convención Americana.

De esa forma, en el CCI jurisdiccional para cumplimiento de sentencia, la operación jurídica a desarrollar por el órgano con funciones jurisdiccionales será la que ordene la Corte Interamericana y producirá los efectos que ésta ordene.

B. Cumplimiento de obligaciones internacionales primarias

Para determinar las operaciones jurídicas que en este supuesto se deben desarrollar en ejercicio del *CCI jurisdiccional*, es importante tomar en cuenta tres elementos para poder determinar ello:

- a) El lugar que ocupan la CADH y demás tratados interamericanos entre las fuentes del derecho que debe aplicar e interpretar el órgano con funciones jurisdiccionales.
- b) La competencia del órgano con funciones jurisdiccionales, y
- c) La existencia de la obligación internacional con la que debe cumplir todo órgano con funciones jurisdiccionales.

Lo anterior, significa que no hay una operación jurídica única a desarrollar y que, en cada país de América se deben establecer con precisión el conjunto de operaciones que se puede llevar a cabo, atendiendo las regulaciones procesales existentes en cada sistema jurídico nacional³¹.

En cuanto a quién o qué órgano con funciones jurisdiccionales debe llevar a cabo esta actividad, la respuesta es obvia y sencilla: todo aquél que tenga a su cargo esas funciones, sea en un Estado federal o unitario³². Por lo que los tres elementos base para la determinación de la operación jurídica a desarrollar adquieren especial importancia para hacer posible esto de manera coordinada y sistemática.

31 Sin poderse pasar por alto en este punto también que en algunos países se establecen expresos métodos interpretativos de los derechos humanos, con lo cual, ese aspecto también debe ser tomado en cuenta por los efectos que eso puede generar.

32 Véase artículo 28 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

De esa forma, el lugar que ocupan los tratados interamericanos en cada sistema nacional³³ es importante ya que, si éstos se encontraran por encima de todas las normas nacionales incluida la Constitución, se estaría en una situación cercana al auténtico *control de convencionalidad* (aunque no en sus resultados). Si están al mismo nivel que la Constitución como máximas fuentes normativas, habrá que distinguir si es un reconocimiento independiente o como integrantes de lo que suele conocerse de manera amplia como un *bloque de constitucionalidad*, pues en este caso se estaría muy probablemente en un sistema de *control de constitucionalidad* que haría innecesario hablar de CCI al estar éste subsumido en aquél. Pero puede ser que estén por debajo de la Constitución pero por encima del resto de leyes o al mismo nivel que las demás leyes, con lo que se podría estar en presencia de algo similar al más típico *control de legalidad*. Pero en todo caso, toca a cada Estado, preferentemente en su Constitución, determinar la posición que los tratados ocupan en su respectivo orden jurídico interno³⁴.

Pero en todo caso, es importante determinar eso, para conocer la fuerza jurídica que tienen como fuentes del derecho a las cuales debe acudir el órgano con funciones jurisdiccionales. Dependiendo de la posición y características que se les reconozcan en el sistema de fuentes a nivel nacional, será en parte la operación jurídica que se podrá desarrollar y, sobre todo, la preeminencia que el órgano con funciones jurisdiccionales les deberá dar en el ejercicio de sus funciones³⁵.

33 Esto cumple y es compatible con lo que la CoIDH al referirse al CCI dice: “entre las normas internas y la Convención Americana”.

34 *Cfr.* Fix-Zamudio, Héctor, “El derecho internacional de los derechos humanos en las Constituciones latinoamericanas y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Justicia Constitucional, Ombudsman y derechos humanos*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 1993, pp. 445-481.

35 *Cfr.* Henderson, Humberto, “Los tratados internacionales de derechos humanos

La competencia del órgano³⁶ es esencial, ya que es lo que determinará de manera concreta qué puede hacer el órgano con funciones jurisdiccionales con cada una de las fuentes de derecho antes indicadas. Es decir, si puede aplicarlas, interpretarlas, inaplicarlas, expulsarlas, una de las anteriores, algunas de las anteriores o todas las anteriores. Que en todo caso, sea la operación jurídica concreta que sea, significa que debe hacer uso de ellas, simplemente que lo hará en el estricto ámbito que se le faculta para dar congruencia y operatividad a un sistema jurídico nacional.

Aplicar, interpretar, inaplicar y expulsar son operaciones jurídicas que por regla general, están reservadas a órganos específicos de control, generalmente, de control de constitucionalidad, sea en un modelo concentrado o difuso³⁷. Con lo que los demás que no estén ubicados en los supuestos anteriores, por regla general sólo pueden interpretar y aplicar³⁸, en los márgenes de su competencia. Unos y otros se comunican a partir de las regulaciones procesales establecidas en cada

en el orden interno: la importancia del principio *pro homine*”, en *Revista IIDH*, Vol. 39, San José, 2004, p. 75.

36 Esto cumple y es compatible con lo que la CoIDH al referirse al CCI dice: “en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes”.

37 Para entender porqué se reserva eso sólo a determinados órganos, especialmente lo relativo a inaplicación y expulsión, se deben tener presentes los debates relacionados con la legitimidad democrática de los órganos jurisdiccionales (especialmente del Poder Judicial). Es decir, que está inmerso un debate de fondo que aquí no podemos desarrollar, pero que no puede ser menos en los Estados democráticos, aun cuando se trate de derechos humanos.

38 *Cfr.* Carmona Tinoco, Jorge Ulises, “La aplicación judicial de los derechos humanos de fuente internacional (Algunos de sus problemas, retos y propuestas de solución)”, en *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria*. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo. Derechos humanos, Tomo V, Vol. 1, UNAM, 2015, p. 283.

sistema nacional, con lo cual, por certeza y seguridad jurídica es importante observar ello al momento de concretar las operaciones jurídicas a desarrollar y no atribuir competencias a quien no las tiene expresamente reconocidas, menos si no existen las regulaciones procesales necesarias, pues ello en lugar de generar una protección efectiva, podría generar más bien incertidumbres y vacíos de protección.

Es importante en este sentido tener presente que la CoIDH en relación a lo antes señalado ha establecido que “la Convención Americana no impone un modelo específico para realizar un control de constitucionalidad y convencionalidad”³⁹, es decir, que eso queda a cargo de cada sistema nacional. Por lo que, así como cuando los jueces internos aplican la Constitución, no por ello se dice que ejercen un control constitucional, lo mismo debe ocurrir en este caso, tanto para preservar bajo el significado de *control* la operación jurídica concreta que ello implica, como para no alterar, ni crear competencias que no corresponden bajo el mito de que eso es una obligación derivada de la Convención Americana.

Finalmente, por lo que hace a la permanente⁴⁰ presencia de la obligación internacional, ésta es de igual forma esencial en la determinación de la operación jurídica que cada órgano con funciones jurisdiccionales va a desarrollar en el CCI, ya que “el Estado es el principal garante de los derechos humanos de la personas, de manera que, si se produce un acto violatorio de dichos derechos, es el propio Estado quien tiene el deber de resolver el asunto a nivel interno y, [en su caso,] reparar, antes

39 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.

40 Esto cumple y es compatible con lo que la CoIDH al referirse al CCI dice: “*ex officio*”.

de tener que responder ante instancias internacionales como el Sistema Interamericano, lo cual deriva del carácter subsidiario que reviste el proceso internacional frente a los sistemas nacionales de garantías de los derechos humanos⁷⁴¹.

De esa forma, lo anterior significa que en todos los casos que sean sometidos al conocimiento de un órgano con funciones jurisdiccionales en los cuales esté presente un derecho humano, dicho órgano debe tener presente el contenido de la CADH y demás tratados interamericanos al ser una obligación con la cual deben cumplir. ¿Cómo lo harán? Eso dependerá de los dos puntos anteriores que son los que determinan con que fuerza jurídica y en qué medida lo deben hacer, pero siempre y en todo caso que se esté en presencia de un derecho humano, se debe hacer.

Que no todos los órganos con funciones jurisdiccionales puedan inaplicar o expulsar normas que sean contrarias a los tratados interamericanos no es un problema, como tampoco lo es en la actualidad en la gran mayoría de casos en América que no todos puedan inaplicar o expulsar normas contrarias a la Constitución. Lo fundamental en todo caso es que, así como están obligados a observar la Constitución y desempeñar sus funciones en el marco de ésta, se entienda que en la misma medida se debe hacer respecto al conjunto de tratados interamericanos de derechos humanos de los que es parte su país.

Lo importante en el fondo es que todo órgano con funciones jurisdiccionales a nivel nacional entienda que la Convención Americana y demás tratados son una de las fuentes del Derecho

41 *Caso de la Masacre de Santo Domingo vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 30 de noviembre de 2012. Serie C No. 259, párr. 142. Véase asimismo, *Caso Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 157, párr. 66.

que debe observar en el ejercicio de sus funciones, normas que rutinariamente, como las demás de origen nacional que integran el sistema jurídico en el que se encuentra inmerso, está bajo su responsabilidad aplicar en todo caso que involucre derechos humanos⁴².

Ahora bien, si para el ejercicio de cada operación jurídica que después de lo anterior se concrete para cada órgano con funciones jurisdiccionales en cada país, se considera necesario, sin que se afecte o ponga en riesgo la *independencia judicial*, el tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, lo pueden hacer. Especialmente, por su *interés referencial* al ser el auxiliar y referente interpretativo de mayor certeza en el sistema interamericano y que, por tanto, les permitirá cumplir con sus obligaciones de la mejor forma, al ser dichas interpretaciones la versión más autorizada de los contenidos de la Convención Americana y demás tratados interamericanos.

Entendido esto, también se puede afirmar que los *efectos* o *resultados* que produce el *CCI jurisdiccional*, en este supuesto, dependerán de todo lo antes establecido, estando estrechamente vinculados en todo caso con la competencia de cada órgano con funciones jurisdiccionales, por lo que no se puede establecer un resultado final único para todos los sistemas jurídicos en América. No hacerlo así, es ignorar que cada país tiene cualidades propias en sus sistemas constitucionales, por más que tengamos algunos parecidos que históricamente nos unen.

A pesar de lo anterior, se puede afirmar que el principal resultado general que se espera es la constante aplicación de

42 Cfr. Cançado Trindade, Antonio A., *Reflexiones sobre la interacción entre el derecho internacional y el derecho interno en la protección de los derechos humanos*, Procurador de los Derechos Humanos, Guatemala, 1995, p. 16.

los tratados interamericanos por todo órgano con funciones jurisdiccionales al cumplir con sus funciones y facultades, especialmente, si se está en presencia de un derecho humano. Y como consecuencia de eso, como un resultado lógico, que la defensa, protección, garantía y reparación de los derechos humanos se haga a nivel interno de cada Estado sin la necesidad de intervención de los órganos del sistema interamericano de derechos humanos.

Con lo que parece evidente que no hay respuestas únicas y generales, sino que cada Estado deberá establecerlas para su propio sistema⁴³, aunque siempre sea deseable que sea similar para que en toda América haya una idéntica efectiva protección de derechos humanos.

De esa forma, en el CCI jurisdiccional para el cumplimiento de obligaciones primarias, la operación jurídica a desarrollar por los órganos con funciones jurisdiccionales dependerá en cada país del lugar que ocupen los tratados interamericanos en sus sistemas de fuentes y la competencia que tenga cada órgano. Por lo que los efectos que producirá dependen de esto mismo, sin poderse establecer una respuesta única para toda América, pues se debe atender a las particularidades y organización de cada sistema nacional. Aunque lo deseable es que con independencia de lo anterior, en el ejercicio de sus funciones, todo órgano jurisdiccional tenga siempre presente como normas integrantes de su sistema jurídico nacional a dichos tratados.

43 Esto es importante en todo el análisis que se desarrolla en este artículo, ya que este tipo de aspectos podrían debilitar o al menos poner en duda la idea del *ius constitutionale commune* que se impulsa y trata de imponer en América desde centros de investigación europeos.

5. Control de convencionalidad interamericano ejecutivo o administrativo

Al igual que en el subapartado anterior, en éste ámbito lo relevante es la función, antes que el órgano, autoridad o poder que la desempeñe. Entendiendo de manera amplia que la función *ejecutiva o administrativa se refiere a todo aquello vinculado con la política de gobierno y la administración pública (que el Gobierno desempeña a través de la Administración)*⁴⁴. Es decir, con la ejecución de las leyes aprobadas por los órganos legislativos, organizar y dirigir la política y administración pública.

Función que comúnmente ubicamos en los gobiernos por medio de todas las autoridades y órganos dependientes del Poder Ejecutivo, pero que también desempeñan otro tipo de autoridades que pueden ser coadyuvantes, independientes o autónomas de una administración que podríamos calificar como central, así como los órganos de gobierno y/o administración del Poder Legislativo y Poder Judicial cuando existen. Por lo que, en términos amplios, se incluye a toda autoridad u órgano que tenga a su cargo poner en práctica las leyes, administrar los recursos públicos y, a partir de lo anterior, diseñar, poner en marcha y organizar el conjunto de políticas públicas en el Estado.

Pero ¿cómo deben hacer el *CCI ejecutivo o administrativo*? ¿Cuál es la operación jurídica que deben desarrollar para el cumplimiento de esa función? Al igual que antes, partiremos para dar respuesta a esas preguntas de las dos manifestaciones u operaciones generales que la Corte Interamericana identifica en el CCI.

44 Cfr. Sánchez Ferriz, Remedios (et. al.), *Funciones y órganos del Estado constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 39, 87-98; Prado, Juan José, *Manual de instituciones de Derecho Público. Constitucional y administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, p. 275.

A. Cumplimiento de sentencia

En este rubro, al igual que lo establecimos en el subapartado anterior, no existe mayor problema, pues la operación jurídica o actividad concreta que deben desempeñar está establecida en la sentencia que se debe de cumplir.

De esa forma, podría consistir en, por ejemplo, la creación de una determinada política pública que sirva para cumplir con las obligaciones internacionalmente adquiridas; la organización de un área de tal forma que se pueda cumplir con una función para la protección de un determinado derecho; el ajuste de un procedimiento a fin de que sea compatible con la Convención Americana u otro tratado interamericano, etc.

Pero en todo caso, dependerá del mandato que normalmente en forma de reparación le imponga la Corte Interamericana, a un órgano o ámbito de gobierno y/o administración específico, a uno en general o a varios. Por lo que será ese o esos los directamente obligados, pero también aquéllos que se puedan colocar bajo el mismo supuesto a fin de garantizar que no se repita el incumplimiento de obligaciones internacionales.

Con lo que el *CCI ejecutivo o administrativo* para cumplimiento de sentencias implicará la operación jurídica que ordene la CoIDH y sus efectos los que ésta misma establezca.

B. Cumplimiento de obligaciones internacionales primarias

Teniendo presente que la operación genérica a desarrollar en el *CCI*, según lo ha establecido la CoIDH, es la de *aplicar* la Convención Americana y sus fuentes, parece claro que si

se trata de funciones ejecutivas o administrativas, en éstas no caben inaplicaciones o expulsiones normativas, al no ser esa una actividad encomendada a dichas funciones, no estar dentro de la naturaleza de esas y no ser lo que la Corte Interamericana entiende por CCI.

Precisado eso, en el *CCI ejecutivo o administrativo*, al igual que en el jurisdiccional, los tres elementos base (posición de la CADH en el sistema jurídico, competencia del órgano, presencia continua de la obligación internacional) son fundamentales para establecer las operaciones jurídicas concretas que debe llevar a cabo cada autoridad u órgano con funciones ejecutivas o administrativas. Por lo que, al igual que en el anterior, no hay una operación única para todas, sino que habrán de determinarse órgano por órgano.

Así por ejemplo, si una autoridad tiene a su cargo la creación de políticas públicas en materia de salud, el *CCI ejecutivo o administrativo* podría implicar que en el diseño y puesta en práctica de estas, dicha autoridad tome en cuenta el contenido de la Convención Americana y el Protocolo de San Salvador a fin de evitar regresividad en la protección del derecho a la salud, para que se desarrollen todos los supuestos que incluye dicho derecho y/o se cumpla de manera integral con el estándar internacional con el cual se haya comprometido el Estado al ser parte de esos u otros tratados.

Es decir, en tener a los tratados interamericanos como un referente normativo más que tiene el deber de ejecutar y poner en práctica, en el ámbito de sus competencias, tal y como lo hace con el resto de normas que desde la Constitución reconocen y desarrollan los alcances de un determinado derecho y de las funciones públicas para hacerlo posible.

En ese sentido, por eso es importante el lugar que ocupen las normas de origen internacional en el sistema jurídico interno y la forma en la que se incorporan, pues de no necesitar de un acto legislativo nacional para convertirse en ejecutables, toda autoridad u órgano con funciones ejecutivas o administrativas, debería poder ejecutarlas y aplicarlas, en la misma medida que lo hace con otras normas que están en su ámbito competencial. Más si éstas se refieren a la protección de un derecho humano o tiene estrecha relación con ello.

De esa manera, el CCI ejecutivo o administrativo se traduce en un sentido amplio en tener presente y en su caso aplicar los contenidos de la Convención Americana y demás tratados interamericanos, en la organización y dirección de la política y administración pública; en el diseño e implementación de políticas públicas y demás actos de gobierno⁴⁵ que tengan como finalidad la protección de cualquier derecho humano.

Si para la precisión y mejor ejecución de lo anterior resultan de utilidad las interpretaciones hechas por la CoIDH, se pueden observar, pero siempre teniendo en cuenta la naturaleza de las funciones que se desempeñan, que no son equiparables a las que tiene a su cargo el tribunal interamericano.

Los órganos o autoridades obligadas a ello son todas las que desempeñen funciones ejecutivas o administrativas, ya sea en Estados federales o unitarios. Insistiendo en este punto que pese a ello, se deberá tener en cuenta la organización, competencias y procedimientos que cada sistema nacional establezca para la coordinación de los diferentes órganos o autoridades, a fin de no crear sistemas complejos que dificulten o impidan un correcto desarrollo de la administración.

45 *Cfr.* Brownlie, Ian, *op. cit.*, pp. 447-448; Sorensen, Max, *op. cit.*, pp. 518-519.

Por tanto, la operación jurídica a desarrollar en el CCI ejecutivo o administrativo para cumplimiento de obligaciones primarias dependerá de las competencias de cada órgano o autoridad a nivel interno y de la naturaleza y fuerza que tengan los tratados interamericanos en el sistema jurídico nacional. Por lo que los efectos que producirá dependerán también de lo anterior, aunque lo deseable es que con independencia de lo anterior, en el ejercicio de sus funciones, tengan presentes como una norma integrante de su sistema jurídico nacional a dichos tratados.

6. Control de convencionalidad interamericano legislativo o parlamentario

Como se ha hecho en los dos subapartados previos, aquí interesa la función legislativa o parlamentaria antes que el centrar toda la atención en el Poder Legislativo, ya que “no hay órgano del Estado que desconozca por completo alguna de las funciones públicas, sin perjuicio de que desarrolle, de manera dominante, una de ellas”⁴⁶. En ese sentido, lo que aquí nos interesa es esa función que en esencia se caracteriza por la creación de leyes.

Pero es importante insistir en que no sólo nos referimos al Poder Legislativo, porque si bien hay determinadas materias que en cada país deben ser obligatoriamente reguladas por una norma emanada de dicho Poder, en muchos casos los otros dos poderes también tienen una potestad legislativa, aunque la fuerza jurídica de dichas normas y sus ámbitos de aplicación pueda ser menor.

46 García Soriano, María Vicenta (et. al), *Funciones y órganos del Estado constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p.), *Funciones y órganos del Estado constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 169.

Pero en esta función ¿cómo se cumple con el CCI? ¿Cuál es la operación jurídica que deben desarrollar? Para responder esto, seguiremos el mismo modelo que en los análisis anteriores.

A. Cumplimiento de sentencia

En este rubro poco hay que agregar a lo señalado en las dos funciones anteriores, ya que será la Corte Interamericana la que establezca la operación jurídica que en el ámbito de la función legislativa deberá ser puesta en marcha. Por lo que el órgano obligado será, en principio, de igual forma el que esté involucrado en cada caso concreto por su acción u omisión.

De esa manera, se podría ordenar, por ejemplo, la emisión de una ley para que se cumpla de manera concreta con una obligación internacionalmente adquirida al ser parte de la CADH; la modificación del contenido de una ley al ser incompatible con el contenido de algún tratado interamericano; la adopción con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de la CADH de las medidas legislativas que fueren necesarias para hacer efectivo alguno de los derechos y libertades reconocidos en dicho tratado interamericano, etc.

Por lo que al igual que en los dos puntos anteriores, la CoIDH deberá estar bien informada de lo que puede ordenar a cada órgano y en concreto en este caso, tener especial cuidado de que está, por regla general, frente a uno de los órganos con mayor legitimidad democrática, por lo cual, las ordenes deberán estar estrictamente apegadas a las obligaciones internacionales previamente adquiridas incumplidas, sin ir más allá de los ámbitos que los tratados le autorizan en su competencia y en los cuales estos órganos podrían llegar más lejos o tienen reservados por su importancia en cada Estado.

Así, la operación jurídica y efectos del CCI legislativo o parlamentario para cumplimiento de sentencia dependerán de lo que la CoIDH establezca en la respectiva sentencia.

B. Cumplimiento de obligaciones internacionales primarias

Si bien en este ámbito parecería más sencillo establecer las operaciones jurídicas concretas a desarrollar en el *CCI legislativo o parlamentario* al poder centrarse básicamente en la creación, modificación y derogación de leyes, los tres elementos base de los cuales hablamos en los puntos anteriores tienen idéntica aplicación en éste, pues será a partir de ello lo que puede hacer cada órgano con funciones legislativas o parlamentarias.

No obstante, no se puede pasar por alto que la Convención Americana en su artículo 2 establece una obligación expresa en este ámbito, cuando señala 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”⁴⁷. Con lo que, hay una obligación reforzada.

Eso se entiende de manera sencilla, ya que son las leyes y otros actos de esa naturaleza los que facilitan la incorporación y efectividad de las normas de los tratados interamericanos que se deberán aplicar, ejecutar e interpretar⁴⁸.

47 Obligación que se puede hacer extensiva a las funciones antes analizadas, pero que destacamos aquí por el énfasis individualizado que se hace en las medidas legislativas.

48 *Cfr.* Krsticevic, Viviana, *Implementación de las decisiones del sistema interamericano de derechos humanos*. Aportes para los procesos legislativos,

En ese sentido, el *CCI legislativo o parlamentario parece ser más claro si se atiende a la obligación antes citada, por lo que los órganos que desempeñen funciones legislativas o parlamentarias de acuerdo a las competencias que tengan asignadas deberán crear, modificar o derogar leyes, como medidas eminentemente legislativas*⁴⁹, para hacer efectivos a nivel nacional⁵⁰ los derechos y libertades reconocidos en la CADH y demás tratados interamericanos, como primer y más amplio ejercicio del CCI.

Por lo que sea directamente respecto a cada derecho⁵¹ o indirectamente al crear o modificar cualquier ley en la que esté presente un derecho humano, los órganos con funciones legislativas o parlamentarias deben tener presente el contenido de la Convención Americana y demás tratados, para no ir en contra de estos, sino tenerlos como un mínimo que a nivel nacional se debe de reconocer, al ser esa la mejor manera en la que se puede ejercer el CCI, que es en realidad el cumplimiento de una obligación expresa y clara que tienen asignada.

En ese orden de ideas, el *CCI legislativo o parlamentario* consiste en cumplir a cabalidad con esa obligación, para lo cual, dependiendo del órgano con funciones legislativas del que se trate, podrá hacer más o menos, pero en todo caso deberá hacerlo en el constante desempeño de sus funciones.

Center for Justice and International Law, Washington, D.C., 2009, p. 19.

49 *Cfr.* Brownlie, Ian, *op. cit.*, p. 449; Sorensen, Max, *op. cit.*, pp. 517-518.

50 Obligación que se traduce en incorporar, modificar, ajustar, hacer compatible o evitar incompatibilidades, entre otras acciones concretas.

51 Aquí se debe recordar que también se incluyen obligaciones negativas, es decir, que no se deben adoptar medidas que contradigan o se opongan a los contenidos del tratado.

De llevarse a cabo éste de una manera correcta y amplia, se facilitarían los dos anteriores, así como toda la comunicación que debe haber entre el sistema jurídico nacional y los sistemas jurídicos nacionales. Tal vez en esto radica la gran importancia que tiene el hecho de que los poderes legislativos de América y demás órganos con funciones legislativas o parlamentarias, entiendan y asuman su responsabilidad no sólo por lo antes dicho, sino también por ser, en algunos de los casos, depositarios de la mayor legitimidad democrática en los Estados.

Es evidente que en ese proceso de creación legislativo se puede observar no sólo el contenido de los tratados, sino también las interpretaciones que de éstos ha hecho la Corte Interamericana a fin de hacer la más amplia y actualizada incorporación o desarrollo normativo, pero en todo caso, se deberá tomar como un mínimo, respecto al cual el órgano con funciones legislativas podría ir más lejos (aunque siempre compatible) a fin de hacer efectivos los derechos y libertades reconocidos en los tratados interamericanos.

Así, la operación jurídica y efectos que implica el CCI legislativo o parlamentario para cumplir obligaciones primarias no es una sola, sino que depende de cada órgano a partir de las facultades que tenga asignadas. Pero en todo caso, lo que no puede pasarse por alto es que, independientemente de esta denominación, este tipo de órganos tienen la obligación de adoptar las medidas legislativas que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades reconocidos en la CADH y demás tratados interamericanos.

6. ¿Qué es lo novedoso en el CCI?

La respuesta a la pregunta que titula este apartado es sencilla: nada. Si se quiere ser positivo, se podría decir que lo novedoso es la inclusión del término *control de convencionalidad a partir del año 2006 en la jurisprudencia interamericana y los debates que ello ha generado*.

Pero con un poco de seriedad jurídica, bien se puede afirmar que no hay ninguna novedad de fondo. Simplemente, que el Estado por medio de todos sus órganos y autoridades debe cumplir con las obligaciones internacionalmente adquiridas, mismas que en el caso de la Convención Americana implican justamente lo que se describe en los puntos antes desarrollados y que está contenido, al menos, en los artículos 1, 2, 28, 29 y 68 de la CADH⁵².

Con lo que el *CCI* no es ninguna gran novedad sustantiva, sino tan sólo una denominación que hace diez años se consideró necesario dar a la especificación de las distintas obligaciones internacionales adquiridas al ser parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y demás tratados interamericanos⁵³.

52 Un ejemplo claro que sirve para confirmar estas afirmaciones está en los párrafos 165 a 170 de: Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4; en donde parece evidente que lo único novedoso del CCI es el uso o introducción de dicho término, pues en lo sustantivo, es algo que siempre ha existido.

53 Como lo hemos visto, la CoIDH sinteriza esas obligaciones en *aplicar el Derecho Internacional*.

Conclusión

Con una década de existencia en la jurisprudencia interamericana del término *control de convencionalidad*, parece evidente que es irreversible su uso y presencia en los diferentes ámbitos jurídicos de Latinoamérica, a pesar de la incertidumbre que desde varios ángulos lo ha acompañado en todo este tiempo.

Ante esa realidad, lo mínimo que se debe hacer desde todos los ámbitos posibles en que está presente, es intentar darle certeza y claridad, pues sólo así, se puede abonar de manera efectiva a mejorar y fortalecer la protección de los derechos humanos en América. Pero esto se debe hacer con seriedad y rigor jurídico, entendiendo que un término como ese y sus aparentes fines involucran principios básicos del Derecho Constitucional (por su evolución) y del Derecho Internacional (desde su origen) que no pueden ser pasados por alto, a fin de dar un justo valor y equilibrio al conjunto de valores y principios que está inmersos en relación a ello y los derechos humanos.

La propuesta que aquí se presenta es sólo un intento de lo antes señalado, una visión de la forma en la cual se podría entender, precisar y desarrollar la idea del *control de convencionalidad interamericano* para el futuro próximo. Pero en todo caso, las ideas aquí desarrolladas buscan generar debate, pues sólo así, intercambiando ideas podremos construir el sistema de protección de los derechos humanos que todos y todas queremos para que éstos sean una realidad en todas las latitudes de nuestra América.