


EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD: ¿HACIA UN
NO POSITIVISMO INTERAMERICANO?

*THE CONVENTIONALITY CONTROL: TO AN INTERAMERICAN
NON-POSITIVISM?*

Revista Boliviana de Derecho N° 21, Enero 2016, ISSN: 2070-8157, pp. 326-339



Miriam Lorena
HENRÍQUEZ y
José Ignacio
NÚÑEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 28 de septiembre de 2015

ARTÍCULO APROBADO: 05 de octubre de 2015

RESUMEN: El presente trabajo plantea que la doctrina del control de convencionalidad se enmarca dentro del no positivismo jurídico. En tal sentido, analiza críticamente las tensiones que genera con elementos centrales del funcionamiento de los sistemas jurídicos herederos del Derecho positivo-legislado.

PALABRAS CLAVE: Control de convencionalidad, control de convencionalidad interno, teoría del Derecho, no positivismo.

ABSTRACT: This paper presents that the doctrine of conventionality control is part of non legal positivism. In this sense, critically analyze the tensions generated by central elements of the functioning of the legal heirs of positive law systems - legislated.

KEY WORDS: Conventionality control, internal conventionality control, theory of Law, non positivism.

SUMARIO.- I. Presentación.- II. Una garantía metapositiva edificada por los jueces.- III. ¿Una teoría del todo? ¿Quién, cómo, qué y para qué? - IV. Reflexiones finales: ¿De todo lo pasado cuánto queda, cuánto sirve y para qué?

I. PRESENTACIÓN

Casi una década atrás se dictó por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el primer fallo que instruyó abiertamente a los Estados la ejecución de una “especie” de control de convencionalidad. Se inauguró de esta forma el control interno de convencionalidad (en adelante también CDConv) que impone principalmente a los operadores de justicia estatales el deber de analizar la compatibilidad de las normas internas con la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹. Transcurrido este tiempo emerge como cuestión necesaria una reflexión crítica de la biografía y perfiles del control interno de convencionalidad.

En tal sentido, en el presente trabajo planteamos como hipótesis una observación de segundo orden: el surgimiento y evolución del denominado control interno de convencionalidad se enlista en las filas del *No Positivismo*, sentando los cimientos de un “No Positivismo Interamericano”. Tal cuestión la analizaremos críticamente en las páginas siguientes, reflexionando en torno a la figura en estudio, planteándola como una garantía metapositiva edificada por los jueces, desarrollando una explicación de sus inclinaciones totalizantes, examinando el destinatario, objeto, parámetro y naturaleza del CDConv, para finalmente presentar nuestras conclusiones.

Para la consecución de lo anterior, emplearemos como insumos los conceptos protagonistas de la disputa entre el positivismo (teórico y metodológico) y el que se ha dado en llamar *No Positivismo*, nieto legítimo del lusnaturalismo, teoría que -

¹ Ver NASH, C.: *Derecho Internacional de los Derechos Humanos en Chile. Recepción y aplicación en el ámbito interno*. Santiago (2012): Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile.

• Miriam Lorena Henríquez Viñas

Abogado, Universidad Nacional del Comahue, Argentina. Magíster en Derecho Público con mención en Derecho Constitucional, Pontificia Universidad Católica de Chile. Doctor en Ciencias Jurídicas, Universidad de Santiago de Compostela, España. Profesora de Derecho Constitucional y Directora del Departamento de Derecho Público de la Universidad Alberto Hurtado. Email: mhenriqu@uahurtado.cl, miriamhenriquez@yahoo.es.

• José Ignacio Núñez Leiva

Abogado. Licenciado en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Chile. Diplomado en Derechos Humanos por la Universidad Católica del Uruguay. Post Graduado en Derecho por la Universidad de Castilla La Mancha, España: Especialista en Constitucionalismo y Garantismo (2009) y Especialista en Justicia Constitucional y Procesos Constitucionales (2012). Magíster en Derecho Público por la Pontificia Universidad Católica de Chile. Diploma de Estudios Avanzados (DEA) y Doctor © en Derecho por la Universidad de Castilla La Mancha. Investigador, Facultad de Derecho Universidad Finis Terrae. (G.I.N.H) E- mail: jinunez@uc.cl, jinunez@uft.cl.

como se sabe -pretende desmarcarse de la teología para reportar los confines y naturaleza del fenómeno jurídico, pero que no renuncia a la derrotabilidad de las normas positivas por parte de preceptos superiores "accesibles por intermedio de la razón".

II. UNA GARANTÍA METAPOSITIVA EDIFICADA POR LOS JUECES

Uno de los aspectos que revela de mejor forma el alejamiento -en términos descriptivos, no valorativos- de las máximas del positivismo metodológico por parte de ciertos operadores jurídicos -especialmente jueces y académicos- se evidencia en la potente inclinación de un importante segmento de estos al recurso de valores, principios implícitos y preceptos de justicia "natural".

Lo anterior repercute en la existencia de un número significativo de jueces que aspiran a encarnar el modelo del juez no positivista. Un prototipo de sentenciador que pretende dominar el Derecho en su totalidad, integrando las coordenadas *tiempo - espacio - conocimiento*. Un juez que busca identificar los conflictos de relevancia jurídica de manera tal que expida resoluciones que no consideren únicamente el ordenamiento positivizado, sino también el Derecho implícito, los principios, además de toda materia prima que le permita aproximar su decisión al ideal de justicia, aunque con ello sobrepase las posibilidades prescriptivas dispensadas por los enunciados normativos vigentes.

Si se analiza la biografía del control de convencionalidad es sencillo concluir que sus artífices circulan en la órbita del que Zagrebelsky llamó el *Derecho Dúctil* y sus argonautas no son otros que los recursos propios de la concepción principialista del Derecho y su orientación no positivista. Rótulo que designa aquél conjunto de teorías afines a la idea de una conexión necesaria entre Derecho y Moral, pero que no ubican tal nexo en el ámbito teológico, sino que deambulan entre el iusnaturalismo racionalista y la influencia de la moral crítica en los ordenamientos positivos.

En efecto, y como se podrá confirmar más adelante, la génesis del control de convencionalidad obedece a un desdoblamiento del Derecho Positivo en aras de la - aspirada por todos - justicia material. Cuestión que acarrea cada una de las dificultades que históricamente ha tenido como lastre dicho propósito y que acude a herramientas similares -sino es que idénticas- a las difundidas por la Teoría de la Argumentación Jurídica elaborada al alero del Constitucionalismo Principialista, conocido también como Neoconstitucionalismo. Nos referimos al protagonismo judicial en la creación del Derecho, al empleo de la *sobreinterpretación* de enunciados normativos y a la identificación de normas que subyacerían tras preceptos explícitos contenidos en fuentes a las que se les atribuye una jerarquía especial. Combinación que construye la justificación, alcance, efectos y consecuencias del instituto. Todos estos asuntos los revisaremos sinóptica -pero no menos críticamente - a continuación.

III. ¿UNA TEORÍA DEL TODO? ¿QUIÉN, CÓMO, QUÉ Y PARA QUÉ?

La figura del CDConv interno tiene afanes totalizantes: pretende la integración completa del Derecho (interno e internacional), al mismo tiempo que aspira a configurar una regla de reconocimiento transnacional. En un sentido estricto, dispone que los tribunales nacionales, y en general todos los órganos públicos, deben realizar una verificación de no contradicción o compatibilidad entre las normas jurídicas susceptibles de aplicarse a un caso concreto, por un lado, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por el otro.

Desde 2003 el concepto de control de convencionalidad se ha ido construyendo de manera progresiva por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Corte o Corte Interamericana), cuestión que puede constatare al reconocer sus primeras alusiones en el voto concurrente razonado del juez García Ramírez en el caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*², para luego ocupar un lugar central en las sentencias de la Corte, desde del fallo *Almonacid Arellano y otros vs. Chile* de 2006³ (fallo o caso *Almonacid*).

Afirman los cultores del CDConv que su fundamento se halla en las fuentes normativas de las cuales emanan las obligaciones de los Estados, artículos 1, 2, y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante también la Convención), por cuanto la protección de los derechos humanos debe ser guía en la actuación de los Estados y estos deben tomar todas las medidas necesarias para asegurar el respeto, protección y promoción de aquellos. Además tendría fundamento en los principios *pacta sunt servanda* y *bona fide*, que en conjunto

- 2 La primera referencia al CDConv tuvo lugar en el voto concurrente razonado en el caso *Mirna Mack Chang*, en que el juez García Ramírez afirmó: "Para los efectos de la Convención Americana y del ejercicio de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, el Estado viene a cuentas en forma integral, como un todo. En este orden, la responsabilidad es global, atañe al Estado en su conjunto y no puede quedar sujeta a la división de atribuciones que señale el Derecho interno. No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte solo a uno o algunos de sus órganos, entregar a éstos la representación del Estado en el juicio -sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto- y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del "CDConv" que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional". CIDH. *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, pár. 27. Serie C N° 101 (25 de noviembre de 2003). Luego, el mismo magistrado reiteró su postura en los casos *Tibi vs. Ecuador*. Serie C N° 114 (7 de septiembre de 2004); *Raxcacó Reyes vs. Guatemala*. Serie C N° 129 (15 de septiembre de 2005); y *López Álvarez vs. Honduras*. Serie C N° 138 (1 de febrero de 2006).
- 3 CIDH. *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, pár. 124. Serie C N° 154 (26 de septiembre de 2006). El citado considerando 124 expresa: "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 mermados 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 CDConv 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."

impedirían a los Estados invocar disposiciones de Derecho interno como razón para dejar de cumplir dichos compromisos.

Así, la noción del CDCConv se ha ido construyendo paulatinamente a través de la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Lo anterior se demuestra en una primera y cauta referencia a una “especie” de CDCConv para luego de 2006 aludir directamente al CDCConv, de forma que se han ido configurando progresivamente sus elementos y características centrales. Asimismo, la gradualidad de la noción se advierte en la extensión de los órganos encargados de realizarlo, de su procedimiento y objeto⁴. Tal situación, a juicio de algunos, provoca inconsistencias, avances o retrocesos, y genera dudas y un entendimiento inacabado de su objetivo⁵. Sin embargo, otros estiman que la jurisprudencia y desarrollo del CDCConv ha sido uniforme y sin mayores variantes⁶, que se ha mantenido firme con ciertos matices⁷, con un sólido desarrollo⁸, al haber reiterado siempre la Corte su criterio⁹.

Los anunciados afanes totalizantes se extienden al sujeto destinatario del CDCConv - ¿Quién? - a su forma o procedimiento - ¿Cómo? - al parámetro y al objeto -¿Qué - y a su naturaleza y efectos - ¿Para qué?

¿Quién? Respecto al sujeto destinatario del control, en una primera fase la Corte Interamericana expresó el deber de los jueces domésticos de ejercer el CDCConv interno, por oposición al control externo que sólo corresponde realizarlo a la propia Corte. En la sentencia del caso Almonacid se expresó que tal obligación corresponde a “sus jueces, como parte del aparato del Estado” y en definitiva “al Poder Judicial”¹⁰. Fue en 2010, en el caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, que la Corte

4 HENRÍQUEZ VIÑAS, M: “La polisemia del control de convencionalidad interno”, *Revista Internacional Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional* (2014), núm. 24, pp. 113 – 141.

5 CASTILLA JUÁREZ, K: “¿Control interno o difuso de convencionalidad? Una mejor idea: la garantía de los tratados”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional* (2013), núm. XIII, pp. 51-97.

6 NOGUEIRA ALCALÁ, H: “Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para los tribunales nacionales, en especial, para los Tribunales Constitucionales”, en AA.VV. *El Diálogo transjudicial de los Tribunales Constitucionales entre sí y con las Cortes Internacionales de Derechos Humanos*. (coord. por H. Nogueira), Santiago (2012): Librotecnia, pp. 279 – 351.

7 FERRER MAC GREGOR, E: “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, *Revista Estudios Constitucionales* (2011), núm. 9(2), pp. 531-622.

8 GARCÍA RAMÍREZ, S: “El control interno de convencionalidad”, *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla* (2011), núm.V(28), pp. 123 – 159.

9 JINESTA, E: “Control de convencionalidad ejercido por los tribunales y salas constitucionales”, en AA.VV. *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales* (coord. por E. Ferrer Mac Gregor). México (2012): Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, pp. 269-288.

10 CIDH. *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, párr. 124. Serie C N° 154 (26 de septiembre de 2006). Tal criterio se reiteró en el caso *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú* que afirmó el deber “de los órganos del Poder Judicial” de ejercer no solo un control de constitucionalidad sino también de convencionalidad. CIDH. *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*. Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, párr. 128. Serie C N° 158 (24 de noviembre de 2006). En el mismo sentido, en el caso *Boyce y otros vs. Barbados*, la Corte precisó que el CDCConv correspondía realizarlo a “los tribunales de Barbados, incluso el Comité Judicial del Consejo Privado y ahora la Corte de Justicia del Caribe”. CIDH. *Boyce y otros vs. Barbados*. Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, párr. 78. Serie C N° 169 (20 de noviembre de 2007).

incluyó entre los sujetos encargados de ejercer el CDConv no solo a los jueces sino también “a los órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles”¹¹. Finalmente en 2011, en el caso *Gelman vs. Uruguay*, la Corte completó la ampliación del sujeto destinatario expandiéndolo a toda autoridad pública.

La evolución brevemente relatada da cuenta cómo la Corte Interamericana extendió de manera gradual la obligación de realizar el control interno de convencionalidad desde los jueces del Poder Judicial a toda autoridad pública, convirtiéndole en un verdadero control difuso de convencionalidad, asunto que ha generado dudas o cuestionamientos en aquellos sistemas de control concentrado de constitucionalidad.

¿Cómo? En relación con la forma en que corresponde realizar el CDConv, la Corte ha precisado en algunas de sus sentencias¹² que los jueces deben realizar tal control *ex officio*, en el marco de sus respectivas competencias y regulaciones procesales, sin embargo, tal referencia no está presente uniformemente en toda su jurisprudencia. Por otro lado, es posible detectar sentencias en que al mismo tiempo que refieren que el control procede *ex officio* señalan que “no implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones.”¹³

¿Qué? El parámetro y el objeto del CDConv también se han ido delineando de modo progresivo en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. En una primera etapa, iniciada en 2006 a partir del fallo *Almonacid*, el parámetro de control fue la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la interpretación que de esta efectúa la Corte, es decir, su jurisprudencia. En sentencias posteriores al fallo *Almonacid*, la Corte amplió el parámetro de CDConv desde la Convención Americana a los demás tratados que son de su competencia material¹⁴. Algunos

11 CIDH. *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, pár. 225. Serie C N° 220 (26 de noviembre de 2010).

Alguna doctrina ha señalado que, luego de este último caso, el alcance del control se extendió a todos los jueces nacionales cualquiera sea su jerarquía, grado, cuantía, materia de especialización o competencia (local o federal). En tal sentido, Nogueira Alcalá afirma que el CDConv debe ser ejercido por todo órgano que ejerza jurisdicción dentro del Estado, lo que comprendería a los tribunales constitucionales, a los órganos que ejercen jurisdicción electoral, todo juez especial que determina el ordenamiento jurídico nacional, además de los jueces ordinarios de todas las instancias. NOGUEIRA ALCALÁ, H: “Los desafíos”, cit., pp. 279 – 351.

12 Primeramente en el caso CIDH. *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*. Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, pár. 128. Serie C N° 158 (24 de noviembre de 2006). Luego en CIDH. *Radilla Pacheco vs México*. Sentencia excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Serie C N° 209, pár. 339 (23 de noviembre de 2009). Reiterado en CIDH. *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*. Sentencia de fondo, reparaciones y costas, pár. 281 y 282. Serie C N° 239 (24 de febrero de 2012).

13 CIDH. *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*. Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, pár. 128. Serie C N° 158 (24 de noviembre de 2006).

14 Así fue afirmado en 2010 en la sentencia del caso *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*, cuyo párrafo 199 dice: “El Tribunal recuerda que el objeto de su mandato es la aplicación de la Convención Americana y de otros tratados que le otorguen competencia”. CIDH. *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs Bolivia*. Serie C N° 217 (1 de septiembre de 2010). De este modo extiende el parámetro desde la Convención al Protocolo de San Salvador, Protocolo Relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, Convención para Prevenir y Sancionar la Tortura, Convención de Belém do Pará para la Erradicación de la Violencia contra la Mujer, Convención sobre

autores proclives al CDConv lo desarrollan incluso más afirmando que son parte del parámetro de control aquellos tratados que no son de competencia material de la Corte, tales como la Convención sobre Derechos del Niño, el Convenio 169 de la OIT, las Convenciones de Ginebra de 1949 y otros instrumentos internacionales que aseguran y garantizan derechos humanos¹⁵.

A su vez, también formaría parte del parámetro de control la exégesis que de la Convención ha hecho la Corte Interamericana, asunto que plantea una serie de cuestiones, entre ellas la indefinición de lo que se entiende por jurisprudencia interamericana, si esta comprende tanto las interpretaciones vertidas en sentencias de casos contenciosos como las opiniones consultivas¹⁶, y si tiene carácter de precedente vinculante o valor de pauta interpretativa con efectos *erga omnes* a todos los Estados que reconocieron su competencia jurisdiccional¹⁷.

En relación con el objeto del control, en un inicio el control interno de convencionalidad alcanzaba a las leyes contrarias al objeto y fin de la Convención para luego ampliarse a las “normas contrarias a su objeto y fin”, e incluso también a las “normas o prácticas internas contrarias al objeto y fin del instrumento internacional o del estándar internacional de protección de los derechos humanos”¹⁸. De esta manera, puede apreciarse cómo la Corte Interamericana ha aumentado el alcance del objeto del control interno de convencionalidad desde la ley a las normas internas, lo que incluye decretos o reglamentos e incluso a las Constituciones estatales, para llegar a abarcar las propias prácticas internas, tales como las resoluciones judiciales y las decisiones administrativas¹⁹.

¿Para qué? La doctrina constitucional e internacional comenzó a ocuparse sistemáticamente del CDConv a partir de la sentencia que condenó al Estado de Chile a no aplicar el decreto ley de amnistía N° 2.191 por contravenir la Convención y su jurisprudencia, es decir a partir de septiembre de 2006. La discusión que se ha

Desaparición Forzada de Personas, y a los demás tratados que sobre la materia puedan quedar comprendidos dentro de las atribuciones de la Corte Interamericana.”

- 15 Gonzalo Aguilar califica como “mirada reduccionista” del control aquella que considera como parámetro sólo la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la interpretación de la Corte. AGUILAR CAVALLLO, G.: “El control de convencionalidad en la era del constitucionalismo de los derechos. Comentario a la sentencia de la Corte Suprema de Chile en el caso denominado episodio Rudy Cárcamo Ruiz de fecha 24 de mayo de 2012”, *Revista Estudios Constitucionales* (2012), núm. 10(2), pp. 717-750.
- 16 ZÚÑIGA URBINA, F.: “Control de convencionalidad y tribunales nacionales. Una aproximación crítica”, en AA.VV. *El Diálogo transjudicial de los Tribunales Constitucionales entre sí y con las Cortes Internacionales de Derechos Humanos*. (coord. por H. Nogueira), Santiago (2012): Librotecnia, pp. 387-446.
- 17 Respecto del efecto general o *erga omnes*, Néstor Sagüés cuestiona cómo esta situación plantea una interpretación mutativa por adición, pues la Corte ha agregado algo al contenido inicial del Pacto aunque el texto literal de este no ha variado. SAGÜÉS, N.: “Obligaciones internacionales”, cit., pp. 117-131.
- 18 CIDH. *Heliodoro Portugal vs. Panamá*. Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, párr. 180. Serie C N° 186 (12 de agosto de 2008).
- 19 AGUILAR CAVALLLO, G. (2012); “El control de convencionalidad y el rol del juez nacional como juez de derechos humanos” en AA.VV. *El Diálogo transjudicial de los Tribunales Constitucionales entre sí y con las Cortes Internacionales de Derechos Humanos*. (coord. por H. Nogueira), Santiago (2012): Librotecnia, pp. 449-506.

dado sobre el CDCConv ha girado principalmente en torno a: a) la naturaleza del CDCConv, b) el criterio que permite decidir la norma aplicable cuando no existe coincidencia entre la normativa constitucional, legal o reglamentaria, por un lado; y la normativa y la jurisprudencia interamericana, por el otro; y c) los efectos del CDCConv.

Desde estas perspectivas se observan al menos dos posturas contrapuestas. De un lado, quienes son afines al control de convencionalidad estiman que el mismo se encuadra en el llamado *ius Commune Latinoamericano*²⁰, toda vez que aquél contribuye a configurarlo y expandirlo. Esto, por cuanto a partir del CDCConv se genera el diálogo entre los tribunales de justicia nacionales, los tribunales o cortes de justicia constitucionales y la Corte Interamericana. Más precisamente estiman que el control de convencionalidad es un proceso de ajuste a la Convención, que da origen al fenómeno que denominan interamericanización, caracterizado por la expansión de los estándares de la Corte Interamericana en los respectivos órdenes domésticos²¹. Los términos que definen a esta postura son diálogo interjudicial²²,

20 También llamado “constitucionalismo regional”, PROVESAN, F.: “Direitos humanos e dialogo entre juridicos”, en *Revista Brasileira de Direito Constitucional* (2011), núm. 19; “constitucionalismo interamericano”, CONTESE, J.: “Constitucionalismo interamericano: algunas notas sobre las dinámicas de creación e internacionalización de los derechos humanos” en AA.VV. *El Derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI* (coord. Rodríguez Garavito). Buenos Aires (2011); o “*acquis conventionnel*”, NOGUEIRA ALCALÁ, H y GALDAMEZ, L.: *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional ante los derechos humanos y el derecho constitucional extranjero*. Santiago (2014): Librotecnia, pp. 13-83.

El *ius Commune Latinoamericano* se inspiraría en tres pilares: el respeto de los derechos humanos, el Estado de derecho y la democracia. Para dar cumplimiento a esos pilares el *ius commune* parte de la premisa de la insuficiencia del espacio estatal. De esta forma, las garantías y desarrollo de los mencionados pilares requieren de un Estado abierto e instituciones internacionales fuertes. VON BOGDANDY, A.: “*ius constitutionale commune latinoamericanum*. Una aclaración conceptual”, en AA.VV. *ius Constitutionale Commune en Derechos Humanos en América Latina* (coord. Von Bogdandy, Morales, Ferrer Mac-Gregor), México (2013): Porrúa, pp. 1 – 47.

21 MORALES, M.: “El Estado abierto como objetivo del *ius Constitutionale Commune*. Aproximación desde el impacto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en AA.VV. *ius Constitutionale Commune en América Latina*. Rasgos, potencialidades y desafíos (coord. por Von Bogdandy, Fix Fierro, Morales). México (2014): Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, pp. 265-269.

22 El diálogo se refiere a que la decisión de una corte nacional de un país latinoamericano - aunque se trate del máximo tribunal - puede ser controlada por la Corte Interamericana. Al mismo tiempo, una decisión de la Corte Interamericana puede ser rechazada por una corte nacional. El diálogo, a juicio de Humberto Nogueira, induce tanto a la oposición y contradicción, como al acuerdo y la concordia, pero la última palabra la tiene la Corte Interamericana. NOGUEIRA ALCALÁ, H.: “Diálogo interjurisdiccional entre tribunales nacionales y Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en AA.VV. *Diálogo judicial multinivel y principios interpretativos favor persona y de proporcionalidad* (coord. por H. Nogueira). Santiago (2013): Librotecnia, pp. 13 – 54.

pluralismo jurídico²³, estatalidad abierta²⁴ y sistema integrado²⁵.

Algunas de las conclusiones compartidas por estos autores consisten en: a) entender la naturaleza del CDConv como un ejercicio interpretativo²⁶; b) considerar que la regla básica es la interpretación conforme al principio *pro homine*²⁷, al que se le han atribuido distintos significados, negando lugar a la aplicación del criterio de jerárquico²⁸; c) rechazar el paradigma de jerarquía como mecanismo

- 23 El pluralismo jurídico da cuenta del entrecruzamiento de principios, normas y regulaciones de los órdenes internacional, supranacional y estatal; y busca superar las construcciones del dualismo y el monismo por considerarlas insatisfactorias para responder a las preguntas jurídicas relevantes actuales. Las propuestas conceptuales que se han planteado para abordar tal pluralismo jurídico son los siguientes conceptos: "multinivel", AGUILAR CAVALLO, G.: "El diálogo judicial multinivel", en AA.VV. Diálogo judicial multinivel y principios interpretativos favor persona y de proporcionalidad (coord. por H. Nogueira). Santiago (2013): Librotecnia, pp. 55 – 101; "redes horizontales de colaboración", PAMPILLO, J.: "The legal integration of the American continent: an invitation to legal science to build a new *ius commune*", *ILSA Journal of International & Comparative Law* (2010), núm. 17(3), pp. 517-553; "transconstitucionalismo", NEVES, M.: *Transconstitucionalismo*. Sao Paulo (2009): Martins Fontes.
- 24 Según Mariela Morales, el *ius commune* se fue gestando a base de la salvaguarda de la vida digna como elemento del núcleo intangible de la democracia y se nota la convergencia en tres categorías comunes: el rango constitucional atribuido a los tratados de derechos humanos, la interpretación *pro homine* y la interpretación conforme, así como la cláusula de los derechos no enumerados. MORALES, M.: "El Estado abierto y el cambio de paradigma de la soberanía: objetivo y desafío del *Ius Constitutionale Commune*" en AA.VV. *Ius Constitutionale Commune en Derechos Humanos en América Latina* (coord. por Von Bogdandy, Morales, Ferrer Mac-Gregor). México (2013): Porrúa, pp. 65-144.
- 25 Sistema integrado, definido entre otros por Ferrer Mac Gregor, sería un nuevo entendimiento del sistema interamericano de protección de los derechos humanos al concebirse como un sistema en que se involucran las instancias interamericanas (Comisión y Corte) y autoridades nacionales de los Estados Parte del Pacto de San José de Costa Rica, quienes están forjando progresivamente un auténtico *Ius Constitutionale Commune* Americano. Voto razonado a la resolución de la Corte Interamericana, de 20 de marzo de 2013. Caso Gelman vs Uruguay.
- 26 Claudio Nash explicita categóricamente: "Este CDConv es la herramienta que permite a los Estados concretar la obligación de garantía de los derechos humanos en el ámbito interno, a través de la verificación de la conformidad con la CADH y su jurisprudencia, de las normas y prácticas nacionales y que se traduce básicamente en un ejercicio hermenéutico, es decir interpretar las normas incompatibles con la CADH (o en algunos casos expulsarlas del ordenamiento jurídico) de manera que sean armónicas con las obligaciones del Estado. Siendo la base del CDConv un ejercicio de interpretación, es fundamental la aplicación del principio *pro homine*." NASH, C.: "El principio *pro persona* en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en AA.VV. Diálogo judicial multinivel y principios interpretativos favor persona y de proporcionalidad (coord. por H. Nogueira). Santiago (2013): Librotecnia, pp. 155-199.
En el mismo sentido los profesores Nogueira, Bazán y Nash. Para una completa revisión ver NOGUEIRA ALCALÁ, H.: "Los desafíos", cit., pp. 279 – 351; BAZÁN, V.: "El control de convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas", en AA.VV. Justicia constitucional y derechos fundamentales. El control de convencionalidad 2011 (coord. por V. Bazán y C. Nash). Colombia (2012): Konrad-Adenauer-Stiftung, pp. 17 – 55; NASH, C.: "Control de convencionalidad. Precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en AA.VV. Diálogo transjudicial de los Tribunales Constitucionales entre sí y con las Cortes Internacionales de Derechos Humanos (coord. por H. Nogueira). Santiago (2012): Librotecnia, pp. 359-382.
- 27 En términos de Humberto Nogueira: "El juez nacional podrá aplicar preferentemente el derecho asegurado convencionalmente cuando la ley interna establezca un estándar más bajo que el que exige el derecho convencional, aplicando siempre la norma interna o convencional que mejor proteja el derecho fundamental en juego o aquella que lo limite o restrinja menos de acuerdo al principio favor persona o *pro homine* (...)". NOGUEIRA ALCALÁ, H.: "Diálogo interjurisdiccional", cit., pp. 13 – 54. Por su parte, Néstor Sagüés afirma que este postulado es una directriz tanto de preferencia de normas como de preferencias de interpretaciones. SAGÜÉS, N.: "Derechos constitucionales y derechos humanos. De la Constitución Nacional a la Constitución "convencionalizada", en AA.VV. La Protección de los derechos humanos y fundamentales de acuerdo a la Constitución y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (coord. por H. Nogueira). Santiago (2014): Librotecnia, pp. 15-58.
- 28 Humberto Nogueira expresa: "Así los jueces nacionales deben aplicar preferentemente los atributos y garantías asegurados por el derecho internacional de derechos humanos que emanan de las fuentes del derecho internacional válido y vigente, frente a las normas jurídicas infraconstitucionales que lo contravienen, aplicando

que define la relación entre los ordenamientos interno e internacional; d) valorar que la Constitución no es la norma suprema única, sino que comparte espacio en la cúspide de la pirámide normativa otras disposiciones, por ejemplo con los tratados internacionales²⁹; e) considerar a las distintas normas del derecho internacional público, del orden supranacional o del derecho estatal como parte de un ordenamiento jurídico unitario; f) atribuir, como consecuencia del no acatamiento por un tribunal nacional de la norma internacional, la responsabilidad internacional del Estado.

Por otro lado, una perspectiva más crítica y restrictiva que la anterior, concibe el CDCConv como un control normativo entre las disposiciones jurídicas internas - ya sean constitucionales, legales o reglamentarias - y la normativa y jurisprudencia interamericana³⁰.

Para esta tesis, el CDCConv invitaría a recurrir a la jerarquía normativa para resolver un conflicto entre la normativa interna y la normativa interamericana, reconociendo la Corte Interamericana, por vía pretoriana, jerarquía supraconstitucional a los tratados de derechos humanos y valor de fuente formal del derecho a la jurisprudencia interamericana. La aplicación del criterio jerárquico implicaría, a juicio de esta posición, la invalidez-inaplicabilidad de la norma constitucional, legal o reglamentaria inconventional. Sobre este último asunto, los autores deducen la aplicación del criterio jerárquico del efecto que la propia Corte Interamericana, en el caso *Almonacid*, le otorga al supuesto de contradicción entre la normativa interna y la normativa interamericana, cuando señala que "desde un inicio la norma inconventional carece de efectos jurídicos". Así la norma interna sería inválida por

los postulados favor persona, de efecto útil, de progresividad y de conformidad con la Convención. Esta es una tarea de aplicación preferente y no de jerarquía normativa." NOGUEIRA ALCALÁ, H y GALDÁMEZ, L.: "El uso", cit., pp. 13-83.

- 29 Algunos autores como Flavia Piovesan acuden a la figura del trapecio para explicar el fenómeno del achatamiento de la pirámide. La autora señala gráficamente que el control de convencionalidad es el reflejo de un nuevo paradigma para orientar la cultura jurídica en América Latina hoy: "de la hermética pirámide centrada en el State approach, se ha pasado a la permeabilidad del trapecio centrado en el human rights approach". PIOVESAN, F.: "Ius Constitutionale Commune Latinoamericano en derechos humanos e impacto del sistema interamericano: rasgos, potencialidades y desafíos" en AA.VV. *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos México* (coord. por Von Bogdandy, Fix Fierro y Morales). México (2014): Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, pp. 61 y ss. Otros como Von Bogdandy hacen mención a la necesidad de reconfigurar la relación entre derecho internacional y el derecho interno desde el acoplamiento. VON BOGDANDY, A.: *Hacia un nuevo derecho público. Estudios de derecho público comparado, supranacional e internacional*. México (2011): UNAM-IJ.
- 30 En tal sentido, los profesores Zúñiga, Henríquez, Iníiguez y Sagüés, Hitters, entre otros. Ver ZÚÑIGA URBINA, F.: "Control de convencionalidad", cit., pp. 387-446; HENRÍQUEZ VIÑAS, M.: "Análisis de la jurisprudencia recaída en recursos de protección y el control de convencionalidad (1989-2011)", en AA.VV. *Diálogo transjudicial de los Tribunales Constitucionales entre sí y con las Cortes Internacionales de Derechos Humanos* (coord. por H. Nogueira). Santiago (2012): Librotecna, pp. 249-259; INÍGUEZ MANSO, A.: "El control de convencionalidad en la CADH y los tribunales chilenos: una tesis de aplicación restrictiva", en AA.VV. *La Protección de los derechos humanos y fundamentales de acuerdo a la Constitución y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos* (coord. por H. Nogueira). Santiago (2014): Librotecna, pp. 381-392; SAGÜÉS, N.: "Obligaciones internacionales", cit., pp. 117-131; HITTERS, J.: "Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)", *Revista Estudios Constitucionales* (2009), núm. 7(2), pp. 109-128.

contradecir a la Convención o a la jurisprudencia interamericana, siendo la invalidez el efecto propio de la aplicación del criterio jerárquico. Estos autores cuestionan el hecho que la Corte, por vía meramente jurisprudencial, asigne a los tratados rango supraconstitucional y atribuya a la jurisprudencia el valor de fuente formal del Derecho, por estimar que ambas son decisiones que deben adoptar las Constituciones de cada Estado³¹. En una posición más extrema ciertos autores expresan que tal control de convencionalidad no tiene siquiera fuente en la Convención Americana³².

IV. REFLEXIONES FINALES: ¿DE TODO LO PASADO CUÁNTO QUEDA, CUÁNTO SIRVE Y PARA QUÉ?

Sería infructuoso el intento de reconstrucción de una biografía del control interno de convencionalidad desde una perspectiva *No Positivista*. El origen de la justificación de la invalidez de las normas positivas con recurso a preceptos metajurídicos de justicia es tan anciano como - paradójicamente - los sistemas jurídicos.

La germinación conjunta del Constitucionalismo y del Estado de Derecho no tuvo un propósito distinto que liberar al ser humano voluntad de castas privilegiadas (en razón de sus capitales culturales, sociales, económicos o simbólicos). La filosofía de la ilustración impulsó la autonomía individual. Sin negar la existencia de potenciales verdades supranormativas negó que aquéllas fuesen cognoscibles monopólicamente por sujetos especiales. Lo que se reprochaba era únicamente esto último. Si todos somos iguales, rezaba el ideario ilustrado, no existen personas más lejanas o cercanas a la verdad. Por lo tanto, nadie la representa ante sus pares y las decisiones que a todos atañen han de ser adoptadas en base a procedimientos específicos, tributarios de la soberanía popular y deudores de la libertad individual. Cuestión incompatible con aquélla confianza en la especial virtud de sujetos que desempeñan la noble función jurisdiccional, pero a quienes no está encomendada explícitamente la función de crear el Derecho. He aquí la justificación moral de la separación de funciones.

De lo anterior derivan la mayoría de las objeciones predicables al control de convencionalidad.

31 Opinan en tal línea los profesores Castilla, Zúñiga, Henríquez, entre otros. Para una completa revisión ver CASTILLA JUÁREZ, K.: "¿Control interno", cit., pp. 51-97; ZÚÑIGA URBINA, F.: "Control de convencionalidad", cit., pp. 387-446; HENRÍQUEZ VIÑAS, M.: "Análisis de la", cit., pp. 249-259; HENRÍQUEZ VIÑAS, M.: "La polisemia", cit., pp. 113 - 141.

32 Ximena Fuentes señala a propósito del considerando 124 del fallo Almonacid: "Es imposible no abrir los ojos con sorpresa al leer esta disposición. Una cosa es que el estado pueda incurrir en responsabilidad internacional por el comportamiento de cualquiera de sus órganos, incluido el poder judicial, pero otra cosa muy distinta es señalar que los jueces chilenos tienen el deber de declarar tácitamente derogadas las disposiciones del derecho interno incompatibles con los tratados internacionales ratificados por Chile. Una decisión de esta naturaleza implica exigir una obligación de que los estados hagan autoejecutables las cláusulas de los tratados y de que le den el poder al juez de declarar sin efectos jurídicos las leyes contrarias a los tratados, incluso de oficio, en virtud de su obligación de ejercer ese llamado "control de convencionalidad". ¿Dónde se encuentra tal obligación en la Convención Americana? En ninguna parte. ¿Dónde se encuentra esa obligación en el derecho internacional general? En ninguna parte, por ahora." FUENTES TORRIJO, X.: "International and Domestic Law: Definitely an Odd Couple", *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico* (2008), núm. 77, pp. 483-505.

Si bien en un sistema de Derecho positivo no sería lógico predicar esencialismos, las fronteras del sistema admiten o repudian conductas, elementos o institutos. Y en un modelo que deposita en la soberanía popular la potestad normativa, la amplitud de ciertas normas - habitualmente abiertas o con talante de principios - no puede ser jamás empleada para eludir el fundamento de su obligatoriedad: la soberanía popular; menos aún so pretexto de eslabones de una pretendida justicia identificada endémicamente por magistrados y no por los ciudadanos ni por los órganos de Estado con legitimación democrática directa. Esta es la primera aporía del control de convencionalidad, su recurso a los valores del constitucionalismo, justamente para evadirlo.

Problemática que se amplifica en sistemas que no tienen resuelta - normativamente, ni a nivel de cultura jurídica - la capital cuestión referida a la jerarquía normativa de los tratados internacionales de derechos humanos, pues constituye un evidente sinsentido que aplicadores de normas eventualmente infraconstitucionales erijan una norma de reconocimiento elaborada a partir de preceptos subordinados al Derecho interno. Cuestión que ha intentado ser eludida por los más acérrimos militantes del control de convencionalidad -que inclusive resultan más entusiastas que sus artífices- acudiendo al retóricamente resonante recurso de la justicia material por sobre la formal (proporcionada por el Derecho Positivo), pero que en la práctica es tan endeble como demagógica, puesto que la invocación de la justicia material como argumento para eludir el Derecho vigente es un arma de múltiples filos que ha sido esgrimida tanto por virtuosos estandartes, como por las más crueles tiranías. De allí la importancia de reconocer en la certeza jurídica un pilar del Estado de Derecho. Asunto cuya importancia autoevidente no hace necesarias mayores divagaciones.

Seguidamente, el anclaje normativo a partir del cual se pretende justificar tanto la competencia para instaurarlo como las razones para requerir el control de convencionalidad, es sobreinterpretado de forma preocupante.

A los principios de *pacta sunt servanda*, *bona fide* y a la regla de la inexcusabilidad en base a normas internas, se les confiere un sentido atributivo de competencias y generativo de fuentes formales del Derecho que dudosamente ostentan. Ni del deber de cumplir con los compromisos adquiridos o del imperativo de la buena fe se puede extraer -al menos no sin desconocer los confines del Derecho positivo- la potestad para expedir por vía pretoriana criterios de validez o eficacia de otras normas.

Por su parte la regla que dispone la imposibilidad invocar disposiciones de Derecho interno para incumplir las obligaciones emanadas de la Convención Americana, prescribe lo que evidentemente expresa: la exclusión de excepciones de Derecho nacional para violar compromisos internacionales, más de ninguna manera se aproxima a construir un estándar de validez o aplicabilidad de las normas estatales.

Menos aún se acerca a una norma de competencia que admita la alteración de las estructuras normativas nacionales. Idéntica situación acontece con el mentado deber de adecuación de la normativa interna al derecho convencional, imperativo que no sobrepasa en caso alguno las competencias de los órganos estatales y que tiene como sujetos normativos a las fuentes de producción de cada Estado parte, y de ninguna forma fundamenta un ímpetu institutivo de sistemas normativos multinivel, ni el imperativo para los órganos de Estado locales para desatender las normas que en base al principio de jurisdicción fundan sus competencias. Mucho menos en aquéllos llamados a todos los órganos de Estado a efectuar el particular control de marras.

Empero -además- es un factor que no se puede preterir es el carácter subsidiario y no supranacional del sistema interamericano de derechos humanos. Elemento de contraste con la institucionalidad europea, supranacional no subsidiaria, que elocuentemente ha elaborado la doctrina del margen de apreciación interno en lugar del exacerbado alcance al que aspira la Corte Interamericana.

Mención especial merece la curiosa posición de la Corte acerca de los efectos del control de convencionalidad en su faceta "no interpretativa". Anular, invalidar e inaplicar son efectos jurídicos que obedecen a circunstancias completamente disímiles que revelan clases diversas de anomalías normativas o distintos regímenes de invalidación. Problema crítico, pues un control normativo ha de generar certeza en la depuración que efectúe sobre sus prescripciones subordinadas, no ambivalencia conceptual ni fáctica.

Finalmente - sin que esto agote nuestro escepticismo respecto del objeto de análisis -merece cierto recelo la hipertrofia que la doctrina ha propiciado respecto del parámetro de contraste del control de convencionalidad. En efecto, algunos abiertos militantes han sugerido que el fundamento de validez de las normas internas -en empleo de este instituto- no puede circunscribirse a los instrumentos de competencia material de la Corte, sino que debe expandirse a otros instrumentos de derechos humanos, en un notorio fanatismo metanormativo supraestatal. Cuestión legítima desde la perspectiva de las ideas, pero conflictiva si se la observa a partir de la lógica que cimentó los derechos humanos. La fórmula "We the people" no resulta baladí. Es el pueblo, en democracia y en un Estado de Derecho, quien separa aguas entre lo justo y lo que no, sin subyugarse a jerarquías culturales ni académicas, sino que definiendo el norte de su propia brújula.

En síntesis, en base a lo anteriormente expuesto, damos por confirmada la hipótesis del presente trabajo, afirmando que el surgimiento y evolución del denominado control interno de convencionalidad se enlista en las filas del *No Positivism*, sentando las bases de un *No Positivism Interamericano* no exento de conflictos y tensiones.