

Trabajo recibido el 6 de marzo y aprobado el 20 de mayo de 2014

Control de Convencionalidad, Deferencia Internacional y Discreción Nacional en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

CONVENTIONALITY CONTROL, INTERNATIONAL DEFERENCE, AND NATIONAL DISCRETION IN THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS CASE LAW

PABLO CONTRERAS*

RESUMEN

El texto analiza el problema de la discreción estatal bajo la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, especialmente, en relación con la doctrina del control de convencionalidad. Primero, explica el margen de apreciación y el principio de proporcionalidad en la jurisprudencia de la Corte. Se trata de estándares de revisión judicial a través de los cuales se puede analizar el problema de la deferencia internacional respecto de autoridades nacionales. Luego, revisa la doctrina del control de convencionalidad y propone una tipología para esta doctrina, con el objeto de ilustrar los niveles de discreción nacional fijados en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. El texto concluye que los distintos tipos de control de convencionalidad llevan aparejado diversos grados de deferencia internacional.

ABSTRACT

The paper reviews the issue of national discretion under the case law of the Inter-American Court of Human Rights, especially taking into consideration the conventionality control doctrine. First, the text explains the margin of appreciation doctrine and the proportionality principle in the Court's jurisprudence. They are two standards in which it is possible to analyze international deference to national authorities. Second, it describes the conventionality control doctrine, advancing a proposal for its classification that illustrates different levels of national discretion as has been defined by the Inter-American Court. The paper concludes that the different types of the conventionality control doctrine carry different degrees of international deference.

PALABRAS CLAVE

Discreción estatal, Margen de apreciación,
Principio de proporcionalidad, Control de convencionalidad, Deferencia

KEYWORDS

National discretion, Margin of appreciation,
Proportionality principle, Conventionality control, Deference

* Profesor de Derecho Constitucional en Universidad Alberto Hurtado (Santiago, Chile). Magíster en Gobierno y Sociedad (Universidad Alberto Hurtado), Máster en Derecho (LL.M.), Mención en Derecho Internacional de los Derechos Humanos (Northwestern University). Candidato a Doctor en Derecho (S.J.D.) (Northwestern University). Correo electrónico: pacontrv@uahurtado.cl.

1. Introducción

La doctrina del control de convencionalidad, desarrollada hace algunos años por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, “Corte Interamericana” o “la Corte”), constituye un desafío dogmático a la hora de determinar la aplicación interna de estándares regionales de derechos humanos. Al constituir un mandato que obliga a los Estados Partes a internalizar la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante, “Convención” o “CADH”), afecta la discrecionalidad de los Estados para efectos de implementar las obligaciones contenidas en dicho tratado internacional. El presente texto se aproxima al problema de la discreción estatal en relación con el control de convencionalidad. Para ello, presta atención, por una parte, a la jurisprudencia de la Corte que ha permitido otorgar deferencia a los Estados y, por el otro, a la evolución que ha tenido el control de convencionalidad.

Una de las doctrinas más relevantes a la hora de estudiar la discreción nacional de los Estados en materia de derechos humanos, es el denominado “margen de apreciación”. Se trata de un desarrollo jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante “TEDH”) en virtud del cual los Estados Partes de la Convención Europea de Derechos Humanos (en adelante “CEDH”) pueden definir, en principio, los límites y restricciones de los derechos contenidos en el tratado, siempre sujetos a la revisión internacional. Es una doctrina que articula la deferencia internacional del TEDH respecto de las decisiones internas de los Estados. El margen comprende “la noción de que cada sociedad tiene derecho a cierta latitud en la resolución de los conflictos inherentes entre derechos individuales e intereses nacionales o entre distintas convicciones morales.”¹ Como se revisa más abajo, tal doctrina es de excepcional aplicación en el ámbito interamericano.

El juicio de proporcionalidad, por otro lado, constituye un principio de general aplicación en el control de constitucionalidad de varios ordenamientos jurídicos nacionales² y en el derecho internacional público en general.³ Bajo el sistema europeo de derechos humanos, por ejemplo, el margen de apreciación y el principio de proporcionalidad están íntimamente conectados: de hecho, el primero ha sido denominado la “otra cara” del segundo.⁴ Bajo la jurisprudencia del TEDH, ambas doctrinas están conceptualmente conectadas, puesto que el grado

¹ BENVENISTI (1999), pp. 843-844.

² A título meramente ejemplar, véase, en Alemania, a ALEXI (1993); en España, a BERNAL PULIDO (2000); en Estados Unidos, ALEINIKOFF (1987). En general, véase a BEATTY (2004); WEBBER (2009).

³ CHRISTOFFERSEN (2009), pp. 35 y ss.

⁴ ARAI-TAKAHASHI (2001), p. 14.

de apreciación nacional afectará el examen de proporcionalidad y viceversa. En términos sencillos, mientras más discreción nacional se brinda, el principio de proporcionalidad se aplica con menor intensidad; por otra parte, mientras más reducido es el margen de apreciación, menor es la deferencia internacional y se lleva a cabo un examen más riguroso de proporcionalidad.⁵ Finalmente, es importante considerar que tanto el margen de apreciación como el principio de proporcionalidad son dos estándares que demandan examinar cuidadosamente las circunstancias del caso concreto. Ambas doctrinas, sin embargo, tienen distinta aplicación y conexión entre ambas bajo el sistema interamericano. En éste, la Corte Interamericana ha preferido emplear el examen de proporcionalidad para revisar la licitud de las conductas de los Estados. La doctrina del margen de apreciación sólo se ha empleado marginalmente. Por ello, es imposible concebirla como la “otra cara” del principio de proporcionalidad. Sin embargo, la aplicación de ambas doctrinas permite estudiar la deferencia internacional en el sistema interamericano. Ahora bien, dicho estudio requiere considerar que el caso interamericano es distinto al europeo porque incorpora la doctrina del control de convencionalidad. El control de convencionalidad obliga a una revisión de cómo se interrelacionan todos estos estándares de revisión judicial y de cumplimiento de obligaciones internacionales, especialmente, respecto de los grados de deferencia internacional y discreción nacional. Tal tarea aún requiere de desarrollo dogmático en la literatura especializada.

El trabajo está estructurado de la siguiente forma. Primero, se desarrollan las ideas básicas del margen de apreciación estatal y la aplicación del principio de proporcionalidad dentro de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, siempre enfocado en la determinación de esferas de discreción de las autoridades nacionales. La aplicación de la doctrina del margen de apreciación y el principio de proporcionalidad, en la interpretación sustantiva de los derechos de la Convención, permite articular las bases para una teoría de deferencia internacional y discreción nacional. Esta sección concluye que si bien la Corte suele tener un intenso estándar de escrutinio internacional, de igual forma se autoriza –excepcionalmente– cierto espacio para la discreción nacional, ya sea a través de la invocación explícita de la doctrina del margen de apreciación o mediante la aplicación del principio de proporcionalidad. Luego, se analiza la doctrina del control de convencionalidad. En esta sección se propone una tipología de dicho control: control *fuerte* y *débil* de convencionalidad y éste como *directriz* para la elaboración de normas. El control *fuerte* de convencionalidad –como obligación de inaplicación de normas internas inválidas– lleva aparejado

⁵ ARAI-TAKAHASHI (2001), p. 14. Véase también a GARCÍA ROCA (2010), p. 24; JANIS *et al.* (2000), p. 156; LETSAS (2006), p. 707.

un grado reducido de discreción nacional. El control *débil* –como obligación de interpretación conforme de normas internas en relación a los estándares regionales– conlleva un grado intermedio de discreción estatal. El mandato de *directriz*, finalmente, permite un amplio grado de discreción nacional, toda vez que las autoridades tienen diversas opciones para concretar el mandato interamericano en la elaboración o formulación de nuevas normas internas. El texto concluye que el mandato del control de convencionalidad precisa y, en general, intensifica el grado de supervisión internacional, pero permite articular niveles de discreción estatal para el cumplimiento de las obligaciones de la Convención Americana.

2. Margen de apreciación, proporcionalidad y discreción estatal

2.1. Soberanía nacional, subsidiariedad y margen de apreciación

Los Estados, como sujetos de derecho internacional, tienen el deber de aplicar internamente las obligaciones contraídas en los tratados internacionales de derechos humanos. Las autoridades nacionales tienen una posición privilegiada para asegurar la protección de los derechos humanos dentro del territorio estatal. Cada Estado, de manera soberana, puede elegir y optar, dentro de múltiples alternativas, por los mecanismos idóneos para la garantía de los mismos. Los tratados internacionales de derechos humanos han generado una innovación particularmente relevante en la dinámica jurídica de protección de los derechos, mediante la constitución de órganos internacionales de monitoreo y supervisión de obligaciones internacionales. La Corte Interamericana es uno de los múltiples organismos que participan en estas dinámicas de protección de derechos. Entre los órganos internos y los internacionales se produce una práctica colaborativa, en la que confluyen distintas esferas de competencia respecto de las obligaciones de derechos humanos.

La conexión, por tanto, entre el plano internacional y el nacional puede entenderse desde el principio de subsidiariedad o de complementariedad.⁶ En efecto, y tal como dispone el preámbulo de la Convención, la protección internacional de los derechos humanos es “de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos”. Esta protección internacional es de corte suplementario y constituye un último remedio frente a violaciones de derechos humanos.⁷ Subsidiariedad, en materia de derechos humanos, es un concepto que articula el reparto de competencias

⁶ Sobre el principio de subsidiariedad en materia de Derecho internacional de los derechos humanos, véase por todos, CAROZZA (2003), pp. 39 y ss.

⁷ PETZOLD (1993), p. 43.

entre órganos nacionales e internacionales para efectos del cumplimiento de las obligaciones establecidas en el CEDH o la CADH. Los Estados, por tanto, tienen deberes primarios en el resguardo de los derechos y la protección internacional opera *en defecto* y *en subsidio* de los déficits de protección nacional de derechos. En la misma línea, los tribunales internacionales estarían sujetos a límites en su actuación o, al menos, a ciertas exigencias de autorrestricción judicial.⁸ Para ello, es necesario definir el estándar de escrutinio o revisión judicial de dichos órganos internacionales. Los criterios que se adopten estructurarán las esferas competenciales donde se ejerce el poder soberano del Estado. Así, los tribunales internacionales ejercerían una competencia jurisdiccional que se limita a controlar si las opciones o alternativas regulatorias o limitativas de derechos, adoptadas por los Estados, son compatibles con las obligaciones del tratado internacional. Dicha competencia es reducida,⁹ no en un sentido del *quantum* de competencia, sino que en el entendido que las demás decisiones, que afectan derechos humanos, residen en el poder soberano de los Estados. Por ello es que un tribunal internacional opera, estructuralmente, tras la intervención estatal: porque las decisiones primarias sobre el respeto y promoción de los derechos son de competencia de los órganos nacionales y el tribunal internacional, subsidiariamente, interviene para determinar si dichas decisiones son compatibles con las obligaciones del tratado en cuestión.

La subsidiariedad, entonces, entendida como principio regulativo de competencias entre órganos nacionales e internacionales, tiene su prolongación en la determinación de estándares de revisión judicial. Es lo que conocemos como teorías de deferencia, en términos amplios, pero que en el ámbito internacional y, específicamente, en materia de derechos humanos, se conoce como “margen de apreciación” (al menos, en el caso europeo). Por ello, el margen de apreciación puede comprenderse bajo un sentido *estructural*, esto es, como una doctrina que aborda los límites o la intensidad de escrutinio que ejercen los tribunales internacionales de derechos humanos.¹⁰ Tal doctrina constituye un dispositivo judicial que articula o equilibra la tensión entre el poder soberano de los Estados y el control internacional que ejercen los tribunales regionales.¹¹ El tribunal internacional respeta, entonces, que ciertas decisiones se tomen a nivel nacional y no entra a calificar su mérito o conveniencia. En otras palabras, es materia de competencia de los órganos nacionales y, por tanto, se contempla dentro del poder soberano del Estado. Por ello, para comprender el alcance

⁸ PETZOLD (1993), p. 49.

⁹ PETZOLD (1993), p. 49.

¹⁰ En base a lo señalado por LETSAS (2007), p. 81.

¹¹ MACDONALD (1993), p. 83 y 124; HELFER (1997), pp. 316-317.

de la supervisión internacional, debe atenderse a las teorías y doctrinas que estructuran el escrutinio judicial de las decisiones soberanas de los Estados. Dicho escrutinio puede ser deferente –por ejemplo, a través de doctrinas de margen de apreciación– o intensificarse –por ejemplo, a través de un riguroso control por medio del principio de proporcionalidad–. Así, la jurisprudencia de la Corte Interamericana debe ser comprendida en esta clave para dar sentido a los estándares de discreción nacional válidos bajo la doctrina del control de convencionalidad.

En las secciones que siguen se explican las bases de la doctrina del margen de apreciación y del principio de proporcionalidad. La aplicación de la primera constituye un ejemplo paradigmático para comprender cómo un tribunal internacional actúa deferentemente en relación con las decisiones de las autoridades nacionales. Asimismo, el test de proporcionalidad aplicado por la Corte es otro ejemplo en donde –si bien solo excepcionalmente– se pueden identificar espacios de discreción nacional. Bajo la aplicación de cualquiera de las dos técnicas, no obstante, existe una interpretación sustantiva del contenido y los límites de los derechos consagrados en la Convención Americana.

2.2. Margen de apreciación en la jurisprudencia interamericana

La jurisprudencia interamericana sólo conoce de dos casos en los que ha aplicado explícitamente la doctrina del margen de apreciación dentro del razonamiento de la Corte. En consecuencia, debe señalarse que se trata de una doctrina excepcional dentro del sistema interamericano. Su estudio sistemático, en América Latina, es sólo marginal, pues se trata de una doctrina eminentemente europea.¹² Los estudios son escasos,¹³ algunos de ellos monográficos¹⁴ y no siempre contemplan aristas comparativas.¹⁵ El debate doctrinal sobre posturas a favor y en contra del margen de apreciación, en el sistema interamericano, lo hemos analizado en otra parte. Este texto se remite a dicha investigación anterior.¹⁶ Pese a la existencia de escasa literatura sobre la doctrina del margen, los trabajos citados no analizan el margen de apreciación –de origen europeo– con

¹² Para el contexto europeo, véase YUROW (1996), pp. 15 y ss.; ARAI-TAKAHASHI (2001), 145 pp.

¹³ Para el caso interamericano, véase ACOSTA *et al.* (2012), 385 pp.

¹⁴ Por ejemplo, en materia de libertad de expresión, véase a BARBOSA DELGADO (2012), 546 pp., y el trabajo de FUENTES TORRIJO (2002), pp. 225 y ss.; en materia de minorías étnicas y raciales, véase BARBOSA DELGADO (2011), pp. 107-135.

¹⁵ Dentro de los pocos estudios comparativos, se puede revisar a LEGG (2012) y BENAVIDES CASSALS, (2009), pp. 295 y ss.

¹⁶ CONTRERAS (2012). Revítese a CAÑADO TRINDADE (1998), pp. 582 y ss.; VERDUGO y GARCÍA (2012), pp. 175 y ss.; ABRAMOVICH (2011); FUENTES TORRIJO (2002), pp. 236 y ss.

el control de convencionalidad –de origen interamericano– para comprender debidamente los alcances de la discreción estatal bajo la Convención.

Para poder comprender dichos alcances, entonces, es necesario al menos entender el alcance que la doctrina del margen de apreciación tiene en la jurisprudencia de la Corte. La primera oportunidad en que se empleó esta doctrina fue en la opinión consultiva solicitada por Costa Rica en relación a las reformas constitucionales en materia de ciudadanía.¹⁷ La consulta del Estado estaba relacionada con las presuntas incompatibilidades entre el derecho a la nacionalidad (art. 20 CADH) y la igualdad ante la ley (art. 24 CADH) en la reforma propuesta. Ésta estipulaba un período diferenciado de residencia para adquirir la nacionalidad, “según el aspirante tenga o no la nacionalidad por nacimiento de otros países de Centroamérica, España e Iberoamérica”.¹⁸ La Corte debía determinar en abstracto si la norma propuesta establecía diferencias incompatibles con la CADH. En su razonamiento, la opinión reconoce que “[s]e trata de valores que adquieren dimensiones concretas a la luz de la realidad en que están llamados a materializarse y que *dejan un cierto margen de apreciación* para la expresión que deben asumir en cada caso”.¹⁹ Explícitamente, la Corte sostiene que “no puede ponerse en duda la potestad soberana de Costa Rica para resolver sobre los criterios que han de orientar el discernimiento o no de la nacionalidad de los extranjeros que aspiran a obtenerla, ni para establecer ciertas diferencias razonables con base a circunstancias de hecho que, por razones objetivas, aproximen a unos aspirantes más que a otros al sistema de valores e intereses de la sociedad costarricense”.²⁰ La Corte, bajo tal estándar de deferencia, estimó que las diferencias anotadas eran compatibles con la igualdad ante la ley.²¹ Al tornar al análisis de las diferencias entre quienes adquieren la nacionalidad por nacimiento y quienes se nacionalizaban con posterioridad, la Corte tuvo “*especialmente en cuenta el margen de apreciación reservado al Estado que otorga la nacionalización sobre los requisitos y conclusiones que deben llenarse para obtenerla*”²², validando la decisión estatal.

¹⁷ Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización, Opinión Consultiva OC-4/84, Ser. A N° 4, ene. 19, 1984.

¹⁸ Opinión Consultiva OC-4/84, Ser. A N° 4, ene. 19, 1984, Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización, p. 54.

¹⁹ Opinión Consultiva OC-4/84, Ser. A N° 4, ene. 19, 1984, p. 58, énfasis agregado.

²⁰ Opinión Consultiva OC-4/84, Ser. A N° 4, ene. 19, 1984, p. 59.

²¹ La diferencia de residencia para nacidos en Centro América, España e Iberoamérica fue justificada bajo los “lazos históricos, culturales y espirituales” estrechos con el Estado de Costa Rica (Opinión Consultiva OC-4/84, Ser. A N° 4, ene. 19, 1984, p. 60).

²² Opinión Consultiva OC-4/84, Ser. A N° 4, ene. 19, 1984, p. 62, énfasis agregado. La Corte también consideró compatible con la Convención la exigencia de pruebas de lenguaje o de historia del país

En esta primera formulación de la doctrina del margen de apreciación, la Corte sigue de cerca la tesis europea de la misma. Sin perjuicio de la ausencia de citas a la jurisprudencia del TEDH, la opinión preserva una esfera de discreción nacional y la sujeta siempre a la supervisión internacional, al igual que su par europeo. Sin perjuicio de ello, deben tenerse en cuenta algunas diferencias. La Corte no relaciona el margen de apreciación con el principio de proporcionalidad ni se menciona si las medidas que restringen un derecho –en este caso, la igualdad ante la ley– deben responder a una “necesidad social imperiosa”, como suele hacerse en los fallos del TEDH.²³

El segundo caso en que se hace una mención explícita en materia de margen de apreciación es decidido 20 años tras la opinión consultiva, lo que da cuenta de su excepcionalidad en sede interamericana. En *Herrera Ulloa v. Costa Rica*, la Corte debía determinar si la condena por difamación que sufre un periodista constituye una violación a la libertad de expresión protegida por la CADH.²⁴ En el análisis de la Corte, y tal como lo ha reiterado en varias oportunidades, la libertad de expresión cumple un rol fundamental para el Estado democrático. Así, el “control democrático, por parte de la sociedad a través de la opinión pública, fomenta la transparencia de las actividades estatales y promueve la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública, razón por la cual *debe existir un margen reducido a cualquier restricción del debate político o del debate sobre cuestiones de interés público*”.²⁵ El “margen”, en opinión de la Corte, debe ser acotado, similar a lo que ha sostenido el Tribunal Europeo.²⁶ Por ello, las expresiones referidas a autoridades públicas –y personas que ejercen funciones públicas– deben contar “de un margen de apertura a un debate amplio respecto de asuntos de interés público, el cual es esencial para el funcionamiento de un sistema verdaderamente democrático”.²⁷ Tal “apertura” implica

para efectos de adquirir la nacionalidad. En resumen, estimó que tales condiciones deben estimarse como parte del margen de apreciación reservado al Estado (Opinión Consultiva OC-4/84, Ser. A N° 4, ene. 19, 1984, p. 63).

²³ Véase, entre múltiples decisiones al respecto, *Handyside v. United Kingdom*, App. N° 5493/72, dic. 7, 1976, p. 48; *Lingens v. Austria*, App. N° 9815/82, jul. 8, 1986, p. 39; *Sahin v. Turkey*, App. N° 44774/98, nov. 10, 2005, pp. 115-122; *Dudgeon v. United Kingdom*, App. N° 7525/76, feb. 24, 1983, p. 60.

²⁴ *Herrera Ulloa v. Costa Rica*, Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, Ser. C, N° 107, jul. 2, 2004.

²⁵ *Herrera Ulloa v. Costa Rica*, p. 127, énfasis agregado. Pese a que la Corte no emplea la expresión “margen de apreciación” literalmente, es dable concluir que por el contexto y por las citas al Tribunal Europeo, se refiere a tal concepto.

²⁶ La Corte Interamericana se remite a su par europeo para afirmar este punto. En el párrafo 127, se cita a *Feldek v. Slovakia*, App. N° 29032/95, jul. 12, 2001, pp. 73, 78; *Sürek and Özdemir*, App. N° 26682/85, Jul. 8, 1999, pp. 58, 61, ambas decisiones del TEDH.

²⁷ *Herrera Ulloa v. Costa Rica*, p. 128.

una reducción considerable sobre el margen de discrecionalidad estatal en la determinación de restricciones a la libertad de expresión.²⁸

La misma decisión, por otra parte, al referirse a la protección judicial de los derechos, admite que los Estados tienen un grado de discreción en la regulación legal de los recursos judiciales.²⁹ Tal como en el caso de la libertad de expresión, la Corte utiliza el concepto margen de apreciación en un sentido acotado. La decisión señala que “[s]i bien los Estados tienen un margen de apreciación para regular el ejercicio de ese recurso, no pueden establecer restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho de recurrir del fallo”.³⁰ La discreción estatal, por tanto, está limitada por la eficacia del recurso y no la mera formalidad que lo consagra. La supervisión internacional, por otro lado, se dirige a controlar que la “esencia” del derecho no se vea afectada.

Luego de *Herrera Ulloa*, la Corte no ha empleado la doctrina del margen de apreciación, sin perjuicio de las opiniones individuales de algunos jueces que sí la citan.³¹ La evolución de la jurisprudencia de la Corte parece indicar que ésta se aleja cada vez más de aplicar dicha doctrina. En el reciente caso *Artavia Murillo y otros v. Costa Rica*,³² la Corte debía decidir si la decisión nacional de prohibir absolutamente las técnicas de fertilización in vitro (“FIV”) era compatible con la CADH.³³ La Comisión Interamericana argumentó, principalmente, que tal medida violaba los artículos 11.2 y 17.2 de la Convención,³⁴ al constituir una injerencia arbitraria a los derechos a la vida privada y familiar, por un lado, y el derecho a formar una familia, por el otro, en relación con el principio de

²⁸ Estas consideraciones se repiten luego en *Ricardo Canese v. Paraguay*, Sentencia de fondo, reparaciones y costas, Ser. C No. 111, ago. 31, 2004, p. 98.

²⁹ *Herrera Ulloa v. Costa Rica*, p. 161.

³⁰ *Herrera Ulloa v. Costa Rica*, p. 161, énfasis agregado.

³¹ Véase, por ejemplo, *Cabrera-García y Montiel-Flores v. México*, Sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, Ser. C N° 220, nov. 26, 2010, p. 7 del voto razonado del juez ad hoc Eduardo Ferrer Mac-Gregor; *Atala Riffo e hijas v. Chile*, Sentencia de fondo, reparaciones y costas, Ser. C N° 239, feb. 24, 2012, pp. 10, 14, 16 y 23 del voto parcialmente disidente del juez Alberto Pérez Pérez.

³² *Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) v. Costa Rica*, Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, Ser. C N° 257, nov. 28, 2012.

³³ Las ideas que a continuación se expresan constituyen el desarrollo actualizado de las que presenté, previamente, en una columna de opinión. Véase CONTRERAS (2013).

³⁴ *Artavia Murillo y otros v. Costa Rica*, p. 3. “Artículo 11. Protección de la Honra y de la Dignidad. [...] 2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación”.

“Artículo 17. Protección a la Familia [...] 2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención”.

igualdad (artículo 24).³⁵ El Estado argumentó que la decisión buscaba proteger el derecho a la vida tal como se consagra en el artículo 4.1 de la Convención.³⁶ Tal precepto contiene una frase atingente a la controversia sobre la FIV: el derecho a la vida “estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción”.

El mentado margen de apreciación fue explícitamente invocado en este caso por el Estado de Costa Rica. Como se lee en la sentencia, el Estado argumentó que “i) no ‘existe consenso en relación con el estatuto jurídico del embrión’; ii) ‘no existe consenso sobre el inicio de la vida humana, [por tanto] debe también otorgarse margen de apreciación sobre la regulación de la técnica’ de la FIV, y iii) no es válido el argumento de que ‘como existen otros Estados que, por omisión legislativa, permiten la práctica de la [FIV], Costa Rica ha perdido su margen de apreciación’”.³⁷ El argumento era plausible respecto de la decisión estatal sobre cómo proteger el derecho a la vida en Costa Rica pero contrastaba con la utilización de la misma doctrina en los casos europeos, en donde el margen de apreciación era invocado para autorizar –no prohibir– las prácticas de FIV. Sin embargo, tanto el voto de mayoría como el de minoría se desmarcaron de un análisis del margen de apreciación. Para la mayoría, tras determinar el alcance del artículo 4,³⁸ se debía examinar la proporcionalidad de la prohibición absoluta de técnicas de FIV.³⁹ En su razonamiento, el juicio de proporcionalidad se encuentra completamente desvinculado de consideraciones del margen de apreciación. En efecto, sólo luego de concluir que los derechos a la libertad personal, vida privada y autonomía reproductiva habían sido afectados en forma severa⁴⁰ –cuestión que constituye una violación a la Convención–, la mayoría de la Corte estima que no es “pertinente pronunciarse sobre los alegatos del Estado respecto a que contaría con un margen de apreciación para establecer prohibiciones como la efectuada [por los tribunales de Costa Rica]”.⁴¹

³⁵ “Artículo 24. Igualdad ante la Ley. Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”.

³⁶ “Artículo 4. Derecho a la Vida. 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”.

³⁷ *Artavia Murillo y otros v. Costa Rica*, p. 170.

³⁸ *Artavia Murillo y otros v. Costa Rica*, pp. 171 y ss. Hemos comentado la interpretación sustantiva que la Corte hace del artículo 4 en otra parte. Véase CHIA y CONTRERAS (2013).

³⁹ *Artavia Murillo y otros v. Costa Rica*, pp. 272 y ss.

⁴⁰ *Artavia Murillo y otros v. Costa Rica*, pp. 274, 314-5. Véase CHIA y CONTRERAS (2013).

⁴¹ *Artavia Murillo y otros v. Costa Rica*, p. 316.

El voto de minoría del juez Vio Grossi también omite la aplicación de la doctrina del margen de apreciación. El razonamiento de este juez discurre en una interpretación alternativa sobre el alcance normativo del artículo 4 de la Convención y en una crítica a la tesis de la mayoría y su metodología empleada. Para Vio Grossi, “la vida de una persona existe desde el momento en que ella es concebida o, lo que es lo mismo, que se es ‘persona’, o ‘ser humano’ desde el ‘momento de la concepción’, lo que ocurre con la fecundación del óvulo por el espermatozoide. A partir de esto último se tienen, entonces, según aquella, el ‘derecho... a que se respete (la) vida’ de ‘toda persona’ y, consecuentemente, existe la obligación de que se proteja ese derecho”.⁴² Pese a señalar que la Corte tiene limitaciones jurisdiccionales en materias donde no hay consensos médicos y morales⁴³ –cuestión que parece conectarse con la idea de la autorrestricción judicial–, su razonamiento no incluye ninguna consideración sobre el margen de apreciación respecto a la controversia planteada.

A pesar de lo anterior, debe reconocerse que existen algunos elementos que son parte del análisis del margen de apreciación –aun cuando la Corte no los relacione con tal doctrina–. En la mayoría, por ejemplo, se recurre a la práctica de la mayoría de los Estados Partes de la CADH, con el objeto de ilustrar la interpretación del artículo 4, negando que la protección del embrión constituye una barrera a las técnicas de FIV.⁴⁴ Con ello se busca configurar un consenso regional a favor de estas prácticas. El elemento del consenso de los Estados Partes es uno de los componentes básicos del margen de apreciación. En términos muy sencillos, mientras mayor consenso regional en contra de una medida estatal restrictiva de derechos exista, mayor es la intensidad del escrutinio judicial que le corresponde a las Cortes regionales.⁴⁵ El voto de minoría critica la real configuración de dicho consenso y afirma que no sería la mayoría de los Estados Partes de la Convención la que autoriza las técnicas de FIV.

Pese a que existe un análisis de la práctica estatal en la ejecución de la Convención, es claro que la doctrina del margen de apreciación no cumple rol alguno en la decisión. La mayoría estima que la protección absoluta del embrión es desproporcionada y no recurre a analizar el grado de discreción que los Estados podrían tener en fijar tal medida. Los casos ante el TEDH utilizan el margen de apreciación para autorizar estas prácticas. La principal diferencia radica en el grado de protección de los derechos involucrados. Para el TEDH,

⁴² *Artavia Murillo y otros v. Costa Rica*, p. 12 del voto disidente del juez Eduardo Vio Grossi, cursivas en el original.

⁴³ *Artavia Murillo y otros v. Costa Rica*, p. 28.

⁴⁴ *Artavia Murillo y otros v. Costa Rica*, p. 256.

⁴⁵ LEGG (2012), pp. 120 y ss.

el silencio del tratado respecto de la protección de la vida del embrión –junto a otras consideraciones en torno al consenso– permiten dar deferencia a los Estados Partes sobre materias como la interrupción del embarazo, la FIV o el diagnóstico preimplantacional.⁴⁶ La Corte Interamericana, por otra parte, autoriza la FIV sin recurrir al margen de apreciación. Para ello, estima que la protección absoluta de la vida del embrión constituye una medida que interfiere desproporcionadamente a otros derechos consagrados en la Convención. Una conclusión provisional respecto al empleo del estándar de discreción nacional sería la siguiente: la doctrina del margen de apreciación, tras *Artavia*, no parece tener buen futuro –al menos dentro del sistema interamericano–.

2.3. Discreción nacional y principio de proporcionalidad

Otra forma de enfocar el problema de la discreción nacional en la jurisprudencia de la Corte, es analizar cómo ésta aplica el principio de proporcionalidad para efectos de determinar la validez convencional de una conducta estatal. Una breve reflexión sobre el empleo del estándar interamericano de proporcionalidad permite determinar que, si bien la Corte suele intensificar la supervisión internacional de la CADH, existen algunos intersticios para la discreción de las autoridades nacionales.

Tal como revisábamos en la introducción, el principio de proporcionalidad constituye una doctrina que permite articular estándares de deferencia internacional. En el ámbito interamericano, la Corte ha adoptado el principio de proporcionalidad para examinar la validez de medidas que interfieren con la libertad de expresión,⁴⁷ en el uso de la fuerza pública y la protección de la

⁴⁶ Véase *Vo v. France*, App. N° 53924/00, jul. 8, 2004 (el TEDH niega titularidad del derecho a la vida al *nasciturus* y en p. 82 sostienen que la determinación del comienzo de la vida cae bajo el margen de apreciación de los Estados); *Evans v. United Kingdom*, App. N° 6339/05, abr. 10, 2007 (caso sobre destrucción de embriones congelados y en pp. 81-82 afirma que es parte del margen de apreciación de los Estados la decisión de establecer o no legislaciones sobre las técnicas de FIV y de fijar las reglas que articulan los intereses en colisión); *A, B and C v. Ireland*, App. N° 25579/05, dic. 16, 2010 (que declara que no existe un derecho a abortar bajo el artículo 8 de la CEDH y reafirma, en el p. 237, un margen de apreciación en la determinación del origen de la vida); *S.H. and others v. Austria*, App. N° 57813/00, nov. 3, 2011 (declarando como compatible la prohibición de FIV con espermios y óvulos de terceros y señalando que existe un margen de apreciación estatal, en sus pp. 96-97, en materias donde existe una importante controversia sobre asuntos morales y éticos); *Costa and Pavan v. Italy*, App. N° 54270/10, ago. 28, 2012 (declarando incompatible la prohibición de diagnóstico pre-implantacional por ser inconsistente con la autorización de interrupción del embarazo por enfermedad del feto, reafirmando, a su vez, en los pp. 67-68, el margen de apreciación reconocido en *S.G. and others v. Austria*).

⁴⁷ Por ejemplo, en *Kimel Argentina*, Sentencia de fondo, reparaciones y costas, Ser. C N° 177, mayo 2, 2008; *“La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) v. Chile*, Sentencia de fondo, reparaciones y costas, Ser. C N° 73, feb. 5, 2001; *Usón Ramírez v. Venezuela*, Sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, Ser. C N° 207, nov. 20, 2009; *Ríos y otros v. Venezuela*, Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, Ser. C N° 194, ene. 28, 2009.

vida y la integridad personal,⁴⁸ en afectaciones a la propiedad privada,⁴⁹ en restricciones a derechos políticos,⁵⁰ respecto de las regulaciones al derecho a la protección judicial y las garantías judiciales,⁵¹ y sobre interceptaciones a comunicaciones privadas,⁵² entre otras materias.

Si bien, en general, la Corte utiliza un estricto control internacional sobre las conductas estatales, algunas decisiones permiten entender determinadas esferas de discreción nacional. Por ejemplo, en materias de libertad de expresión, la Corte ha determinado que “debe existir un margen reducido a cualquier restricción del debate político o del debate sobre cuestiones de interés público”.⁵³ Su jurisprudencia, no obstante, no ha llegado al extremo de prohibir la penalización de determinadas conductas en materia de expresión. En *Kimel v. Argentina*, la Corte señaló que la decisión de criminalizar la expresión de opiniones e informaciones “se debe analizar con especial cautela” por los Estados Partes, “ponderando al respecto la extrema gravedad de la conducta desplegada por el emisor de aquéllas, el dolo con que actuó, las características del daño injustamente causado y otros datos que pongan de manifiesto la absoluta necesidad de utilizar, en forma verdaderamente excepcional, medidas penales”.⁵⁴ La decisión no considera que tipificar penalmente algunas conductas relacionadas constituya una violación *per se* del artículo 13.2 de la CADH, permitiéndolo bajo determinadas condiciones. Así, la Corte permite un espacio de discreción nacional con el objeto de articular los intereses en disputa, como son la libertad de expresión y la protección de la vida privada y de la reputación de otros –ambos

⁴⁸ Por ejemplo, en *Masacre de Santo Domingo v. Colombia*, Sentencia de excepciones preliminares, fondo y reparaciones, Ser. C Nº 259, nov. 30, 2012; *Nadege Dorzema y otros v. República Dominicana*, Sentencia de fondo, reparaciones y costas, Ser. C Nº 251, oct. 24, 2012; *Zambrano Vélez y otros v. Ecuador*, Sentencia de fondo, reparaciones y costas, Ser. C Nº 166, jul. 4, 2007.

⁴⁹ Por ejemplo, en *Caso Furlan y familiares v. Argentina*, Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, Ser. C Nº 246, ago. 31, 2012; *Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku v. Ecuador*, Sentencia de fondo y reparaciones, Ser. C Nº 245, jun. 27, 2012; *Salvador Chiriboga v. Ecuador*, Sentencia de excepción preliminar y fondo; Ser. C Nº 222, mar. 3, 2011; *Pueblo Saramaka v. Surinam*, Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, Ser. C Nº 185, ago. 12, 2008.

⁵⁰ Por ejemplo, en *Caso López Mendoza v. Venezuela*, Sentencia de fondo, reparaciones y costas, Ser. C Nº 233, sept. 1, 2011; *Castañeda Gutman v. México*, Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, Ser. C Nº 184, ago. 6, 2008.

⁵¹ Por ejemplo, en *Manuel Cepeda Vargas v. Colombia*, Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, Ser. C Nº 213, mayo 26, 2010; *Herrera Ulloa v. Costa Rica*.

⁵² En *Tristán Donoso v. Panamá*, Sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, Ser. C Nº 193, ene. 27, 2009.

⁵³ *Herrera Ulloa v. Costa Rica*, p. 127.

⁵⁴ *Kimel v. Argentina*, p. 78. La Corte agregó que en el caso de establecer un delito, “[e]n todo momento la carga de la prueba debe recaer en quien formula la acusación”.

protegidos por la Convención—. Tal discreción parecería estar ratificada por el caso *Mémoli v. Argentina*, donde la Corte concluyó que el Estado, tras reformar su legislación interna, no violó la libertad de expresión de dos periodistas que publicaron información sobre casos de corrupción.⁵⁵

Quizás el ejemplo más claro de proporcionalidad y discreción estatal se encuentra en la formidable —e igualmente excepcional— decisión de *Castañeda Gutman v. México*.⁵⁶ La Corte comprendía el contenido normativo de los derechos políticos asegurados por la Convención.⁵⁷ El Estado mexicano había negado el registro de la candidatura independiente de Castañeda-Gutman para la presidencia de la Nación. Las reglas electorales en México exigen que los candidatos sean postulados por los partidos políticos, excluyendo a los independientes o las candidaturas “ciudadanas”. La Corte debía resolver si la restricción que pesaba sobre candidaturas independientes violaba el derecho a participar en elecciones democráticas, bajo el artículo 23 de la CADH. El razonamiento comienza reconociendo que “en términos generales, el derecho internacional no impone un sistema electoral determinado ni una modalidad determinada de ejercer los derechos a votar y a ser elegido”.⁵⁸ Abocándose al análisis de la restricción, la Corte acepta que “la previsión y aplicación de requisitos para ejercitar los derechos políticos no constituyen, *per se*, una restricción indebida a los derechos políticos”.⁵⁹ La sentencia prosigue con la aplicación de los presupuestos normativos aplicables a las restricciones de derechos, esto es, si la medida está prevista por ley, si posee una finalidad legítima y si es necesaria en una sociedad democrática. El primer presupuesto no presenta dificultades: la medida se encuentra regulada en las leyes mexicanas que regulan las elecciones y las inscripciones de candidaturas.⁶⁰ Respecto de la finalidad legítima, la Corte determinó que la regla bajo cuestionamiento buscaba “organizar el proceso electoral y el acceso de los ciudadanos al ejercicio del poder público en condiciones de igualdad y de manera eficaz”.⁶¹ Tal objetivo fue considerado como “esencial” para el ejercicio del derecho de sufragio. A partir de ello, el caso

⁵⁵ *Mémoli v. Argentina*, Sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, Ser. C N° 265, ago. 22, 2013.

⁵⁶ *Castañeda Gutman v. México*.

⁵⁷ “Artículo 23. Derechos Políticos.

1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades: [...] b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores [...]”.

⁵⁸ *Castañeda Gutman v. México*, p. 162.

⁵⁹ *Castañeda Gutman v. México*, p. 174.

⁶⁰ *Castañeda Gutman v. México*, p. 179.

⁶¹ *Castañeda Gutman v. México*, p. 183.

se enfoca en la proporcionalidad de la medida. En este nivel, la Corte admite que la CADH “no establece la obligación de implementar un sistema electoral determinado” ni “establece un mandato específico sobre la modalidad que los Estados partes deben establecer para regular el ejercicio del derecho a ser elegido en elecciones populares”.⁶² En otras palabras, la Convención debe dejar una esfera de discreción para las autoridades nacionales en la determinación de las reglas electorales en un sistema democrático.

Pese a que esta decisión no emplea el concepto de “margen de apreciación” –y tampoco lo conecta con el análisis de proporcionalidad–, se establecen niveles de discreción nacional y de deferencia internacional similares, en relación a las normas de la Convención. Esto es importante puesto que demuestra que, a través de la aplicación del principio de proporcionalidad, la Corte puede definir esferas de discreción para las autoridades estatales. La Corte declara que “[e]n la región puede observarse que existe cierto equilibrio entre los Estados que establecen el sistema de registro exclusivo a cargo de partidos y aquellos que, además, permiten candidaturas independientes”.⁶³ Nuevamente, existe una referencia al consenso regional –o la ausencia del mismo– con el objeto de determinar la práctica de los Estados Partes en el cumplimiento de la CADH, similar al análisis de margen de apreciación. La Corte finalmente decide que la exigencia electoral es proporcional y válida bajo las normas de la Convención.⁶⁴ A modo de cierre, la decisión dispone:

“que ambos sistemas, uno construido sobre la base exclusivamente de partidos políticos, y otro que admite también candidaturas independientes, pueden ser compatibles con la Convención y, por lo tanto, *la decisión de cuál sistema escoger está en las manos de la definición política que haga el Estado*, de acuerdo con sus normas constitucionales. A la Corte no se le escapa que en la región existe una profunda crisis en relación con los partidos políticos, los poderes legislativos y con quienes dirigen los asuntos públicos, por lo que resulta imperioso un profundo y reflexivo debate sobre la participación y la representación política, la transparencia y el acercamiento de las instituciones a las personas, en definitiva, sobre el fortalecimiento y la profundización de la democracia. La sociedad civil y el Estado tienen la responsabilidad, fundamental e inexcusable de llevar a cabo esta reflexión y realizar propuestas para revertir esta situación. En este sentido *los Estados deben valorar de acuerdo con su desarrollo histórico y político las medidas que permitan fortalecer los derechos políticos y la democracia, y las candidaturas independientes pueden ser uno de esos mecanismos, entre muchos otros*”.⁶⁵

⁶² *Castañeda Gutman v. México*, p. 197.

⁶³ *Castañeda Gutman v. México*, p. 198.

⁶⁴ *Castañeda Gutman v. México*, p. 203.

⁶⁵ *Castañeda Gutman v. México*, p. 204, énfasis agregado.

La decisión en *Castañeda-Gutman* es particularmente única en el sistema interamericano, al menos, en lo que respecta a la discrecionalidad de las autoridades nacionales. Se trata de un fallo que, sin recurrir al margen de apreciación, otorga deferencia internacional en la regulación de los sistemas electorales de cada Estado Parte. Tanto *Kimel* como *Castañeda Gutman* son ejemplos de cómo la Corte distingue niveles de discreción nacional sin recurrir a la doctrina europea. Lo que está pendiente es la determinación de los principios y bases normativas para tal teoría de la deferencia. Futuros casos antes la Corte constituirán la oportunidad para un desarrollo de la doctrina de la discreción nacional bajo la Convención Americana.

2.4. Balance

En la jurisprudencia de la Corte Interamericana se pueden identificar esferas de discreción nacional, mediante la aplicación del margen de apreciación como del principio de proporcionalidad. La doctrina del margen de apreciación es la herramienta tradicional que utiliza el TEDH para dar deferencia a los Estados Partes del Convenio Europeo. En el ámbito americano, sin embargo, su empleo es excepcional por la Corte, lo que no impide que la doctrina sea empleada en el futuro. La *Opinión Consultiva N° 4* es el mejor ejemplo de ello. El principio de proporcionalidad, por otro lado, suele utilizarse para verificar la compatibilidad de una interferencia estatal en el ejercicio de un derecho. Si bien la Corte ejecuta un riguroso análisis de proporcionalidad, hemos dado algunos ejemplos en los cuales se otorga deferencia a los Estados Partes de la Convención. El caso *Castañeda Gutman* es ilustrativo al respecto.

Teniendo en consideración la determinación de la discreción nacional, mediante el margen de apreciación y el principio de proporcionalidad, el texto se aboca ahora a analizar la doctrina del control de convencionalidad. Para ello se propone una distinción pedagógica que permite identificar niveles de discreción estatal bajo el mandato fijado por la Corte Interamericana.

3. Control de convencionalidad: niveles de discreción

3.1. La doctrina del control de convencionalidad

El control de convencionalidad, tal y como lo conocemos hoy, es adoptado por la Corte IDH en el caso *Almonacid Arellano v. Chile*.⁶⁶ En dicho caso, el

⁶⁶ *Almonacid Arellano y otros v. Chile*, Sentencia de fondo, reparaciones y costas, Ser. C N° 154, sept. 26, 2006. Sobre los antecedentes del control de convencionalidad, con anterioridad a *Almonacid*, véase, *Myrna Mack Chang v. Guatemala*, Sentencia de fondo, reparaciones y costas, Ser. C N° 101, nov. 25, 2003, voto concurrente del Juez S. García, p. 27. Empleando “control de convencionalidad”

decreto ley de amnistía dictado durante la dictadura militar impedía la investigación judicial de casos de muerte extrajudicial como el de Almonacid y, en general, de los casos de desaparición forzada de personas.⁶⁷ La Corte IDH declaró que el decreto ley en cuestión era incompatible con la Convención Americana y que los tribunales tenían la obligación de no dar efecto jurídico a normas internas que vulneran tal instrumento internacional. En un importante considerando, la Corte señaló que

*“[...] cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”.*⁶⁸

Desde el punto de vista del Derecho Internacional Público, dos cuestiones son novedosas. Primero, la declaración en virtud de la cual las leyes contrarias al objeto y fin de la Convención Americana carecen de efectos jurídicos *ab initio*, incluso en el nivel de las normas internas. Segundo, tras constatarse la incompatibilidad entre norma interna y norma internacional, el juez tiene un deber de preterir la aplicación de la primera a favor de la segunda.

En relación al primer punto –la declaración de invalidez de una norma interna conforme a un parámetro internacional– la Corte ratifica su jurisprudencia en relación al caso *Barrios Altos* y niega efectos jurídicos a aquellas leyes de amnistía que contravienen la Convención.⁶⁹ Estos fallos van más allá de determinar la responsabilidad internacional del Estado: parte de su resolución fija que las leyes de amnistía bajo examen *“son incompatibles con la Convención Americana de Derechos Humanos y, en consecuencia, carecen de efectos jurídicos”*.⁷⁰ Por tanto, la Corte no sólo determina la violación de la CADH en

en el mismo sentido, véase *López Álvarez v. Honduras*, Sentencia de fondo, reparaciones y costas, Ser. C N° 141, feb. 1, 2006, voto concurrente del Juez S. García, p. 30.

⁶⁷ Decreto Ley N° 2191 (D.O. 19/04/1978). Véase NOGUEIRA (2006).

⁶⁸ *Almonacid Arellano y otros v. Chile*, p. 124, énfasis agregado.

⁶⁹ *Barrios Altos v. Perú*, Sentencia de fondo, Ser. C N° 74, mar. 14, 2001. Véase, en general, LAPLANTE (2009), pp. 915 y ss.; BURGORGUE-LARSEN y ÚBEDA DE TORRES, Amaya (2011), p. 251; BINDER (2011), p. 1210; MEDINA QUIROGA y NASH ROJAS (2007).

⁷⁰ BARRIOS ALTOS, S. X, párr. operativo N° 4. La jurisprudencia de la Corte evolucionará y alcanzará no sólo las auto-amnistías dictadas bajo dictaduras o regímenes autoritarios, sino que también a las

virtud de la ley bajo examen, sino que además declara que tal normativa carece de efectos jurídicos a nivel interno. Lo interesante es que la Corte va más allá de adjudicar la responsabilidad del Estado y declara que dichas leyes no tienen efectos jurídicos.⁷¹ En *Barrios Altos*, la Corte ni siquiera obliga al Estado peruano a derogar o modificar la normativa impugnada: simplemente, entiende que las leyes de amnistía no surten efectos jurídicos y no puede seguir siendo aplicadas.⁷² Como ha señalado una autora, el fraseo de la Corte –“carecen de efectos jurídicos”– implica que el tribunal regional no considera necesario ejecutar otro acto normativo de orden interno –v. gr. derogar legislativamente las normas de amnistía– para dar vigencia y asegurar el cumplimiento de la decisión internacional.⁷³

Segundo, tras constatarse la incompatibilidad entre normas internas y la Convención –junto a la jurisprudencia de la Corte–, el juez nacional tiene un “deber judicial concreto de inaplicación del precepto objetado”.⁷⁴ En este punto existe una ambigüedad respecto de los efectos de la incompatibilidad entre normas internas e internacionales. Si bien lo que se cuestiona es la validez de la norma interna por estar en contradicción con el tratado internacional,⁷⁵ no queda claro cuál es el efecto de tal invalidez. Así, Sagüés ha señalado que la norma interna “no se aplica al caso bajo examen, se descarta o resulta inválida para el mismo”.⁷⁶ Este autor parece inclinarse por una inaplicabilidad de la norma interna para el caso concreto, pero plantea sus dudas sobre una potencial declaración de nulidad de la norma o de la derogación de la misma con

decisiones democráticas de amnistiar violaciones a los derechos humanos, como en el caso uruguayo. Véase *Gelman v. Uruguay*, Sentencia de fondo y reparaciones, Ser. C Nº 221, feb. 24, 2011.

⁷¹ BINDER (2011), p. 1212. Esta declaración es particularmente anómala en términos de la responsabilidad internacional del Estado. Como bien ha señalado Aguilar, “[u]n tribunal internacional no determina la licitud o ilicitud jurídica de una norma interna, un tribunal no contrasta normas internas con normas internacionales, sino más bien, verifica si un acto del Estado, como por ejemplo una norma interna, viola o no una obligación internacional, un tratado. Pero en este proceso, el tribunal internacional [...] considera la norma interna como un acto o un hecho del Estado que viola el derecho internacional o que es contraria al derecho internacional”. AGUILAR CAVALLO (2012 a), p. 471. De lo anterior, se sigue que la norma interna no podría ser declarada como carente de efectos jurídicos por violar la Convención, sino que, únicamente, se trata de un acto o hecho del Estado que genera responsabilidad internacional.

⁷² HITTERS sostiene que en éste y otros casos, “la Corte [...] se comportó como un verdadero Tribunal Constitucional declarando inaplicables en todo el país y con efecto *erga omnes* las leyes de amnistía dictadas en Perú”. HITTERS (2009), p. 123.

⁷³ BINDER (2011), p. 1212.

⁷⁴ SAGÜÉS (2010), p. 127.

⁷⁵ FUENTES TORRIJO (2008), pp. 487-488.

⁷⁶ SAGÜÉS (2011), p. 348.

efecto *erga omnes*.⁷⁷ Como veremos a continuación, el origen del control de convencionalidad puede entenderse como la versión “fuerte” de la doctrina, que importa un juicio de validez de la norma interna.

3.2. Tipos de control de convencionalidad

Para entender los alcances y la intensidad del control de convencionalidad, conviene incorporar una distinción entre control “fuerte” y control “débil” de normas internas. Una tercera versión del control de convencionalidad puede entenderse como *directriz*, en los términos que Atienza y Ruiz Manero han precisado.⁷⁸ Esta distinción se emplea sólo para efectos pedagógicos y con el objeto de determinar los niveles de discreción de las autoridades nacionales. La clasificación aquí sugerida recoge y expande las facetas “destructivas” y “constructivas” del control de convencionalidad que ya propuso Néstor Pedro Sagüés.⁷⁹ De igual forma, recoge parte de las consideraciones del juez ad hoc Ferrer Mac Gregor, en su voto razonado para el caso *Cabrera García & Montiel Flores v. México*.⁸⁰

Nuestra propuesta sugiere clasificar el control de convencionalidad, en primer lugar y en cuanto a su intensidad, en términos de *fuerte* o *débil*. El control *fuerte* de convencionalidad importaría la obligación del juez nacional de “desplazar” la aplicación de la norma interna por violar la CADH y la interpretación de ella en las sentencias de la Corte IDH. Utilizo la expresión “desplazar” en razón de la escasa especificidad de los efectos del control de convencionalidad según la jurisprudencia de la Corte IDH. La versión *fuerte* del control de convencionalidad surge en el origen mismo de la doctrina: el caso *Almonacid Arellano v. Chile*.⁸¹ En dicha oportunidad, el conocido decreto ley de amnistía se reputó manifiestamente incompatible con la CADH. Por ello, a juicio de la Corte, el juez nacional no podía sino preterir la aplicación de la norma interna para dar vigencia al tratado y asegurar su *effet utile*.

⁷⁷ SAGÜÉS (2010), pp. 127-128. En la misma línea de la inaplicabilidad véase a BINDER (2011), p. 1212. En términos generales sobre la invalidez de la norma, véase a GERALDO TEIXEIRA (2012), pp. 1133-1134; AGUILAR CAVALLO (2012 b), pp. 727-728; AGUILAR CAVALLO (2012 a), pp. 463-465.

⁷⁸ La distinción entre principios y directrices (*policías*) surge en los trabajos de Ronald Dworkin. Véase DWORKIN (1978), pp. 22 y ss. En este trabajo seguiremos las precisiones efectuadas al concepto de directriz en los trabajos de Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero. Véase, en primer término, ATIENZA y RUIZ MANERO (1991). Sus ideas luego serán refinadas en ATIENZA y RUIZ MANERO (2000) y en ATIENZA y RUIZ MANERO (2004).

⁷⁹ SAGÜÉS (2010), pp. 130-131.

⁸⁰ *Cabrera García y Montiel Flores v. México*, voto razonado del Juez ad hoc E. Ferrer Mac-Gregor, pp. 35 y ss. Véase también, FERRER MAC-GREGOR (2010), pp. 151 y ss.; FERRER MAC-GREGOR (2011 a), pp. 917-967; FERRER MAC-GREGOR (2011 b), pp. 531-622.

⁸¹ *Almonacid Arellano y otros v. Chile*, p. 124.

Sin embargo, la Corte fue ambigua: no es claro cuál debe ser el efecto del control “fuerte” de convencionalidad: la inaplicabilidad, la inconvencionalidad o anticonvencionalidad o, derechamente, la derogación de la norma interna. Estas dudas son compartidas en la literatura.⁸² En cualquier caso, la norma interna es desplazada en el caso concreto por estar en contradicción con lo dispuesto en la CADH y las interpretaciones de la Corte IDH.

El control *débil* de convencionalidad, por otra parte, se puede entender como un mandato de interpretación de las normas internas conforme a lo dispuesto en la CADH y la interpretación que de la misma ha efectuado la Corte.⁸³ Es similar al principio de interpretación conforme a la Constitución.⁸⁴ En esta modalidad del control, la norma interna no es necesariamente “desplazada”. La obligación de ejercer el control de convencionalidad adopta la exigencia de una construcción interpretativa plausible que permita armonizar la Convención y los fallos de las Corte IDH, con el ordenamiento jurídico nacional del Estado Parte –incluyendo hasta la misma Constitución–. En otras palabras, se busca salvar la antinomia entre orden jurídico nacional y el internacional mediante la interpretación, evitando declarar una inaplicabilidad –o anticonvencionalidad o derogación– de la norma interna.⁸⁵

La Corte ha adoptado una versión *débil* del control de convencionalidad en determinadas sentencias, especialmente en materia de reparaciones y garantías de no repetición de violaciones a los derechos humanos. En *Radilla Pacheco v. México*, sostuvo que la “interpretación [de las normas internas mexicanas] debe ser coherente con los principios convencionales y constitucionales de debido proceso y acceso a la justicia, contenidos en el artículo 8.1 de la Convención Americana y las normas pertinentes de la Constitución mexicana”.⁸⁶ El caso en cuestión se refería a los límites de la jurisdicción penal militar que,

⁸² Véase, por todos, SAGÜÉS (2010), p. 127; SAGÜÉS (2011), pp. 384-5; ZÚÑIGA URBINA (2012), p. 440; HENRÍQUEZ VIÑAS (2012), p. 254.

⁸³ Algunos autores sostienen que el control de convencionalidad, en rigor, sólo podría constituirse como un mandato de interpretación de derechos de acuerdo a la Convención y no en sentido “fuerte” como el que aquí hemos descrito. Véase a CASTILLA (2011), p. 603: “En nuestra opinión, esa especie se trata de lo que aquí ya hemos señalado como la obligación de observar y aplicar el contenido de la Convención Americana por medio de una interpretación de derechos y libertades acorde al tratado, pero nunca un control de convencionalidad como tal, [...] por la sencilla razón de que los jueces nacionales no pueden declarar como inconvencional una ley o acto, ya que no les está autorizado, pudiendo hacer siempre y por la obligación que tienen, sólo la interpretación antes señalada”. (Cursivas en el original).

⁸⁴ Véase, en general, GUASTINI (2003), pp. 56-57; RIBERA NEUMANN (1989), pp. 224-226.

⁸⁵ Sobre la obligación de armonizar los ordenamientos nacionales e internacionales, véase a CASTILLO CÓRDOVA (2012), pp. 252-258.

⁸⁶ *Radilla Pacheco v. México*, Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, Ser. C N° 209, nov. 23, 2009, p. 338, énfasis agregado.

bajo la jurisprudencia de la Corte IDH, excluyen la competencia para juzgar a militares que cometen graves violaciones a los derechos humanos.⁸⁷ Tal versión *débil* del control de convencionalidad se reitera en el caso *Cabrera García & Montiel Flores v. México*,⁸⁸ cuya materia era, en este punto, sustancialmente similar a *Radilla Pacheco*.

La solución que ofrece el control de convencionalidad *débil* no es nueva. Para efectos puramente referenciales, baste consignar que, en el Derecho comparado, uno observa que el control *débil* no es más que la reiteración de la conocida doctrina *Charming Betsy*, desarrollada por la Corte Suprema estadounidense. El canon, en los términos fijados por el juez Marshall, estipula que no se debe interpretar un acto del Congreso de forma tal que se viole el derecho de las naciones, en el evento que exista una interpretación alternativa posible.⁸⁹ El principio no sólo fija un método de resolución de antinomias sino que, además, una técnica jurídica que permite armonizar la legislación nacional con las obligaciones internacionales de un Estado.⁹⁰ La solución es razonable y, a la vez, ostensiblemente pragmática. La principal diferencia del control *débil* con el canon *Charming Betsy* sería la clase de normas internas que deben ser construidas interpretativamente para resguardar las obligaciones internacionales. Mientras que la doctrina de *Charming Betsy* se ocupa principalmente de los actos del Congreso federal estadounidense, el control *débil* de convencionalidad parece sugerir la interpretación conforme de toda norma interna con la CADH y los fallos de la Corte IDH, incluyendo las Constituciones nacionales.

El tercer tipo de control de convencionalidad –como *directriz*– surge de las ampliaciones que la Corte ha hecho respecto de las autoridades nacionales que están obligadas a efectuar el control.⁹¹ Si bien hay cierta discrepancia en

⁸⁷ *Radilla Pacheco v. México*, p. 340. Sobre el estándar interamericano de derechos humanos aplicable a la justicia militar, véase CONTRERAS (2011), pp. 209-226.

⁸⁸ *Cabrera García & Montiel Flores v. México*, p. 233.

⁸⁹ Corte Suprema de los Estados Unidos de América, *Murray v. Schooner Charming Betsy*, 6 U.S. (2 Cranch) 64, 118 (1804). Véase también *Restatement (Third) of Foreign Relations Law* (1987), § 114 (“Hasta donde sea posible, la interpretación de una ley de los Estados Unidos debe efectuarse de manera que no entre en conflicto con el derecho internacional o con un acuerdo internacional de los Estados Unidos”).

⁹⁰ BLACKMUN (1994), p. 45.

⁹¹ En su origen, en *Almonacid*, la Corte se refería a los “jueces” en términos genéricos y en relación al “Poder Judicial” en su conjunto. *Almonacid Arellano y otros v. Chile*, p. 124. Luego, la Corte dispuso que “los órganos de cualquiera de los poderes cuyas autoridades ejerzan funciones jurisdiccionales deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también ‘de convencionalidad’ *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana [...]”. *Vélez Loor v. Panamá*, Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, Ser. C Nº 218, nov. 23, 2010, p. 287. La Corte ratificará esta línea jurisprudencial en *Cabrera García & Montiel Flores v. México*, al establecer que

la doctrina,⁹² la Corte ha ido extendiendo consistentemente la pluralidad de sujetos obligados. En lo que a nosotros nos interesa, debemos revisar la extensión de la obligación del control de convencionalidad a los órganos políticos democráticos. En *Gelman v. Uruguay*, la Corte IDH sostiene que el control de convencionalidad es una tarea “de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial”.⁹³ En tal sentido, la decisión señala que en “las instancias democráticas [...] también debe primar un ‘control de convencionalidad’”.⁹⁴ La expresión plantea problemas para el paralelo entre control de constitucionalidad y control de convencionalidad, como mecanismos de declaración de invalidez de normas.

Una forma de comprender lo que dice la Corte en este caso, es que toda autoridad pública debe tener en consideración la CADH y la jurisprudencia de la Corte IDH a efectos de ejercer sus potestades. Para eso, es conveniente recurrir a la noción de directriz, en los términos expuestos por Atienza y Ruiz Manero. Estos autores señalan que una directriz es un enunciado que configura de forma abierta las condiciones de aplicación, pero fija un norte o un modelo de conducta el que debe ser alcanzado.⁹⁵ Cuando la Corte dispone que todos los órganos estatales están obligados a efectuar un control de convencionalidad y, a la vez, que lo hagan conforme a sus procedimientos internos y sus reglas de competencia, no puede pretender que ciertas autoridades –como son los

el control de convencionalidad se debe ejercer por los “órganos vinculados a la administración de justicia en todos sus niveles”. *Cabrera García & Montiel Flores v. México*, p. 225.

⁹² La pregunta por los sujetos habilitados para ejecutar el control de convencionalidad genera discrepancias en la doctrina. Las diferencias se dan porque utilizan distintos conceptos de control de convencionalidad. Así, por ejemplo, para Castilla, el control de convencionalidad está depositado únicamente en tribunales internacionales, puesto que este autor entiende el mandato de la Corte a los tribunales nacionales sólo como una obligación de interpretación conforme a la Convención (esto es, un control de convencionalidad “débil”). CASTILLA (2011), pp. 606 y ss. Aguilar, por el contrario, estima que el control de convencionalidad –en tanto examen de validez de normas y de interpretación conforme– se desarrolla en el “orden interno de los Estados”, el cual sería su “lugar natural”. Tal como reseñábamos en la nota 71, Aguilar considera que la Corte no examina la validez de las normas internas, sólo constata y declara si esa norma –en cuanto acto o hecho del Estado– viola las obligaciones internacionales. En consecuencia, para este autor, el “control de convencionalidad en el ámbito internacional no sería posible”. AGUILAR CAVALLO (2012 a), pp. 476 y 490. Una tercera posición, finalmente, se encuentra en Nash, quien distingue entre control de convencionalidad “internacional” y “nacional”, según el ente que efectúa el examen de compatibilidad de la norma interna con la Convención y las decisiones de la Corte. NASH ROJAS (2012), pp. 361-362. Sin ánimo de zanjar este debate, para efectos de este trabajo cuando nos referimos al sujeto obligado de efectuar el control de convencionalidad, apuntamos siempre a los órganos estatales.

⁹³ *Gelman v. Uruguay*, p. 239.

⁹⁴ *Gelman v. Uruguay*, p. 239.

⁹⁵ ATIENZA y RUIZ MANERO (1991) y (2000). Véase especialmente ATIENZA y RUIZ MANERO (2004), pp. 110 y ss.

órganos políticos— efectúen control de validez de norma o realicen interpretaciones conforme al estándar interamericano. Existen ciertos órganos estatales cuya principal tarea es la de *crear* o *generar* nuevas normas internas. En este caso, el mandato de la Corte de efectuar un control de convencionalidad, se ubica casi en el rango de una norma programática. Se trataría de una versión del control de convencionalidad “débil”, que no se limita a la interpretación de normas internas —en sentido técnico, esto es, de atribuir un significado y alcance a un enunciado normativo—, sino que se amplía a una pauta interamericana para el ejercicio de las funciones de determinados órganos del Estado. En este sentido, la creación o generación de normas internas —leyes, reglamentos o decretos e, incluso, reformas constitucionales— se sujetaría al control de convencionalidad. Para ello, sólo se establece una finalidad normativa a alcanzar. El legislador —por ponerlo en términos genéricos— cuenta con un amplio margen de discreción para concretar el estándar. Para ello, en principio, puede elegir distintos medios jurídicos, desde una regulación administrativa, el establecimiento de responsabilidades civiles o penales o el aseguramiento de determinadas garantías judiciales. Lo relevante es que cumpla con el estándar fijado por la Corte, cuestión que, por cierto, se sujeta al escrutinio regional que ésta ejerce.

3.3. Niveles de discreción en el control de convencionalidad

En este apartado revisamos el grado de discreción nacional que poseen las autoridades al momento de ejecutar el control de convencionalidad. Este análisis toma en consideración la tipología de control de convencionalidad y postula que el nivel de discreción será mayor o menor, dependiendo del tipo de control a efectuar. Pero antes, se refiere al trabajo de un autor que ha visto en la obligatoriedad del precedente interamericano una forma de limitación de la discreción estatal.

A. Discreción y precedente

Para referirnos al precedente, en el sistema interamericano, es necesario hablar del efecto obligatorio de las sentencias de la Corte. Éstas son vinculantes para las partes del litigio internacional. La obligatoriedad de la sentencia, como se explicará luego, es la principal diferencia entre un tribunal internacional y otro tipo de organismos supervisores de derechos humanos, como el Comité de Derechos Humanos del Pacto de Derechos Civiles y Políticos o la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, entre muchas otras instituciones.⁹⁶

⁹⁶ Para revisar los efectos de las sentencias de la Corte Interamericana, véase por todos, AYALA CORAO (2007), pp. 134 y ss.

La CADH dispone que todo Estado parte puede reconocer como obligatoria la jurisdicción de la Corte⁹⁷ y, además, se establece que “[l]os Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes” (artículo 68.1 CADH). En sede de supervisión del cumplimiento de sentencias, la Corte ha interpretado el alcance del artículo 68 y ha sostenido que “esta obligación corresponde a un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, respaldado por la jurisprudencia internacional, según el cual los Estados deben cumplir sus obligaciones convencionales internacionales de buena fe (*pacta sunt servanda*) y, como ya ha señalado esta Corte, no pueden por razones de orden interno dejar de asumir la responsabilidad internacional ya establecida”.⁹⁸

El carácter obligatorio de las decisiones de los tribunales internacionales contrasta con los actos de otros órganos internacionales, como los comités que supervisan tratados internacionales de derechos humanos. Se puede revisar, por ejemplo, el caso del Comité de Derechos Humanos –que supervisa el cumplimiento del Pacto de Derechos Civiles y Políticos. Cuando el Comité resuelve el fondo de las comunicaciones o denuncias individuales, lo hace a través de “observaciones” sobre el caso.⁹⁹ Dichas observaciones carecen de fuerza vinculante.¹⁰⁰ La misma expresión utilizada –“observaciones”– contrasta con la de sentencias, fallos o decisiones. Dicha nomenclatura no es casual y corresponde al propósito deliberado de las partes contratantes –en la elaboración del Protocolo Facultativo– para denotar que no son decisiones obligatorias. El consenso doctrinal actual respalda tal lectura de las decisiones del Comité, pese a existir una tendencia minoritaria que busca fortalecer y afirmar la obligatoriedad de las observaciones para los Estados Partes del Protocolo Facultativo.¹⁰¹ Esta tendencia, sin embargo, no ha penetrado aún en el propio Comité. En el 2008, el Comité emitió la Observación General N° 33, donde autocomprendió su praxis

⁹⁷ “Todo Estado parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención” (artículo 62.1 CADH).

⁹⁸ *Loayza Tamayo v. Perú*, Resolución de supervisión de cumplimiento de sentencias, nov. 17, 1999, cons. 7.

⁹⁹ Art. 5(4), Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (“Protocolo Facultativo”), entró en vigencia mar. 23, 1976, 999 U.N.T.S. 302.

¹⁰⁰ Esta es la opinión dominante en la literatura sobre el Pacto y el Protocolo Facultativo. Véase NOWAK MANFRED (1993); CONTE y BURCHILL (2009), pp. 36-37; MUTUA (1998), pp. 232-235; HELFER y SLAUGHTER (1997), p. 351.

¹⁰¹ Sin perjuicio de ello, confróntese la opinión de académicos que afirman la naturaleza obligatoria de las Observaciones del Comité. Un resumen de ese debate se puede encontrar en DAVIDSON (2002), pp. 308-313.

interpretativa en términos similares a la de organismos judiciales, en el ámbito supranacional.¹⁰² En razón de ello, sostuvo que las interpretaciones adoptadas bajo el procedimiento del Protocolo Facultativo son un “pronunciamiento autorizado” (*authoritative determination* o “determinación autoritativa”, en inglés) que interpreta las disposiciones del Pacto.¹⁰³ Sin perjuicio de ello, el Comité fue cauto y no afirmó la fuerza vinculante de sus observaciones.

El caso del Comité de Derechos Humanos sirve para ilustrar la obligatoriedad de las decisiones de la Corte Interamericana. Los Estados tienen el deber de cumplir oportunamente con las sentencias de la Corte.¹⁰⁴ Las dudas surgen en relación con los efectos respecto de terceros Estados, es decir, aquellos que no fueron parte en el litigio internacional ante la Corte. Por ello, la obligatoriedad de las sentencias de la Corte debe ser conectada con la doctrina del control de convencionalidad y, especialmente, con el efecto de precedente interamericano que pudiere seguirse. Dicho efecto tiene consecuencias respecto del radio de acción de que disponen los órganos nacionales en el cumplimiento de las obligaciones de la Convención. Es en este nivel de análisis se puede estudiar la discrecionalidad nacional, una vez ya asumido el carácter vinculante de los fallos de la Corte Interamericana.

Uno de los autores que ha estudiado este problema es Oswaldo Ruiz Chiriboga. Para él, si uno quiere determinar los niveles de discreción nacional debe distinguir entre tres hipótesis.¹⁰⁵ Primero, si existe una decisión previa de la Corte Interamericana en contra del mismo Estado ordenando modificar la legislación interna, situación en la que las autoridades nacionales tienen un reducido nivel de discreción (hipótesis 1). En este caso, tales autoridades se encuentran obligadas a aplicar el estándar regional definido por la Corte y no pueden desviarse del “precedente”. La segunda situación es parcialmente similar: un Estado que no ha sido condenado por la Corte, pero que tiene una regla de derecho similar a la de otro Estado que sí lo fue (hipótesis 2). Al igual que en el caso anterior, las autoridades tienen un margen reducido de discreción, toda vez que, si bien este Estado no ha sido condenado, la Corte Interamericana ya ha definido que una regla similar viola la Convención. La tercera hipótesis es distinta. En este caso, la Corte no ha decidido un asunto determinado ni ha fijado la interpretación de una regla de la Convención (hipótesis 3). En este caso, no existe un estándar

¹⁰² *Observación General N° 33, Obligaciones de los Estados Partes con Arreglo al Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, CCPR/C/GC/33, nov. 5, 2008, p. 11.

¹⁰³ *Observación General N° 33, Obligaciones de los Estados Partes con Arreglo al Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, CCPR/C/GC/33, nov. 5, 2008, p. 13.

¹⁰⁴ PASQUALUCCI (2003), p. 342.

¹⁰⁵ RUIZ CHIRIBOGA (2010), pp. 203 y ss.

interamericano definido y las autoridades nacionales gozarían de una amplia discrecionalidad en la determinación del contenido de la regla.

El trabajo de Ruiz Chiriboga constituye un aporte para pensar en el grado de discreción nacional bajo los estándares interamericanos y, especialmente, en relación al control de convencionalidad. Al identificar estas tres hipótesis, el autor simplifica escenarios en los que las autoridades de los Estados deben decidir bajo el estándar regional que fije (o no) la Corte Interamericana. Además, busca precisar la extensión y efectos del “precedente” de la Corte, incluso respecto de terceros Estados. En efecto, el trabajo de Ruiz Chiriboga privilegia el análisis de las decisiones de la Corte en cuanto “precedente” y el grado de discreción que tienen los Estados para seguir tal precedente. En tal sentido, más bien parece la concreción de una regla de *stare decisis* aplicada al control de convencionalidad, que una tesis que distinga los niveles de discreción nacional.

Por ello, el alcance e impacto que tiene el control de convencionalidad, respecto de la discrecionalidad nacional, va más allá de la obligatoriedad del precedente o de la decisión interamericana. Si los alcances del precedente interamericano fueren discutidos, lo que es indiscutible es que un Estado Parte condenado por la Corte debe cumplir la sentencia. En ese caso, el problema de la discrecionalidad reaparece: ¿qué margen de maniobra tienen los Estados para cumplir con las obligaciones que se siguen de la sentencia? ¿Y cómo se aplican estas obligaciones para casos futuros? El desarrollo de la doctrina del control de convencionalidad busca evitar que, una vez que se define el estándar interamericano respecto de una obligación de derechos humanos, sean los tribunales nacionales los que apliquen directamente dicho estándar, disminuyendo así, el potencial número de reclamaciones ante el sistema interamericano.¹⁰⁶ Es en este nivel en el que la discrecionalidad debe analizarse y ello no es posible sin atender a las manifestaciones diversas del control de convencionalidad.

B. Discreción según la tipología del control de convencionalidad

Para completar la comprensión sobre la discreción nacional en relación al control de convencionalidad, es necesario atender a sus distintas clases. No obstante ello, parece ser necesario repensar algunos aspectos de la discreción nacional en relación con los desarrollos y la evolución de la jurisprudencia de la Corte Interamericana. En este apartado, revisaremos en términos abstractos cuál es el grado de discreción que gozan las autoridades locales según el tipo de control de convencionalidad que efectúan: control *fuerte*, *débil* o como *directriz*.

Este análisis se complementa con el trabajo de Ruiz en el siguiente sentido: mientras que este autor se enfoca en la sujeción al “precedente” como un

¹⁰⁶ En este punto, véase a CASTILLA (2013), p. 91.

problema de discreción, en este trabajo se distingue el grado de discreción en función del tipo de control. Para él, el problema de la discreción se plantea al momento de definir si hay que seguir un estándar fijado en una sentencia de la Corte. Así, en las hipótesis 1 y 2 antes revisadas, el grado de discreción nacional es muy reducido y los jueces deben seguir el “precedente” de la Corte. En la hipótesis 3, al no existir “precedente” interamericano, el grado de discreción nacional es alto. Nuestro análisis da un paso más: incluso si hay una decisión de la Corte que fije el estándar regional, se debe distinguir en función del tipo de control de convencionalidad a aplicar. Si se trata de un control *fuerte*, entonces el grado de discreción va a ser mínimo. Por el contrario, en el caso de aplicar las *directrices* interamericanas, seguirá existiendo una esfera amplia de discreción en la forma de implementar el estándar definido por la Corte. Finalmente, en el caso de un control *débil*, si bien el juez no cuenta con un grado amplio de discreción, sí tiene algunas alternativas interpretativas que permiten conciliar el ordenamiento jurídico interno con el “precedente” interamericano, buscando salvar la validez de la norma.

Antes de analizar cómo opera la clasificación del control de convencionalidad en relación con los grados de discreción estatal, quisiera incorporar un nuevo elemento para la reflexión: atender a la clásica distinción de inconsistencias normativas de Alf Ross.¹⁰⁷ En el caso de una inconsistencia total-total entre enunciados normativos internos e internacionales, la aplicación de unos no es posible sin desplazar a los otros. Esta parece ser la hipótesis que tiene a la vista la Corte IDH cuando elabora el control *fuerte* de convencionalidad: si la aplicación de la norma interna produce la violación de la CADH, entonces el tribunal nacional estaría obligado a preterir la aplicación de tal norma para efectos de resolver la disputa. Pero esa hipótesis no es la única variante de antinomias normativas. Especialmente importante es la inconsistencia parcial-parcial, donde “cada una de las dos normas tiene un campo de aplicación en el cual entra en conflicto con la otra, pero también un campo adicional de aplicación en el cual no se producen conflictos”.¹⁰⁸ En este tipo de situaciones, el control *débil* de convencionalidad perfectamente podría dar una interpretación plausible que armonice la norma nacional con la internacional, sin tener que recurrir a la *ultima ratio* de declarar inválida la primera en favor de la segunda.

Esta clasificación de Ross nos permite ilustrar los niveles de discreción que cada tipología del control conlleva. En el caso del control de convencionalidad *fuerte*, nos encontramos con una antinomia total-total, en donde el enunciado normativo interno pugna con el estándar interamericano en todas sus posibles

¹⁰⁷ Ross (1997), pp. 164-165.

¹⁰⁸ Ross (1997), p. 165.

concreciones. Según lo fijado por la Corte Interamericana, aquí, prácticamente, no habría margen de discreción alguno. El juez está obligado a preterir la aplicación del enunciado normativo interno para evitar la violación de la Convención Americana y de los estándares fijados por la Corte. El ejemplo claro, al respecto, es *Almonacid*, donde la Corte obliga a privar de efectos jurídicos el decreto ley de amnistía para cumplir con lo preceptuado en la Convención.¹⁰⁹ De igual forma, en el caso *Xákmok Kásek v. Paraguay*.¹¹⁰ Las víctimas reclamaban la propiedad de tierras ancestrales, cuestión que fue acogida por la Corte IDH. Dentro de las reparaciones fijadas en la sentencia, se establece que en el plazo de dos años, el Estado debe adoptar “medidas legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter que sean necesarias para crear un sistema de reclamación de tierras ancestrales o tradicionales de los pueblos indígenas que posibilite la concreción de su derecho de propiedad”.¹¹¹ En el caso particular, la Corte sentenció que un decreto que declaró parte del territorio reclamado por la comunidad indígena como “área silvestre protegida” –impidiendo la propiedad de la comunidad sobre la tierra– debía “considerarse nulo”.¹¹² Al igual que en los casos de auto-amnistías revisados más arriba, la Corte nuevamente determina la invalidez de una norma interna en razón de su contravención con lo dispuesto en la CADH y en su jurisprudencia, especialmente, en materia de propiedad indígena. En este contexto, la decisión cita la doctrina del control de convencionalidad como uno de los mecanismos para reparar el daño que produce el decreto en cuestión e instar a los jueces y tribunales locales para velar por la aplicación de la CADH a nivel doméstico.¹¹³ No obstante, la misma Corte deja un cierto margen de discreción al Estado, en relación a la forma específica de hacer frente al decreto y, en definitiva, proteger el derecho de propiedad de la comunidad. En términos amplios, la sentencia fija que “el Estado deberá adoptar las medidas necesarias para que el Decreto N° 11.804 no sea un obstáculo para la devolución de tierras tradicionales a los miembros de la Comunidad”.¹¹⁴ En este sentido, la obligación de efectuar el control de convencionalidad se enmarca en un contexto más amplio de reparación, en donde cualquier “medida” nacional idónea –por ejemplo, una reforma legal,

¹⁰⁹ *Supra* 3.1.

¹¹⁰ *Comunidad Indígena Xákmok Kásek v. Paraguay*, Sentencia de fondo, reparaciones y costas, Ser. C, N° 218, ago. 24, 2010.

¹¹¹ *Comunidad Indígena Xákmok Kásek v. Paraguay*, p. 310.

¹¹² *Comunidad Indígena Xákmok Kásek v. Paraguay*, p. 312.

¹¹³ *Comunidad Indígena Xákmok Kásek v. Paraguay*, p. 311.

¹¹⁴ *Comunidad Indígena Xákmok Kásek v. Paraguay*, p. 313.

una modificación del decreto o una decisión judicial— podría, eventualmente, garantizar que la violación del derecho no vuelva a acontecer.

Ambos ejemplos de control de convencionalidad *fuerte* constituyen las hipótesis más radicales de todas, en la que no existe ninguna posibilidad o alternativa interpretativa que permita al juez articular y armonizar el ordenamiento nacional con los estándares interamericanos de derechos humanos. En tal situación, la discreción estatal es mínima.

En el caso del control de convencionalidad *débil*, existe una mayor discreción nacional, pero sujeta al mandato de interpretación conforme a la Convención Americana y las decisiones de la Corte. Si se piensa en términos de antinomias de corte parcial-parcial, tenemos un espacio en donde los enunciados no colisionan, lo que permite articular una decisión sin necesidad de declarar la invalidez de la regla. En este caso, si bien hay un espectro limitado de posibilidades interpretativas —determinado, principalmente, por el marco o encuadre textual del enunciado normativo— igual hay un mayor radio de discreción entre las que el juez nacional puede optar con el objeto de armonizar el derecho interno con el internacional y evitar la invalidación de la norma. En este nivel podemos encontrar casos en donde la Corte Interamericana ha exigido aplicar un estándar de proporcionalidad en el empleo de la fuerza, por parte de agentes estatales, cuando pueden ser afectados los derechos a la vida y a la integridad corporal de las personas. Si bien las normas internas que autorizan el uso de la fuerza pública no son necesariamente incompatibles con la Convención, el control de convencionalidad *débil* exigiría que se aplicase un examen de proporcionalidad al evaluar las conductas de tales agentes.

El tercer caso corresponde a la versión de control de convencionalidad como directriz, esto es, un parámetro que debe seguirse para la generación de nuevas normas internas que sean compatibles con la Convención Americana y los fallos de la Corte. Aquí, el creador de la norma —por ejemplo, el legislador o la administración— cuentan con un amplio margen de discreción a efectos de elegir entre opciones válidas para cumplir con las obligaciones interamericanas. En este caso, al enfrentar problemas policéntricos,¹¹⁵ los órganos políticos democráticos son especialmente adecuados para deliberar y resolver sobre un amplio espectro de alternativas que concreten las obligaciones de la Convención Americana. Un ejemplo de esta amplia discreción se encuentra en *Castañeda Gutman*, donde cada Estado puede fijar la regulación concreta de sistemas electorales y sus reglas habilitantes para optar a un cargo de elección popular. El estándar de la Corte, si bien no remite a la idea del margen de apreciación, estima que no es desproporcionado exigir que los candidatos sean postulados

¹¹⁵ FULLER (1978).

por un partido político, tal como revisamos más arriba. El grado de discreción no es, en todo caso, ilimitado. Habría algunas alternativas que están vedadas, precisamente, por la determinación del estándar. Así, como determinó la Corte en *Kimel*, si bien el Estado podría buscar la mejor alternativa para conciliar el derecho a la vida privada de las personas con la libertad de expresión, el recurso a la herramienta penal “se debe considerar con especial cautela, ponderando al respecto la extrema gravedad de la conducta desplegada por el emisor de aquéllas, el dolo con que actuó, las características del daño injustamente causado y otros datos que pongan de manifiesto la absoluta necesidad de utilizar, en forma verdaderamente excepcional, medidas penales”.¹¹⁶

Es relevante entender que los análisis sustantivos de margen de apreciación y de proporcionalidad pueden conducir a la determinación de esferas de discreción estatal o deferencia internacional. Esto es particularmente aplicable en el caso de la hipótesis 3 que plantea Ruiz –cuando la Corte no haya definido un estándar regional sobre el alcance de una norma convencional–. Aquí se efectúa una primera determinación, a nivel interno y por los órganos estatales, en la que, tanto el margen de apreciación como el principio de proporcionalidad, podrían desempeñar cierto rol. No se trata de que la solución sea siempre tener un amplio margen de discreción. El grado mismo de discreción, en este caso, dependerá del análisis del caso concreto y de si concurren los elementos de cada una de las doctrinas revisadas más arriba.¹¹⁷

Finalmente, una vez que se fija el estándar interamericano por la Corte Interamericana, el grado de discreción dependerá del tipo de control de convencionalidad que se efectúe. Así, por ejemplo, la Corte ha entendido que un sistema de “pena de muerte obligatoria” (*mandatory capital punishment*) viola la Convención. El sistema de “pena de muerte obligatoria” es aquel que dispone “de manera automática y genérica” la pena capital para uno o más delitos y “desconoce que éste [o éstos] puede[n] presentar diversos órdenes de gravedad”.¹¹⁸ La Corte ha entendido que dicho esquema de castigo penal constituye una privación arbitraria de la vida.¹¹⁹ En esta materia, las normas

¹¹⁶ *Kimel v. Argentina*, p. 78.

¹¹⁷ Esto también se aplicaría en la determinación judicial de la pena. En *Heliodoro Portugal v. Panamá*, la Corte señaló que “no puede sustituir a la autoridad nacional en la individualización de las sanciones correspondientes a delitos previstos en el derecho interno; sin embargo, también ha señalado que la respuesta de un Estado a la conducta ilícita de un agente debe guardar proporcionalidad con los bienes jurídicos afectados”. *Heliodoro Portugal v. Panamá*, Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, Ser. C N° 186, ago. 12, 2008, p. 203.

¹¹⁸ Véase *Hilaire, Constantine y Benjamin y otros v. Trinidad y Tobago*, Sentencia de fondo, reparaciones y costas, Ser. C N° 94, jun. 21, 2002, p. 103.

¹¹⁹ Véase *Hilaire, Constantine y Benjamin y otros v. Trinidad y Tobago*, pp. 103 y 108.

internas que determinan penas de tal naturaleza suelen tener un alto grado de precisión. Pero, en lo que nos interesa, el grado de discreción conforme al tipo de control de convencionalidad será distinto dependiendo de la autoridad que deba concretizar tal control. Si se trata de un juez, pareciera ser que una norma interna que establezca una “pena de muerte obligatoria” se encontraría ante una antinomia total-total con la Convención y los fallos de la Corte. Por tanto, el deber sería de inaplicación de la obligatoriedad de imponer la pena de muerte como castigo único. Sin embargo, en el caso de las autoridades políticas –y en el nivel del control de convencionalidad como directriz– éstas tienen amplia discreción para definir el tipo de castigo que consideren correcto para una determinada conducta. El único límite, en el ejemplo, es evitar un sistema único y obligatorio de imposición de la pena de muerte, sin alternativas de sanciones punitivas distintas a dicha pena o vedar la posibilidad al juez de atender a las circunstancias del caso concreto para ajustar la penalidad. El ejemplo muestra cómo los niveles de discreción varían según el tipo de control de convencionalidad que debe ser efectuado, pese a que se trata del mismo estándar.

4. A modo de conclusión

El control de convencionalidad plantea un desafío para determinar los niveles de discreción de que gozan los Estados Partes de la Convención Americana a efectos de implementar sus obligaciones internacionales. Al tratarse de una doctrina reciente, el estudio de su evolución requiere atender a los detalles y particularidades que puedan afectar los grados de deferencia internacional que, en ocasiones, debiesen gozar los Estados. Se trata, además, de una doctrina desarrollada por la Corte Interamericana en la que los criterios de aplicación nacional no son aún claros, dada la diversidad de tipos de control de convencionalidad que se presentan en la jurisprudencia misma de la Corte.

El problema de la discreción nacional no tiene un desarrollo metódico en el sistema interamericano. Una de las principales doctrinas que articula la discreción estatal –el margen de apreciación– tienen escasa aplicación en la jurisprudencia interamericana. Esto no impide que, junto al examen de proporcionalidad, la Corte determine que existen ciertas esferas donde el Estado puede decidir la mejor forma de articular los derechos y fijar sus regulaciones. La adecuada comprensión de ambas doctrinas requiere que sean conectadas con el control de convencionalidad, especialmente, a efectos de determinar los grados de discreción nacional con que cuentan los órganos estatales para el cumplimiento de obligaciones internacionales.

Para entender los grados de discreción nacional, conforme a la doctrina del control de convencionalidad, este artículo sugiere seguir una distinción tipológica de dicho control. Así, al distinguir entre control de convencionalidad *fuerte*, *débil* y como *directriz*, se permite identificar con mayor claridad el radio de acción con

que cuentan las autoridades nacionales. Si bien el control de convencionalidad en sí restringe la discreción nacional, su especificación a nivel interno dependerá de la autoridad estatal que deba llevar a cabo dicho control. Esto significa que, dependiendo del tipo de control de convencionalidad de que se trate, el órgano estatal contará con más o menos discrecionalidad en su obrar. En el caso del control *fuerte*, los jueces estarían obligados a invalidar normas internas en correspondencia al estándar interamericano. En este caso, habría nula o muy poca discrecionalidad. Por el contrario, en el caso del control *débil*, la obligación de interpretación conforme al parámetro interamericano permite un margen de maniobra en el que el juez nacional puede salvar la validez de una norma interna y, a la vez, decidir un caso sin comprometer la responsabilidad internacional del Estado. Así, estaríamos ante un grado de discrecionalidad medio. Finalmente, en el caso del control como *directriz*, los órganos políticos tienen un grado considerable de latitud discrecional para escoger la forma más idónea de implementar las obligaciones internacionales. La discrecionalidad, en principio, sería amplia. Todas estas hipótesis asumen la obligatoriedad de la decisión internacional de la Corte Interamericana y, sin perjuicio de ello, permiten distinguir grados distintos de discrecionalidad estatal de cara a la aplicación interna de los estándares interamericanos. Será en este nivel donde, en el futuro, se decida la real eficacia de la polémica doctrina de la Corte Interamericana.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ABRAMOVICH, Víctor (2011): "Autonomía y Subsidiariedad. El Sistema Interamericano de Derechos Humanos frente a los Sistemas de Justicia Nacionales", en: Rodríguez Garavito, César, coord., *El Derecho en América Latina. Un Mapa para el Pensamiento Jurídico del Siglo XXI* (Buenos Aires, Siglo XXI), pp. 211-230.
- ACOSTA, Paola *et al.* (coords.) (2012): *El Margen de Apreciación en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Proyecciones Regionales y Nacionales* (México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM), 385 pp.
- AGUILAR CAVALLO, Gonzalo (2012 a): "El Control de Convencionalidad y el Rol del Juez Nacional como Juez de los Derechos Humanos", en: Humberto Nogueira (coord.), *El Diálogo Transjudicial de los Tribunales Constitucionales entre sí y con las Cortes Internacionales de Derechos Humanos* (Santiago, Librotecnia), pp. 449-508.
- AGUILAR CAVALLO, Gonzalo (2012 b): "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", en: *Estudios Constitucionales* (Año 10, N° 2), pp. 717-749.

- ALEINIKOFF, T. Alexander (1987): “Constitutional Law in the Age of Balancing”, en: *Yale Law Review*, New Haven (Vol. 96), pp. 943 y ss.
- ALEXY, Robert (1993): *Teoría de los Derechos Fundamentales* (traducc. E. Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales).
- ARAI-TAKAHASHI, Yutaka (2001): *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR* (New York, Intersentia).
- ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan (1991): “Sobre Principios y Reglas”, en: *Doxa* (Vol. 10).
- ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan (2000): *Ilícitos Atípicos* (Madrid, Trotta).
- ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan (2004): *Las Piezas del Derecho. Teoría de los Enunciados Jurídicos*, 2ª ed. (Barcelona, Ariel).
- AYALA CORAO, Carlos M. (2007): “La Ejecución de Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en: *Estudios Constitucionales* (Año 5, N° 1), pp. 127- 201.
- BARBOSA DELGADO, Francisco (2011): “Los Límites a la Doctrina del Margen Nacional de Apreciación en el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Intervención Judicial en Torno a ciertos Derechos de las Minorías Étnicas y Culturales”, en: *Revista Derecho del Estado* (N° 26, enero-junio), pp. 107-135.
- BARBOSA DELGADO, Francisco (2012): *El Margen de Apreciación Nacional y sus Límites en la Libertad de Expresión* (Bogotá, Universidad Externado de Colombia), 546 pp.
- BEATTY, David (2004): *The Ultimate Rule of Law* (Oxford, Oxford University Press).
- BENAVIDES CASSALS, María Angélica (2009): “El Consenso y el Margen de Apreciación en la Protección de los Derechos Humanos”, en: *Ius et Praxis* (Año 15, N° 1), pp. 295-310.
- BENVENISTI, Eyal (1999): “Margin of Appreciation, Consensus and Universal Standards”, en: *New York University Journal of International Law and Policy* (Vol. 31), pp. 843-854.
- BERNAL PULIDO, Carlos (2000): *El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*, 3ª ed. (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales).
- BINDER, Christina (2011): “The Prohibition of Amnesties by the Inter-American Court of Human Rights”, en: *German Law Journal* (Vol. 12, N° 5), pp. 1203-1230.
- BLACKMUN, Harry A. (1994): “The Supreme Court and the Law of Nations”, en: *Yale Law Review* (Vol. 104, N° 1), pp. 39 y ss.
- BURGORGUE-LARSEN, Laurence y ÚBEDA DE TORRES, Amaya (2011): *The Inter-American Court of Human Rights. Case Law and Commentary* (Oxford, Oxford University Press).

- CANÇADO TRINDADE, Antonio (1998): "Reflexiones sobre el Futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos", en: Juan E. Méndez y Francisco Cox, eds., *El Futuro del Sistema Interamericano de Protección a los Derechos Humanos* (San José de Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos), pp. 573-603.
- CAROZZA, Paolo G. (2003): "Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Law", en: *American Journal of International Law* (Vol. 97), pp. 38 y ss.
- CASTILLA, Karlos (2011): "El Control de Convencionalidad: Un Nuevo Debate en México a partir de la Sentencia del Caso Radilla Pacheco", en: *Anuario Mexicano de Derecho Internacional* (Vol. XI), pp. 81-106.
- CASTILLA, Karlos (2013): "¿Control Interno o Difuso de Convencionalidad? Una Mejor Idea: La Garantía de los Tratados", en: *Anuario Mexicano de Derecho Internacional* (UNAM, Vol. XIII), pp. 51-96.
- CASTILLO CÓRDOVA, Luis (2012): "La Relación entre los ámbitos Normativos Internacional y Nacional sobre Derechos Humanos", en: *Estudios Constitucionales* (Año 10, N° 2), pp. 231-280.
- CHIA, Eduardo y CONTRERAS, Pablo (2013): "Las nuevas dimensiones del estatuto jurídico del feto y los derechos de las mujeres", en *El Mostrador*, 1 de febrero de 2013. Disponible en: <http://www.elmostrador.cl/opinion/2013/02/01/las-nuevas-dimensiones-del-estatuto-juridico-del-feto-y-los-derechos-de-las-mujeres/> [visitado el 16/10/2014].
- CHRISTOFFERSEN, Jonas (2009): *Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention of on Human Rights* (Leiden, Martinus Nijhoff Publishers).
- CONTE, Alex y BURCHILL, Richard (2009): *Defining Civil and Political Rights: The Jurisprudence of the United Nations Human Rights Committee*, 2ª edición (London, Ashgate Publishing) 2009.
- CONTRERAS, Pablo (2011): "Independencia e Imparcialidad en Sistemas de Justicia Militar: Estándares Internacionales Comparados", en: *Estudios Constitucionales* (Año 9, N° 2), pp. 191-248.
- CONTRERAS, Pablo (2012): "National discretion and international deference in the restriction of human rights: a comparison between the jurisprudence of the European and the Inter-American court of human rights", en: *Northwestern Journal of International Human Rights* (Vol. 11, N° 1), pp. 28-82.
- CONTRERAS, Pablo (2013): "Corte Interamericana y Margen de Apreciación: A Propósito del Caso Fertilización In Vitro", en: *Revista Derechos Humanos*. Disponible en: <http://www.rdh.cl/2013/07/23/corte-interamericana-y-margen-de-apreciacion-a-proposito-del-caso-fertilizacion-in-vitro/> [visitado el 16/10/2014].

- DAVIDSON, Scott (2002): “Intention and effect: The legal status of the final views of the Human Rights Committee”, en: *Litigating Rights. Perspectives from domestic and International Law* (Oxford, Hart Publishing), pp. 305-321.
- DWORKIN, Ronald (1978): *Taking Rights Seriously* (Cambridge, Mass., Harvard University Press).
- FUENTES TORRIJO, Ximena (2002): “La Protección de la Libertad de Expresión en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y la Promoción de la Democracia”, en: *Revista de Derecho (Universidad Austral de Chile)* (Vol. 13), pp. 225-244.
- FUENTES TORRIJO, Ximena (2008): “International and Domestic Law: Definitely an Odd Couple”, en: *Revista Jurídica Universidad de Puerto Rico* (Vol. 77, Nº 2), pp. 483-505.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (2010): “El Control Difuso de Convencionalidad en el Estado Constitucional”, en: Héctor Fix-Zamudio y Diego Valadés (coord.), *Formación y Perspectivas del Estado en México* (México, Universidad Nacional Autónoma de México, Serie Estudios Jurídicos No. 164), pp. 151-188.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (2011 a): “Reflexiones sobre el Control Difuso de Convencionalidad. A la Luz del Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México”, en: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* (Vol. XLIV, Nº 131), pp. 917-967.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (2011 b): “Interpretación Conforme y Control difuso de Convencionalidad. El Nuevo Paradigma para el Juez Mexicano”, en: *Estudios Constitucionales* (Año 9, Nº 2), pp. 531-622.
- FULLER, Lon L. (1978): “The Forms and Limits of Adjudication”, en: *Harvard Law Review* (Vol. 92).
- GARCÍA ROCA, Javier (2010): *El Margen de Apreciación Nacional en la Interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: Soberanía e Integración* (Madrid, Editorial Aranzadi, Cuadernos Civitas).
- GERALDO TEIXEIRA, Carlos (2012): “O Controle da Convencionalidade das Leis Pelo Poder Judiciário”, en: *Revista do Instituto do Direito Brasileiro* (Vol. 1, Nº 2), pp. 1127-1174.
- GUASTINI, Riccardo (2003): “La ‘Constitucionalización’ del Ordenamiento Jurídico: El Caso Italiano”, en: Miguel Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)* (Madrid, Trotta).
- HELPER, Lawrence R. y SLAUGHTER, Anne-Marie (1997): “Towards a Theory of Effective Supranational Adjudication”, en: *Yale Law Journal* (Vol. 107, Nº 2), pp. 273-391.
- HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam Lorena (2012): “Análisis de la Jurisprudencia Recaída en Recursos de Protección y el Control de Convencionalidad (1989-2011)”,

- en: Humberto Nogueira (coord.), *El Diálogo Transjudicial de los Tribunales Constitucionales entre sí y con las Cortes Internacionales de Derechos Humanos* (Santiago, Librotecnia), pp. 249-260.
- HITTERS, Juan Carlos (2009): "Control de Constitucionalidad y Control de Convencionalidad. Comparación (Criterios Fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)", en: *Estudios Constitucionales* (Año. 7, N° 2), pp. 109-128.
- JANIS, Mark et al. (2000): *European Human Rights Law*, 2ª ed. (Oxford, Oxford University Press).
- LAPLANTE, Lisa J. (2009): "Outlawing Amnesty: The Return of Criminal Justice in Transitional Justice Schemes", en: *Virginia Journal of International Law* (Vol. 49), pp. 915 y ss.
- LEGG, Andrew (2012): *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law* (Oxford, Oxford University Press).
- LETSAS, George (2006): "Two Concepts of the Margin of Appreciation", en: *Oxford Journal of Legal Studies* (Vol. 26), pp. 705-732.
- LETSAS, George (2007): *A Theory of the European Convention on Human Rights* (Oxford, Oxford University Press).
- MACDONALD, Ronald St. J. (1993): "The Margin of Appreciation", en: Ronald MacDonald, Franz Matscher y Herbert Petzold (eds.), *The European System for the Protection of Human Rights* (Leiden, Martinus Nijhoff), pp. 83-124.
- MEDINA QUIROGA, Cecilia y NASH ROJAS, Claudio, *Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Introducción a sus Mecanismos de Protección* (Santiago, Universidad de Chile, Centro de Derechos Humanos).
- MUTUA, Makau wa (1998): "Looking Past the Human Rights Committee: An Argument for De-Marginalizing Enforcement", en: *Buffalo Human Rights Law Review* (Vol. 4), pp. 211-260.
- NASH ROJAS, Claudio (2012): "El Control de Convencionalidad. Precisiones Conceptuales y Desafíos a la Luz de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en Humberto Nogueira (coord.), *El Diálogo Transjudicial de los Tribunales Constitucionales entre sí y con las Cortes Internacionales de Derechos Humanos* (Santiago, Librotecnia), pp. 359-386.
- NOGUEIRA, Humberto (2006): "Los Desafíos de la Sentencia de la Corte Interamericana en el Caso Almonacid Arellano", en: *Ius et Praxis* (Año 12, N° 2), pp. 363-384.
- NOWAK Manfred (1993): *U.N. Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary* (Arlington, VA., Kehl).
- PETZOLD, Herbert (1993): "The Convention and the Principle of Subsidiarity", en: Ronald MacDonald, Franz Matscher y Herbert Petzold (eds.), *The Euro-*

- pean System for the Protection of Human Rights* (Leiden, Martinus Nijhoff), pp. 41-62.
- PASQUALUCCI, Jo M. (2003): *The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights* (Cambridge, Cambridge University Press).
- RIBERA NEUMANN, Teodoro (1989): “El Tribunal Constitucional y su Aporte al Desarrollo del Derecho. Aspectos Relevantes de sus Primeros 59 Fallos”, en: *Estudios Públicos* (Santiago, Nº 34), pp. 195-228.
- ROSS, Alf (1997): *Sobre el Derecho y la Justicia* (Buenos Aires, Eudeba).
- RUIZ CHIRIBOGA, Oswaldo (2010): “The Conventionality Control: Examples of (Un) Successful Experiences in Latin America”, en: *Inter-American and European Human Rights Journal* (Vol. 3 Nº s. 1-2), pp. 200-219.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro (2010): “Obligaciones Internacionales y Control de Convencionalidad”, en: *Estudios Constitucionales* (Año 8, Nº 1), pp. 117-136.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro (2011): “El ‘Control de Convencionalidad’ en el Sistema Interamericano, y sus Anticipos en el Ámbito de los Derechos Económicos-Sociales. Concordancias y Diferencias con el Sistema Europeo”, en: Armin von Bogdandy *et al.* (coord.), *Construcción y Papel de los Derechos Sociales Fundamentales. Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina* (México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, Max Plank Institut, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Universidad Nacional Autónoma de México), pp. 381-417.
- VERDUGO, Sergio y GARCÍA, José Francisco (2012): “Radiografía al Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, en: *Actualidad Jurídica* (Vol. 25), pp. 175-216.
- WEBBER, Grégoire C. N. (2009): *The Negotiable Constitution. On the Limitation of Rights* (Cambridge, Cambridge University Press).
- YOUROW, Charles (1996): *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence* (Londres, Ed. Kluwer Law International).
- ZÚÑIGA URBINA, Francisco (2012): “Control de Convencionalidad y Tribunales Nacionales. Una Aproximación Crítica”, en Humberto Nogueira (coord.), *El Diálogo Transjudicial de los Tribunales Constitucionales entre sí y con las Cortes Internacionales de Derechos Humanos* (Santiago, Librotecnia), pp. 387-448.

JURISPRUDENCIA CITADA

Corte Suprema de los EE.UU.

Murray v. Schooner Charming Betsy, 6 U.S. (2 Cranch) 64, 118 (1804).

Corte Interamericana de Derechos Humanos

“La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) v. Chile, Sentencia de fondo, reparaciones y costas, Ser. C N° 73, feb. 5, 2001.

Almonacid Arellano y otros v. Chile, Sentencia de fondo, reparaciones y costas, Ser. C N° 154, sept. 26, 2006.

Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) v. Costa Rica, Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, Ser. C N° 257, nov. 28, 2012.

Atala Riffo e hijas v. Chile, Sentencia de fondo, reparaciones y costas, Ser. C N° 239, feb. 24, 2012.

Barrios Altos v. Perú, Sentencia de fondo, Ser. C N° 74, mar. 14, 2001.

Cabrera-García y Montiel-Flores v. México, Sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, Ser. C N° 220, nov. 26, 2010.

Caso Furlan y familiares v. Argentina, Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, Ser. C N° 246, ago. 31, 2012.

Castañeda Gutman v. México, Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, Ser. C N° 184, ago. 6, 2008.

Comunidad Indígena Xákmok Kásek v. Paraguay, Sentencia de fondo, reparaciones y costas, Ser. C, N° 218, ago. 24, 2010.

Gelman v. Uruguay, Sentencia de fondo y reparaciones, Ser. C N° 221, feb. 24, 2011.

Heliodoro Portugal v. Panamá, Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, Ser. C N° 186, ago. 12, 2008.

Herrera Ulloa v. Costa Rica, Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, Ser. C, N° 107, jul. 2, 2004.

Herrera Ulloa v. Costa Rica, Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, Ser. C, N° 107, jul. 2, 2004.

Hilaire, Constantine y Benjamin y otros v. Trinidad y Tobago, Sentencia de fondo, reparaciones y costas, Ser. C N° 94, jun. 21, 2002.

Kimel Argentina, Sentencia de fondo, reparaciones y costas, Ser. C N° 177, mayo 2, 2008

Loayza Tamayo v. Perú, Resolución de supervisión de cumplimiento de sentencias, nov. 17, 1999.

López Álvarez v. Honduras, Sentencia de fondo, reparaciones y costas, Ser. C N° 141, feb. 1, 2006.

López Mendoza v. Venezuela, Sentencia de fondo, reparaciones y costas, Ser. C N° 233, sept. 1, 2011.

Manuel Cepeda Vargas v. Colombia, Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, Ser. C N° 213, mayo 26, 2010.

Masacre de Santo Domingo v. Colombia, Sentencia de excepciones preliminares, fondo y reparaciones, Ser. C N° 259, nov. 30, 2012.

- Mémoli v. Argentina*, Sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, Ser. C N° 265, ago. 22, 2013.
- Myrna Mack Chang v. Guatemala*, Sentencia de fondo, reparaciones y costas, Ser. C N° 101, nov. 25, 2003.
- Nadege Dorzema y otros v. República Dominicana*, Sentencia de fondo, reparaciones y costas, Ser. C N° 251, oct. 24, 2012.
- Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku v. Ecuador*, Sentencia de fondo y reparaciones, Ser. C N° 245, jun. 27, 2012.
- Pueblo Saramaka v. Surinam*, Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, Ser. C N° 185, ago. 12, 2008.
- Radilla Pacheco v. México*, Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, Ser. C N° 209, nov. 23, 2009.
- Ricardo Canese v. Paraguay*, Sentencia de fondo, reparaciones y costas, Ser. C N° 111, ago. 31, 2004.
- Ríos y otros v. Venezuela*, Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, Ser. C N° 194, ene. 28, 2009.
- Salvador Chiriboga v. Ecuador*, Sentencia de excepción preliminar y fondo; Ser. C N° 222, mar. 3, 2011.
- Tristán Donoso v. Panamá*, Sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, Ser. C N° 193, ene. 27, 2009.
- Usón Ramírez v. Venezuela*, Sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, Ser. C N° 207, nov. 20, 2009.
- Vélez Loor v. Panamá*, Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, Ser. C N° 218, nov. 23, 2010.
- Zambrano Vélez y otros v. Ecuador*, Sentencia de fondo, reparaciones y costas, Ser. C N° 166, jul. 4, 2007.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

- A, B and C v. Ireland*, App. N° 25579/05, dic. 16, 2010.
- Costa and Pavan v. Italy*, App. N° 54270/10, ago. 28, 2012.
- Dudgeon v. United Kingdom*, App. N° 7525/76, feb. 24, 1983.
- Evans v. United Kingdom*, App. N° 6339/05, abr. 10, 2007.
- Feldek v. Slovakia*, App. N° 29032/95, jul. 12, 2001.
- Handyside v. United Kingdom*, App. N° 5493/72, dic. 7, 1976.
- Lingens v. Austria*, App. N° 9815/82, jul. 8, 1986.
- S.H. and others v. Austria*, App. N° 57813/00, nov. 3, 2011.
- Sahin v. Turkey*, App. N° 44774/98, nov. 10, 2005.
- Sürek and Özdemir*, App. N° 26682/85, Jul. 8, 1999, pp. 58, 61.
- Vo v. France*, App. N° 53924/00, jul. 8, 2004.