

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y DISCRECIONALIDAD NACIONAL

CONVENTIONALITY CONTROL AND NATIONAL DISCRETION

Pablo CONTRERAS VÁSQUEZ

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Margen de apreciación, proporcionalidad y discreción estatal*. III. *Control de convencionalidad: niveles de discreción*. IV. *A modo de conclusión*. V. *Bibliografía*

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. Para ello, primero se explica el margen de apreciación y el principio de proporcionalidad como estándares que permiten identificar grados de discreción nacional y deferencia internacional. Segundo, se expone la doctrina del control de convencionalidad y se propone una tipología de la misma, con el objeto de ilustrar los niveles de discreción nacional bajo el mandato de la Corte Interamericana. El texto concluye que el control de convencionalidad no impide reconocer estándares de deferencia internacional, para efectos de una mejor comprensión de la discreción nacional.

· Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Alberto Hurtado. Abogado. Magíster en Gobierno y Sociedad, Universidad Alberto Hurtado. Master en Derecho (LL.M.), Mención en Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Northwestern University. Candidato a Doctor en Derecho (S.J.D.), Northwestern University. Profesor de Derecho Constitucional en Universidad Alberto Hurtado (Santiago, Chile). Dirección Postal: Cienfuegos 41, Santiago centro, Chile. Correo electrónico: pcontreras@nlaw.northwestern.edu. Sitio web: www.pcontreras.net.

Palabras clave: Discreción estatal, margen de apreciación, principio de proporcionalidad, control de convencionalidad, deferencia.

I. 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”), afecta la discrecionalidad de los Estados para efectos de implementar las obligaciones contenidas en dicho tratado internacional. El presente texto busca aproximarse al problema de la discreción estatal en relación con 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 sujeto a la revisión internacional. Se trata de 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 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 examen 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 de apreciación nacional afectará el examen de proporcionalidad y viceversa. En términos sencillos, mientras más discreción nacional se brinda, el

¹ Benvenisti, Eyal, “Margin of Appreciation, Consensus and Universal Standards”, *New York University Journal of International Law and Policy*, New York, Vol. 31, 1999, pp. 843-4.

² A título meramente ejemplar, véase, en Alemania, a Alexy, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, trad. de E. Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993; en España, a Bernal Pulido, Carlos, *El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*, 3ª ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000; en Estados Unidos, Aleinikoff, T. Alexander, “Constitutional Law in the Age of Balancing”, *Yale Law Review*, New Haven, Vol. 96, 1987. En general, véase a Beatty, David, *The Ultimate Rule of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2004; Webber, Grégoire C. N., *The Negotiable Constitution. On the Limitation of Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.

³ Christoffersen, Jonas, *Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention of on Human Rights*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, pp. 35 y ss.

⁴ Arai-Takahashi, Yutaka, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, New York, Intersentia, 2001, p. 14.

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.

El trabajo sigue la siguiente estructura. Primero desarrolla 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 un grado reducido de discreción nacional. El control *débil* –como obligación de interpretación conforme de normas internas en relación a los estándares

⁵ *Idem*. Véase también a García Roca, Javier, *El Margen de Apreciación Nacional en la Interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: Soberanía e Integración*, Madrid, Editorial Aranzadi, Cuadernos Civitas, 2010, p. 24; Janis, Mark *et al.*, *European Human Rights Law*, 2ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2000, p. 156; Letsas, George, “Two Concepts of the Margin of Appreciation”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Oxford, Vol. 26, 2006, p. 707.

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.

II. MARGEN DE APRECIACIÓN, PROPORCIONALIDAD Y DISCRECIÓN ESTATAL

En esta sección 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. El test de proporcionalidad aplicado por la Corte, asimismo, es otro ejemplo en donde —si bien, excepcionalmente— se puede 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.

1. *Margen de apreciación en la jurisprudencia interamericana*

La jurisprudencia interamericana sólo conoce de pocos casos en los que ha aplicado explícitamente la doctrina del margen de apreciación. En consecuencia, debe señalarse que se trata de una doctrina excepcional, sin perjuicio de reconocer otras esferas de discreción estatal. La primera oportunidad en que se emplea esta doctrina fue en la opinión consultiva solicitada por Costa Rica en relación a las reformas constitucionales en materia

de ciudadanía.⁶ 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.”⁷ 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.”⁸ 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.”⁹ La Corte, bajo tal estándar de deferencia, estimó que las diferencias anotadas eran compatibles con la igualdad ante la ley.¹⁰ 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*

⁶ *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización*, Opinión Consultiva OC-4/84, Ser. A No. 4, Ene. 19, 1984.

⁷ *Ibidem*, ¶52.

⁸ *Ibidem*, ¶58, énfasis agregado.

⁹ *Ibidem*, ¶59.

¹⁰ 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 (*Ibidem*, ¶60).

otorga la nacionalización sobre los requisitos y conclusiones que deben llenarse para obtenerla”¹¹, validando la decisión estatal.

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, debe 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– debe responder a una “necesidad social imperiosa”, como suele hacerse en los fallos del TEDH.¹²

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.¹³ 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

¹¹ *Ibidem*, ¶62, énfasis agregado. La Corte también consideró compatible con la Convención la exigencia de pruebas de lenguaje o de historia del país para efectos de adquirir la nacionalidad. En resumen, estimó que tales condiciones deben estimarse como parte del margen de apreciación reservado al Estado (*Ibidem*, ¶63).

¹² Véase, entre múltiples decisiones al respecto, *Handyside v. United Kingdom*, App. No. 5493/72, Dic, 7, 1976, ¶48; *Lingens v. Austria*, App. No. 9815/82, Jul. 8, 1986, ¶39; *Sahin v. Turkey*, App. No. 44774/98, Nov. 10, 2005, ¶¶115-122; *Dudgeon v. United Kingdom*, App. No. 7525/76, Feb. 24, 1983, ¶60.

¹³ *Herrera Ulloa v. Costa Rica*, Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, Ser. C, No. 107, Jul. 2, 2004.

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.”¹⁴ El “margen”, en opinión de la Corte, debe ser acotado, similar a lo que ha sostenido el Tribunal Europeo.¹⁵ 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.”¹⁶ Tal “apertura” implica una reducción considerable sobre el margen de discrecionalidad estatal en la determinación de restricciones a la libertad de expresión.¹⁷

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.¹⁸ 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

¹⁴ *Ibidem*, ¶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.

¹⁵ La Corte Interamericana se remite a su par europeo para afirmar este punto. En el párrafo 127, se cita a *Feldek v. Slovakia*, App. No. 29032/95, Jul. 12, 2001, ¶¶73, 78; *Sürek and Özdemir*, App. No. 26682/85, Jul. 8, 1999, ¶¶58, 61, ambas decisiones del TEDH.

¹⁶ *Herrera Ulloa v. Costa Rica*, *cit.*, nota 13, ¶128.

¹⁷ Estas consideraciones se repiten luego en *Ricardo Canese v. Paraguay*, Sentencia de fondo, reparaciones y costas, Ser. C No. 111, Ago. 31, 2004, ¶98.

¹⁸ *Herrera Ulloa v. Costa Rica*, *cit.*, nota 13, ¶161.

del fallo.”¹⁹ 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.²⁰ 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*,²¹ la Corte debía decidir si la decisión nacional de prohibir absolutamente las técnicas de fertilización in vitro (“FIV”) eran compatible con la CADH. La Comisión Interamericana argumentó, principalmente, que tal medida violaba los artículos 11.2 y 17.2 de la Convención,²² al constituir una injerencia arbitraria a los derechos a la vida

¹⁹ *Idem*, énfasis agregado.

²⁰ Véase, por ejemplo, *Cabrera-García y Montiel-Flores v. México*, Sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, Ser. C No. 220, Nov. 26, 2010, ¶¶87 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 No. 239, Feb. 24, 2012, ¶¶10, 14, 16 y 23 del voto parcialmente disidente del juez Alberto Pérez Pérez.

²¹ *Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) v. Costa Rica*, Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, Ser. C No. 257, Nov. 28, 2012.

²² *Idem*, ¶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

privada y familiar, por un lado, y el derecho a formar una familia, por el otro, en relación con el principio de igualdad (artículo 24).²³ 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.²⁴ Tal precepto contiene una frase atinente 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.’”²⁵ 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 demarcaron de un análisis de margen de apreciación. Para la mayoría, tras

éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.”

²³ “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.”

²⁴ “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.”

²⁵ *Artavia Murillo y otros v. Costa Rica, cit.*, nota 21, ¶170.

determinar el alcance del artículo 4,²⁶ se debía examinar la proporcionalidad de la prohibición absoluta de técnicas de FIV.²⁷ 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 severa²⁸ –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].”²⁹

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,

²⁶ *Ibidem*, ¶¶171 y ss. Hemos comentado la interpretación sustantiva que la Corte hace del artículo 4 en otra parte. Véase Chia, Eduardo y Contreras, Pablo, “Las nuevas dimensiones del estatuto jurídico del feto y los derechos de las mujeres”, *El Mostrador*, Feb. 1, 2013, <http://www.elmostrador.cl/opinion/2013/02/01/las-nuevas-dimensiones-del-estatuto-juridico-del-feto-y-los-derechos-de-las-mujeres/>.

²⁷ *Artavia Murillo y otros v. Costa Rica*, *cit.*, nota 21, ¶¶272 y ss.

²⁸ *Ibidem*, ¶¶274, 314-5. Véase Chia y Contreras, *op. cit.*, nota 26.

²⁹ *Artavia Murillo y otros v. Costa Rica*, *cit.*, nota 21, ¶316.

existe la obligación de que se proteja ese derecho.”³⁰ Pese a señalar que la Corte tiene limitaciones jurisdiccionales en materias donde no hay consensos médicos y morales³¹ –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 de 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.³² 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.³³ 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 los que autorizan 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

³⁰ *Artavia Murillo y otros v. Costa Rica, cit.*, nota 21, p. 12 del voto disidente del juez Eduardo Vio Grossi, cursivas en el original.

³¹ *Ibidem*, p. 28.

³² *Artavia Murillo y otros v. Costa Rica, cit.*, nota 21, ¶256.

³³ Legg, Andrew, *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 120 y ss.

margen de apreciación para autorizar estas prácticas. La principal diferencia radica en el grado de protección de los derechos involucrados. Para el TEDH, 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, FIV o el diagnóstico preimplantacional.³⁴ 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

³⁴ Véase *Vo v. France*, App. No. 53924/00, Jul. 8, 2004 (el TEDH niega titularidad del derecho a la vida al *nasciturus* y en ¶82 sostiene que la determinación del comienzo de la vida cae bajo el margen de apreciación de los Estados); *Evans v. United Kingdom*, App. No. 6339/05, Abr. 10, 2007 (caso sobre destrucción de embriones congelados y en ¶¶81-2 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. No. 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 ¶237, un margen de apreciación en la determinación del origen de la vida); *S.H. and others v. Austria*, App. No. 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 ¶¶96-7, en materias donde existe una importante controversia sobre asuntos morales y éticos); *Costa and Pavan v. Italy*, App. No. 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 ¶¶67-8, el margen de apreciación reconocido en *S.G. and others v. Austria*).

sería la siguiente: la doctrina del margen de apreciación, tras *Artavia*, no parece tener buen futuro –al menos dentro del sistema interamericano–.

2. *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,³⁵ en el uso de la fuerza pública y la protección de la vida y la integridad personal,³⁶ en afectaciones a la propiedad privada,³⁷ en

³⁵ Por ejemplo, en *Kimel Argentina*, Sentencia de fondo, reparaciones y costas, Ser. C No. 177, Mayo 2, 2008; “*La Última Tentación de Cristo*” (*Olmedo Bustos y otros*) v. *Chile*, Sentencia de fondo, reparaciones y costas, Ser. C No. 73, Feb. 5, 2001; *Usón Ramírez v. Venezuela*, Sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, Ser. C No. 207, Nov. 20, 2009; *Ríos y otros v. Venezuela*, Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, Ser. C No. 194, Ene. 28, 2009.

³⁶ 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.

restricciones a derechos políticos,³⁸ respecto de las regulaciones al derecho a la protección judicial y las garantías judiciales,³⁹ y sobre interceptaciones a comunicaciones privadas,⁴⁰ 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.”⁴¹ 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

³⁷ 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.

³⁸ 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.

³⁹ 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*, *cit.*, nota 13.

⁴⁰ En *Tristán Donoso v. Panamá*, Sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, Ser. C No. 193, Ene. 27, 2009.

⁴¹ *Herrera Ulloa v. Costa Rica*, *cit.*, nota 13, ¶127.

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.”⁴² La decisión no considera que tipificar penalmente algunas conductas relacionadas constituya una violación *per se* del artículo 13.2 de la CADH, permitiéndolos 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 protegidos por la Convención–.

Quizás el ejemplo más claro de proporcionalidad y discreción estatal se encuentra en el formidable –e igualmente excepcional– caso de *Castañeda Gutman v. México*.⁴³ La Corte comprendía el contenido normativo de los derechos políticos asegurados por la Convención.⁴⁴ 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

⁴² *Kimel v. Argentina, cit.*, nota 35, ¶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.”

⁴³ *Castañeda Gutman v. México, cit.*, nota 38.

⁴⁴ “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 [...].”

internacional no impone un sistema electoral determinado ni una modalidad determinada de ejercer los derechos a votar y a ser elegido.”⁴⁵ 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.”⁴⁶ 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.⁴⁷ 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.”⁴⁸ Tal objetivo fue considerado como “esencial” para el ejercicio del derecho de sufragio. A partir de ello, el caso 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.”⁴⁹ 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 establece niveles de discreción nacional y de deferencia internacional similares,

⁴⁵ *Castañeda-Gutman v. Mexico, cit.*, nota 38, ¶162.

⁴⁶ *Ibidem*, ¶174.

⁴⁷ *Ibidem*, ¶179.

⁴⁸ *Ibidem*, ¶183.

⁴⁹ *Ibidem*, ¶197.

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.”⁵⁰ 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.⁵¹ 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.*”⁵²

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

⁵⁰ *Ibidem*, ¶198.

⁵¹ *Ibidem*, ¶203.

⁵² *Ibidem*, ¶204, énfasis agregado.

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 discreción nacional bajo la Convención Americana.

3. *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 No. 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.

III. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD: NIVELES DE DISCRECIÓN

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*.⁵³ En dicho caso, el decreto ley de amnistía dictado durante la dictadura militar impedía la investigación judicial de casos de muerte extrajudicial de Almonacid y, en general, de los casos de desaparición forzada de personas.⁵⁴ 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.”⁵⁵

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*,

⁵³ *Almonacid Arellano y otros v. Chile*, Sentencia de fondo, reparaciones y costas, Ser. C No. 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 No. 101, Nov. 25, 2003, voto concurrente del Juez S. García, ¶27. Empleando “control de convencionalidad” en el mismo sentido, véase *López Álvarez v. Honduras*, Sentencia de fondo, reparaciones y costas, Ser. C No. 141, Feb. 1, 2006, voto concurrente del Juez S. García, ¶30.

⁵⁴ Decreto Ley No. 2191 (D.O. 19/04/1978). Véase Nogueira, Humberto, “Los Desafíos de la Sentencia de la Corte Interamericana en el Caso Almonacid Arellano”, *Ius et Praxis*, Talca, Vol. 12, No. 2, 2006.

⁵⁵ *Almonacid Arellano y otros v. Chile*, *cit.*, nota 53, ¶124, énfasis agregado.

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.⁵⁶ 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.*”⁵⁷ Por tanto, la Corte no sólo determina la violación de la CADH en 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

⁵⁶ *Barrios Altos v. Perú*, Sentencia de fondo, Ser. C No. 74, Mar. 14, 2001. Véase, en general, Laplante, Lisa J., “Outlawing Amnesty: The Return of Criminal Justice in Transitional Justice Schemes”, *Virginia Journal of International Law*, Virginia, Vol. 49, 2009, pp. 915 y ss.; Burgorgue-Larsen, Laurence y Úbeda de Torres, Amaya, *The Inter-American Court of Human Rights. Case Law and Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 251; Binder, Christina, “The Prohibition of Amnesties by the Inter-American Court of Human Rights”, *German Law Journal*, Vol. 12, No. 5, 2011, p. 1210; 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, 2007.

⁵⁷ *Barrios Altos*, *cit.*, nota 56, S. X, párr. operativo No. 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 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.

adjudicar la responsabilidad del Estado y declara que dichas leyes no tienen efectos jurídicos.⁵⁸ 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.⁵⁹ 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

⁵⁸ Binder, Christina, *op. cit.*, nota 56, 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, Gonzalo, “El Control de Convencionalidad y el Rol del Juez Nacional como Juez de los Derechos Humanos”, en Nogueira, Humberto (coord.), *El Diálogo Transjudicial de los Tribunales Constitucionales entre sí y con las Cortes Internacionales de Derechos Humanos*, Santiago, Librotecnia, 2012, p. 471. De lo anterior, se sigue que la norma interna no podría ser declarada que carezca efectos jurídicos por violar la Convención sino que, únicamente, se trata de un acto o hecho del Estado que genera responsabilidad internacional.

⁵⁹ 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, Juan Carlos, “Control de Constitucionalidad y Control de Convencionalidad. Comparación (Criterios Fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)”, *Estudios Constitucionales*, Talca, Año. 7, No. 2, 2009, p. 123.

normas de amnistía– para dar vigencia y asegurar el cumplimiento de la decisión internacional.⁶⁰

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.”⁶¹ 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,⁶² 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.”⁶³ 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 efecto

⁶⁰ Binder, Christina, *op. cit.*, nota 56, p. 1212.

⁶¹ Sagüés, Néstor Pedro, “Obligaciones Internacionales y Control de Convencionalidad”, *Estudios Constitucionales*, Talca, Año 8, No. 1, 2010, p. 127.

⁶² Fuentes Torrijo, Ximena, “International and Domestic Law: Definitely an Odd Couple”, *Revista Jurídica Universidad de Puerto Rico*, San Juan, Vol. 77, No. 2, 2008, pp. 487-8.

⁶³ Sagüés, Néstor Pedro, “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 von Bogdandy, Armin *et al.* (coordinador), *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, 2011, p. 348.

erga omnes.⁶⁴ 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.

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.⁶⁵ Esta distinción se emplea sólo para efectos pedagógicos y con el objeto de determinar los niveles de discreción de las

⁶⁴ Sagüés, Néstor Pedro, *op. cit.*, nota 61, pp. 127-8. En la misma línea de la inaplicabilidad véase a Binder, Christina, *op. cit.*, nota 56, p. 1212. En términos generales sobre la invalidez de la norma, véase a Geraldo Teixeira, Carlos, “O Controle da Convencionalidade das Leis Pelo Poder Judiciário”, *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, Vol. 1, No. 2, 2012, pp. 1133-4; Aguilar Cavallo, Gonzalo, “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”, *Estudios Constitucionales*, Talca, Año 10, No. 2, 2012, pp. 727-8; Aguilar Cavallo, Gonzalo, *op. cit.*, nota 58, pp. 463-5.

⁶⁵ La distinción entre principios y directrices (*policies*) surge en los trabajos de Ronald Dworkin. Véase Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 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, Manuel y Ruiz Manero, Juan, “Sobre Principios y Reglas”, *Doxa*, Vol. 10, 1991. Sus ideas luego serán refinadas en Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *Las Piezas del Derecho. Teoría de los Enunciados Jurídicos*, 2ª ed., Barcelona, Ariel, 2004, y en Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *Ilícitos Atípicos*, Madrid, Trotta, 2000.

autoridades nacionales. La clasificación aquí sugerida recoge y expande las facetas “destructivas” y “constructivas” del control de convencionalidad que ya propuso Néstor Pedro Sagüés.⁶⁶ 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*.⁶⁷

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*.⁶⁸ En dicha oportunidad, el conocido decreto ley de amnistía se reputó manifiestamente incompatible con la CADH. Por ello, a juicio

⁶⁶ Sagüés, Néstor Pedro, *op. cit.*, nota 61, pp. 130-1.

⁶⁷ *Cabreras García y Montiel Flores v. México*, *cit.*, nota 20, , voto razonado del Juez ad hoc E. Ferrer Mac-Gregor, ¶¶35 y ss. Véase también, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “El Control Difuso de Convencionalidad en el Estado Constitucional”, en Fix-Zamudio, Héctor y Valadés, Diego (coord.), *Formación y Perspectivas del Estado en México*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Serie Estudios Jurídicos No. 164, 2010, pp. 151 y ss.; Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Reflexiones sobre el Control Difuso de Convencionalidad. A la Luz del Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Vol. XLIV, No. 131, 2011, pp. 917-67; Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Interpretación Conforme y Control difuso de Convencionalidad. El Nuevo Paradigma para el Juez Mexicano”, *Estudios Constitucionales*, Talca, Año 9, No. 2, 2011, pp. 531-622.

⁶⁸ *Almonacid Arellano y otros v. Chile*, *cit.*, nota 53, ¶124.

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*.

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.⁶⁹ 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.⁷⁰ Es similar al principio de interpretación conforme a la Constitución.⁷¹ En

⁶⁹ Véase, por todos, Sagüés, Néstor Pedro, *op. cit*, nota 61, p. 127; Sagüés, Néstor Pedro, *op. cit*, nota 63, pp. 384-5; Zúñiga Urbina, Francisco, “Control de Convencionalidad y Tribunales Nacionales. Una Aproximación Crítica”, en Nogueira, Humberto (coord.), *El Diálogo Transjudicial de los Tribunales Constitucionales entre sí y con las Cortes Internacionales de Derechos Humanos*, Santiago, Librotecnia, 2012, p. 440; Henríquez Viñas, Miriam Lorena, 2012, “Análisis de la Jurisprudencia Recaída en Recursos de Protección y el Control de Convencionalidad (1989-2011)”, en Nogueira, Humberto (coord.), *El Diálogo Transjudicial de los Tribunales Constitucionales entre sí y con las Cortes Internacionales de Derechos Humanos*, Santiago, Librotecnia, 2012, p. 254.

⁷⁰ Algunos autores sostiene 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, Karlos, “El Control de Convencionalidad: Un Nuevo Debate en México a partir de la Sentencia del Caso Radilla Pacheco”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. XI, 2011, p. 603: “En nuestra opinión, esa especie se trata de lo aquí ya hemos señalado como la obligación de observar y aplicar el contenido de la Convención Americana por medio de una *interpretación de*

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.⁷²

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*

*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 *inconvenional* 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).

⁷¹ Véase, en general, Guastini, Riccardo, “La ‘Constitucionalización’ del Ordenamiento Jurídico: El Caso Italiano”, en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 56-7; Ribera Neumann, Teodoro, “El Tribunal Constitucional y su Aporte al Desarrollo del Derecho. Aspectos Relevantes de sus Primeros 59 Fallos”, *Estudios Públicos*, Santiago, No. 34, 1989, pp. 224-6.

⁷² Sobre la obligación de armonizar los ordenamientos nacionales e internacionales, véase a Castillo Córdova, Luis, “La Relación entre los ámbitos Normativos Internacional y Nacional sobre Derechos Humanos”, *Estudios Constitucionales*, Talca, Año 10, No. 2, 2012, pp. 252-8.

*Constitución mexicana.*⁷³ El caso en cuestión se refería a los límites de la jurisdicción penal militar que, bajo la jurisprudencia de la Corte IDH, excluyen la competencia para juzgar a militares que cometen graves violaciones a los derechos humanos.⁷⁴ Tal versión *débil* del control de convencionalidad se reitera en el caso *Cabrera García & Montiel Flores v. México*,⁷⁵ cuya materia era, en este punto, sustancialmente similar a *Radilla Pacheco*.

La solución que ofrece el control de convencionalidad *débil* no es nueva. En el Derecho comparado, uno observa que 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.⁷⁶ 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.⁷⁷ La solución es razonable y,

⁷³ *Radilla Pacheco v. México*, Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, Ser. C No. 209, Nov. 23, 2009, ¶338, énfasis agregado.

⁷⁴ *Ibidem*, ¶340. Sobre el estándar interamericano de derechos humanos aplicable la justicia militar, véase Contreras, Pablo, “Independencia e Imparcialidad en Sistemas de Justicia Militar: Estándares Internacionales Comparados”, *Estudios Constitucionales*, Talca, Año 9, No. 2, 2011, pp. 209-26.

⁷⁵ *Cabrera García & Montiel Flores v. México*, *cit.*, nota 20, ¶233.

⁷⁶ 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.”).

⁷⁷ Blackmun, Harry A., “The Supreme Court and the Law of Nations”, *Yale Law Review*, Vol. 104, No. 1, 1994, p. 45.

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.⁷⁸ Si bien hay cierta discrepancia en la doctrina,⁷⁹ la Corte ha ido extendiendo consistentemente la pluralidad de sujetos

⁷⁸ 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*, *cit.*, nota 53, ¶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, ¶287. La Corte ratificará esta línea jurisprudencial en *Cabrera García & Montiel Flores v. México*, al establecer que 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*, *cit.*, nota 20, ¶225.

⁷⁹ 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

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.”⁸⁰ En tal sentido, la decisión señala que en “las instancias democráticas [...] también debe primar un ‘control de convencionalidad’.”⁸¹ La expresión plantea problemas

interpretación conforme a la Convención (esto es, un control de convencionalidad “débil”). Castilla, Karlos, *op. cit.*, nota 70, 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 58, 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, Gonzalo, *op. cit.*, nota 58, 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, Claudio, “El Control de Convencionalidad. Precisiones Conceptuales y Desafíos a la Luz de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Nogueira, Humberto (coord.), *El Diálogo Transjudicial de los Tribunales Constitucionales entre sí y con las Cortes Internacionales de Derechos Humanos*, Santiago, Librotecnia, 2012, pp. 361-2. 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.

⁸⁰ *Gelman v. Uruguay*, *cit.*, nota 57, ¶239.

⁸¹ *Idem.*

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.⁸² 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 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 responsabilidad civiles o penales o el aseguramiento de determinadas garantías judiciales. Lo relevante es que cumpla con el estándar

⁸² Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *op. cit.*, nota 65, pp. 110 y ss.

fijado por la Corte, cuestión que, por cierto, se sujeta bajo el escrutinio regional que ésta ejerce.

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 ejercer 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

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 distinguirse entre tres hipótesis.⁸³ 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 al 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

⁸³ Ruiz Chiriboga, Oswaldo, “The Conventionality Control: Examples of (Un)Successful Experiences in Latin America”, *Inter-American and European Human Rights Journal*, Vol. 3 No. 1-2, 2010, pp. 203 y ss.

la interpretación de una regla de la Convención (hipótesis 3). En este caso, no existe un estándar interamericano definido y las autoridades nacionales gozarían de una amplia discrecionalidad en la determinación del contenido de la regla.

El trabajo de Ruiz 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 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 distingue los niveles de discreción nacional.

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 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* interamericana, 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.⁸⁴ 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.”⁸⁵ En este tipo de situaciones, el control *débil* de convencionalidad perfectamente podría dar una interpretación plausible que armonice la norma nacional con la

⁸⁴ Ross, Alf, *Sobre el Derecho y la Justicia*, Buenos Aires, Eudeba, 1997, pp. 164-5

⁸⁵ *Ibidem*, p. 165.

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 la enunciado normativo interno pugna con el estándar interamericano en todas sus posibles concreciones. Según lo fijado por la Corte Interamericana, aquí, prácticamente, no habría margen de discreción alguno. El juez está obligado a preterir la aplicación de la 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 del decreto ley de amnistía para cumplir con lo preceptuado en la Convención.⁸⁶ De igual forma, en caso *Xákmok Kásek v. Paraguay*.⁸⁷ 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 los pueblos indígenas que posibilite la concreción de su derecho de propiedad.*”⁸⁸ 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*”.⁸⁹ Al igual que en los casos de auto-amnistías revisados en 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,

⁸⁶ *Supra* III.1.

⁸⁷ *Comunidad Indígena Xákmok Kásek v. Paraguay*, Sentencia de fondo, reparaciones y costas, Ser. C, No. 218, Ago. 24, 2010.

⁸⁸ *Ibidem*, ¶310.

⁸⁹ *Ibidem*, ¶312.

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.⁹⁰ No obstante, la misma Corte deja un cierto margen de discreción al Estado, en relación a la forma específica de hacer frente al decreto en 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 No. 11.804 no sea un obstáculo para la devolución de tierras tradicionales a los miembros de la Comunidad.*”⁹¹ 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, 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

⁹⁰ *Ibidem*, ¶311.

⁹¹ *Ibidem*, ¶313.

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,⁹² 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 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

⁹² Fuller, Lon L., “The Forms and Limits of Adjudication”, *Harvard Law Review*, Cambridge, Mass., Vol. 92, 1978.

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.”⁹³

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 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.⁹⁴

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

⁹³ *Kimel v. Argentina, cit.*, nota 35, ¶178.

⁹⁴ 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 No. 186, Ago. 12, 2008, ¶203.

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”.⁹⁵ La Corte ha entendido que dicho esquema de castigo penal constituye una privación arbitraria de la vida.⁹⁶ En esta materia, las normas 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.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

El control de convencionalidad impone un desafío importante a la hora de determinar los niveles de discreción que cuentan los Estados Partes de la

⁹⁵ Véase *Hilaire, Constantine y Benjamin y otros v. Trinidad y Tobago*, Sentencia de fondo, reparaciones y costas, Ser. C No. 94, Jun. 21, 2002, ¶103.

⁹⁶ *Ibidem*, ¶¶103, 108.

Convención Americana para 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.

El problema de la discreción nacional no tienen un desarrollo sistemático 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.

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.

V. BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR CAVALLO, Gonzalo, “El Control de Convencionalidad y el Rol del Juez Nacional como Juez de los Derechos Humanos”, en Nogueira, Humberto (coord.), *El Diálogo Transjudicial de los Tribunales Constitucionales entre sí y con las Cortes Internacionales de Derechos Humanos*, Santiago, Librotecnia, 2012.

AGUILAR CAVALLO, Gonzalo, “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”, *Estudios Constitucionales*, Talca, Año 10, No. 2, 2012.

ALEINIKOFF, T. Alexander, “Constitutional Law in the Age of Balancing”, *Yale Law Review*, New Haven, Vol. 96, 1987.

ALEXY, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, trad. de E. Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ARAI-TAKAHASHI, Yutaka, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, New York, Intersentia, 2001.

BEATTY, David, *The Ultimate Rule of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2004.

BENVENISTI, Eyal, “Margin of Appreciation, Consensus and Universal Standards”, *New York University Journal of International Law and Policy*, New York, Vol. 31, 1999.

BERNAL PULIDO, Carlos, *El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*, 3ª ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

BINDER, Christina, “The Prohibition of Amnesties by the Inter-American Court of Human Rights”, *German Law Journal*, Vol. 12, No. 5, 2011.

BLACKMUN, Harry A., “The Supreme Court and the Law of Nations”, *Yale Law Review*, Vol. 104, No. 1, 1994.

BURGORGUE-LARSEN, Laurence y ÚBEDA DE TORRES, Amaya, *The Inter-American Court of Human Rights. Case Law and Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2011.

CASTILLA, Karlos, “El Control de Convencionalidad: Un Nuevo Debate en México a partir de la Sentencia del Caso Radilla Pacheco”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. XI, 2011.

CASTILLO CÓRDOVA, Luis, “La Relación entre los ámbitos Normativos Internacional y Nacional sobre Derechos Humanos”, *Estudios Constitucionales*, Talca, Año 10, No. 2, 2012.

CHIA, Eduardo y CONTRERAS, Pablo, “Las nuevas dimensiones del estatuto jurídico del feto y los derechos de las mujeres”, *El Mostrador*, Feb. 1, 2013, <http://www.elmostrador.cl/opinion/2013/02/01/las-nuevas-dimensiones-del-estatuto-juridico-del-feto-y-los-derechos-de-las-mujeres/>.

CHRISTOFFERSEN, Jonas, *Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention of on Human Rights*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2009.

CONTRERAS, Pablo, “Independencia e Imparcialidad en Sistemas de Justicia Militar: Estándares Internacionales Comparados”, *Estudios Constitucionales*, Talca, Año 9, No. 2, 2011.

DWORKIN, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1978.

FUENTES TORRIJO, Ximena, “International and Domestic Law: Definitely an Odd Couple”, *Revista Jurídica Universidad de Puerto Rico*, San Juan, Vol. 77, No. 2, 2008.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, “El Control Difuso de Convencionalidad en el Estado Constitucional”, en Fix-Zamudio, Héctor y Valadés, Diego (coord.),

Formación y Perspectivas del Estado en México, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Serie Estudios Jurídicos No. 164, 2010.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, “Reflexiones sobre el Control Difuso de Convencionalidad. A la Luz del Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Vol. XLIV, No. 131, 2011.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, “Interpretación Conforme y Control difuso de Convencionalidad. El Nuevo Paradigma para el Juez Mexicano”, *Estudios Constitucionales*, Talca, Año 9, No. 2, 2011.

GARCÍA ROCA, Javier, *El Margen de Apreciación Nacional en la Interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: Soberanía e Integración*, Madrid, Editorial Aranzadi, Cuadernos Civitas, 2010.

GERALDO TEIXEIRA, Carlos, “O Controle da Convencionalidade das Leis Pelo Poder Judiciário”, *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, Vol. 1, No. 2, 2012

GUASTINI, Riccardo, “La ‘Constitucionalización’ del Ordenamiento Jurídico: El Caso Italiano”, en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003.

HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam Lorena, 2012, “Análisis de la Jurisprudencia Recaída en Recursos de Protección y el Control de Convencionalidad (1989-2011)”, en Nogueira, Humberto (coord.), *El Diálogo Transjudicial de los Tribunales Constitucionales entre sí y con las Cortes Internacionales de Derechos Humanos*, Santiago, Librotecnia, 2012.

HITTERS, Juan Carlos, “Control de Constitucionalidad y Control de Convencionalidad. Comparación (Criterios Fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)”, *Estudios Constitucionales*, Talca, Año. 7, No. 2, 2009.

JANIS, Mark *et al.*, *European Human Rights Law*, 2^a ed., Oxford, Oxford University Press, 2000.

LAPLANTE, Lisa J., “Outlawing Amnesty: The Return of Criminal Justice in Transitional Justice Schemes”, *Virginia Journal of International Law*, Virginia, Vol. 49, 2009, pp. 915 y ss.

LEGG, Andrew, *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012.

LETSAS, George, “Two Concepts of the Margin of Appreciation”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Oxford, Vol. 26, 2006.

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, 2007.

NASH ROJAS, Claudio, “El Control de Convencionalidad. Precisiones Conceptuales y Desafíos a la Luz de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Nogueira, Humberto (coord.), *El Diálogo Transjudicial de los Tribunales Constitucionales entre sí y con las Cortes Internacionales de Derechos Humanos*, Santiago, Librotecnia, 2012.

NOGUEIRA, Humberto, “Los Desafíos de la Sentencia de la Corte Interamericana en el Caso Almonacid Arellano”, *Ius et Praxis*, Talca, Vol. 12, No. 2, 2006.

RIBERA NEUMANN, Teodoro, “El Tribunal Constitucional y su Aporte al Desarrollo del Derecho. Aspectos Relevantes de sus Primeros 59 Fallos”, *Estudios Públicos*, Santiago, No. 34, 1989.

Ross, Alf, *Sobre el Derecho y la Justicia*, Buenos Aires, Eudeba, 1997.

RUIZ CHIRIBOGA, Oswaldo, “The Conventionality Control: Examples of (Un)Successful Experiences in Latin America”, *Inter-American and European Human Rights Journal*, Vol. 3 No. 1-2, 2010.

SAGÜÉS, Néstor Pedro, “Obligaciones Internacionales y Control de Convencionalidad”, *Estudios Constitucionales*, Talca, Año 8, No. 1, 2010.

SAGÜÉS, Néstor Pedro, “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 von Bogdandy, Armin *et al.* (coordinador), *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, 2011.

WEBBER, Grégoire C. N., *The Negotiable Constitution. On the Limitation of Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.

ZÚÑIGA URBINA, Francisco, “Control de Convencionalidad y Tribunales Nacionales. Una Aproximación Crítica”, en Nogueira, Humberto (coord.), *El Diálogo Transjudicial de los Tribunales Constitucionales entre sí y con las Cortes Internacionales de Derechos Humanos*, Santiago, Librotecnia, 2012.