

Ignacio Colombo  
Doctor en Ciencias Jurídicas  
Profesor Adjunto de Derecho Constitucional  
Universidad Católica de Salta  
Universidad Nacional de Salta  
Miembro de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional

## **Control de Convencionalidad e interpretación constitucional. Un replanteo necesario.**

Abstract: la tesis que sostendré es que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha postulado que sus pronunciamientos se inscriben en un marco de aplicación mecánica del derecho, y que dicho modelo teórico es el que genera las tensiones existentes en la doctrina del “Control de Convencionalidad”<sup>1</sup>. Afirmaré que la teoría de la interpretación constitucional actual resulta incompatible con dicho criterio, puesto que la misma reclama, por la presencia de principios y valores en los cuerpos normativos convencionales, la utilización de criterios tópicos de interpretación jurídica. En esta línea indicaré que en el caso “Almonacid Arellano” (2006), la Corte Interamericana ha efectuado un paso indebido desde el punto de vista lógico-interpretativo; puesto que ha generalizado una decisión particular, interpolando la resolución de un caso concreto en contra de Chile a la postulación de una regla genérica aplicable con efectos erga omnes a todos los sujetos interamericanos. A esto lo ha concretado al considerar que “no solo el texto del tratado es obligatorio para los estados-partes de la Convención; sino también la interpretación que de ella haga la Corte Interamericana”; incorporándose, de este modo y con fuerza nomogénica, la interpretación particular que hace la Corte en cada caso concreto a la inteligencia general del texto convencional. Lejos de matizar esta postura, la judicatura interamericana la ha profundizado en posteriores pronunciamientos, en los cuales ha llegado a señalar que las interpretaciones que la misma realiza generan una suerte de “cosa interpretada” (res interpretata); entendiendo dicha expresión con un alcance y sentido diametralmente opuesto al que se ha elaborado en la doctrina europea (Vgr. voto razonado del Juez Mc Gregor en *Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 20 de marzo de 2013). Concluiré que este esquema teórico tensa la Doctrina del Control de Convencionalidad con distintos principios como los de: democracia, debido proceso y multiculturalidad; puesto que si los jueces locales están obligados a aplicar de manera automática e irreflexiva los pronunciamientos vertidos por la Corte Interamericana en otros casos; se verán imposibilitados de adecuar las normas genéricas a los distintos contextos históricos, sociales y

---

<sup>1</sup> Para ser más preciso debería decir que la Corte Interamericana ha postulado que sus pronunciamientos deben aplicarse de un modo mecánico. Lo paradójico es que el órgano interamericano, a su vez, interpreta la Convención utilizando mecanismos dinámicos y mutativos, lo que agrava el problema que queremos señalar en este artículo y denota una incongruencia en la posición interpretativa de la Corte.

culturales que se les presenten. Por otro lado, la visión de aplicación mecánica de las decisiones de los órganos interamericanos impide generar un marco dialogista entre los tribunales supranacionales y los locales, lo que en definitiva afecta la legitimidad del mismo sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Por último marcaré en el artículo la existencia de una utilización paradójica de la teoría de la interpretación por parte de la Corte Interamericana. Es que ella emplea, por un lado y a la hora de aplicar el texto convencional, mecanismos dinámicos y hasta manipulativos de interpretación (por ejemplo cuando entiende que el control de convencionalidad debe ser realizado de oficio) y; por el otro; pretende, como vengo señalando, que esas interpretaciones sean aplicadas por las judicaturas nacionales de manera formalista y automática.

### **1. La democracia mínima y el control de convencionalidad máximo:**

La doctrina del control de convencionalidad, y a raíz de las concepciones teóricas sobre la que se ha ido construyendo, se ha tensado, principalmente, con el principio democrático. Ello no constituye un problema menor, si se tiene en cuenta que el control de convencionalidad pretende regir de manera, al menos, regional –es decir, por sobre las voluntades estatales locales o domésticas-. Por ello reclama una fundamentación intrínsecamente democrática y se impone la necesidad de replantear sus sustentos teóricos para fortalecerlo en términos de legitimación.

El conflicto entre el principio democrático y la doctrina del control de convencionalidad, tal y como hemos afirmado, se asienta en la divergencia en las concepciones teóricas de partida. El control de convencionalidad se basa en la idea de un mundo de derechos convencionalizados en donde la deliberación democrática encuentra poca cabida. Los derechos no son “decididos” en la esfera política, sino que se imponen incluso –y principalmente- frente a las instituciones estatales. Esta posición sumada a la concepción de aplicación automática y *erga omnes* de los pronunciamientos de los tribunales supranacionales, extrema la distancia entre el referido control y la democracia. Como dijimos, eso genera un problema de legitimidad de la propia doctrina del control de convencionalidad y es por ello que debe revisarse.

Si bien la democracia puede ser definida desde diversas posiciones, ella supone, como mínimo y como nota común a toda conceptualización que se intente, un cierto grado de autogobierno del pueblo. Esto es, que las normas jurídicas que regulan la vida

comunitaria deben ser auto-impuestas (de una manera más o menos directa) y, por ende, queridas por la propia comunidad política. Con ello lo que estamos afirmando es que, al menos parte del contenido del ordenamiento jurídico constitucional, debe ser decidido por mecanismos deliberativos. Por otro lado, el ideal del control de convencionalidad parte de una concepción de un mundo jurídico constitucionalizado y convencionalizado, en donde los derechos fundamentales de los individuos se encuentran sustraídos a cualquier tipo de decisión horizontal<sup>2</sup>.

La tensión entre democracia y control de convencionalidad dependerá del grado con que se sostenga cada una de estas posiciones teóricas. Así, alguien que sostenga un ideal de democracia deliberativa muy robusto chocará inevitablemente con uno que postule una posición del control de convencionalidad también intenso e irrestricto –que parta de las bases que hemos referido-.

En este trabajo sostendremos que en el retorno a mecanismos de interpretación de naturaleza “tópica” está la clave para armonizar una idea fuerte del control de convencionalidad y una concepción también robusta de democracia.

## **2. Los alcances de la obligatoriedad de los pronunciamientos y el ideal democrático**

Por otro lado, la “obligatoriedad” de los pronunciamientos, que es la que genera las tensiones mencionadas, se ha ido ampliando en diversos aspectos: (i) en cuanto al objeto decidido. Los temas sobre los cuáles decide la Corte y Comisión interamericanas se han extendido de una manera considerable, pues debe tenerse en cuenta que, con el auge del “principialismo”, se ha sostenido que todo conflicto jurídico es alcanzado, de un modo u otro, por principios constitucionales y convencionales. Es decir que se sostiene, y esta premisa subyace en el control de convencionalidad, que ya no puede trazarse una clara distinción entre aquello que es objeto de protección convencional y aquello que no lo es (o, lo que es lo mismo, que todo puede leerse en clave convencional). (ii) En cuanto al derecho aplicable: la jurisprudencia ha ido marcando recientemente que la Corte y Comisión ya no se limitan solamente a interpretar el Pacto de San José de Costa Rica, sino que también aplican todo el resto del cuerpo normativo interamericano (los demás

---

<sup>2</sup> En este sentido puede decirse que el control de convencionalidad robusto parte de la idea que la doctrina ha llamado “Neoconstitucionalista”. Vid. Carbonell, Miguel (2013), *passim*.

Tratados Internacionales). Es más, se ha dicho que existe una especie de *ius-commune latinoamericano*, que forma un bloque integrado por los tratados internacionales de derechos humanos. Pero además, desde el fallo “Almonacid Arellano” se ha marcado que los mismos pronunciamientos que van dictando los organismos internacionales o convencionales van formando parte de la “materia convencional” que resulta obligatoria para los estados locales. (iii). En cuanto a los sujetos que deciden: ya no son solo los que tienen facultades jurisdiccionales (Corte Interamericana), sino también aquellos que aparecen como órganos consultivos (Comisión Interamericana –ver caso Carranza Latrubesse en Argentina-<sup>3</sup>). (iv). En cuanto a los sujetos obligados: se ha pasado de la vinculatoriedad exclusiva para los sujetos que forman parte de la controversia jurídica específica (competencia contenciosa), a la obligatoriedad de los pronunciamientos también para aquellos que no han sido parte del conflicto decidido (Vid. por ejemplo lo sostenido por la Corte Interamericana en ese sentido en el paradigmático caso “Gelman vs. Uruguay”, Sentencia del 24 de febrero de 2011).

### **3. La posición normativista vs. la posición tópica**

En la teoría de la interpretación jurídica coexisten dos visiones contrapuestas, una que se ha llamado “normativista” y otra denominada “tópica”. La primera piensa que el derecho está contenido *a priori* en la norma genérica dictada por el legislador y la tarea del aplicador es meramente mecánica. Ella consiste en derivar la solución predeterminada en la norma de manera silogística. La segunda, en cambio, entiende que en la aplicación del derecho se debe desarrollar una tarea prudencial que vaya resolviendo, caso por caso, y con un esquema abierto de fuentes, las controversias o problemas que se van presentando. Prieto Sanchís, refiriendo a esta distinción, afirma que “si el derecho es un sistema de normas coherentes y objetivas, cognoscibles y aptas para resolver cualquier problema práctico, la tarea del jurista se debe reducir a realizar operaciones subsuntivas, pues la solución viene dada mecánicamente y *a priori*. Pero si no se comparten estos

---

<sup>3</sup> CSJN “Carranza Latrubesse, Gustavo c. Estado Nacional - Ministerio de Relaciones Exteriores - Provincia del Chubut’ y por el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto en la causa C.594.XLIV” (2013). Allí se discutió sobre la vinculatoriedad de las opiniones consultivas emitidas por la Comisión Interamericana.

supuestos, y el derecho es más que un conjunto de normas generales, entonces la labor de los aplicadores deberá ser más activa y hasta creadora de lo jurídico”<sup>4</sup>.

La doctrina entiende, en su gran mayoría, que la posición “normativista” –propia del racionalismo- ha entrado en crisis y actualmente estamos ante un escenario en donde prevalece con fuerza la teoría de aplicación tópica o interpretativa del derecho<sup>5</sup>. Ello sin dudas tiene una estrecha vinculación con el reconocimiento de la existencia de principios y valores en las constituciones, que han dado paso a lo que se ha llamado “principialismo” constitucional<sup>6</sup>. Este tipo normativo ha desplazado en algunos casos a la lógica de las reglas. Los principios han sido caracterizados como disposiciones abiertas que, en cuanto tales, requieren para ser concretizados (delimitados en el caso concreto) de la “ponderación” y “prudencia” del operador jurídico<sup>7</sup>.

Dicho de otro modo, la concretización de un derecho pleno de principios supone que el operador deba realizar indefectiblemente operaciones interpretativas cuando se enfrenta a los casos concretos que se le presentan. Ya no es posible seguir la idea de que las soluciones vienen preestablecidas en normas genéricas aplicables a cualquier controversia similar que se suscite<sup>8</sup>.

No obstante ello, parecería que la jurisprudencia interamericana desconoce esta concepción y nos remite, una vez más, a una posición normativista, puesto que sus pronunciamientos atarían verticalmente a los jueces locales impidiéndoles ponderar en

---

<sup>4</sup> Pietro Sanchís, Luis. Prólogo al libro de Núñez Leiva, José Ignacio. *Neoconstitucionalismo y control de constitucionalidad de la ley. ¿El constitucionalismo del derecho libre?* Porrúa, México, 2013, p. XIII.

<sup>5</sup> La visión tópica tuvo su auge con pensadores que se opusieron a la posición formalista del derecho. En esta línea cabe referir, por ejemplo, a las teorías de la argumentación como la tópica jurídica de Viehweg, la nueva retórica de Perelman o la lógica informal de Toulmin.

<sup>6</sup> Acá es necesario reconocer que esta descripción es parcial y simplificadora, y se refiere a la evolución de la doctrina europea –principalmente a partir de la postguerra-. En el constitucionalismo anglosajón y, principalmente, en el estadounidense se trabajaba con estos conceptos casi desde su inicio. Considero valioso referir a la problemática tal y como ha sido planteada en la doctrina europea porque esta es la que ha penetrado con fuerza en diversos pronunciamientos de los organismos interamericanos.

<sup>7</sup> No entraremos en este punto, por exceder el objeto de este ensayo, a analizar las teorías que se han esgrimido para diferenciar a las reglas de los principios; o los principios de los valores. Al respecto puede verse, entre muchos otros, los ya clásicos trabajos de: Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan. “Sobre principios y reglas”, *Doxa*, N° 10, España, 1999. Zagrebelsky, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia* (1992), trad. M. Gascón, 2ª. ed., Madrid, Trotta, 1997. Alexy, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales* (1986), trad. E. Garzón Valdés, 1ª. ed. en castellano, 2ª. reimp., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001. Dworkin, Ronald. *Los derechos en serio* (1977), 1a. ed., 4a. reimp., trad. M. Guastavino, Barcelona, Ariel, 1999.

<sup>8</sup> Se puede reiterar que este fenómeno no es algo novedoso para el constitucionalismo norteamericano, pero sí lo fue para el europeo.

cada caso las circunstancias existentes. A su vez, supondría la Corte Interamericana, que sus pronunciamientos, que ahora son norma general incorporada a la inteligencia del tratado, son siempre claros y aplicables silogísticamente por los operadores jurídicos domésticos<sup>9</sup>. Considero que esta posición interpretativa es la que debe reverse, en consonancia con la teoría jurídico-constitucional contemporánea<sup>10</sup>, ello permitirá la compatibilización entre control y democracia y preparar el escenario para un esquema dialoguista entre los tribunales.

#### **4. El control de convencionalidad. Corte Interamericana**

La doctrina del control de convencionalidad ha evolucionado rápidamente en el contexto interamericano, principalmente a partir del año 2006 con el fallo “Almonacid Arellano vs Chile”<sup>11</sup>. Desde allí, y en distintos pronunciamientos, ha sido la propia Corte Interamericana la que ha ido delineando los contornos del control. En esa línea ha señalado, por ejemplo, que todos los jueces locales deben aplicar el control de convencionalidad<sup>12</sup>, que este control debe ser hecho incluso de oficio<sup>13</sup>, que supone o implica realizar los mayores esfuerzos para armonizar la normativa local con la internacional (interpretación conforme)<sup>14</sup>, que, además de los jueces locales, corresponde a todo funcionario público realizar este control<sup>15</sup>, y que no sólo el texto del tratado, sino la interpretación que de él haga la Corte, es obligatoria para los Estados signatarios.

Como consecuencia de esta acelerada evolución, la doctrina ha penetrado fuertemente en los sistemas domésticos al punto tal que se ha llegado a afirmar que en la actualidad ya no nos encontramos con constituciones que operan de forma aislada en la cúspide de los ordenamientos jurídicos internos, sino que las constituciones están

---

<sup>9</sup> Aquí cabe también referir que las sentencias de la Corte Interamericana, además de contener los comunes problemas de indeterminación lingüística que se ha señalado reiteradamente respecto de cualquier texto normativo que se expresa en lenguaje natural; son de una gran extensión, lo que dificulta su sistematización y comprensión.

<sup>10</sup> Me refiero a las posiciones que han marcado que el fenómeno jurídico actual debe ser entendido en términos flexibles, como un derecho dúctil (Zagrebelsky) e invadido de principios y/o valores (Vg. Alexy, Ferrajoli, Pietro Sanchís).

<sup>11</sup> La noción de “control de convencionalidad”, fue establecida por primera vez en la jurisprudencia de la Corte Interamericana (existían pronunciamientos anteriores de tribunales superiores y constitucionales locales que ya adelantaban la doctrina), en el caso “Myrna Mack Chang” del año 2003, a través del voto razonado del Juez Sergio García Ramírez

<sup>12</sup> Vid. “Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, 2006. “Trabajadores cesados del Congreso vs. Perú”, 2006.

<sup>13</sup> Vid. “Trabajadores cesados del Congreso vs. Perú”, 2006.

<sup>14</sup> Vid. “Radilla Pacheco vs. México”, 2009.

<sup>15</sup> “Gelman vs. Uruguay”, 2011.

“convencionalizadas”<sup>16</sup>, es decir, que las normas supremas, para ser tales, deben ser interpretadas y puestas en correspondencia con las convenciones internacionales y la jurisprudencia de la Corte IDH<sup>17</sup>.

Dentro de este marco, y es aquí en donde queremos detenernos, se ha sostenido que los fallos de la Corte Interamericana son obligatorios para todos los estados, incluso para aquellos que no han sido parte en el proceso contencioso específico, pues los fallos son “cosa interpretada”<sup>18</sup> y van configurando un *ius commune* que se eleva, cual bloque de convencionalidad, como la fuente obligatoria para todos los operadores jurídicos (incluidos, claro, los internos). Como la Corte IDH es la intérprete final de la Convención, ella es la que va delimitando el sentido y alcance del texto y estas interpretaciones se

---

<sup>16</sup> En esa línea leemos a Sagüés quien señala que “el control de convencionalidad parte tácitamente de la tesis de la primacía de los tratados internacionales de derechos humanos incluso sobre la constitución nacional...”. (...) “A nuestro entender, el conflicto debe dilucidarse partiendo del supuesto de que axiológicamente, el bien común internacional (en este caso el bien común regional) se erige como un valor superior al bien común nacional, y que tal cotización, planteada en la esfera de la estimativa jurídica, obliga en la dimensión normativa del derecho a preferir el Pacto sobre la Constitución”. Sagüés, Néstor Pedro, “Obligaciones internacionales y control de convencionalidad”, art. publicado en “Estudios Constitucionales”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales de Chile*, Universidad de Talca, Chile; actualizado para el “Programa de Investigaciones del Centro Interdisciplinario de Derecho Procesal Constitucional, de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, Universidad Católica Argentina, p. 10.

<sup>17</sup> Esta línea es sostenida, entre otros, por Hitters, Juan Carlos “¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? *Control de constitucionalidad y de convencionalidad*, La Ley. Bs. As., 2008, t. E p. 1169. Pérez Tremps, Pablo, *Escritos sobre justicia constitucional*, Porrúa. México, 2005, por ejemplo, pp. 84 y 85.

<sup>18</sup> Acá cabe hacer una importante aclaración. La teoría de los efectos de las “res interpretata” ha sido elaborada por la doctrina europea en un sentido radicalmente distinto al tomado recientemente por la Corte Interamericana, en particular en el Voto Razonado del Juez Ferrer Mac Gregor (Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot en la Resolución de la Corte IDH de 20 de marzo de 2013 sobre la supervisión de cumplimiento de sentencia en el caso Gelman vs. Uruguay, párr. 43). La “cosa interpretada” en la doctrina europea funciona dentro de la lógica del precedente y como un mecanismo para lograr una mayor eficiencia del sistema. Ello supone que las interpretaciones no se agregan a la inteligencia general de la letra de los tratados ni obligan automáticamente a los estados no partes del conflicto concreto –como se ha señalado a nivel interamericano-. Solo se sugiere que una vez que se ha tomado una decisión a nivel internacional se intente, en la medida de lo posible, adecuar el orden interno de los estados parte a esos estándares mínimos. Dicho de otro modo, es una herramienta para reforzar y mejorar el principio de subsidiariedad de la intervención internacional. Esto no se ha referido expresamente en los pronunciamientos del Tribunal Europeo, pero surge de la noción de los “estándares generales mínimos de Derechos Humanos” (Vg. “Ireland v. United Kingdom” –Tribunal Europeo, 18 de enero de 1978, N° 5310/71; “Pretty v. United Kingdom” –29 de abril de 2002, N° 2346/02). Así leemos en esos precedentes, por ejemplo, “Although the primary purpose of the Convention system is to provide individual relief, its mission is also to determine issues on public-policy grounds in the common interest, thereby raising the general standards of protection of human rights and extending human rights jurisprudence throughout the community of Convention States”. Cf. Con el muy buen análisis que realiza Bonar, Adam en: “Res Interpretata”: Legal Effect of the European Court of Human Rights’ Judgments for Other States than those which were Party to the Proceedings”, en *Human Rights and Civil Liberties in the 21st Century* / Yves Haeck, Eva Brems, editors, Dordrecht : Springer, pp. 223-262.

agregan a la inteligencia general de la Convención. “En efecto, precisa Sagüés, cuando el Pacto o la jurisprudencia mencionada se expiden en algún tema, construyen una suerte de *juscommune* latinoamericano, y el juez local no podrá hacer funcionar el derecho doméstico de modo libre, tendrá que hacerlo respetando ambas directrices”.

#### **5. Control de convencionalidad. Comisión Interamericana**

Por otro lado, e intensificando la idea de que los organismos convencionales vinculan cada vez más a los estados nacionales, se fue elaborando también la doctrina que concluye que, en algunos supuestos, las recomendaciones efectuadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos también poseen fuerza obligatoria para los estados parte (¡acá ya no importa para nada la cuestión terminológica!).

Así, la propia Corte Interamericana fue abandonado su clásica doctrina de que las “recomendaciones” emanadas de la Comisión Interamericana (arts. 50 y 51 de la Convención) tenían un mero tenor indicativo que jamás podría vincular al Estado-parte<sup>19</sup>, pasando a señalar que los principio de buena fe y de *pacta sunt servanda* implican que los estados miembros de la convención deben realizar sus mejores esfuerzos para cumplir con las recomendaciones efectuadas por uno de sus órganos de aplicación, como lo es la Comisión Interamericana.

La interpretación más amplia de esta jurisprudencia señala, entonces, que, en algunos supuestos, incluso los pronunciamientos de un órgano no jurisdiccional, como lo es la Comisión Interamericana, genera vinculatoriedad para los estados miembros de la Convención.

Esta posición incrementa la tensión democrática, puesto que en principio los estados firmantes de la Convención Interamericana se obligaron a cumplir de manera vinculante aquellos fallos de la Corte Interamericana en donde son parte (competencia contenciosa); no así, en un repaso *in crescendo*, los pronunciamientos efectuados en casos en donde no son partes ni, menos aun, en aquellos supuestos de recomendaciones efectuadas por la Comisión Interamericana.

---

<sup>19</sup> Doctrina sentada en Sentencias como “*Caballero Delgado y Santana vs Colombia*”, “*Genie Lacayo vs. Nicaragua*” y “*Loayza Tamayo vs. Perú*”; Vid. la reseña efectuada por Gil Domínguez, Andrés en “Comentario al caso Carranza Latrubesse”, disponible en el blog <http://underconstitucional.blogspot.com.ar/2013/08/comentario-al-caso-carranza-latrubesse.html>.



## **6. La extensión interpretativa del alcance de los pronunciamientos interamericanos**

Entendemos que la Convención Interamericana de Derechos Humanos ha receptado la visión tónica, la que luego fue distorsionada por la jurisprudencia que venimos mencionando. Es así que en su art. 68.1 establece que los pronunciamientos obligatorios y vinculantes para los estados son aquellos que se dictan en el caso concreto y en jurisdicción contenciosa. Esto guarda total correspondencia con una posición interpretativa, pues la decisión del juez interamericano vincula al Estado parte en el caso concreto y, por ende, de acuerdo a las circunstancias particulares existentes.

Por ello, el alcance extendido de los pronunciamientos interamericanos en los casos en los que los estados no son parte del litigio, ha sido una creación interpretativa efectuada por la propia Corte que violenta la solución de raigambre tónica receptada en el art. 68.1 y que, además, colisiona con la posición interpretativa preponderante en la comunidad académica actual.

Como hemos dicho, el paso indebido que ha realizado la Corte Interamericana se advierte con claridad en el ya famoso precedente “Alomacid Arellano vs. Chile” de 2006, en donde la Corte afirmó que “no solo el texto de la convención es obligatorio para los estados parte sino también la interpretación que de él realice la Corte”. La interpretación efectuada en ese caso por el tribunal supranacional se agrega a la inteligencia genérica del texto convencional. Ello implica que se extraigan efectos generales de un acto particular. Esto es, de una decisión específica tomada en un caso concreto se concluye en una extensión indiscriminada de sus efectos a todos los demás casos similares que se presenten.

### **8.I. Problemas que derivan de la concepción interpretativa subyacente:**

Como esta distorsión impacta en la naturaleza misma de la función interpretativa, la misma conlleva variados y diversos problemas.

i) En primer lugar, como hemos ido desarrollando, aleja al control de convencionalidad del principio democrático. Esto sucede cuando se pretende que una decisión pensada para un caso concreto se extienda irreflexivamente y de manera automática a otros casos y, por ende, a otros contextos, impidiéndose así la valoración de cada situación institucional, cultural y social específica. Ello, a su vez, imposibilita entablar

cualquier tipo de diálogo con las instituciones democráticas locales y sus respectivos ordenamientos jurídicos domésticos (que tienen distintos grados y planos de legitimidad democrática).

ii. Asimismo, la posición referida entra en conflicto con otros principios, que están paradójicamente consagrados en las Convenciones. Así una aplicación automática de una jurisprudencia resuelta en otro caso violenta el principio convencional del debido proceso. El Estado condenado debe tener la oportunidad de defenderse en cada caso concreto, utilizando argumentos que podrían variar del precedente que se le pretende aplicar y tener la expectativa de obtener una resolución favorable. Por ello mismo, podría lesionar el principio de independencia judicial, pues la variante subsuntiva impide al operador valorar con su sana crítica racional la solución al caso, tomando lo que ha dicho otro sujeto al cual debe subordinarse solo en virtud del argumento *ad auctoritatem*.

iii. Una posible contradicción asoma, puesto que la propia Corte Interamericana se ha encargado de revalorizar principios como el de autogobierno de los pueblos o el de multiculturalismo, que, precisamente, prohíben homogeneizar las soluciones jurisdiccionales y mandan a analizar los contextos culturales de manera, claro, "tópica". Es decir, en los escenarios heterogéneos y multiculturales existentes no puede pensarse en respuestas uniformes que violentan la diversidad que se pretende defender<sup>20</sup>.

iv. La teoría jurídica contemporánea también abona una posición tópica. Por un lado casi no se discute en la teoría de la interpretación jurídica que un mismo cuerpo normativo puede admitir diversas lecturas válidas de acuerdo a los criterios interpretativos que se apliquen. Es decir que ha quedado superado el esquema normativista que planteaba que el derecho se componía exclusivamente de reglas; que eran aquellas disposiciones aplicables subsuntivamente por contener un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica única. Actualmente se acepta que también existen principios, y que su presencia se acrecienta mientras se sube en la pirámide normativa. Así, las constituciones y las

---

<sup>20</sup> Cf. Corte IDH, caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 31 de agosto de 2001; Corte IDH, caso Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, sentencia de fondo y reparaciones, 27 de junio de 2012. Corte IDH, caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala, sentencia de fondo, 25 de noviembre de 2000. Corte IDH, caso Comunidad indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 29 de marzo de 2006. Corte IDH, caso Comunidad indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 24 de agosto de 2010.

convenciones contienen mayoritariamente principios, que son disposiciones abiertas, sin una consecuencia jurídica pre-determinada, y que por ello, para su aplicación concreta requerirán de distintas técnicas de interpretación. Este derecho principialista constituye, a su vez, un derecho “dúctil” que se va adecuando a los contextos que debe regular. Esta postura es compatible únicamente con una visión interpretativa tópica.

Es decir que, admitido que fuera que un mismo principio convencional pueda interpretarse de manera “dúctil”, esto es, con distintos sentidos válidos, debiera dejarse en manos de las instituciones democráticas locales la determinación concreta de dichos principios en sus respectivos ámbitos de competencia. También de manera explícita la Corte parece aceptar esta posibilidad, esto es, la de la admisibilidad de diversas lecturas válidas del texto convencional, pues al señalar como premisa que “no solo el texto de la Convención es obligatorio para los Estados partes” sino también la interpretación “que de ellos haga la Corte Interamericana”; está suponiendo que otras interpretaciones son posibles pero, a la vez, que la única “válida” y vinculante es la suya propia. El supuesto vuelve a convertirse en un argumento de tipo *ad auctoritatem*.

v. Pero a su vez, la posición que parecen haber adoptado los organismos supranacionales enfrenta una objeción de índole lógica. En el Dictamen del Procurador General emitido en el caso “Acosta”<sup>21</sup> (Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina) se denuncia una falacia de “petición de principios” en la que se incurriría si se concluye que la jurisprudencia de la Corte Interamericana tiene obligatoriedad general sólo porque ella misma así lo estipula. Coincidimos con esta aguda objeción. En dicho dictamen se afirma que “parece claro que la eficacia general de la jurisprudencia de la Corte Interamericana no puede inferirse lógicamente de la cita de las sentencias de ese tribunal que la afirman, pues tal tipo de argumentación presupone en sus premisas lo que se debe demostrar, a saber, si las sentencias de la Corte Interamericana tienen valor general más allá de los términos estrictos del art. 68.1 de la Convención. En otras palabras, sólo es posible afirmar que existe un deber jurídico de seguir la jurisprudencia de la Corte Interamericana en virtud de la doctrina judicial del ‘control de convencionalidad’, si antes se ha concluido que la jurisprudencia de la Corte Interamericana en general (también

---

<sup>21</sup> PGN, A-93-LXLV, "Acosta, Jorge Eduardo y otro s/ recurso de casación", 10/3/2010.

aquella que estableció el control de convencionalidad) es obligatoria. Para eludir caer en una petición de principio sería necesario encontrar razones independientes a la misma jurisprudencia de la Corte que permitan concluir el deber de seguir dicha jurisprudencia. Esta razón no podría pretender ser hallada en el argumento de que la Corte Interamericana es el último intérprete de la Convención. Este argumento sólo dice que la Corte Interamericana tendrá la última palabra sobre la interpretación de la Convención en los procesos internacionales seguidos en el sistema interamericano. Pero en los procesos judiciales internos, (...) [la Corte Suprema de la Nación] es el último intérprete del derecho constitucional, y ello incluye también a los instrumentos internacionales incorporados en el bloque de constitucionalidad (art. 116 Constitución nacional)".

vi. En una línea similar puede repararse en un problema que se desprende del modo en que se ha ido elaborando la doctrina del control de convencionalidad. Y es que la doctrina del control como estructura general se fue "creando" en paralelo con la resolución de los casos concretos (Vid. "Almonacid con Arellano", "Radilla Pacheco", "Gelman", etc.); es decir, nuevamente se construye una doctrina general desde una tarea particular. El primer problema es competencial. La Corte tiene competencia para resolver los casos que se le presentan; pero ¿tiene competencia para delimitar los alcances de su propia tarea? A su vez aparece un problema de carácter lingüístico. Existe en esta elaboración una confusión de niveles lingüísticos. Así cabe distinguir en el mecanismo utilizado por el órgano interamericano una superposición de planos entre lo que podríamos llamar el "lenguaje" de la decisión y el "metalenguaje" que se construye desde la decisión, y en virtud del cual se pretende generar una teoría general del control de convencionalidad.

La Corte, simplificando la problemática, razona de la siguiente manera, "en este caso resuelvo "p" –estando facultada para hacerlo conforme al art. 68.1 de la Convención- pero, a la vez, en esa decisión delimito los alcances que tendrá mi jurisprudencia hacia futuro – no existiendo norma externa que la faculte a ello-. Es decir que el Tribunal, sin tener la competencia para hacerlo (pues trabaja con "casos"), va generando una teoría general de sus precedentes de manera autorreferencial; con lo cual sus decisiones incurren en inconsistencias como la ya apuntada de circularidad, pero también la de resolver de manera *ultra* y *extra petita*, y la de darle fuerza vinculante a lo manifestado como *obiter*

*dicta* –es decir todo lo que se dice sobre la doctrina general del control de convencionalidad en las resoluciones de los casos concretos-.

Esta construcción de la doctrina general que se efectúa desde cada caso concreto alcanza una fuerza paradigmática en el ya mencionado Voto Razonado del Juez Ferrer Mac Gregor -Sentencia de supervisión de cumplimiento del caso Gelman<sup>22</sup>. Así por ejemplo, en el párrafo décimo se asegura que hay que profundizar y destacar “cuestiones cruciales que influyen en el buen entendimiento de la función jurisdiccional de la Corte Interamericana como aplicador e intérprete de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”. Se señala que (párrafo 80) “cuando se produce autoridad de la cosa juzgada internacional debido a la firmeza de la sentencia de la Corte IDH —que implica su carácter “inmutable”— existe una eficacia directa y subjetiva de la sentencia (res judicata) hacia las partes en su integridad (véase supra párrs. 34 a 42); y una eficacia interpretativa objetiva e indirecta de la norma convencional (res interpretata) hacia todos los Estados Parte de la Convención Americana (véase supra párrs. 43 a 66)”<sup>23</sup>.

Esta construcción desde la superposición de planos genera una serie de consecuencias cuestionables. Principalmente que una vez que se ha indicado, desde un caso concreto, que la interpretación específica adhiere a la letra de la Convención y que, a su vez, estas forman parte del *coprus iuris* latinoamericano, cualquier tesis que se sostenga respecto al valor de las convenciones valdrá inmediatamente para cada una de las interpretaciones efectuadas. Aquí la confusión de planos es clara: cuando se dice que las convenciones son vinculantes para los estados-partes signatarios, que deben cumplirlas en virtud del efecto útil y el principio de buena fe, que no pueden alegar el derecho interno para incumplir la normativa convencional, se arrastran todos estos

---

<sup>22</sup> Voto razonado del Juez Ferrer Mac Gregor en la Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de marzo de 2013, relativa a la supervisión de cumplimiento de sentencia en el Caso Gelman Vs. Uruguay. La resolución puede verse en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/gelman\\_20\\_03\\_13.doc](http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/gelman_20_03_13.doc). La Sentencia del Caso Gelman Vs. Uruguay, de 22 de febrero de 2011 puede consultarse en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_221\\_esp1.doc](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.doc).

<sup>23</sup> Vid. el desarrollo doctrinario efectuado por Ferrer Mac-Gregor, Eduardo en “Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (res judicata) e indirecta hacia los Estados Parte de la Convención Americana (res interpretata) (Sobre el cumplimiento del Caso Gelman Vs. Uruguay)”. *Estudios Constitucionales*, vol. 11, núm. 2, 2013, pp. 641-693. Centro de Estudios Constitucionales de Chile Santiago, Chile. Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82029345017>

principios en principio válidos respecto al texto convencional hacia las interpretaciones que de él ha realizado el “único intérprete válido” (la Corte Interamericana, claro está).

vii. Por último considero importante remarcar una inconsistencia en la utilización de la teoría de la interpretación por parte de la Corte Interamericana. Ello es así porque la Corte misma, al momento de interpretar el texto convencional, aplica mecanismos mutativos y dinámicos. Por ejemplo, cuando determina –sin que ello surja de la letra del Pacto de San José de Costa Rica- que el control de convencionalidad debe ser realizado de oficio por los jueces locales o que las interpretaciones que de la Convención haga son obligatorias incluso para los estados que no han sido parte del litigio contencioso concreto (interpretación que, por otro lado y como se ha referido, contradice la letra misma del Pacto). Pero, y aquí la contradicción, entiende que sus pronunciamientos deben ser aplicados, a su vez., por los jueces domésticos de manera mecánica y sin posibilidades de utilizar criterios interpretativos dinámicos. Dicho de otro modo, las interpretaciones que realiza la Corte Interamericana de los textos convencionales –utilizando cánones mutativos- se convierten para los estados-parte en normas convencionales generales que deben aplicar de manera subsuntiva.

## **9. Síntesis y conclusiones:**

Una posible solución a los problemas planteados está, entonces, en volver, conforme el estricto sentido del art. 68.1 del Pacto, a un esquema de interpretación tópica de la normativa convencional. Esta visión permitirá reflotar una posición dialogista que debiera plantearse entre los tribunales internacionales y los domésticos. A su vez, esto posibilita re-vincular, fortaleciéndolo, al sistema de control convencional con nociones democráticas, pues la aplicación tópica permite que la jurisdicción repare en cada caso en la situación contextual que se le presenta, conforme la legislación local y los intereses de la comunidad en la que arraiga.

La deliberación, el intercambio de perspectivas y visiones constituyen los mecanismos que se revelan como los más adecuados para alcanzar legitimidad en los escenarios multiculturales y heterogéneos que configuran los contextos actuales. Siendo esto así, el derecho supranacional no puede ser una imposición vertical proveniente de un órgano que opera como un “intérprete infalible” que, en cuanto tal, puede definir *a priori* y

con precisión las soluciones a todos los casos y situaciones presentes y futuras (haciendo abstracción de todas las circunstancias particulares que se podrían presentar). Esta visión no es más que una “reedición” de la falsa y superada ilusión postulada por la filosofía de la ilustración acerca de la existencia de un legislador racional que soluciona en abstracto todos los problemas jurídicos y construye un ordenamiento normativo pleno y sin fisuras<sup>24</sup>.

Incluso más, creemos que esta posición, que es abrazada como *dogma* por algunos autores y magistrados, está abiertamente reñida con una verdadera construcción de estructuras supranacionales legítimas que, como tales, deben ser flexibles y receptor la diversidad de perspectivas locales, máxime cuando se trabaja sobre temas que admiten diversas lecturas morales y jurídicas. Y es que el formalismo que se quiso evitar con el advenimiento de la “materialización” de las constituciones y el auge de los Derechos Humanos (como derechos inalienables que no dependen de la voluntad de los Estados para su existencia y reconocimiento) ha vuelto a surgir con la doctrina irrestricta del control de convencionalidad, pues ésta exigiría la aplicación automática y vertical de la normativa convencional –pero, claro está, según esta haya sido interpretada por la Corte IDH-.

La sustancialización de las constituciones, tal y como recuerdan autores como Zagrebelsky, vino acompañada de la presencia de un derecho de principios y valores, que, por propia naturaleza, son flexibles, dúctiles, y, por lo tanto, modulables con relación a las distintas situaciones e, incluso, perspectivas locales e históricas. Muy por el contrario, la doctrina interamericana postularía la vuelta a un esquema, aparentemente superado, de aplicación silogística y a-crítica de disposiciones y esquemas *a-priorísticos*<sup>25</sup>.

A su vez, la postulación de la vinculatoriedad de los jueces locales a las sentencias supranacionales trae también hondos problemas de tipo filosófico y epistemológico pues implica, en el fondo, adherir a la tesis de que en todos los casos existe una, y sólo una,

---

<sup>24</sup> Sigo acá las conclusiones expuestas en Colombo Murúa Ignacio, “Un fallo que invita a reflexionar sobre los alcances de los fallos de la CIDH”, art. publicado en Sup. Const. 2013 (septiembre), 62 o LA LEY 2013-E , 374 , Fallo Comentado Cámara Federal de Apelaciones de Salta. L. O., A. y otros c. Swiss Medical s/ amparo. 3-07-08.

<sup>25</sup> Cabe recordar nuevamente que esta visión es parcializada y referida exclusivamente a la evolución de la doctrina europea. En el derecho norteamericana la visión de una constitución normativa y plena de principios jurídicos existe casi desde el origen mismo de dicho constitucionalismo.

respuesta correcta<sup>26</sup>. Solo para referir a unas de las problemáticas que al respecto se han planteado modernamente sobre la cuestión, baste con pensar las variables y posibles soluciones que se presentan en aquellos casos de alta complejidad moral y jurídica (lo que Dworkin llamó “casos difíciles”) que, en cuanto tales, admiten diversas perspectivas y soluciones plausibles. En estos casos, recurrir a estructuras dúctiles y dialógicas parecería ser lo más adecuado y ajustado al respeto de la diversidad y de principios como el de democracia y autodeterminación de los pueblos.

La posición interpretativa que sostenemos permite, por su propia definición, acercar a la doctrina del control de convencionalidad a los principios de democracia y de diálogo que la misma doctrina requiere para fortalecerse en términos de legitimación. Así, si el intérprete interamericano debe resolver caso por caso, deberá reparar necesariamente en las circunstancias contextuales de cada Estado, entablando una relación dialógica con las instituciones y normas locales –democráticamente establecidas-. Es decir que implicará realizar una tarea de adecuación de la normativa general a la situación particular, que es lo que reclama como requisito básico la concepción de democracia y los principios de autogobierno y multiculturalidad.

A su vez, este esquema interpretativo modifica de raíz el alcance que se le ha asignado a los pronunciamientos de los órganos interamericanos, puesto que desde esta perspectiva los mismos ya no podrán tener alcances generales, sino solo limitados al caso. Ello permite indirectamente dejar un margen de apreciación en cabeza de los estados-partes para aplicar la normativa interamericana –conforme al juego de sus propias instituciones-. Solo en caso de que el estado-parte llegue a una interpretación que resulte inadmisibles desde los cuerpos de derechos humanos, la Corte Interamericana podrá ejercer el control inaplicando la decisión doméstica –como última *ratio*-. La revinculación que esta posición propicia entre el control interamericano y los esquemas democráticos resulta patente.

---

<sup>26</sup> La posición dworkiniana ha sido sometida a diversas y numerosas críticas por lo que se presenta, en la teoría jurídica, al menos como polémica y discutible.



Un punto importante para aclarar es que si bien en este trabajo he abordado la cuestión desde una posición interpretativa “particularista”<sup>27</sup>, considero que esta visión crítica es compatible y “funciona” con la mayoría de las teorías de la interpretación jurídica vigentes en la actualidad. Es que la teoría jurídica contemporánea –en general- postula que la aplicación del derecho no puede resolverse exclusivamente de manera apriorística sino que siempre se va a requerir algún análisis del caso concreto y de la utilización de distintas herramientas interpretativas (ponderación, argumentación, cánones interpretativos, etc.).

En síntesis, si la interpretación que realiza la Corte Interamericana para un caso concreto pasa a ser obligatoria al incorporarse a la inteligencia del texto convencional, se produce un paso indebido que se desplaza desde una tarea prudencial-tópica (la resolución del caso concreto), a una función general abstracta (la elaboración de normas generales), impidiendo cualquier valoración de contexto o circunstancias por parte del operador. Ello genera todos los problemas que hemos enunciado en los párrafos anteriores. Por ello nosotros sostenemos que esta concepción interpretativa subyacente es precisamente la que debe ser revisada, volviendo a postular una jurisdicción que opera resolviendo los casos concretos que se le presentan.

---

<sup>27</sup> Posición que, derivada de la teoría moral, sostiene que cada solución a cada caso debe ser establecida de manera única, puesto que cada caso es único e irreproducible.