

***IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE* PARA AMÉRICA LATINA (ICCAL) Y ACTIVISMO JUDICIAL: ¿HACIA EL GOBIERNO DE LOS JUECES?**

Max Silva Abbott

Universidad San Sebastián, Concepción, Chile

Contacto: max.silva@uss.cl

Recibido: 21 de abril de 2022

Aprobado: 11 de mayo de 2022

Para citar este artículo:

Silva Abbott, M. (2022). “*Ius Constitutionale Commune* para América Latina (ICCAL) y activismo judicial: ¿Hacia el gobierno de los jueces?”. *Prudentia Iuris*, N. 94, pp.69-108

DOI: <https://doi.org/10.46553/prudentia.94.2022.pp.69-108>

Resumen: La incorporación de los tratados de derechos humanos al bloque de constitucionalidad, la doctrina del control de convencionalidad y el activismo judicial propugnados por el *Ius Constitutionale Commune* para América Latina (ICCAL) buscan producir una profunda transformación en el modo de concebir y de operar de los ordenamientos jurídicos y de los sistemas políticos de nuestra región, convirtiendo a los jueces nacionales, y sobre todo internacionales, en los principales protagonistas de este proceso, sin que exista ningún control sobre su actividad. El presente trabajo pasa revista a este fenómeno y deja planteadas –sin ahondar en ellas– varias interrogantes que surgen a partir de las consecuencias teóricas que lo anterior conlleva.

Palabras clave: Bloque de constitucionalidad, Control de convencionalidad, ICCAL, Activismo judicial, Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Ius Constitutionale Commune for Latin America (ICCLA) and judicial activism: Towards the government of the judges?

Abstract: The incorporation of human rights treaties to the constitutional block, the doctrine of conventionality control and judicial activism advocated by the *Ius Constitutionale Commune for Latin America (ICCLA)*, seek to produce a profound transformation in the way of conceiving and operating the legal and political systems of our region, turning national and above all international judges, into the main protagonists of this process, without any control over their activity. The present work reviews this phenomenon and raises –without delving into them– several questions that arise from the theoretical consequences that the above entails.

Keywords: *Block of constitutionality, Control of conventionality, ICCLA, Judicial activism, Inter-American Court of Human Rights.*

Ius Constitutionale Comune per L'America Latina (ICCAL) e l'attivismo giudiziario: Verso il governo dei giudici?

Sommario: L'incorporazione dei trattati sui diritti umani al blocco costituzionale, la dottrina del controllo della convenzionalità e dell'attivismo giudiziario sostenuta dallo *Ius Constitutionale Comune per l'America Latina (ICCAL)*, mirano a produrre una profonda trasformazione nel modo di concepire e gestire gli ordinamenti giuridici e politici della nostra regione, facendo dei giudici nazionali e, soprattutto, internazionali i principali protagonisti di questo processo, senza alcun controllo sulla loro attività. Il presente lavoro passa in rassegna questo fenomeno e solleva, senza approfondirli, alcuni interrogativi che emergono dalle conseguenze teoriche che quanto sopra comporta.

Parole chiave: Blocco costituzionalità, Controllo della convenzionalità, ICCAL, Attivismo giudiziario, Corte interamericana dei diritti umani.

I. Introducción

En los últimos años, y a distintas velocidades, la estructura y el funcionamiento de varios ordenamientos jurídicos nacionales dentro de Iberoamérica han ido sufriendo modificaciones bastante considerables. Lo anterior se ha debido tanto a factores externos, en particular la creciente influencia del derecho internacional de los derechos humanos, como internos, fruto del comportamiento de diversas instituciones estatales, sobre todo de algunos jueces, pertenezcan o no al Poder Judicial.

Este fenómeno ha hecho que parte de la doctrina latinoamericana haya iniciado hace algún tiempo un intenso y apasionante debate, respecto del verdadero sitio que desde su perspectiva debieran poseer en la actualidad las constituciones nacionales, así como del papel que tendrían que asumir los jueces domésticos al interior de un ordenamiento jurídico.

En consecuencia, el objetivo del presente trabajo es plantear brevemente y desde una perspectiva teórica, cercana a la Teoría del Derecho, un cúmulo de consecuencias jurídicas de este fenómeno que, pese a su importancia, no hemos visto esbozadas en otros trabajos: entre otras cosas, las relaciones entre el derecho nacional y el internacional; el problema de las fuentes del derecho y su jerarquía mutua; la mayor o menor vigencia de la ley y de la constitución dentro de un país; las competencias que poseen los diferentes órganos del Estado, en particular los jueces; la relación del Poder Judicial con los demás poderes; el funcionamiento de nuestros sistemas democráticos; y de modo transversal a todo lo anterior, lo que podría considerarse una notable “desformalización” del derecho y una grave falta de control sobre todo este fenómeno, todo lo cual, estimamos, produce un gran déficit de certeza jurídica.

Se insiste en que todos estos problemas teóricos serán solo comentados brevemente, pues el desarrollo de cualquiera de ellos excede los límites del presente trabajo. De este modo, nuestra intención es más bien contribuir al debate.

Este proceso de cambio se encuentra aún en evolución, no siendo posible vaticinar si logrará consolidarse. Con todo, su actual estado de avance y en particular lo que señala esta abundante doctrina merecen atención, y obligan a reexaminar –de manera teórica– la forma tradicional en que han sido entendidos la estructura y el modo de operar de nuestros ordenamientos e instituciones jurídicas nacionales. Ello, con el objetivo de tomar conciencia de este proceso y de los diversos desafíos que conlleva, tanto para el funcionamiento de los ordenamientos jurídicos domésticos, como de nuestros sistemas democráticos.

El presente trabajo pasa revista a algunos de estos cambios que buscan consolidarse. Para ello, comienza por el análisis doctrinario de la incorpora-

ción de los tratados de derechos humanos al llamado “bloque de constitucionalidad” y algunas de las consecuencias que ello conlleva. Más adelante, y relacionando lo anterior con la doctrina del control de convencionalidad, se aborda la labor que los partidarios de este proceso asignan a los jueces locales, la cual dista bastante de la visión tradicional que se posee a su respecto. Luego, y en razón de ser en buena medida el telón de fondo de todo este proceso en nuestra región, se indaga en el proyecto académico que llama a generar un *Ius Constitutionale Commune* para América Latina (el ICCAL). Finalmente, se hacen diversos comentarios respecto de todo lo señalado – desde una perspectiva más cercana a la Teoría del Derecho –, para arribar a algunas conclusiones.

Debe advertirse que, en razón del carácter teórico o especulativo del presente trabajo, solo se analizan fuentes doctrinarias, no jurisprudenciales. Igualmente, que ello explica las abundantes citas textuales que se incorporan en la presente investigación.

II. Bloque de constitucionalidad, estándar mínimo y jerarquía normativa

En varios países, diversos tratados de derechos humanos han sido incorporados al llamado “bloque de constitucionalidad”¹, gracias a la existencia de diferentes cláusulas de apertura². De ahí que se hable de un

1 Dulitzky, A. E. (2015). “An Inter-American Constitutional Court? The Invention of the Conventionality Control by the Inter-American Court of Human Rights”. En *Texas International Law Journal*, Vol. 50, Issue 1, 56 y 65-68; Acosta Alvarado, P (2016). “Zombis vs. Frankenstein: sobre las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno”. En *Estudios Constitucionales*, Año 14 N° 1, 43-46; Carvajal Martínez, J. E.; Guzmán Rincón, A. M. (2017). “Las instituciones del Sistema Interamericano de Protección a los Derechos Humanos: un análisis a sus procedimientos y orientación estratégica”. En *Revista Republicana*, Núm. 22, 199. Algunos problemas asociados en Silva Abbott, M. (2018). “La notable incerteza que produce la incorporación de los tratados de derechos humanos al bloque de constitucionalidad”. En *Prudentia Iuris*, vol. 86, 105-131.

2 Piovesan, F. (2014). “*Ius Constitutionale Commune* latinoamericano en derechos humanos e impacto del Sistema Interamericano: rasgos, potencialidades y desafíos”. En A. Von Bogdandy, H. Fix-Fierro, M. Morales (Coord.). *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos*. México. Unam / Max-Planck-Institut / Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 74, 81; Von Bogdandy, A. et al. (2017). “A manera de prefacio. *Ius Constitutionale Commune* en América Latina: un enfoque regional del constitucionalismo transformador”. En A. Von Bogdandy, M. Morales, E. Ferrer (Coord.). *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión*. México. Instituto de Estudios Constitucionales de Querétaro / Max Planck Institute, 19; Von Bogdandy, A. (2017). “*Ius constitutionale commune* en América Latina. Aclaración conceptual”. En A. Von Bogdandy, M. Morales, E. Ferrer (Coord.). *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Textos bási-*

“Estado abierto”³ o de una “constitución abierta”⁴ a los derechos humanos de origen internacional. Otros hablan de una “internacionalización del derecho constitucional”⁵, de un “proceso de interamericanización”⁶, de un “pluralismo jurídico”⁷, de un “pluralismo normativo”⁸ o de un “pluralismo

cos para su comprensión. México. Instituto de Estudios Constitucionales de Querétaro / Max Planck Institute, 141-142.

3 Morales Antoniazzi, M. (2014). “El Estado abierto como objetivo del *Ius Constitutionale Commune*. Aproximación desde el impacto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. En A. Von Bogdandy, H. Fix-Fierro, M. Morales (Coord.). *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos*. México. Unam / Max-Planck-Institut, *passim*, especialmente 269-273; Piovesan, F. (2014). “*Ius Constitutionale Commune...*”. Ob. cit., 77-78; Von Bogdandy A. (2017). “*Ius constitutionale commune...*”. Ob. cit., 164-167.

4 Sagüés, N. (2014). “Nuevas fronteras del control de convencionalidad: el reciclaje del derecho nacional y el control legisferante de convencionalidad”. En *Revista de Investigações Constitucionais*, vol. 1 N° 2, 25; Acosta Alvarado, P. (2016). “Zombis vs. Frankenstein...”. Ob. cit., 21, 26, 33 y 43; Nash, Rojas, C.; Núñez Donald, C. (2017). “Recepción formal y sustantiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos: experiencias comparadas y el caso chileno”. En *Anuario Mexicano de Derecho Comparado*, Año XLX, núm. 148, 208.

5 Ferrer Mac-Gregor, E. (2019). “Control de convencionalidad y buenas prácticas: sobre el diálogo judicial entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los tribunales nacionales”. En A. Von Bogdandy, E. Ferrer, M. Morales (Coord.). *Cumplimiento e impacto de las sentencias de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Transformando realidades*. México. Instituto Max Planck / Unam, 619-620; Burgorgue-Larsen, L. (2014). “La Corte Interamericana de Derechos Humanos como Tribunal Constitucional”. En A. Von Bogdandy, H. Fix-Fierro, M. Morales (Coord.). *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos*. México. Unam, 422 y 442-456; García Jaramillo, L. (2016). “De la ‘constitucionalización’ a la ‘convencionalización’ del ordenamiento jurídico. La contribución a un *ius constitutionale commune*”. En *Revista Derecho del Estado*, N° 36, 131-132, 135-136, 143-150, 159 y 161.

6 Morales Antoniazzi, M. (2017). “Interamericanización como mecanismo del *Ius Constitutionale Commune* de derechos humanos en América Latina”. En A. Von Bogdandy, M. Morales, E. Ferrer. (Coord.). *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión*. México. Instituto de Estudios Constitucionales de Querétaro / Max Planck Institute, *passim*, especialmente, 417-418 y 424-434. Sin llamarlo así, Morales Antoniazzi, M. (2019). “Interamericanización. Fundamentos e impactos”. En A. Von Bogdandy, E. Ferrer, M. Morales (Coord.). *Cumplimiento e impacto de las sentencias de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Transformando realidades*. México. Instituto Max Planck. Instituto de Estudios Constitucionales de Querétaro. Unam, *passim*, especialmente 78-87.

7 Aguilar Cavallo, G. (2016). “Constitucionalismo global, control de convencionalidad y el derecho a huelga en Chile”. En *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, Vol. 9, 130.

8 Ferrer Mac-Gregor, E. (2016). “El control de convencionalidad como un vehículo para el diálogo judicial entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los tribunales de América”. En *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Año XXII, 351; Ferrer Mac-Gregor, E.; Pelayo Möller, C. M. (2017). *Las obligaciones generales de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (deber de respeto, garantía y adecuación de derecho interno)*. México. Unam, 141-142; Burgorgue-Larsen, L. (2014). Ob. cit., 437-438.

constitucional”⁹. Lo importante es que todas estas nomenclaturas aluden a la creciente influencia del derecho internacional de los derechos humanos en los ordenamientos jurídicos nacionales¹⁰:

“Gracias a la metamorfosis de los órdenes constitucionales con sus cláusulas de apertura y la incorporación de los tratados de derechos humanos con rango constitucional [...], se comprueba una permeabilidad policéntrica y a múltiples velocidades del fenómeno de internacionalización, que evidencia un pluralismo dialógico entre el derecho internacional, supranacional y doméstico. La interamericanización es también un proceso de penetración de estándares a nivel doméstico, que se manifiesta no solo en reformas constitucionales y legislativas, sino también en la adopción de políticas públicas”¹¹.

De esta forma, el catálogo de derechos contemplados por estas cartas fundamentales no sería taxativo, al verse enriquecido por los derechos incorporados, y dentro de nuestro sistema regional, además, por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹². Lo anterior ha hecho hablar de “derechos innominados”¹³:

“Al margen de las diferentes olas, en América Latina se observa que hay una cláusula más generalizada y que denota la convergencia y simetría en el espectro normativo constitucional que es la cláusula de los derechos innominados. La convergencia material en esta apertura se manifiesta en incorporar, en términos similares, que la declaración o enunciación de los derechos contenida

9 Acosta Alvarado, P. (2016). “Zombis vs. Frankenstein...”. Ob. cit., 17, 28, 25-34 y 55-56; Ferrer Mac-Gregor, E. (2019). “Control de convencionalidad y...”. Ob. cit., 711; Caballero Lois, C.; Pinto Bastos, J. L. M. (2018). “Pluralismo constitucional y espacios transnacionales: ¿el fin de la constitución nacional o su nuevo comienzo?”. En *Revista Derecho del Estado* N° 40, 131-135.

10 Ibáñez Rivas, J. M. (2017). *Control de convencionalidad*. México. Unam / Instituto de Investigaciones Jurídicas / Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 22-26.

11 Morales Antoniazzi, M. (2017). “Interamericanización como mecanismo...”. Ob. cit., 418.

12 Martínez Lazcano, A. (2017). “¿Derecho supranacional o derecho convencional? Importancia de su determinación”. En *Revista Jurídica Valenciana*, N° 33, 45-46; Nash Rojas, C.; Núñez Donald, C. (2017). Ob. cit., 208-209 y 217; Indirectamente, Torelly, M. (2017). “Control de convencionalidad: ¿constitucionalismo regional dos direitos humanos?”. En *Revista Direito & Práxis*, Vol. 8 N° 1, 342-343.

13 Morales Antoniazzi, M. (2019). “Interamericanización. Fundamentos...”. Ob. cit., 72; Murillo Cruz, D. A. (2016). “La dialéctica entre el bloque de constitucionalidad y el bloque de convencionalidad en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”. En *Revista de Derecho Público*. Universidad de los Andes (Colombia), N° 36, 9-12 y 18-19; Morales Antoniazzi, M. (2017). “Interamericanización como mecanismo...”. Ob. cit., 432 y 439.

en la Constitución no debe ser entendida como la negación de otros no enumerados en el texto constitucional, que sean inherentes a la ‘persona humana’ o ‘a la dignidad humana’¹⁴.

Ahora bien, esta incorporación de los tratados de derechos humanos al bloque de constitucionalidad haría que ellos pasen a formar parte de la Constitución. Por tanto, para algunos, todo sería en el fondo “derecho constitucional”, si bien enriquecido:

“La consecuencia jurídica del rango constitucional y, por tanto, que dichos tratados integren el conocido bloque de la constitucionalidad, es que permean a todo el derecho interno y a todos los poderes públicos, los cuales deben sujetarse a ellos en igual medida que a la propia Constitución. Se aduce que una de las consecuencias de la jerarquía constitucional de los tratados sobre derechos humanos es su incorporación *in totum*, es decir, implica todas sus normas y todo su contenido, incluidos los órganos de protección internacional previstos en dichos tratados. Por esta razón se rechaza que pueda exigirse un *exequátur de constitucionalidad*”¹⁵.

Lo anterior significa que el material normativo al cual pueden acudir los tribunales nacionales se ve notablemente enriquecido, lo cual incluiría en nuestra región la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sin embargo, esto trae a nuestro entender una serie de problemas teóricos de cara al funcionamiento de los ordenamientos jurídicos nacionales, según se verá al final de este trabajo.

Al mismo tiempo, y existan o no estas cláusulas de apertura, en no pocos casos, esta adopción de derechos humanos de origen externo ha sido llevada a cabo por vías más materiales que formales, “caracterizada[s] por la incorporación sustantiva de los estándares desarrollados en el ámbito internacional, para resolver cuestiones internas de los Estados”¹⁶. En consecuencia, junto a –o también en ausencia de– la recepción formal generada por la apertura de las constituciones nacionales al derecho internacional, se ha dado también esta recepción material, sobre todo por vía jurisprudencial¹⁷. Esto último ha sido posible gracias a la aplicación del control de convencionalidad, tema que se tratará más adelante.

14 Morales Antoniazzi, M. (2017). “Interamericanización como mecanismo...”. Ob. cit., 432.

15 Morales Antoniazzi, M. (2017). “Interamericanización como mecanismo...”. Ob. cit., 433.

16 Nash Rojas, C.; Núñez Donald, C. (2017). Ob. cit., 188.

17 Nash Rojas, C.; Núñez Donald, C. (2017). Ob. cit., 224-225.

Así, al fundamentar de manera creciente varios fallos domésticos en el derecho internacional por alguna de las dos vías señaladas, el papel de los jueces nacionales se ha tornado crucial en este proceso. Sobre esto también se volverá más adelante.

En consecuencia, y en virtud de ser “una nueva realidad constitucional”¹⁸, para varios autores, la Constitución no sería la norma suprema al interior de cada país, pues estaría compartiendo su sitial de honor con los tratados de derechos humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana¹⁹.

Para ciertos estudiosos, lo anterior evidenciaría una clara superioridad del derecho internacional sobre el local²⁰. Sin embargo, para otros, no sería así, puesto que en su opinión, ya no podría hablarse de una real jerarquía entre ambos²¹, estimando que las teorías monistas y dualistas se encontrarían superadas, o se trataría de una disputa estéril²². Ello, ya que lo importante sería lograr la mejor protección de los derechos humanos en juego en cada caso, estando llamadas a coadyuvar en esta labor tanto las normas nacionales como las disposiciones internacionales, siendo indiferente acudir

18 Quintana Osuna, K. I. (2019). *Control de convencionalidad en el derecho interamericano y mexicano. Retos y perspectivas*. México. Porrúa, posición 2058. Se deja constancia de que esta obra solo pudo ser consultada en formato Kindle, en el cual no aparecen los números de página, sólo la “posición” del texto (en adelante, “pos.”), posición que cambia levemente cada vez que se abre el documento. De ahí que se trate de una referencia aproximada.

19 Morales Antoniazzi, M. (2017). “Interamericanización como mecanismo...”. Ob. cit., 422; Castilla Juárez, K. (2013). “¿Control interno o difuso de convencionalidad? Una mejor idea: la garantía de los tratados”. En *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XIII, 80; Caballero Ochoa, J. L. (2011). “La cláusula de interpretación conforme y el principio pro persona (art. 1º, segundo párrafo de la Constitución)”. En M. Carbonell y G. Salazar (Coords.). *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*. México. Unam, 103-133.

20 Con varias intensidades: Nogueira Alcalá, H. (2012). “Los desafíos del control de convencionalidad del *corpus iuris* interamericano para las jurisdicciones nacionales”. En *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Año XLV, núm. 135, 1168 y 1187; Sagüés, N. (2014). “Derechos constitucionales y derechos humanos. De la Constitución Nacional a la Constitución ‘convencionalizada’”. En H. Nogueira (Coord.). *La protección de los derechos humanos y fundamentales de acuerdo a la constitución y el derecho internacional de los derechos humanos*. Santiago. Librotecnia, 15-23; Sagüés, N. (2009). “El ‘control de convencionalidad’. En particular sobre las constituciones nacionales”. En *La Ley*, 19 de febrero de 2009, 2-5.

21 Castilla Juárez, K. (2011). “Un nuevo panorama constitucional para el derecho internacional de los derechos humanos en México”. En *Estudios Constitucionales*, Año 9 N° 2, 149-153; Nogueira Alcalá, H. (2012). “El uso del derecho convencional internacional de los derechos humanos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno en el período 2006-2010”. En *Revista Chilena de Derecho*, vol. 39 N° 1, 160-161; Quintana Osuna, K. I. (2019). Ob. cit., pos. 3013 y 3017. Desde otro ángulo, Caballero Lois, C.; Pinto Bastos, J. L. M. (2018). Ob. cit., 137-144.

22 Morales Antoniazzi, M. (2014). “El Estado abierto...”. Ob. cit., 275; Ibáñez Rivas, J. M. (2017). Ob. cit., 18-19; Acosta Alvarado, P. (2016). “Zombis vs. Frankenstein...”. Ob. cit., 17-25.

a unas u otras para tal efecto²³. Y la fundamentación para obrar de esta manera se encontraría en el principio *pro homine*²⁴, recayendo en el juez nacional la tarea de elegir entre unas u otras²⁵, pudiendo acudir al derecho interno en caso de considerarlo más adecuado²⁶.

Ello explica que ciertos autores vean a este principio como una norma de reenvío²⁷.

En consecuencia, lo anterior significa que el criterio para aplicar la norma nacional o la internacional por parte del juez local resultaría bastante casuístico²⁸.

Lo anterior se vincula también con la idea según la cual el derecho internacional establecería sólo el “estándar mínimo”²⁹ en materia de protección de los derechos humanos. Esto significa que a menos que las normas

23 Murillo Cruz, D. A. (2016). Ob. cit., 20 y 25-26; Acosta Alvarado, P. (2016). “Zombis vs. Frankenstein...”. Ob. cit., 32-33. Argumentos parecidos en Von Bogdandy A. (2017). “*Ius constitutionale commune*...”. Ob. cit., 142.

24 Castilla Juárez, K. (2011). “Un nuevo panorama constitucional...”. Ob. cit., 149-153; Caballero Ochoa, J. L. (2011). Ob. cit., 109-112, 128 y 130; Nogueira Alcalá, H. (2012). “Los desafíos del control de convencionalidad...”. Ob. cit., 1202-1203 y 1218.

25 Ferrer Mac-Gregor, E. (2013). “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*)”. En *Estudios Constitucionales*, Año 11 N° 2, 676; García Ramírez, S. (2011). “El control judicial interno de convencionalidad”. En *IUS, Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, Año V, N° 28, 133-139; Cançado Trindade, A. A. (2006). *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*. 2ª ed. Santiago. Editorial Jurídica de Chile, 310-314.

26 Nogueira Alcalá, H. (2013). “El control de convencionalidad y el diálogo interjurisdiccional entre tribunales nacionales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. En *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, Año 10, N° 19, 266-267; Hitters, J. C. (2013). “Un avance en el control de convencionalidad. (El efecto *erga omnes* de las sentencias de la Corte Interamericana)”. En *Estudios Constitucionales*, Año 11 N° 2, 708-709; García Ramírez, S. (2011). “El control judicial interno...”. Ob. cit., 133-139.

27 Vogelfanger, A. D. (2015). “La creación de derecho por parte de los tribunales internacionales. El caso específico de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. En *Pensar en Derecho*, N° 7, Año 4, 261-268. Indirectamente, Aguilar Cavallo, G. (2016). “Constitucionalismo global...”. Ob. cit., 135; Caballero Ochoa, J. L. (2011). Ob. cit., 112 114-115.

28 Acosta Alvarado, P. (2016). “Zombis vs. Frankenstein...”. Ob. cit., 32-34 y 54; Nogueira Alcalá, H. (2012). “El uso del derecho convencional...”. Ob. cit., 153, 160-161 y 185; Castilla Juárez, K. (2011). “Un nuevo panorama constitucional...”. Ob. cit., 149-153; Quintana Osuna, K. I. (2019). Ob. cit., pos. 1141, 1147, 1320.

29 Nogueira Alcalá, H. (2012). “Diálogo interjurisdiccional, control de convencionalidad y jurisprudencia del Tribunal Constitucional en el período 2006-2011”. En *Estudios Constitucionales*, Año 10 N° 2, 71-72, 84-85, 100-102 y 124; Ferrer Mac-Gregor, E. (2013). “Eficacia de la sentencia interamericana...”. Ob. cit., 677; Aguilar Cavallo, G.; Nogueira Alcalá, H. (2016). “El principio favor persona en el derecho internacional y en el derecho interno como regla de interpretación y de preferencia normativa”. En *Revista de Derecho Público*, Vol. 84, 23.

nacionales los protejan mejor que aquellas, los jueces debieran aplicar las foráneas, “tal como ha sido interpretado por sus órganos internacionales de supervigilancia, en la medida en que el ordenamiento jurídico estatal no proporcione una solución más favorable para el individuo, comunidad o pueblo”³⁰.

Por tanto, esto facultaría a los jueces nacionales para buscar, de acuerdo con su criterio y fundamentándose en el principio *pro homine*, la normativa que mejor los tutele, sin importar su origen. De ahí que para sus defensores no pueda hablarse de una real jerarquía entre ambos órdenes jurídicos, nacional e internacional.

Ahora bien, según se ha señalado, los derechos humanos de origen interamericano –determinados tanto por los tratados que los consagran como por las interpretaciones de la Corte– pasarían a formar parte del derecho interno³¹, debiendo ser aplicados “en cascada” por todas las autoridades nacionales³².

Sin embargo, lo anterior obligaría a reinterpretar las normas locales a la luz de las internacionales³³, lo que se conoce como “interpretación conforme”³⁴ (llamada también “interpretación convencional”³⁵). Si bien ella suele relacionarse al control de convencionalidad³⁶, su alcance es mucho

30 Aguilar Cavallo, G. (2016). “Los derechos humanos como límites a la democracia a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. En *Revista da AJURIS*, Vol. 43 N° 141, 345.

31 Desde diversos ángulos, Martínez Lazcano, A. (2017). Ob. cit., 36-37, 39 y 45-46 y Vio Grossi, E. (2018). “El control de convencionalidad y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. En *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, N° 24, 107-108.

32 Morales Antoniazzi, M. (2017). “Interamericanización como mecanismo...”. Ob. cit., 418 y 422-423; Murillo Cruz, D. A. (2016). Ob. cit., 10-12; en parte, Von Bogdandy A. (2017). “*Ius constitutionale commune...*”. Ob. cit., 142.

33 Sagüés, N. (2014). “Derechos constitucionales y derechos humanos...”. Ob. cit., 17; Nogueira Alcalá, H. (2013). “Diálogo interjurisdiccional y control de convencionalidad entre los tribunales nacionales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Chile”. En *Anuario de Derecho Constitucional latinoamericano*, Año XIX, 521 y 532; Nogueira Alcalá, H. (2013). “El control de convencionalidad y el diálogo...”. Ob. cit., 234.

34 Ferrer Mac-Gregor, E. (2016). “El control de convencionalidad como un...”. Ob. cit., 347-348; Góngora Mena, M. (2014). “Diálogo policéntrico”. En E. Ferrer, F. Martínez, G. A. Figueroa (Coords.). *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*. 2ª ed. México. Unam, 594; Rousset Siri, A. (2016). “Control de convencionalidad sobre normas procesales convencionales”. En *IIDH*, vol. 64, 46; Quintana Osuna, K. I. (2019). Ob. cit., pos. 834, 839, 869, 896, 901, 3013; Serrano Guzmán, S. (2015). *El control de convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. México. Comisión Nacional de Derechos Humanos, 32-35, 40-41, 63 y 64.

35 Serrano Guzmán, S. (2015). Ob. cit., 35.

36 Sobre este tema en general, *vid* Silva Abbott, M. (2016). “Control de convencionalidad interno y jueces locales: un planteamiento defectuoso”. En *Estudios Constitucionales*, Vol. 14 N° 2, 101-141; Silva Abbott, M. (2018). “¿Es realmente viable el control de convencionalidad?”.

mayor, y pretende lograr una armonía entre ambos órdenes normativos, siempre guiado por la consideración del internacional como el “estándar mínimo” en cuanto a la protección de los derechos humanos.

Ahora, como siempre, estarían influyendo de manera decisiva los estándares internacionales, la incorporación de los tratados de derechos humanos al bloque de constitucionalidad haría que en el fondo, todo fuera un “bloque de convencionalidad”³⁷, que, además, iría cambiando constantemente gracias a la interpretación evolutiva de que es objeto³⁸.

En consecuencia, la idea es que el total de los ordenamientos jurídicos del continente sean permeados por estas normas e interpretaciones internacionales, tanto por haber sido incorporadas al bloque de constitucionalidad y/o por la recepción material de sus contenidos vía control de convencionalidad. Lo cual debiera ir produciendo una homogeneización entre ellos, sobre todo si las disposiciones internacionales sólo establecen el “estándar mínimo”.

De ahí que varios autores consideren que lo anterior estaría dando origen a un “orden público”³⁹, a un *ius commune* interamericano⁴⁰, o a un “constitucionalismo global”⁴¹.

En *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 45 N° 3, 717-744; Silva Abbott, M. (2019). “La doctrina del control de convencionalidad: más problemas que soluciones”. En M. Silva (Coord.). *Una visión crítica del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y algunas propuestas para su mejor funcionamiento*. Valencia. Tirant Lo Blanch, 177-216.

37 Ferrer Mac-Gregor, E. (2019). “Control de convencionalidad y...”. Ob. cit., 616; Ferrer Mac-Gregor, E. (2015). “Conventionality Control. The New Doctrine of the Inter-American Court of Human Rights”. En *Symposium: The Constitutionalization of International Law in Latin America. American Journal of International Law (ASIL)*, vol. 109, N° 93, 93; Burgorgue-Larsen, L. (2014). Ob. cit., 441-442; Serrano Guzmán, S. (2015). Ob. cit., 32.

38 Quintana Osuna, K. I. (2019). Ob. cit., pos. 1023 y 3013.

39 Nogueira Alcalá, H. (2012). “El uso del derecho convencional...”. Ob. cit., 152; Ferrer Mac-Gregor, E. (2013). “Eficacia de la sentencia interamericana...” Ob. cit., 656, 679-680 y 682; Nogueira Alcalá, H. (2012). “Los desafíos del control de convencionalidad...”. Ob. cit., 1194 y 1218.

40 García Ramírez, S. (2016). “Sobre el control de convencionalidad”. En *Pensamiento Constitucional*, N° 22, 175; Ibáñez Rivas, J. M. (2017). Ob. cit., 77-78; Dulitzky, A. E. (2014). “El impacto del control de convencionalidad. ¿Un cambio de paradigma en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos?”. En J. C. Rivera, J. S. Elías, L. Grosman, S. Legarre (Dir.). *Tratado de los derechos constitucionales*. Buenos Aires. Abeledo Perrot, 548.

41 Peters, A. (2018). “Los méritos del constitucionalismo global”. En *Revista Derecho del Estado* N° 40, trad. L. García J. y J. L. Fabra, *passim*; Mora-Carvajal, D. A. (2020). “El constitucionalismo global: ¿oportunidad para un derecho internacional más unitario y coherente?”. En *Revista Derecho del Estado* N° 45, especialmente 108-115; Von Bogdandy, A. (2019). “El *Ius Constitutionale Commune* en América Latina a la luz de *El concepto de lo político*, de Carl Schmitt”. En *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XLX, 135.

Sin embargo, al margen de que se incorporen o no los tratados de derechos humanos al bloque de constitucionalidad, existe otra vía que pretende llegar a resultados similares: la labor realizada por los jueces nacionales –situación en la cual el control de convencionalidad adquiere una importancia crucial–, tema que pasa a verse a continuación.

III. El papel central del juez nacional y del activismo judicial

Según se ha señalado, en todo este proceso descrito los jueces nacionales tienen un rol absolutamente primordial⁴², el cual resulta bastante distinto del papel que han desempeñado tradicionalmente⁴³, al punto de convertirse para sus partidarios en los protagonistas de la vida política e institucional de sus países⁴⁴. En parte, lo anterior ha llevado a denominarlos también “jueces interamericanos”⁴⁵.

Esto es importante, porque aun cuando en virtud del artículo 2º de la Convención Americana, los países deban adaptar sus ordenamientos internos para hacerlos coincidir con los estándares internacionales, muchos autores consideran que son los jueces los llamados a paliar este déficit, hasta que los Poderes Ejecutivo y Legislativo cumplan con esta tarea. Todo lo cual se relaciona con la doctrina del control de convencionalidad, específicamente en aquella parte en que la Corte Interamericana llama a proceder de esta

42 Desde perspectivas complementarias: Nogueira Alcalá, H. (2012). “El uso del derecho convencional...”. Ob. cit., 155; Ferrer Mac-Gregor, E. (2016). “El control de convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. En F. Pereira de Oliveira, F. Bittencourt, T. Dal Maso. (Coords.). *Controle de Convencionalidade*. Brasília. Conselho Nacional de Justiça, 22 y 25; Rousset Siri, A. (2016). Ob. cit., 42.

43 Von Bogdandy, A. (2019). “El mandato transformador del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Legalidad y legitimidad de un proceso iurisgenerativo extraordinario”. En A. Von Bogdandy, E. Ferrer, M. Morales (Coord.). *Cumplimiento e impacto de las sentencias de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Transformando realidades*. México. Instituto Max Planck / Instituto de Estudios Constitucionales de Querétaro / Unam, 41-45; Von Bogdandy, A. et al. (2017). “A manera de prefacio...”. Ob. cit., 31; Von Bogdandy A. (2017). “*Ius constitutionale commune...*”. Ob. cit., 159.

44 García Jaramillo (2016). Ob. cit., 141. En parte ideas similares en Bazán, V. (2017). “Estado constitucional y convencional y protección de derechos humanos: Control de convencionalidad y diálogo interjurisdiccional”. En *Revista Temas Socio Jurídicos*, Vol. 36 N° 72, 26 y de manera complementaria, Carvajal Martínez, J. E.; Guzmán Rincón, A. M. (2017). “Las instituciones del...”. Ob. cit., 199.

45 Ferrer Mac-Gregor, E. (2016). “El control de convencionalidad como un...”. Ob. cit., 339; Nogueira Alcalá, H. (2012). “Diálogo interjurisdiccional...”. Ob. cit., 60-87; Von Bogdandy, A. (2019). “El mandato transformador...”. Ob. cit., 32.

manera a los jueces, cuando a su juicio el legislador ha “fallado” en su tarea de proteger los derechos humanos⁴⁶:

“Cuando las instituciones políticas están bloqueadas o cooptadas, existe un contexto idóneo para que los tribunales intervengan. Como reconocen muchas teorías de la democracia, los tribunales tienen legitimidad para intervenir cuando el procedimiento democrático es deficitario”⁴⁷.

Como se ha dicho, esta actuación de los tribunales se relaciona directamente con el control de convencionalidad que la Corte Interamericana ordena hacer a los jueces locales⁴⁸. Ello, pues lo crucial es la tutela efectiva de los derechos humanos⁴⁹, sin importar tanto los requisitos formales que se sigan para tal efecto⁵⁰, aunque en principio cada juez deba actuar en el ámbito de sus propias competencias y regulaciones procesales correspondientes⁵¹. Lo importante sería, así, tutelar a las víctimas sin importar tanto dónde se fundamenten estos derechos⁵², en virtud del “estándar mínimo” y el principio *pro homine*. Por eso se ha advertido sobre el creciente proceso de “desformalización” que lo anterior conlleva, que se comentará dentro de poco.

46 Ibáñez Rivas, J. M. (2017). Ob. cit., 55-56 y 113-114; Nogueira Alcalá, H. (2013). “El control de convencionalidad y el diálogo...”. Ob. cit., 244; Ferrer Mac-Gregor, E. (2011). “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”. En M. Carbonell, P. Salazar (Eds.). *Derechos humanos un nuevo modelo constitucional*. México. Unam, 371-373 y 389-390; Serrano Guzmán, S. (2015). Ob. cit., 24.

47 Von Bogdandy, A. et al. (2017). “A manera de prefacio...”. Ob. cit., 34. Argumentos parecidos en Murillo Cruz, D. A. (2016). Ob. cit., 20.

48 Ferrer Mac-Gregor, E. (2011). “Interpretación conforme y...”. Ob. cit., 371-372 y 389; Jiménez García, F. (2010). “Activismo judicial en la evolución del derecho internacional: hacia la configuración de un incipiente orden público internacional”. En *Agenda Internacional*, Año XVII N° 28, 100; Sagüés, N. (2015). “Notas sobre el control ejecutivo de convencionalidad”. En *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Año XXI, 144-145.

49 Morales Antoniazzi, M. (2017). “Interamericanización como mecanismo...”. Ob. cit., 455-456; Murillo Cruz, D. A. (2016). Ob. cit., 25.

50 Nash Rojas, C.; Núñez Donald, C. (2017). Ob. cit., 207-208 y 224. De manera parecida, Aguilar Cavallo, G. (2016). “Constitucionalismo global...”. Ob. cit., 125; Aguilar Cavallo, G.; Nogueira Alcalá, H. (2016). Ob. cit., 24. *Vid* nota 61.

51 Olano García, H. A. (2016). “Teoría del Control de Convencionalidad”. En *Estudios Constitucionales*, Año 14 N° 1, 88; García Pino, G. (2014). “Preguntas esenciales sobre el control de convencionalidad difuso aplicables a Chile”. En H. Nogueira (Coord.). *La protección de los derechos humanos y fundamentales de acuerdo a la constitución y el derecho internacional de los derechos humanos*. Santiago. Librotecnia, 343 y 356; Ferrer Mac-Gregor, E. (2011). “Interpretación conforme y...”. Ob. cit., 395.

52 *Vid* nota 23.

Más aún: ante una situación semejante, no solo el juez, sino también todas las autoridades nacionales debieran adelantarse al legislador. De ahí que

“independientemente de las reformas legales que deba adoptar un Estado para compatibilizar determinadas *normas y prácticas* con la Convención Americana y los estándares internacionales que correspondan, *toda autoridad pública*, en todos los niveles, *debe actuar inmediatamente* en el sentido de *adecuar sus decisiones a la Convención y respectivos estándares*”⁵³.

Llevado a sus extremos, esto querría decir que los jueces domésticos estarían autorizados para dejar de aplicar las leyes o incluso la Constitución de su país⁵⁴, y también para reinterpretarlas de acuerdo con los parámetros internacionales⁵⁵ (lo cual ha hecho hablar, en el caso de esta última, de una “constitución convencionalizada”⁵⁶). Sin embargo, todo esto podría no estar en armonía con una serie de normas locales que regulan su propia labor⁵⁷.

Lo importante, para estos efectos, es que esta actuación de los jueces nacionales vendría a ser una especie de “atajo” o de “solución de emergencia” de cara a los derechos humanos involucrados, mientras no se dicten, modifiquen o deroguen las normas internas correspondientes, sean constitucionales, legales o administrativas⁵⁸. De ahí que

53 Ibáñez Rivas, J. M. (2017). Ob. cit., 113, énfasis añadido.

54 Ferrer Mac-Gregor, E. (2010). “El control difuso de convencionalidad en el Estado constitucional”. Recuperado el 11 de marzo de 2015, en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2873/9.pdf>, 185-186; Sagüés, N. (2009). “El ‘control de convencionalidad’. En particular...”. Ob. cit., 2-5; Sagüés, N. (2014). “Derechos constitucionales y derechos humanos...”. Ob. cit., 21-22.

55 Contesse, J. (2013). “¿La última palabra? Control de convencionalidad y posibilidades de diálogo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. Recuperado el 15 de diciembre de 2016, en http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/SELA13_Contesse_CV_Sp_20130401.pdf, 10-11; Nogueira Alcalá, H. (2013). “El uso del derecho y jurisprudencia constitucional extranjera de tribunales internacionales no vinculantes por el Tribunal Constitucional chileno en el período 2006-2011”. En *Estudios Constitucionales*, Año 11 N° 1, 127; Sagüés, N. (2014). “Derechos constitucionales y derechos humanos...”. Ob. cit., 18 y 21.

56 Sagüés, N. (2014). “Constitución convencionalizada”. En E. Ferrer, F. Martínez, G. A. Figueroa (Coords.). *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*. 2ª ed. México. Unam, 190-192; Ibarlucía, E. A. (2013). “¿Existe una Constitución ‘convencionalizada’?”. En *La Ley*, Año LXXVII, N° 155, Buenos Aires, jueves 22 de agosto de 2013, 1-3. Sagüés, N. (2015). “Notas sobre el control ejecutivo...”. Ob. cit., 144.

57 Silva Abbott, M. (2016). “Control de convencionalidad interno y...”. Ob. cit., 106-108, 113-114, 115, 121-122 y 143.

58 Olano García, H. A. (2016). Ob. cit., 88; Ferrer Mac-Gregor, E. (2016). “El control de convencionalidad en la jurisprudencia...”. Ob. cit., 15-16; Serrano Guzmán, S. (2015). Ob. cit.,

“mientras se materializan los procesos respectivos de adecuación legislativa, es decir, mientras una norma incompatible con la Convención siga vigente, se deben adoptar las medidas necesarias para asegurar que no tenga ningún efecto, por ejemplo, mediante la inaplicación de la norma”⁵⁹.

Todo lo dicho se relaciona, a nuestro juicio, con lo que podría considerarse una notable “desformalización”⁶⁰ del derecho en general. Entendemos por “desformalización”, la falta de cauces o de procedimientos objetivos, pre-establecidos mediante normas jurídicas, que regulen las competencias de un operador jurídico determinado, que restrinjan en lo posible su discrecionalidad a fin de evitar posibles abusos y que, además, puedan ser conocidas por quienes se verán afectados por su labor y, en parte, les permitan prever sus resultados.

Esta desformalización se produce tanto por la creciente permeabilidad de los ordenamientos jurídicos nacionales a las disposiciones e interpretaciones internacionales de derechos humanos –lo cual se vincula con el supuesto fin de la jerarquía entre ambas–, como por el llamado a los jueces domésticos a inaplicar o reinterpretar las normas nacionales en pos o a la luz de las internacionales, respectivamente, incluidas en parte las que regulan sus propias atribuciones. Ello, puesto que como lo importante es la protección de los derechos humanos en juego, cada vez importaría menos no solo de dónde se extraiga la solución material del problema planteado, sino incluso, para algunos, si para conseguirlo el juzgador puede –o incluso debe– saltarse las normas internas que regulan sus propias competencias, si ellas estorban para lograr la protección requerida:

“El respeto y garantía de los derechos humanos no puede estar condicionado a que se materialicen cambios en el orden jurídico interno. De ahí la importancia de que toda autoridad pública conozca la obligatoriedad del control de conven-

35, 48-52 y 64. Desde una perspectiva crítica, Silva Abbott, M. (2020). “¿Qué efectos produce el control de convencionalidad decretado por la Corte Interamericana en un ordenamiento jurídico?”. En *Estudios Constitucionales*, Vol. 18 N° 2, 287.

59 Serrano Guzmán, S. (2015). Ob. cit., 35.

60 Sin emplear este término, acusan desde varias perspectivas esta situación, Henríquez Viñas, M.; Núñez, J. I. (2016). “El control de convencionalidad: ¿Hacia un no positivismo interamericano?”. En *Revista Boliviana de Derecho*, N° 21, 338-339; Castillo Córdova, L. (2013). “Control de convencionalidad (derecho constitucional)”. En M. I. Álvarez, R. Cippitani (Coord.). *Diccionario Analítico de Derecho Humanos e Integración Jurídica* (81-87). Roma-Perugia-México. ISEG, 87. También existen críticas en Maino, C. A. G. (2016). “Los derechos humanos: baluarte y socavo de las instituciones. Hacia un adecuado equilibrio entre el control judicial de convencionalidad y la representación política de los procesos democráticos”. En *Anuario de Derecho Constitucional*, Año XXXI, 376.

cionalidad y las alternativas para su aplicación, siempre en la línea de mantener la armonía entre el derecho interno y el derecho internacional respecto del cual el Estado ha consentido”⁶¹.

Por lo tanto, el activismo judicial que lo anterior exige resulta aquí fundamental.

En realidad, varios autores no solo apuntan al papel central que los jueces nacionales tendrían en este proceso de “internacionalización” de sus ordenamientos jurídicos, sino que los instan encarecidamente a llevar a cabo esta tarea, pues, desde su perspectiva, “un buen juez debe ser un juez activista. Un juez que busca una transformación dentro del respeto a las leyes, que mira el sentido de una norma dentro de la dinámica realidad social, que entiende cuáles son los valores democráticos que dichas leyes buscan preservar [...] El activismo debe ser, pues, progresista”⁶². O también,

“El énfasis en el Poder Judicial como motor de innovaciones transformadoras es algo nuevo en Latinoamérica. Por eso, muchas sentencias que bajo el viejo paradigma parecerían activismo judicial cuestionable, se entienden bajo el nuevo paradigma como propios del Poder Judicial en una democracia constitucional que de manera incremental ayuda a realizar el nuevo proyecto constitucional”⁶³.

En consecuencia, hay autores que llaman a los jueces a liderar este proceso, a fin de transformar verdaderamente sus ordenamientos jurídicos desde dentro y lograr una homogeneización en la protección de los derechos humanos en el continente, siempre siguiendo, eso sí, los criterios del tribunal interamericano:

“Y ello importa, inexorablemente, una sensible reducción de las facultades de los jueces nacionales en materia de control de constitucionalidad y de interpretación de los derechos personales. De aquí en más ya no son libres de descifrar esos derechos a su independiente leal saber y entender, sino que deben comprenderlos con el significado que hasta ahora les ha dado, y les dará en el futuro la Corte Interamericana. Asimismo, tendrán que ‘leer’ los derechos constitucionales locales en consonancia con esas directrices”⁶⁴.

61 Ibáñez Rivas, J. M. (2017). Ob. cit., 114. Vid nota 50.

62 García Jaramillo (2016). Ob. cit., 138.

63 Von Bogdandy A. (2017). “*Ius constitutionale commune...*”. Ob. cit., 159. Ideas similares en Von Bogdandy, A. (2019). “El mandato transformador...”. Ob. cit., 32-35 y 41-45.

64 Fuenzalida Bascuñán, S. (2015). “La jurisprudencia de la Corte Interamericana de

Con todo, hay autores que han criticado lo anterior, en virtud de atentar contra la autonomía judicial⁶⁵, tema que no puede ser abordado aquí.

Obviamente, todo lo dicho equivale a un completo replanteamiento teórico del modo tradicional de concebir y de la manera de funcionar del derecho en nuestros países, al punto de que varios hablan de un nuevo paradigma jurídico⁶⁶. Ello no solo por la crisis del concepto de supremacía constitucional⁶⁷, sino, además, por el rol protagónico que se atribuye a los jueces nacionales, todo lo cual pone en entredicho la jerarquía entre las fuentes del derecho.

Es más: puesto que lo que importa es la real protección de los derechos humanos de cada caso que tenga que resolver el juez nacional, ello le exigiría tener siempre en cuenta las disposiciones internacionales⁶⁸, dejando de ser considerado un mero declarador de la ley local⁶⁹ (pudiendo, así, “liberarse de la servidumbre de la ley nacional”⁷⁰), y convertirse en el protagonista de este cambio⁷¹.

Lo anterior hace que varios autores hablen de un derecho –y también de una “protección”, de una “perspectiva” o de un “diálogo”– “multinivel”⁷², integrado por normas nacionales e internacionales, en su aspiración común por tutelar mejor los derechos humanos.

Derechos Humanos como fuente del derecho. Una revisión de la doctrina del ‘examen de convencionalidad’. En *Revista de Derecho* (Valdivia), Vol. XXVIII N° 1, 176-177.

65 Castilla Juárez, K. (2016). “La independencia judicial en el llamado control de convencionalidad interamericano”. En *Estudios Constitucionales*, Año 14 N° 2, 53-100.

66 Dulitzky, A. E. (2014). “El impacto...”. Ob. cit., 533-569; García Ramírez, S. (2011). “El control judicial interno...”. Ob. cit., 133; Nogueira Alcalá, H. (2013). “El uso del derecho y jurisprudencia...”. Ob. cit., 222.

67 Desde varias perspectivas, Castillo Córdova, L. (2013). Ob. cit., 84-85 y 87; Ibarlucía, E. A. (2103). Ob. cit., 1 y 3. Criticando esta postura, Vio Grossi, E. (2018). Ob. cit., 98-104 y 107-109.

68 Nogueira Alcalá, H. (2013). “Diálogo interjurisdiccional y control de convencionalidad...”. Ob. cit., 521 y 532; Nogueira Alcalá, H. (2012). “Diálogo interjurisdiccional...”. Ob. cit., 82 y 88; Sagüés, N. (2014). “Derechos constitucionales y derechos humanos...”. Ob. cit., 17.

69 Nogueira Alcalá, H. (2012). “Los desafíos del control de convencionalidad...”. Ob. cit., 90.

70 Nogueira Alcalá, H. (2012). “Diálogo interjurisdiccional...”. Ob. cit., 90.

71 Desde diferentes ángulos, Bazán, V. (2017). “Estado constitucional y convencional...”. Ob. cit., 26; García Jaramillo (2016). Ob. cit., 141 y 162; Murillo Cruz, D. A. (2016). Ob. cit., 24.

72 Von Bogdandy, A. (2019). “El *Ius Constitutionale Commune* en América Latina...”. Ob. cit., 132; Morales Antoniazzi, M. (2019). “Interamericanización. Fundamentos...”. Ob. cit., 64 y 82; Piovesan, F. (2019). “Implementación de las decisiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: propuestas y perspectivas”. En A. Von Bogdandy, E. Ferrer, M. Morales (Coord.). *Cumplimiento e impacto de las sentencias de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Transformando realidades*. México. Instituto Max Planck. Instituto de Estudios Constitucionales de Querétaro. Unam, 467, 471 y 474; Quintana Osuna, K. I. (2019). Ob. cit., pos. 1294, 1300.

Por lo mismo, se llama a realizar un amplio “diálogo interjurisdiccional”⁷³ (también llamado “diálogo policéntrico”⁷⁴ o “diálogo judicial en doble vía”⁷⁵), entre los jueces nacionales e internacionales –aunque algún autor señale que la Corte Interamericana no estaría obligada a ello⁷⁶–, a fin de lograr un enriquecimiento mutuo en esta labor compartida:

“Por la vía del diálogo entre los tribunales se está gestando el *ius constitutionale commune*. No en vano se habla de la ‘viva interacción’ entre las decisiones de la Corte IDH y el derecho interno de los países de la región [...] Emerge la llamada ‘nacionalización’ del derecho internacional de los derechos humanos”⁷⁷.

Con todo, lo anterior exigiría una mejor argumentación del juez local al momento de fallar, labor que debiera estar sometida al escrutinio de una sociedad democrática y deliberativa⁷⁸. Además, este modo de proceder no afectaría ni la división de poderes, ni el rol protagónico del pueblo, expresado por medio de las vías democráticas⁷⁹. Ello, aunque “Lo cierto es que la realidad internacional evidencia que los jueces son los constructores actuales del nuevo orden jurídico global”⁸⁰.

Finalmente, todo lo dicho en este epígrafe tendría por objetivo, además, generar una especie de derecho común en el continente, tema que pasa a desarrollarse a continuación.

73 García Ramírez, S. (2015). “The Relationship between Inter-American Jurisdiction and States (National Systems). Some Pertinent Questions”. En *Notre Dame Journal of International & Comparative Law*, Vol. 5 Issue 1, 127; Sagüés, N. (2014). “Nuevas fronteras...”. Ob. cit., 29. De manera crítica, Vítolo, A. (2013). “Una novedosa categoría jurídica: el ‘querer ser’. Acerca del pretendido carácter normativo *erga omnes* de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Las dos caras del ‘control de convencionalidad’. En *Pensamiento Constitucional*, N° 18, 375.

74 Góngora Mena, M. (2014). Ob. cit., 595-596.

75 Ferrer Mac-Gregor, E. (2016). “El control de convencionalidad como un...”. Ob. cit., 337.

76 Morales Antoniazzi, M. (2017). “Interamericanización como mecanismo...”. Ob. cit., 443.

77 Morales Antoniazzi, M. (2014). “El Estado abierto...”. Ob. cit., 291, énfasis añadido.

78 Aguilar Cavallo, G. (2016). “Los derechos humanos como límites...”. Ob. cit., 341.

79 Aguilar Cavallo, G. (2016). “Los derechos humanos como límites...”. Ob. cit., 342-343; García Jaramillo (2016). Ob. cit., 136-143.

80 Murillo Cruz, D. A. (2016). Ob. cit., 24.

IV. El *Ius Constitutionale Commune* para América Latina (ICCAL)

Para varios autores, el proceso descrito estaría dando –o debería dar– origen a un *Ius Constitutionale Commune* para América Latina (ICCAL)⁸¹. Su diferencia con el *Ius Commune* o el “orden público” interamericanos, antes mencionados, es que en el presente caso este proyecto académico⁸² llama a un activismo judicial comprometido con estos derechos humanos de origen internacional⁸³ (teniendo, así, los jueces un rol protagónico en la determinación del derecho⁸⁴, al buscar generar una “red judicial de protección”⁸⁵), dejando de ser así dominados por el Poder Ejecutivo de cada país⁸⁶. Esto, al margen del activismo de la propia Corte Interamericana⁸⁷, que tendría un papel directivo e inspirador fundamental en todo este proceso⁸⁸. De hecho, para los defensores del ICCAL,

“Uno de los aportes esenciales y a la vez uno de los desafíos permanentes de la Corte Interamericana se centra, precisamente, en la capacidad de guiar la actuación de los Estados democráticos y la jurisprudencia de los tribunales nacionales”⁸⁹.

81 Von Bogdandy, A. (2019). “El *Ius Constitutionale Commune* en América Latina...”. Ob. cit., especialmente 132-137; García Jaramillo (2016). Ob. cit., 141, 159 y 162.

82 Así lo denomina Quintana Osuna, K. I. (2019). Ob. cit., pos. 1275.

83 García Ramírez, S. (2016). “Sobre el control de convencionalidad...”. Ob. cit., 182; Martínón Quintero, R. (2018). “El activismo jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. En *Revista de Derecho Público*. U. de Chile, N° 89, 96-98, 109-113 y 120; Von Bogdandy A. (2017). “*Ius constitutionale commune*...”. Ob. cit., 156-161.

84 Aguilar Cavallo, G. (2016). “Los derechos humanos como límites...”. Ob. cit., 341-343; Aguilar Cavallo, G. (2019). “Juiz constitucional e diálogo jurisdiccional multinível: a experiência chilena”. En *Revista de Investigações Constitucionais*, Vol. 6, N° 1, 61-89.

85 Quintana Osuna, K. I. (2019). Ob. cit., pos. 1307.

86 Von Bogdandy, A. et al. (2017). “A manera de prefacio...”. Ob. cit., 30-31; Von Bogdandy A. (2017). “*Ius constitutionale commune*...”. Ob. cit., 159; García Jaramillo (2016). Ob. cit., 162.

87 Martínón Quintero, R. (2018). Ob. cit., *passim*, especialmente 98-110.

88 Von Bogdandy A. (2017). “*Ius constitutionale commune*...”. Ob. cit., 142 y 174-175; Morales Antoniazzi, M. (2017). “Interamericanización como mecanismo...”. Ob. cit., 437-438 y 444. En parte, Burgorgue-Larsen, L. (2014). Ob. cit., 456-457.

89 Morales Antoniazzi, M. (2017). “Interamericanización como mecanismo...”. Ob. cit., 444. Ideas similares en 456.

El objetivo del ICCAL es claro: transformar las condiciones sociales del continente⁹⁰, marcadas por la pobreza⁹¹, las desigualdades económicas⁹², la exclusión y la discriminación⁹³ y la existencia de grupos vulnerables (indígenas, migrantes, niños, presos, etc.)⁹⁴. Por eso,

“representa un enfoque transformador que se dota de energía a partir de la experiencia concreta y la convicción profunda de la inaceptabilidad de situaciones de injusticia sistemática. Su sustrato de derecho positivo lo constituyen principalmente la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las garantías de las constituciones nacionales sobre la misma materia, las cláusulas de apertura, así como la correspondiente jurisprudencia, tanto nacional como internacional. Apuesta por un discurso que interrelacione los distintos ordenamientos jurídicos con el objeto de reforzar las transformaciones en los países latinoamericanos”⁹⁵.

En consecuencia, la idea es lograr “un constitucionalismo transformador de las desigualdades sociales y políticas que aquejan a los países de la región”⁹⁶, fundamentalmente mediante una “jurisprudencia transformadora”⁹⁷.

Por otro lado, y aunque se diga alguna vez que el ICCAL no adscribe a una tendencia política concreta⁹⁸, varios autores se muestran abier-

90 Von Bogdandy, A, *et al.* (2017). “A manera de prefacio...”. Ob. cit., 21-22 y 47; Von Bogdandy A. (2017). “*Ius constitutionale commune...*”. Ob. cit., 151-152, 154 y 176; Quintana Osuna, K. I. (2019). Ob. cit., pos. 1281; García Jaramillo (2016). Ob. cit., 132, 136 y 162.

91 Piovesan, F. (2019). “Implementación de las decisiones...”. Ob. cit., 438-439; Von Bogdandy, A. *et al.* (2017). “A manera de prefacio...”. Ob. cit., 23-24, 36 y 42. De forma más indirecta, García Jaramillo (2016). Ob. cit., 133.

92 Piovesan, F. (2014). “*Ius Constitutionale Commune...*”. Ob. cit., 63, 77-78 y 80; Von Bogdandy A. (2017). “*Ius constitutionale commune...*”. Ob. cit., 142, 144, 159 y 176-177; Von Bogdandy, A. *et al.* (2017). “A manera de prefacio...”. Ob. cit., 23, 36 y 42.

93 Von Bogdandy A. (2017). “*Ius constitutionale commune...*”. Ob. cit., 152, 147-148 y 176; Nash Rojas, C.; Núñez Donald, C. (2017). Ob. cit., 201-202 y 224-225; Von Bogdandy, A. *et al.* (2017). “A manera de prefacio...”. Ob. cit., 36.

94 Piovesan, F. (2014). “*Ius Constitutionale Commune...*”. Ob. cit., 63-64, 67-69 y 77-78; Lovatón Palacios, D. (2017). “Control de convencionalidad interamericano en sede nacional: una noción aún en construcción”. En *Revista Direito & Práxis*, Vol. 8 N° 2, 1405; Nash Rojas, C.; Núñez Donald, C. (2017). Ob. cit., 119, 223.

95 Von Bogdandy A. (2017). “*Ius constitutionale commune...*”. Ob. cit., 176.

96 García Jaramillo (2016). Ob. cit., 132. Ideas relacionadas en Morales Antoniazzi, M. (2019). “Interamericanización. Fundamentos...”. Ob. cit., 64 y 80; Von Bogdandy, A. (2019). “El *Ius Constitutionale Commune* en América Latina...”. Ob. cit., 140, 144 y 165; Von Bogdandy, A. (2019). “El mandato transformador...”. Ob. cit., 26-30, 43-44, 47 y 50.

97 Von Bogdandy A. (2017). “*Ius constitutionale commune...*”. Ob. cit., 153-154 y 158.

98 Von Bogdandy, A. *et al.* (2017). “A manera de prefacio...”. Ob. cit., 22.

tamente anticapitalistas⁹⁹, no creyendo en absoluto en los tratados de integración económica¹⁰⁰ (“Los mecanismos de integración económica son considerados poco prometedores. La esperanza yace más bien en un constitucionalismo de raíces regionales basado en derechos humanos con protección supraestatal”¹⁰¹). Por eso abogan por que los derechos humanos sean implantados y protegidos por los propios Estados, a fin de mejorar la situación de sus habitantes¹⁰², en particular, mediante el aumento de la cobertura de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA)¹⁰³.

De ahí que parte de los objetivos del ICCAL sean:

“i) un mayor énfasis en los derechos sociales, económicos y culturales; ii) una fuerte tendencia hacia la *democracia participativa* que desplaza a la democracia meramente representativa (*i.e.* “poder ciudadano” en Venezuela, “control social” en Ecuador y mecanismos de participación popular); iii) el reconocimiento de los sujetos colectivos como actores políticos (*i.e.* pueblos indígenas con derecho a participar en política); iv) la reivindicación de los derechos de los pueblos indígenas y el rediseño de las instituciones del Estado con el fin de superar el concepto de multiculturalismo, lo cual, en el caso de Bolivia y Ecuador, se extiende a la noción de *Estado plurinacional* y v) aumento de la intervención del Estado en la economía en contra del neoliberalismo y el sistema de libre mercado”¹⁰⁴.

Por eso, para el ICCAL, “los científicos sociales han concluido que los progresos en materia de derechos humanos requieren la construcción de instituciones fuertes, cambios en la cultura política y transformaciones en las estructuras sociales y económicas”¹⁰⁵.

En este mismo sentido, puesto que lo importante es que el Estado proteja los derechos humanos, cuando no lo haga por propia iniciativa, se llama

99 Von Bogdandy, A. *et al.* (2017). “A manera de prefacio...”. Ob. cit., 30 y 36-41; Von Bogdandy A. (2017). “*Ius constitutionale commune...*”. Ob. cit., 147 y 161-165.

100 Von Bogdandy A. (2017). “*Ius constitutionale commune...*”. Ob. cit., 147, 161-162 y 176-177.

101 Von Bogdandy A. (2017). “*Ius constitutionale commune...*”. Ob. cit., 176-177.

102 *Vid* notas 90 a 97.

103 Von Bogdandy, A. *et al.* (2017). “A manera de prefacio...”. Ob. cit., 47.

104 Von Bogdandy, A. *et al.* (2017). “A manera de prefacio...”. Ob. cit., 47, énfasis en el original. Comentarios complementarios, aunque no necesariamente vinculados al ICCAL, en Ferrer Mac-Gregor, E.; Pelayo Möller, C. M. (2017). Ob. cit., 65 y Aguilar Cavallo, G. (2016). “Constitucionalismo global...”. Ob. cit., 125; Aguilar Cavallo, G.; Nogueira Alcalá, H. (2016). Ob. cit., 15 y 38.

105 Von Bogdandy, A. *et al.* (2017). “A manera de prefacio...”. Ob. cit., 30.

a generar una litigación estratégica, con el objeto de que diversos grupos de la sociedad civil lleven sus aspiraciones a la Corte Interamericana, a fin de legitimarlas y extenderlas posteriormente a toda la región¹⁰⁶:

“Por último, se suma el profundo diálogo del Sistema Interamericano con la sociedad civil, lo que le confiere legitimidad social gradual y creciente empoderamiento. [...] La fuerza motriz del Sistema Interamericano ha organizado a la sociedad civil a través de una *transnational network* para llevar a cabo litigios estratégicos exitosos”¹⁰⁷.

Debe recordarse que todo este proceso resulta inseparable del desarrollo del control de convencionalidad, siendo por ello éste uno de los principales –si es que no el principal– instrumentos para la consecución de los objetivos del ICCAL¹⁰⁸. Así,

“El control de convencionalidad se ha convertido en uno de los elementos más importantes en la construcción del *ius constitutionale commune* latinoamericano, pues opera como una institución jurídica que ha fortalecido el diálogo jurisprudencial entre las autoridades nacionales de los Estados parte del Pacto de San José y la Corte IDH, generando así estándares comunes en materia de derechos humanos. La existencia del control de convencionalidad ha permitido a las autoridades nacionales contar con una herramienta más para utilizar el *corpus iuris interamericano* –incluida la jurisprudencia de la Corte IDH– como una pauta normativa para la resolución de casos que impliquen la protección de derechos humanos en el ámbito nacional”¹⁰⁹.

Para el ICCAL, todos los jueces del continente deben aplicar las directrices de la Corte Interamericana, aunque sus Estados no hayan sido parte del fallo que le diera origen, en virtud del supuesto efecto *erga omnes* que tendría la *res interpretata* de sus sentencias¹¹⁰ (pese a que este efecto

106 García Ramírez, S. (2016). “Sobre el control de convencionalidad...”. Ob. cit., 182; Piovesan, F. (2014). “*Ius Constitutionale Commune...*”. Ob. cit., 62-64, 72 y 75-78. Vid Silva Abbott, M. (2018). “¿Es la Corte Interamericana de Derechos Humanos solamente un tribunal?”. En D. Herrera, N. Lafferriere, G. Maino, D. Rainieri (Coord.). *Estado de Derecho y Derechos Humanos*. Buenos Aires. EDUCA / Konrad Adenauer Stiftung, 343-361.

107 Piovesan, F. (2014). “*Ius Constitutionale Commune...*”. Ob. cit., 75-76.

108 Piovesan, F. (2014). “*Ius Constitutionale Commune...*”. Ob. cit., 72; Morales Antoniazzi, M. (2017). “Interamericanización como mecanismo...”. Ob. cit., 418 y 442-456; Morales Antoniazzi, M. (2014). “El Estado abierto...”. Ob. cit., 291-296 y 298.

109 Ferrer Mac-Gregor, E. (2016). “El control de convencionalidad en la jurisprudencia...”. Ob. cit., 34.

110 Benavides Casals, M. A. (2015). “El efecto *erga omnes* de las sentencias de la Corte

ha sido duramente criticado¹¹¹ o puesto en duda¹¹²), e incluso de sus opiniones consultivas¹¹³. De ahí que aunque las partes requirentes nacionales no lo hayan pedido, la aplicación de las disposiciones internacionales “no implica un fallo *extra petita* por parte del juez o un prevaricato por la autoridad pública o judicial, sino el seguimiento de la interpretación auténtica, criterio relevante que resalta la jurisprudencia de la CIDH y su carácter vinculante”¹¹⁴. Por iguales razones,

“Esto implica que, en realidad, este tipo de control sea de carácter *difuso*, al tener la obligación de ejercerlo *todas las autoridades*, como claramente se estableció en el caso *Gelman vs. Uruguay* de 2011, al constituir una ‘función y tarea de cualquier autoridad pública y no solo del Poder Judicial’, lo que genera un auténtico ‘diálogo’ multinivel y propicia una ‘viva interacción’, especialmente entre las jurisdicciones nacionales y la interamericana, con la finalidad última de establecer estándares en nuestra región a manera de un *ius commune* para la protección efectiva de los derechos humanos”¹¹⁵.

En consecuencia (si bien no aludiendo al ICCAL), la Corte Interamericana estaría transformándose en una especie de Tribunal Constitucional Continental¹¹⁶ (otros hablan de una “Corte de Casación supranacional en derechos humanos”¹¹⁷), aunque ella no tenga el poder de invalidación de normas nacionales¹¹⁸ como un auténtico tribunal constitucional¹¹⁹. Y por lo

Interamericana de Derechos Humanos”. En *International Law. Revista Colombiana de Derecho Internacional*, N° 27, 141-166; Torelly, M. (2017). Ob. cit., 338. En contra, Vio Grossi, E. (2018). Ob. cit., 105-106; Maino, C. A. G. (2016). Ob. cit., 373-376; Vítolo, A. (2013). Ob. cit., 365-379.

111 Castilla Juárez, K. (2016). “La independencia judicial...”. Ob. cit., especialmente 66, 68-69 y 82 (nota 108).

112 Quintana Osuna, K. I. (2019). Ob. cit., pos. 935, 940, 945, 957.

113 Sagüés, N. (2015). “Las opiniones consultivas de la Corte Interamericana. En el control de convencionalidad”. En *Pensamiento Constitucional*, N° 20, 275-278 y 280-281; García Ramírez, S. (2015). “The Relationship...”. Ob. cit., 135-136; Rousset Siri, A. (2016). Ob. cit., 43-44.

114 Olano García, H. A. (2016). Ob. cit., 89.

115 Ferrer Mac-Gregor, E.; Pelayo Möller, C. M. (2017). Ob. cit., 146-147 y 150.

116 Burgorgue-Larsen, L. (2014). Ob. cit., *passim*, especialmente 421, 423-424, 427, 430 y 456-457; Hitters, J. C. (2008). “¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de constitucionalidad y convencionalidad)”. En *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, N° 10, 147; Dulitzky, A. E. (2015). “An Inter-American...”. Ob. cit., 45-93, especialmente 64-65.

117 Fuenzalida Bascuñán, S. (2015). Ob. cit., 176-177.

118 Silva Abbott, M. (2020). “¿Qué efectos produce...?”. Ob. cit., 275-286.

119 Burgorgue-Larsen, L. (2014). Ob. cit., 431; Hitters, J. C. (2008). “¿Son vinculantes...?”. Ob. cit., 147 (nota 12); Dulitzky, A. E. (2015). “An Inter-American...”. Ob. cit., *passim*, especialmente 64-65 (nota 10).

mismo, la Convención Americana se convertiría también en una suerte de Constitución Continental¹²⁰, que estaría dando la orientación para la acción de los jueces nacionales comprometidos con el ICCAL por medio de un sistema de precedentes¹²¹:

“Hay una tendencia hacia la consolidación dinámica de un constitucionalismo regional destinado a salvaguardar los derechos humanos fundamentales en base, por una parte, a la Convención Americana (la CADH como ‘Constitución’ latinoamericana) y demás instrumentos del ordenamiento interamericano, con la Corte Interamericana como órgano guardián, y, por otra parte, las propias constituciones con su apertura estructural”¹²².

Con todo –si bien no necesariamente vinculado con el ICCAL–, la labor de los jueces nacionales no debe quedarse solo ahí, pues si el derecho internacional sólo establece el “estándar mínimo”, no existiría impedimento para que realicen interpretaciones que superen los planteamientos de la propia Corte¹²³:

“los jueces nacionales, en virtud del control de convencionalidad, también pueden realizar tales proyecciones, como agentes que son del sistema interamericano de derechos humanos. No deben operar, en efecto, como meros repetidores del Pacto de San José y de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: igualmente, les toca expandir los derechos ante nuevos escenarios y conflictos”¹²⁴.

Finalmente, debe recordarse que la doctrina del control de convencionalidad se ha ido extendiendo cada vez más¹²⁵ –si bien no de manera orgá-

120 Sagüés, N. (2009). “El ‘control de convencionalidad’. En particular...”. Ob. cit., 3-4; Dulitzky, A. E. (2015). “An Inter-American...”. Ob. cit., 64-65; Bazán, V. (2012). “El control de convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas”. En V. Bazán; C. Nash (Eds.). *Justicia constitucional y derechos fundamentales. El control de convencionalidad 2011* (17-55). Santiago. Konrad Adenauer-Stiftung E. V., 25.

121 Torelly, M. (2017). Ob. cit., 347; Hitters, J. C. (2013). “Un avance en el control de convencionalidad...”. Ob. cit., 705 y 707. Critica esta situación Maino, C. A. G. (2016). Ob. cit., 370.

122 Morales Antoniazzi, M. (2014). “El Estado abierto...”. Ob. cit., 277-278.

123 Si bien no refiriéndose al ICCAL, Nogueira Alcalá, H. (2013). “Diálogo interjurisdiccional y control de convencionalidad...”. Ob. cit., 521-522 y 532-533; Nogueira Alcalá, H. (2013). “El uso del derecho y jurisprudencia...”. Ob. cit., 82, 88, 89-91, 103 y 110-121; Quintana Osuna, K. I. (2019). Ob. cit., pos. 1251, 1281. Sobre esto, *vid* Silva Abbott, M. (2016). “Control de convencionalidad interno y...”. Ob. cit., 121-125 y Silva Abbott, M. (2018). “¿Es realmente viable...?”. Ob. cit., 721-723.

124 Sagüés, N. (2014). “Nuevas fronteras...”. Ob. cit., 29.

125 Hitters, J. C. (2008). “¿Son vinculantes...?”. Ob. cit., 147; Ferrer Mac-Gregor, E.

nica¹²⁶—, al punto de que no solo los tribunales nacionales debieran llevarlo a cabo, pertenezcan o no al Poder Judicial (como los tribunales constitucionales¹²⁷), sino que también sería obligatorio para los Poderes Ejecutivo y Legislativo¹²⁸, e incluso para las decisiones democráticas¹²⁹. Ello, en atención a que habría materias “no susceptibles de ser decididas”¹³⁰, exigiéndose no solo requisitos formales sino también sustanciales para cualquier veredicto democrático¹³¹.

Por lo tanto, de llevar hasta sus últimas consecuencias la doctrina del ICCAL (y también del control de convencionalidad y de la incorporación de los tratados de derechos humanos al bloque de constitucionalidad), en teoría, el papel de los jueces, tanto de la Corte Interamericana como nacionales, se estaría superponiendo a las mismas decisiones democráticas¹³² e incluso al poder constituyente de cada Estado¹³³. Todo ello, pues

“El núcleo intangible de la democracia y de los derechos humanos no puede vulnerarse ni por las decisiones de las mayorías. Como herramientas clave

(2010). “El control difuso de convencionalidad...”. Ob. cit., 187-188; Henríquez Viñas, M. L. (2014). “La polisemia del control de convencionalidad interno”. En *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, Vol. 24, 123 y 131.

126 Castilla Juárez, K. (2014). “Control de convencionalidad interamericano: una mera aplicación del derecho internacional”. En *Revista Derecho del Estado*, N° 33, 152-158; Mejía Lemos, D. G. (2014). “On the ‘Control de Convencionalidad’ Doctrine: a Critical Appraisal of the Inter-American Court of Human Rights’ Relevant Case Law”. En *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. XIV, 121-138; Castilla, Juárez, K. (2016). “Control de convencionalidad interamericano: Una propuesta de orden ante diez años de incertidumbre”. En *Revista IIDH*, Vol. 64, 87-125.

127 García Pino, G. (2014). Ob. cit., 370; Sagüés, N. (2009). “El ‘control de convencionalidad’. En particular...”. Ob. cit., 2; Bazán, V. (2012). “El control de convencionalidad: incógnitas...”. Ob. cit., 36-43.

128 Sagüés, N. (2014). “Nuevas fronteras...”. Ob. cit., 26-27; Sagüés, N. (2015). “Notas sobre el control ejecutivo...”. Ob. cit., 142, 145 y 147; Lovatón Palacios, D. (2017). Ob. cit., 1393.

129 Bazán, V. (2012). “El control de convencionalidad: incógnitas...”. Ob. cit., 30; Ferrer Mac-Gregor, E.; Pelayo Möller, C. M. (2017). Ob. cit., 102-103; Hitters, J. C. (2013). “Un avance en el control de convencionalidad...”. Ob. cit., 705-707.

130 Ferrer Mac-Gregor, E.; Pelayo Möller, C. M. (2017). Ob. cit., 102-103; Aguilar Cavallo, G. (2016). “Los derechos humanos como límites...”. Ob. cit., 351.

131 Acosta Alvarado, P. (2016). “Zombis vs. Frankenstein...”. Ob. cit., 31 32 y 54; Aguilar Cavallo, G. (2016). “Los derechos humanos como límites...”. Ob. cit., 337-338, 347-350 y 361-362; Aguilar Cavallo, G. (2016). “Constitucionalismo global...”. Ob. cit., 121-123.

132 Si bien refiriéndose a los derechos humanos en general: Aguilar Cavallo, G. (2016). “Los derechos humanos como límites...”. Ob. cit., 337-365, especialmente 345, 347-350 y 361-362; Lovatón Palacios, D. (2017). Ob. cit., 1393-1394. Critican lo anterior Maino, C. A. G. (2016). Ob. cit., *passim*, especialmente, 36 y Vítole, A. (2013). Ob. cit., 373-374.

133 Sagüés, N. (2015). “Notas sobre el control ejecutivo...”. Ob. cit., 145; Morales Antoniazzi, M. (2019). “Interamericanización. Fundamentos...”. Ob. cit., 73-74.

para ir consolidando esta protección se destacan el diálogo jurisdiccional y el control de convencionalidad [...] Los países conjuntamente deciden acerca de unos principios que, como los consagrados en la Convención Americana, atan la voluntad de sus pueblos ante lo que pueden y no pueden decidir en ulteriores circunstancias”¹³⁴.

Como puede comprenderse fácilmente, todo lo dicho hasta aquí equivale a una auténtica revolución en cuanto al funcionamiento teórico, no solo jurídico, sino también político de un país. A desarrollar algunas ideas e inquietudes teóricas que surgen a partir de lo anterior –que, pese a su importancia, casi no hemos visto planteadas– se dedicará el epígrafe siguiente.

V. Algunos comentarios a partir de todo lo señalado hasta aquí

Como se ha mencionado desde un principio, lo expuesto en este trabajo supone un gran cambio teórico tanto en la estructura como en el funcionamiento tradicional de los ordenamientos jurídicos nacionales. Por razones de espacio, se mencionarán brevemente, y sin ahondar en ellos, los aspectos considerados más relevantes –que hasta ahora no hemos visto expresados de esta manera en otros escritos–, dejando su desarrollo ulterior para el futuro. Ello, pues consideramos esencial que se produzca un adecuado debate a su respecto.

También debe advertirse que la idea de “desformalización”, en el sentido señalado más arriba, se encuentra presente de manera transversal en estas reflexiones teóricas.

Respecto de la incorporación de los tratados de derechos humanos al bloque de constitucionalidad, aunque algunos autores señalen que lo anterior sería el fin de la jerarquía entre ambos órdenes normativos, si se tienen en cuenta la noción de “estándar mínimo” y el principio *pro homine*, resulta a nuestro juicio evidente que el derecho internacional acaba primando sobre el nacional, perdiendo así la Constitución su sitio de honor.

Lo anterior se debe a que siempre terminan triunfando los contenidos establecidos por el derecho internacional. Esto ocurre, obviamente, al aplicarlo de manera directa. Pero también pasa lo mismo cuando se emplea la normativa nacional, pues como para esta visión ella debe superar el “estándar mínimo” del derecho internacional, los contenidos de este último

134 García Jaramillo (2016). Ob. cit., 146 y 147, respectivamente.

siempre acaban utilizándose, al encontrarse ya incorporados en el derecho interno.

Esto significa que la penetración de los estándares internacionales en el ordenamiento jurídico nacional terminaría “apresándolo” de alguna manera. Ello, no solo por quedar limitado el papel de este último únicamente a incrementar el “estándar mínimo” de protección del primero, sino además porque a la postre, desde esta perspectiva, el derecho internacional siempre podría modificar al nacional pero no lo contrario, salvo para mejorarlo.

Igualmente, puesto que el catálogo de derechos establecidos por la Carta Fundamental se encontraría en permanente reconstrucción, de la mano de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, este derecho internacional iría modificando la Constitución al margen de sus normas de reforma.

Pero sobre todo, esta superioridad resulta evidente, ya que la totalidad del derecho nacional tendría que funcionar y ser comprendido de acuerdo al internacional, tanto por su inaplicación como por su reinterpretación en pos o a la luz de este último, respectivamente. De hecho, aunque los textos nacionales sigan intactos, su sentido y alcance podrían variar sustancialmente debido a esta nueva forma de entenderlos y aplicarlos gracias a la “interpretación conforme”.

En realidad, en todo este escenario termina primando sin contrapeso la jurisprudencia nacional y sobre todo internacional como fuente formal del derecho, al poder manipular con mucha facilidad los tratados y, a través suyo, las constituciones y las leyes nacionales. Ello, porque para sus partidarios, la aplicación –o no– de las leyes y constituciones y el modo de hacerlo terminan dependiendo completamente de lo que establezcan los jueces y, en última instancia, la Corte Interamericana –al pretender obrar como un tribunal constitucional continental–, sin que exista ningún control sobre su actividad, en su empeño por producir un constitucionalismo global.

En consecuencia, al interior de cada Estado, el Poder Judicial terminaría adquiriendo una fuerza incontrastable y sin contrapeso, siempre que se adhiera en principio a los estándares internacionales, afectando sobremanera la tradicional división de poderes al interior del mismo. Ello, pues los jueces locales son los principales destinatarios del control de convencionalidad¹³⁵ y poseen, desde el punto de vista de la Corte Interamericana, la última palabra en cuanto a fiscalización interna, siguiendo los criterios de este tribunal internacional¹³⁶.

De hecho, a tanto llegaría este fenómeno, que la labor de producción normativa de las funciones ejecutiva y legislativa perderían en gran parte

135 Quintana Osuna, K. I. (2019). Ob. cit., pos. 778, 788.

136 Quintana Osuna, K. I. (2019). Ob. cit., pos. 490.

su importancia (salvo para mejorar los estándares mínimos del derecho internacional), pues de poco sirve crear normas jurídicas si estas pueden ser inaplicadas o reinterpretadas al margen de su espíritu originario por los jueces domésticos, excusándose en el derecho internacional, incluso para algunos, aquellas que regulan sus propias competencias. Ello, pues lo importante sería proteger los derechos humanos, sin importar mucho de dónde se extraigan las normas para hacerlo e incluso las atribuciones que se posean. Todo lo cual trae un enorme grado de incerteza jurídica.

De ahí que también resulte curioso que algunos autores señalen que la labor de estos tribunales internos pueda ser controlada no solo por los restantes poderes del Estado, sino también por la ciudadanía. Con todo y aunque no se diga, igualmente resulta difícil que estos tribunales locales puedan ser fiscalizados por las instancias internacionales, según se comentará luego. En suma, se vuelve al viejo problema de quién controla a los controladores.

Todo lo dicho haría, teóricamente, que los ordenamientos jurídicos nacionales tuvieran sobre sí una auténtica espada de Damocles, pues la legitimidad y vigencia de su contenido dependerían permanentemente del derecho internacional (y en nuestro caso, de la Corte Interamericana auxiliada por los jueces nacionales), pudiendo por ello quedar sus normas obsoletas en cualquier momento, afectando nuevamente la certeza jurídica.

Además, lo anterior haría que lo establecido en el artículo 2º de la Convención Americana, en cuanto al deber de adaptar la legislación interna a los criterios internacionales, también pierda en buena medida su razón de ser. Ello, pues los jueces lo harían poco menos que innecesario, al ser sus sentencias un “atajo” para la protección de los derechos humanos en caso de que el legislador “falle” en dicha labor, al bloquear o reinterpretar las normas consideradas inconvencionales.

Incluso, aunque las normas locales se adapten a los criterios internacionales, también podría ser en vano si estos últimos cambian posteriormente –al estar en permanente evolución el bloque de convencionalidad–, con lo cual ese esfuerzo habría sido inútil.

En consecuencia, por mucho que se diga que es el derecho internacional el que se incorpora al nacional y que todo sería “derecho constitucional”, se produciría, en realidad, exactamente lo contrario: que sería el derecho nacional el que terminaría dependiendo y, en buena medida, incorporándose al internacional, lo cual se relaciona con la idea de “estándar mínimo”. Por eso, lo que primaría al final sería el llamado “bloque de convencionalidad”.

Sin embargo, de forma hipotética, todo lo dicho podría producir un auténtico colapso al interior de los ordenamientos nacionales y de la certeza jurídica, por varias razones.

En primer lugar, porque grandes zonas del mismo podrían quedar en desuso, al ser inaplicadas o ser reinterpretadas de un modo muy diferente al original, a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, impuesta a todo el continente a través del control de convencionalidad, potenciado por el supuesto efecto *erga omnes* de la *res interpretata* de sus fallos. Se reitera el papel crucial que desempeñan en este fenómeno la idea de estándar mínimo y el principio *pro homine*.

En segundo lugar, porque se generaría un poder casi total de los jueces, tanto nacionales como sobre todo internacionales, manifestado por medio de un activismo judicial y una jurisprudencia sin control, que podría inaplicar, reinterpretar o innovar en materia de derechos humanos, según se ha visto. Todo lo cual pondría en un serio entredicho la relación del Poder Judicial con los demás poderes del Estado, al punto que, como se ha visto, la labor de producción normativa de estos últimos podría hacerse en parte innecesaria o inútil.

En tercer lugar y según se ha mencionado, porque aunque los países hicieran el esfuerzo de adaptar sus legislaciones internas a los criterios internacionales (tanto por la idea de “estándar mínimo” como en virtud del art. 2º de la Convención Americana), ello podría resultar a la postre inútil, si existe un cambio importante en el modo de interpretar los derechos humanos a nivel internacional, afectando así al bloque de convencionalidad. Con lo cual se daría la paradoja de que las normas supuestamente más altas –en este caso, para sus defensores, la jurisprudencia de la Corte Interamericana– serían las más fáciles de modificar, siendo imposible para las normas nacionales seguirles el ritmo.

En otro orden de cosas, las propias decisiones democráticas de un país también quedarían bajo la tutela de los tribunales. Con lo cual estaríamos asistiendo al nacimiento de una democracia “tutelada” o “protegida” por estos jueces nacionales, en teoría comandados por la Corte Interamericana, en su labor de guardiana y guía en la protección de los derechos humanos a nivel continental. Cualquier decisión democrática podría así ser dejada sin efecto por esta vía y su papel se reduciría al mismo que tendría la producción jurídica local: mejorar humildemente los estándares internacionales en materia de protección de los derechos humanos.

Todo esto hace que pierdan en buena medida su razón de ser, tanto la existencia de los demás poderes del Estado, como el sistema democrático. Los países se encontrarían así en una especie de “interdicción” permanente, debiendo ser guiados para la toma de sus decisiones políticas y jurídicas, en última instancia, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, auxiliada por los “jueces interamericanos” locales. Con lo cual, estaríamos en presencia de un gobierno de los jueces, al erigirse en jueces-legisladores o incluso en jueces-constituyentes, cuya actividad, además, no sería contro-

lada por los demás poderes, en el caso de los jueces nacionales, y en el caso de la Corte Interamericana, por nadie.

Sin embargo, un aspecto que pocas veces se señala, es que resulta imposible que la Corte Interamericana pueda supervigilar los fallos de todo un continente, lo cual se agrava, además, si se permite e insta a los jueces locales para ir más lejos que ella en su interpretación de la normativa nacional e internacional, en su tarea de proteger los derechos humanos¹³⁷.

En consecuencia, por mucho “diálogo interjurisdiccional” que se pretenda lograr, tanto la Corte como los tribunales nacionales pueden hacer caso omiso de lo que señalen otros juzgadores.

Todo lo dicho se vincula con la creciente desformalización a que se ha hecho referencia y a la grave falta de certeza jurídica que esto conlleva. Lo anterior afecta, según se ha visto, al contenido de las normas nacionales y de los tratados de derechos humanos, al terminar siendo eclipsados por la jurisprudencia de los tribunales nacionales y de la Corte. Ello, al margen de la libertad que tendrían los tribunales domésticos para elegir entre unas u otras en virtud del principio *pro homine*.

Pasando a otros asuntos, a lo anterior se suma que, de acuerdo al proyecto académico del ICCAL, se encomiende completamente al Estado la tarea de implantar los derechos humanos, sobre todo los DESCAs, a fin de transformar sus propias estructuras políticas y económicas. Mas, si de suyo esto puede resultar problemático, al entregar a este “Estado social” tanto poder, el asunto se agrava con la crisis de la división de funciones a la que se ha aludido más arriba. Tampoco parece fácil que la ciudadanía controle este proceso mediante las vías democráticas, ya que cualquier decisión podría en teoría ser modificada o ignorada por la jurisprudencia.

A lo anterior debe agregarse que la litigación estratégica defendida y estimulada por el ICCAL no necesariamente resulta democrática ni representa de forma adecuada a la sociedad civil, ni tampoco genera de suyo un diálogo idóneo entre esta y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Ello, pues puede ser llevada a cabo por grupos muy minoritarios, que estarían usando a la Corte Interamericana para legitimar sus propios intereses, por particulares que sean, e incluso para imponerlos a todo el

137 Dulitzky, A. E. (2014). “El impacto...”. Ob. cit., 553 y 557; Dulitzky, A. E. (2015). “An Inter-American...”. Ob. cit., 70-73 y 76; Silva Abbott, M. (2016). “Control de convencionalidad interno y...”. Ob. cit., 127-128; Silva Abbott, M. (2018). “¿Es realmente viable...?”. Ob. cit., 732. De hecho, el nivel de cumplimiento de los fallos de la propia Corte Interamericana resulta particularmente bajo en el continente. Sobre esto, *vid* Silva Abbott, M. (2020). “A Radiographic Analysis of the Effectiveness of the Decisions of the Inter-American Court of Human Rights”. En *ILSA, Journal of International & Comparative Law* (Bilingual Edition), Vol. 26, issue 3, 2020, 479-581.

continente mediante la aplicación del control de convencionalidad y sus supuestos efectos *erga omnes*. Lo importante para sus promotores sería, así, llegar a la Corte Interamericana a como dé lugar, a fin de conseguir este objetivo, saltándose de paso sus normas locales. Con lo cual ella podría dejar en buena medida de ser un tribunal y caer en la tentación de transformarse en un órgano político, que pretenda guiar a todo el continente¹³⁸.

Ahora bien, el principal fundamento que pareciera existir de manera más o menos soterrada a todos los argumentos presentados en este trabajo a favor de la primacía del derecho internacional, es de tipo *material*: la supuesta mejor protección de los derechos humanos de este último, todo lo cual hace hablar, por ejemplo, de un “núcleo intangible”¹³⁹ de esos derechos. Lo anterior se debería –si bien es un tema que no ha sido visto aquí– a un proceso de “humanización” de este derecho internacional¹⁴⁰, que le daría una supuesta mayor legitimidad o superioridad moral en esta tarea que la que poseen los ordenamientos jurídicos nacionales¹⁴¹. Sin embargo, al margen de que ambos órdenes normativos son igualmente fruto del querer humano, en nuestras sociedades tan heterogéneas respecto de lo que se considera bueno o malo, una fundamentación material como esta,

“en la práctica, es tan endeble como demagógica, puesto que la invocación de la justicia material como argumento para eludir el derecho vigente es un arma de múltiples filos que ha sido esgrimida tanto por virtuosos estandartes, como por las más crueles tiranías. De allí la importancia de reconocer en la certeza jurídica un pilar del Estado de Derecho. Asunto cuya importancia autoevidente no hace necesarias mayores divagaciones”¹⁴².

Por otro lado, el gran problema de todo este planteamiento es la absoluta falta de control sobre este proceso de determinación del contenido de los derechos humanos por parte de los organismos internacionales llamados a tutelarlos¹⁴³, al hacerse su funcionamiento tremendamente casuístico, al punto de resultar muy difícil prever sus resultados. Situación compleja, pues si a este fundamento material más que discutible se suma la desfor-

138 Silva Abbott, M. (2018). “¿Es la Corte Interamericana...?”. Ob. cit., 356-361.

139 Véase nota 134.

140 Desde varias ópticas, Murillo Cruz, D. A. (2016). Ob. cit., 25-26; García Ramírez, S. (2015). “The Relationship...”. Ob. cit., 127; Morales Antoniazzi, M. (2017). “Interamericanización como mecanismo...”. Ob. cit., 420-423.

141 Quintana Osuna, K. I. (2019). Ob. cit., pos. 1237, 1242, 1245, 1509, 1519, 1523, 1529.

142 Si bien sin referirse al ICCAL, Henríquez Viñas, M.; Núñez, J. I. (2016). Ob. cit., 338.

143 En parte, Von Bogdandy A. (2017). “*Ius constitutionale commune*...”. Ob. cit., 161; Piovesan, F. (2014). “*Ius Constitutionale Commune*...”. Ob. cit., 62 y 72-78. Crítica esto, Castilla Juárez, K. (2016). “La independencia judicial...”. Ob. cit., 94.

malización aludida, la sensación de arbitrariedad e incerteza pueden llegar a ser intolerables. De ahí que

“Desde la perspectiva nacional se ha destacado que el resultado de la creciente internacionalización sin control de la creación de normas no puede ser otro que el debilitamiento del hilo capital que une al ciudadano con las normas y que es la fuente de la que nace su legitimidad”¹⁴⁴.

Pero, además, al margen de lo anterior, ante la reiterada insistencia en cuanto a que la Corte debiera ser la guía de los ordenamientos jurídicos y de las democracias de los países de todo el continente, cabe preguntarse, legítimamente, si el otorgamiento de un papel semejante fue realmente a lo que se obligaron los Estados al momento de suscribir los tratados de la OEA, e incluso, y de manera más profunda, si pueden hacerlo. Lo anterior, sin considerar que la ciudadanía suele no estar en conocimiento ni tener conciencia de este fenómeno.

Con todo, si se diera una respuesta afirmativa, queda también el problema no menor de establecer los requisitos formales que este supuesto compromiso requeriría, en atención a su mayúscula importancia. Ello, pues equivaldría, ni más ni menos, que a subordinar completamente las constituciones y los sistemas democráticos al derecho internacional, convirtiendo a los Estados en simples “administradores” y propagadores de las decisiones de la Corte. Estos requisitos formales debieran tener al menos un grado de dificultad similar a la creación o modificación de una Constitución, no las exigencias que hoy existen para suscribir un tratado de derechos humanos, más cercanas a las necesarias para aprobar una ley.

Finalmente, debe recordarse que, para esta corriente, los derechos humanos no son una realidad a descubrir a partir de algo así como una naturaleza humana objetiva, sino un dato a crear o construir, idealmente en su origen mediante consensos internacionales. “En su origen”, pues el contenido de estos derechos primitivamente acordados termina dependiendo completamente de los órganos encargados de tutelar los tratados que los consagran.

Sin embargo, del momento en que un acuerdo vale más que otro (el de la Corte Interamericana en vez de uno democrático), es porque se considera al primero más legítimo. Lo anterior significaría que los fallos de la Corte, que debieran en teoría ser seguidos por los de los jueces nacionales sin rechistar, estarían premunidos de un criterio de autoridad, al considerar a este tribunal –y no a los nacionales– una especie de “oráculo” de los

144 Jiménez García, F. (2010). Ob. cit., 76-77.

derechos humanos, al punto que se ha hablado de una “fe mesiánica”¹⁴⁵ a su respecto. Todo lo cual, y al margen de lo discutible de esta idea, vuelve a plantear la pregunta de si en verdad los Estados se obligaron a seguir ciegamente, y en todo, los dictámenes de la Corte Interamericana –hasta con efectos *erga omnes*– a fin de proteger los derechos humanos¹⁴⁶.

VI. Algunas conclusiones

La incorporación de los tratados de derechos humanos al bloque de constitucionalidad, el control de convencionalidad, el activismo protagónico que varios autores exigen a los jueces nacionales en la determinación del derecho y el proyecto académico impulsado por el ICCAL (todos fenómenos dependientes de las decisiones de la Corte Interamericana), están cambiando de manera drástica el modo teórico de concebir y de funcionar tradicionales de los ordenamientos jurídicos nacionales de nuestra región y afectando de manera grave su certeza jurídica.

Lo anterior estaría dando en teoría un poder sin contrapeso a los juzgadores nacionales y sobre todo internacionales (arribando a una especie de gobierno de los jueces), generando un cúmulo de problemas hasta ahora muy poco tratados, que afectan, entre otras cosas, y según se ha mencionado, al papel de las constituciones nacionales; a las relaciones entre el derecho nacional y el internacional; a las fuentes del derecho y su jerarquía; al funcionamiento de nuestros sistemas democráticos; y a las competencias y relaciones mutuas de los diferentes órganos del Estado.

En particular, se percibe una preocupante falta de control sobre la actividad de los jueces, sobre todo respecto de la Corte Interamericana (al convertirlos en auténticos fiscalizadores del contenido y del funcionamiento de nuestros sistemas jurídicos y políticos), junto a una notable “desformalización” de su actividad y del fenómeno jurídico en general, lo que a pesar de las buenas intenciones de sus promotores (lograr las transformaciones estructurales propugnadas por ellos), podría traer más problemas de los que pretende solucionar.

Todo esto merece una atenta reflexión y un profundo debate, en atención a su enorme importancia, a lo cual ha buscado contribuir la presente investigación.

145 Dulitzky, A. E. (2014). “El impacto...”. Ob. cit., 553.

146 Silva Abbott, M. (2018). “The Inter-American Court of Human Rights, the Control of Conventionality Doctrine and the National Judicial Systems of Latin America”. En *Ave Maria International Law Journal*, Vol. 7, 19-21.

VII. Bibliografía citada

- Acosta Alvarado, P (2016). “Zombis vs. Frankenstein: sobre las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno”. En *Estudios Constitucionales*, Año 14 N° 1, 15-60.
- Aguilar Cavallo, G. (2016). “Constitucionalismo global, control de convencionalidad y el derecho a huelga en Chile”. En *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, Vol. 9, 113-166.
- Aguilar Cavallo, G. (2016). “Los derechos humanos como límites a la democracia a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. En *Revista da AJURIS*, Vol. 43 N° 141, 337-365.
- Aguilar Cavallo, G. (2019). “Juiz constitucional e diálogo jurisdiccional multinível: a experiência chilena”. En *Revista de Investigações Constitucionais*, Vol. 6, N° 1, 61-89.
- Aguilar Cavallo, G.; Nogueira Alcalá, H. (2016). “El principio favor persona en el derecho internacional y en el derecho interno como regla de interpretación y de preferencia normativa”. En *Revista de Derecho Público*, Vol. 84, 13-43.
- Bazán, V. (2012). “El control de convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas”. En V. Bazán, C. Nash (Eds.). *Justicia constitucional y derechos fundamentales. El control de convencionalidad 2011* (17-55). Santiago. Konrad Adenauer-Stiftung E. V.
- Bazán, V. (2017). “Estado constitucional y convencional y protección de derechos humanos: Control de convencionalidad y diálogo interjurisdiccional”. En *Revista Temas Socio Jurídicos*, Vol. 36 N° 72, 13-37.
- Benavides Casals, M. A. (2015). “El efecto *erga omnes* de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. *International Law. Revista Colombiana de Derecho Internacional*, N° 27, 141-166.
- Burgorgue-Larsen, L. (2014). “La Corte Interamericana de Derechos Humanos como Tribunal Constitucional”. En A. Von Bogdandy, H. Fix-Fierro, M. Morales (Coord.). *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos* (421-457). México. Unam.
- Caballero Lois, C.; Pinto Bastos, J. L. M. (2018). “Pluralismo constitucional y espacios transnacionales: ¿el fin de la constitución nacional o su nuevo comienzo?”. En *Revista Derecho del Estado* N° 40, 127-151.
- Caballero Ochoa, J. L. (2011). “La cláusula de interpretación conforme y el principio pro persona (art. 1º, segundo párrafo de la Constitución)”. En M. Carbonell y G. Salazar (Coords.). *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma* (103-133). México. Unam.
- Cançado Trindade, A. A. (2006). *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*. 2ª ed. Santiago. Editorial Jurídica de Chile.
- Carvajal Martínez, J. E.; Guzmán Rincón, A. M. (2017). “Las instituciones del Sistema Interamericano de Protección a los Derechos Humanos: un análisis a sus procedimientos y orientación estratégica”. En *Revista Republicana*, Núm. 22, 183-207.

- Castilla Juárez, K. (2011). “Un nuevo panorama constitucional para el derecho internacional de los derechos humanos en México”. En *Estudios Constitucionales*, Año 9 N° 2, 123-164.
- Castilla Juárez, K. (2013). “¿Control interno o difuso de convencionalidad? Una mejor idea: la garantía de los tratados”. En *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XIII, 51-97.
- Castilla Juárez, K. (2014). “Control de convencionalidad interamericano: una mera aplicación del derecho internacional”. En *Revista Derecho del Estado*, N° 33, 149-172.
- Castilla Juárez, K. (2016). “La independencia judicial en el llamado control de convencionalidad interamericano”. En *Estudios Constitucionales*, Año 14 N° 2, 53-100.
- Castilla Juárez, K. (2016). “Control de convencionalidad interamericano: Una propuesta de orden ante diez años de incertidumbre”. En *Revista IIDH*, Vol. 64, 87-125.
- Castillo Córdova, L. (2013). “Control de convencionalidad (derecho constitucional)”. En M. I. Álvarez, R. Cippitani (Coord.), *Diccionario Analítico de Derecho Humanos e Integración Jurídica* (81-87). Roma-Perugia-México. ISEG.
- Contesse, J. (2013). “¿La última palabra? Control de convencionalidad y posibilidades de diálogo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, 1-31. Recuperado el 15 de diciembre de 2016, en http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/SELA13_Contesse_CV_Sp_20130401.pdf.
- Dulitzky, A. E. (2014). “El impacto del control de convencionalidad. ¿Un cambio de paradigma en el sistema interamericano de derechos humanos?”. En J. C. Rivera, J. S. Elías, L. Grosman, S. Legarre (Dir.). *Tratado de los derechos constitucionales* (533-569). Buenos Aires. Abeledo Perrot.
- Dulitzky, A. E. (2015). “An Inter-American Constitutional Court? The Invention of the Conventionality Control by the Inter-American Court of Human Rights”. En *Texas International Law Journal*, Vol. 50, Issue 1, 45-93.
- Ferrer Mac-Gregor, E. (2010). “El control difuso de convencionalidad en el Estado constitucional”, 151-188. Recuperado el 11 de marzo de 2015, en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2873/9.pdf>.
- Ferrer Mac-Gregor, E. (2011). “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”. En M. Carbonell, P. Salazar (Eds.), *Derechos humanos un nuevo modelo constitucional* (339-429). México. Unam.
- Ferrer Mac-Gregor, E. (2013). “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*)”. En *Estudios Constitucionales*, Año 11 N° 2, 641-693.
- Ferrer Mac-Gregor, E. (2015). “Conventionality Control. The New Doctrine of the Inter-American Court of Human Rights”. En *Symposium: The Constitutionalization of International Law in Latin America. American Journal of International Law (ASIL)*, vol. 109, N° 93, 93-99.

- Ferrer Mac-Gregor, E. (2016). “El control de convencionalidad como un vehículo para el diálogo judicial entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los tribunales de América”. En *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Año XXII, 337-356.
- Ferrer Mac-Gregor, E. (2016). “El control de convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. En F. Pereira de Oliveira, F. Bittencourt, T. Dal Maso (Coords.). *Controle de Convencionalidade* (13-34). Brasília. Conselho Nacional de Justiça.
- Ferrer Mac-Gregor, E. (2019). “Control de convencionalidad y buenas prácticas: sobre el diálogo judicial entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los tribunales nacionales”. En A. Von Bogdandy, E. Ferrer, M. Morales (Coord.). *Cumplimiento e impacto de las sentencias de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Transformando realidades* (613-640). México. Instituto Max Planck / Unam.
- Ferrer Mac-Gregor, E.; Pelayo Möller, C. M. (2017). *Las obligaciones generales de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (deber de respeto, garantía y adecuación de derecho interno)*. México. Unam.
- Fuenzalida Bascuñán, S. (2015). “La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como fuente del derecho. Una revisión de la doctrina del ‘examen de convencionalidad’”. En *Revista de Derecho* (Valdivia), Vol. XXVIII N° 1, 171-192.
- García Jaramillo, L. (2016). “De la ‘constitucionalización’ a la ‘convencionalización’ del ordenamiento jurídico. La contribución a un *ius constitutionale commune*”. En *Revista Derecho del Estado*, N° 36, 131-166.
- García Pino, G. (2014). “Preguntas esenciales sobre el control de convencionalidad difuso aplicables a Chile”. En H. Nogueira (Coord.). *La protección de los derechos humanos y fundamentales de acuerdo a la constitución y el derecho internacional de los derechos humanos* (335-379). Santiago. Librotecnia.
- García Ramírez, S. (2011). “El control judicial interno de convencionalidad”. En *IUS, Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, Año V, N° 28, 123-159.
- García Ramírez, S. (2015). “The Relationship between Inter-American Jurisdiction and States (National Systems). Some Pertinent Questions”. En *Notre Dame Journal of International & Comparative Law*, Vol. 5 Issue 1, 115-151.
- García Ramírez, S. (2016). “Sobre el control de convencionalidad”. *Pensamiento Constitucional*, N° 22, 173-186.
- Góngora Mena, M. (2014). “Diálogo policéntrico”. En E. Ferrer, F. Martínez, G. A. Figueroa (Coords.). *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional* (593-596). 2ª ed. México. Unam.
- Henríquez Viñas, M. L. (2014). “La polisemia del control de convencionalidad interno”. En *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, Vol. 24, 113-341.
- Henríquez Viñas, M.; Núñez, J. I. (2016). “El control de convencionalidad: ¿Hacia un no positivismo interamericano?”. En *Revista Boliviana de Derecho*, N° 21, 326-339.

- Hitters, J. C. (2008). “¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de constitucionalidad y convencionalidad)”. En *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, N° 10, 131-156.
- Hitters, J. C. (2013). “Un avance en el control de convencionalidad. (El efecto *erga omnes* de las sentencias de la Corte Interamericana)”. En *Estudios Constitucionales*, Año 11 N° 2, 695-710.
- Ibáñez Rivas, J. M. (2017). *Control de convencionalidad*. México. Unam / Instituto de Investigaciones Jurídicas / Comisión Nacional de los Derechos Humanos.
- Ibarlucía, E. A. (2103). “¿Existe una Constitución ‘convencionalizada’?”. En *La Ley*, Año LXXVII, N° 155, Buenos Aires, jueves 22 de agosto de 2013, 1-3.
- Jiménez García, F. (2010). “Activismo judicial en la evolución del derecho internacional: hacia la configuración de un incipiente orden público internacional”. En *Agenda Internacional*, Año XVII N° 28, 75-102.
- Lovatón Palacios, D. (2017). “Control de convencionalidad interamericano en sede nacional: una noción aún en construcción”. En *Revista Direito & Práxis*, Vol. 8 N° 2, 1389-1418.
- Maino, C. A. G. (2016). “Los derechos humanos: baluarte y socavo de las instituciones. Hacia un adecuado equilibrio entre el control judicial de convencionalidad y la representación política de los procesos democráticos”. En *Anuario de Derecho Constitucional*, Año XXXI, 357-380.
- Martínez Lazcano, A. (2017). “¿Derecho supranacional o derecho convencional? Importancia de su determinación”. En *Revista Jurídica Valenciana*, N° 33, 31-47.
- Martinón Quintero, R. (2018). “El activismo jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. En *Revista de Derecho Público*. U. de Chile, N° 89, 93-124.
- Mejía Lemos, D. G. (2014). “On the ‘Control de Convencionalidad’ Doctrine: a Critical Appraisal of the Inter-American Court of Human Rights’ Relevant Case Law”. En *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. XIV, 117-151.
- Mora-Carvajal, D. A. (2020). “El constitucionalismo global: ¿oportunidad para un derecho internacional más unitario y coherente?”. En *Revista Derecho del Estado* N° 45, 101-119.
- Morales Antoniazzi, M. (2014). “El Estado abierto como objetivo del *Ius Constitutionale Commune*. Aproximación desde el impacto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. En A. Von Bogdandy, H. Fix-Fierro, M. Morales (Coord.). *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos* (265-299). México. Unam / Max-Planck-Institut.
- Morales Antoniazzi, M. (2017). “Interamericanización como mecanismo del *Ius Constitutionale Commune* de derechos humanos en América Latina”. En A. Von Bogdandy, M. Morales, E. Ferrer. (Coord.), *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión* (417-456). México. Instituto de Estudios Constitucionales de Querétaro / Max Planck Institute.
- Morales Antoniazzi, M. (2019). “Interamericanización. Fundamentos e impactos”. En A. Von Bogdandy, E. Ferrer, M. Morales (Coord.). *Cumplimiento e impacto de las sentencias de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos*

- Humanos. Transformando realidades* (57-97). México. Instituto Max Planck. Instituto de Estudios Constitucionales de Querétaro. Unam.
- Murillo Cruz, D. A. (2016). “La dialéctica entre el bloque de constitucionalidad y el bloque de convencionalidad en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. En *Revista de Derecho Público*. Universidad de los Andes (Colombia), N° 36, 1-35.
- Nash Rojas, C.; Núñez Donald, C. (2017). “Recepción formal y sustantiva del derecho internacional de los derechos humanos: experiencias comparadas y el caso chileno”. En *Anuario Mexicano de Derecho Comparado*, Año XLX, núm. 148, 185-231.
- Nogueira Alcalá, H. (2012). “Diálogo interjurisdiccional, control de convencionalidad y jurisprudencia del Tribunal Constitucional en el período 2006-2011”. En *Estudios Constitucionales*, Año 10 N° 2, 57-140.
- Nogueira Alcalá, H. (2012). “El uso del derecho convencional internacional de los derechos humanos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno en el período 2006-2010”. En *Revista Chilena de Derecho*, vol. 39 N° 1, 149-187.
- Nogueira Alcalá, H. (2012). “Los desafíos del control de convencionalidad del *corpus iuris* interamericano para las jurisdicciones nacionales”. En *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Año XLV, núm. 135, 1167-1220.
- Nogueira Alcalá, H. (2013). “Diálogo interjurisdiccional y control de convencionalidad entre los tribunales nacionales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Chile”. En *Anuario de Derecho Constitucional latinoamericano*, Año XIX, 511-553.
- Nogueira Alcalá, H. (2013). “El control de convencionalidad y el diálogo interjurisdiccional entre tribunales nacionales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. En *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, Año 10, N° 19, 221-270.
- Nogueira Alcalá, H. (2013). “El uso del derecho y jurisprudencia constitucional extranjera de tribunales internacionales no vinculantes por el Tribunal Constitucional chileno en el período 2006-2011”. En *Estudios Constitucionales*, Año 11 N° 1, 221-274.
- Olano García, H. A. (2016). “Teoría del Control de Convencionalidad”. En *Estudios Constitucionales*, Año 14 N° 1, 61-94.
- Peters, A. (2018). “Los méritos del constitucionalismo global”. En *Revista Derecho del Estado* N° 40, trad. L. García J. y J. L. Fabra, 3-20.
- Piovesan, F. (2014). “*Ius Constitutionale Commune* latinoamericano en derechos humanos e impacto del Sistema Interamericano: rasgos, potencialidades y desafíos”. En A. Von Bogdandy, H. Fix-Fierro, M. Morales (Coord.). *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos* (61-81). México. Unam / Max-Planck-Institut / Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional.
- Piovesan, F. (2019). “Implementación de las decisiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: propuestas y perspectivas”. En A. Von Bogdandy, E. Ferrer, M. Morales (Coord.). *Cumplimiento e impacto de las sentencias de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Transformando*

- realidades* (407-477). México. Instituto Max Planck. Instituto de Estudios Constitucionales de Querétaro. Unam.
- Quintana Osuna, K. I. (2019). *Control de convencionalidad en el derecho interamericano y mexicano. Retos y perspectivas*. México. Porrúa.
- Rousset Siri, A. (2016). "Control de convencionalidad sobre normas procesales convencionales". En *IIDH*, vol. 64, 33-57.
- Sagüés, N. (2009). "El 'control de convencionalidad'. En particular sobre las constituciones nacionales". En *La Ley*, 19 de febrero de 2009, 1-7.
- Sagüés, N. (2014). "Constitución convencionalizada". En E. Ferrer, F. Martínez, G. A. Figueroa (Coords.). *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional* (190-192). 2ª ed. México. Unam.
- Sagüés, N. (2014). "Derechos constitucionales y derechos humanos. De la Constitución Nacional a la Constitución 'convencionalizada'". En H. Nogueira (Coord.). *La protección de los derechos humanos y fundamentales de acuerdo a la constitución y el derecho internacional de los derechos humanos* (15-23). Santiago. Librotecnia.
- Sagüés, N. (2014). "Nuevas fronteras del control de convencionalidad: el reciclaje del derecho nacional y el control legisferante de convencionalidad". En *Revista de Investigações Constitucionais*, vol. 1 N° 2, 23-32.
- Sagüés, N. (2015). "Las opiniones consultivas de la Corte Interamericana. En el control de convencionalidad". En *Pensamiento Constitucional*, N° 20, 275-283.
- Sagüés, N. (2015). "Notas sobre el control ejecutivo de convencionalidad". En *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Año XXI, 141-149.
- Serrano Guzmán, S. (2015). *El control de convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. México. Comisión Nacional de Derechos Humanos.
- Silva Abbott, M. (2016). "Control de convencionalidad interno y jueces locales: un planteamiento defectuoso". En *Estudios Constitucionales*, Vol. 14 N° 2, 101-141.
- Silva Abbott, M. (2018). "¿Es realmente viable el control de convencionalidad?". En *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 45 N° 3, 717-744.
- Silva Abbott, M. (2018). "The Inter-American Court of Human Rights, the Control of Conventionality Doctrine and the National Judicial Systems of Latin America". En *Ave Maria International Law Journal*, Vol. 7, 5-21.
- Silva Abbott, M. (2018). "¿Es la Corte Interamericana de Derechos Humanos solamente un tribunal?". En D. Herrera, N. Lafferriere, G. Maino, D. Rainieri (Coord.). *Estado de Derecho y Derechos Humanos* (321-361). Buenos Aires. EDUCA / Konrad Adenauer Stiftung.
- Silva Abbott, M. (2018). "La notable incerteza que produce la incorporación de los tratados de derechos humanos al bloque de constitucionalidad". En *Prudentia Iuris*, vol. 86, 105-131.
- Silva Abbott, M. (2019). "La doctrina del control de convencionalidad: más problemas que soluciones". En M. Silva (Coord.). *Una visión crítica del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y algunas propuestas para su mejor funcionamiento* (177-216). Valencia. Tirant Lo Blanch.

- Silva Abbott, M. (2020). “¿Qué efectos produce el control de convencionalidad decretado por la Corte Interamericana en un ordenamiento jurídico?”. En *Estudios Constitucionales*, Vol. 18 N° 2, 265-308.
- Silva Abbott, M. (2020). “A Radiographic Analysis of the Effectiveness of the Decisions of the Inter-American Court of Human Rights”. En *ILSA, Journal of International & Comparative Law* (Bilingual Edition), Vol. 26, issue 3, 2020, 479-581.
- Torelly, M. (2017). “Control de convencionalidad: ¿constitucionalismo regional dos direitos humanos?”. En *Revista Direito & Práxis*, Vol. 8 N° 1, 321-353.
- Vio Grossi, E. (2018). “El control de convencionalidad y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. En *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, N° 24, 311-335.
- Vítolo, A. (2013). “Una novedosa categoría jurídica: el ‘querer ser’. Acerca del pretendido carácter normativo *erga omnes* de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Las dos caras del ‘control de convencionalidad’”. En *Pensamiento Constitucional*, N° 18, 357-380.
- Vogelfanger, A. D. (2015). “La creación de derecho por parte de los tribunales internacionales. El caso específico de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. En *Pensar en Derecho*, N° 7, Año 4, 251-284.
- Von Bogdandy A. (2017). “*Ius constitutionale commune* en América Latina. Aclaración conceptual”. En A. Von Bogdandy, M. Morales, E. Ferrer (Coord.). *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión* (133-177). México. Instituto de Estudios Constitucionales de Querétaro / Max Planck Institute.
- Von Bogdandy, A. *et al.* (2017). “A manera de prefacio. *Ius Constitutionale Commune* en América Latina: un enfoque regional del constitucionalismo transformador”. En A. Von Bogdandy, M. Morales, E. Ferrer (Coord.). *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión* (17-51). México. Instituto de Estudios Constitucionales de Querétaro / Max Planck Institute.
- Von Bogdandy, A. (2019). “El mandato transformador del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Legalidad y legitimidad de un proceso iurisgenerativo extraordinario”. En A. Von Bogdandy, E. Ferrer, M. Morales (Coord.). *Cumplimiento e impacto de las sentencias de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Transformando realidades* (25-56). México. Instituto Max Planck / Instituto de Estudios Constitucionales de Querétaro / Unam.
- Von Bogdandy, A. (2019). “El *Ius Constitutionale Commune* en América Latina a la luz de *El concepto de lo político*, de Carl Schmitt”. En *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XLX, 131-173.