
El control de convencionalidad: ¿Un punto de llegada o un camino interpretativo? Una reflexión sobre los alcances de la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Control of conventionality:
the finishing line or an interpretation road?
Reflecting upon the scope of the doctrine
of the Inter-American Court of Human Rights

 Gisela Ferrari Universidad de Buenos Aires | CONICET, Argentina
giselaFerrari@derecho.uba.ar

 Fátima López Poletti Universidad Católica Argentina
fatimalopezpoletti@gmail.com

Recibido: 6/12/2021

Aceptado: 4/8/2022

Resumen La doctrina del control de convencionalidad ha sido controvertida desde sus inicios y cuenta con simpatizantes y detractores que se han aventurado en una disputa que parece no acabar. En este trabajo no pretendemos tomar posición a favor o en contra de la legitimidad del control de convencionalidad, sino hacernos una pregunta específica sobre los alcances –que tiene o podría tener– dicho control. Desde su creación, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha ido delineando diversos aspectos de la doctrina y podría sostenerse que ha avanzado de cara a su expansión. Sin embargo, no se ha expedido aún sobre el siguiente interrogante que deseamos plantear aquí: ¿debe entenderse que el control de convencionalidad contempla solo la obligación de aplicar los estándares que surgen del texto de la Convención y las interpretaciones que de ella haga la Corte, o también involucra el deber de adoptar el modo en el que se ha de aplicar? En otras palabras, nos interesa explorar si, en el estado actual de cosas o mediante futuros desarrollos, podría entenderse que este control comprende no solo el resultado interpretativo sino también la adopción de ciertas pautas hermenéuticas.

Palabras clave Sistema interamericano de derechos humanos, control de convencionalidad, interpretación judicial, argumentación constitucional, principio de proporcionalidad, principio *pro personae*

Abstract The doctrine of conventionality control has proven controversial from its very beginnings, and has both supporters and detractors, who have ventured into a dispute that does not seem to end. In this work, we do not intend to take sides for or against the legitimacy of conventionality control, but rather to ask a specific question about the scope that such doctrine has or that it could have. Since the creation of the doctrine, the Inter-American Court of Human Rights has been shaping various aspects of the doctrine and it could be argued that progress has been made towards its expansion. However, the Court has not yet dealt with the following question, which we wish to tackle here: should we understand that conventionality control includes only the obligation to apply the standards that arise from the text of the Convention plus the interpretations of the Court, or does it also involve the duty to adopt the way in which they are

to be applied? In other words, we are interested in exploring whether, in the current situation or through future developments, this control could be understood to comprise not only interpretive results but also the adoption of certain hermeneutical guidelines.

Keywords Inter-American Human Rights System, conventionality control, judicial interpretation, constitutional reasoning, principle of proportionality, principle *pro personae*

Cómo citar este artículo: Ferrari, G. y López Poletti, F. (2022). El control de convencionalidad: ¿Un punto de llegada o un camino interpretativo? Una reflexión sobre los alcances de la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista Electrónica de Derecho Internacional Contemporáneo*, 5(5), 033. <https://doi.org/10.24215/2618303Xe033>

1. Introducción

La doctrina del “control de convencionalidad” ha sido desarrollada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (“Corte IDH” o “la Corte”) desde su primera aparición en el caso *Almonacid Arellano*.¹ Allí fue cuando se estableció –aunque tímidamente– que “el Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la CADH”.² Además, la Corte especificó que “[e]n esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención”.³ De ahí en adelante, el tribunal dejó de lado toda vacilación referida al control y comenzó a establecer distintas pautas con el objeto de moldear la doctrina. En efecto, la Corte se ha expedido en diversos pronunciamientos sobre sus alcances, su fundamento jurídico, sus características especiales y los sujetos obligados a llevarlo a cabo, entre otras cuestiones.

En este sentido, sostuvo que la ratificación de un tratado internacional somete a las judicaturas locales a su cumplimiento y “los obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin”.⁴ De este modo, las judicaturas *deben* ejercer el control de convencionalidad que ha de ser aplicado incluso de oficio. Con el tiempo, la Corte siguió avanzando en esta dirección llegando incluso a considerar que su ejecución no solo incumbe a las judicaturas sino también a los órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles.⁵ Finalmente, extendió la obligación a “cualquier autoridad pública”.⁶ En *Radilla Pacheco*, además, la Corte afirmó que no cabe reducir el control únicamente a la invalidación de aquellas reglas de derecho interno que se opongan a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) o a la interpretación que de ella haga la Corte IDH, sino que también ha de incluirse el deber de adecuar el derecho doméstico a esas pautas internacionales (interpretación conforme).⁷ Así, el control de convencionalidad se proyecta en un doble orden: por un lado, como el deber de revisar que la normativa local no contraríe o desnaturalice la internacional y, por el otro, como el de realizar mayores esfuerzos en pos de armonizar la primera con la segunda.

¹ Corte IDH, *Almonacid Arellano c. Chile*, sentencia del 26 de septiembre de 2006, Serie C, No. 154, párr. 124. La primera mención, no obstante, puede encontrarse en el voto razonado del juez Sergio García Ramírez en *Myrna Mack Chang*: Corte IDH, *Myrna Mack Chang c. Guatemala*, sentencia de 25 de noviembre de 2003, Serie C, No. 101, voto razonado del juez Sergio García Ramírez, párr. 27.

² Corte IDH, *Almonacid Arellano c. Chile*, sentencia del 26 de septiembre de 2006, Serie C, No. 154, párr. 124.

³ *Ibid.*

⁴ Corte IDH, *Trabajadores cesados del Congreso c. Perú*, sentencia del 24 de noviembre de 2006, Serie C, No. 158, párr. 128.

⁵ Corte IDH, *Cabrera García y Montiel Flores c. México*, sentencia del 26 de noviembre de 2010, Serie C, No. 220, párr. 225.

⁶ Corte IDH, *Gelman c. Uruguay*, sentencia del 24 de noviembre de 2011, Serie C, No. 221, párr. 239.

⁷ Corte IDH, *Radilla Pacheco c. México*, sentencia del 23 de noviembre de 2009, Serie C, No. 209, párr. 338.

De este modo, el control de convencionalidad se ha perfilado como un procedimiento independiente: lo que comenzó con una tímida mención adquirió, mediante sucesivos pronunciamientos, una identidad propia. Se lo ha definido de la siguiente manera:

Una obligación de origen internacional, a cargo de todas las autoridades del Estado –especialmente los jueces–, de crear (en el caso del Poder Legislativo), interpretar, y aplicar toda norma jurídica nacional (constitución, ley, decreto, reglamento, jurisprudencia, etc.), de conformidad con el Corpus Juris Interamericano (principalmente la Convención Americana y las interpretaciones que de ella haga la Corte Interamericana), y en caso de incompatibilidad manifiesta abstenerse de aplicar la norma nacional. Las autoridades estatales deben ejercer de oficio el control de convencionalidad, pero siempre actuando dentro de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, las cuales están definidas en el derecho nacional. (González Domínguez, 2017, p. 66).

La doctrina ha sido controvertida desde sus inicios y cuenta con simpatizantes y detractores que se han aventurado en una disputa que parece no acabar. Entre las dudas o los cuestionamientos que la doctrina ha generado, encontramos los siguientes: (i) que se ha dado un paso indebido y contrario al artículo 68.1 de la Convención Americana, al postular una regla genérica aplicable –con efectos *erga omnes*– a todos los sujetos interamericanos (Dulitzky, 2015, p. 47); (ii) que el ejercicio *ex officio* exigido por la Corte IDH podría desconocer las particularidades de los diseños institucionales adoptados por cada Estado miembro (Sagüés, 2010, p. 277); (iii) que atenta contra el principio de autogobierno de los pueblos, en tanto pretende que una decisión pensada para un caso concreto se extienda a otros casos con contextos históricos, políticos y culturales diferentes⁸; (iv) que la Corte aspira a crear precedentes interamericanos no solo cuando ejerce su función jurisdiccional sino también cuando hace uso de su función consultiva (Hitters, 2021, p. 396), entre muchos otros.

En este trabajo nos proponemos una finalidad distinta. No pretendemos tomar posición a favor o en contra de la legitimidad o la operatividad del control de convencionalidad, sino comenzar a explorar una pregunta específica sobre los alcances –que tiene o podría tener– dicho control. Como se ha mencionado, desde la creación de esta doctrina la Corte ha ido delineando diversos aspectos, y podría sostenerse que ha avanzado de cara a su expansión (Midón, 2016, pp. 71-105; González Domínguez, 2017, pp. 58-65). Sin embargo, no se ha expedido aún sobre el siguiente interrogante que deseamos plantear aquí: ¿debe entenderse que el control de convencionalidad contempla solo la obligación de aplicar los estándares⁹ que surgen del texto de la Convención y las interpretaciones que de ella haga la Corte, o también involucra el deber de adoptar el modo en el que se ha de aplicar? En otras palabras, nos interesa explorar si, en el estado actual de cosas o mediante futuros desarrollos, podría entenderse que este control comprende no solo el resultado interpretativo sino también la adopción de ciertas pautas hermenéuticas y cuáles serían los beneficios y los riesgos de responder afirmativamente a esa pregunta.

⁸ En este sentido, Colombo Murúa ha señalado que “la propia Corte Interamericana se ha encargado de revalorizar principios como el de autogobierno de los pueblos o el de multiculturalismo, que, precisamente, prohíben homogeneizar las soluciones jurisdiccionales y mandan a analizar los contextos culturales de manera, claro, ‘tópica’. Es decir, en los escenarios heterogéneos y multiculturales existentes no puede pensarse en respuestas uniformes que violentan la diversidad que se pretende defender” (2017, p. 816).

⁹ En este trabajo no pretendemos abordar con rigurosidad el concepto de “estándar interamericano”. Algunos autores, como Ignacio de Casas, podrían sostener que el principio *pro personae*, en tanto se recepta en la Convención, no podría considerarse un estándar, mientras que el principio de proporcionalidad, por el contrario, sí podría ser concebido como tal. Sobre esto, véase De Casas, 2019.

Nuestra exploración de la pregunta de investigación –así como de sus posibles justificaciones y objeciones– se concentrará primordialmente en el principio *pro personae*¹⁰ y en el examen de proporcionalidad por tratarse de las pautas hermenéuticas o los métodos interpretativos de mayor peso en la jurisprudencia de la Corte. Se adoptará un enfoque mixto con alcance descriptivo mediante el examen de doctrina y el análisis documental de sentencias de la Corte IDH.¹¹ Los fallos seleccionados para la muestra analizan, en su mayoría, cuestiones vinculadas al derecho penal pues en dicha materia se encuentra la formulación inicial del examen de proporcionalidad (Perello Domenech, 1997, pp. 69-75).

Por el momento, se trata de un mero ejercicio hipotético porque, como se dijo, la Corte no se ha expedido al respecto. Por este motivo, el objeto de este trabajo se divide en dos partes. Por un lado, plantea la posibilidad de extender la práctica del control de convencionalidad a la aplicación de estructuras argumentativas específicas –en particular, el principio de proporcionalidad– que han de adoptarse en los casos de conflictos entre derechos. Por otro lado, evalúa, a partir de los problemas teóricos que se han formulado sobre ese principio y del análisis de la práctica jurisprudencial, si esa posibilidad es conveniente y deseable o si, por el contrario, debe desecharse con fundamento en el modo en el que actualmente es empleada.

Este ejercicio es relevante por varias razones. En primer lugar, se observa que algunos Estados han comenzado a alegar que utilizan el principio de proporcionalidad para eximirse de responsabilidad internacional¹² con fundamento en que la Corte suele recurrir a él en la argumentación de sus sentencias. En segundo lugar, la propia Corte podría estar interesada en una respuesta afirmativa al interrogante planteado, ya que sería una herramienta útil para que los jueces domésticos (o “jueces interamericanos”¹³) puedan abordar casos nuevos, en los cuales aún no existe estándar creado en el ámbito interamericano de un modo compatible con la Convención Americana. A su vez, estas judicaturas domésticas, ante la potencial futura revisión¹⁴ de sus sentencias por la Corte Interamericana, podrían considerar beneficioso seguir las pautas hermenéuticas sentadas por la Corte para resolver casos en los que el resultado interpretativo aún no ha sido establecido por el tribunal. Por lo tanto, lo que hoy es un ejercicio podría pronto convertirse en una nueva controversia en materia de control de convencionalidad.

2. El objeto del control de convencionalidad

Según González Domínguez, el objeto de la obligación de ejercer el control de convencionalidad se puede clasificar en cinco conductas:

- (i) realizar una ‘interpretación conforme’ entre las leyes nacionales y el Corpus Juris Interamericano, siempre que la norma nacional no sea acorde con las obligaciones internacionales

¹⁰ Este principio será examinado brevemente, como un paso previo inherente a la aplicación del examen de proporcionalidad en los casos en que se plantean conflictos entre derechos.

¹¹ El enfoque mixto se justifica porque se ha tomado como muestra un conjunto de sentencias dictadas por la Corte IDH para identificar el modo en el que esta emplea ciertas pautas hermenéuticas o métodos de interpretación (primordialmente, el examen de proporcionalidad). A su turno, esto nos permitirá desplegar un catálogo de alternativas útiles para esbozar una posible respuesta a la pregunta de investigación.

¹² Corte IDH, *Masacre de Pueblo Bello c. Colombia*, sentencia del 31 de enero de 2006, Serie C, No. 140, párr. 132.

¹³ Sobre esto, Pablo González Domínguez sostiene: “Se trata de una doctrina cuyo objetivo es eminentemente práctico: incrementar la aplicación y efectividad a nivel nacional de los estándares contenidos en el DIDH, para que sean las autoridades nacionales las primeras en garantizar que la aplicación del derecho nacional no derive en una violación de los derechos humanos de las personas (*de ahí la metáfora respecto a que las autoridades actúen como ‘jueces interamericanos’*)” (2017, p. 66, énfasis añadido).

¹⁴ Somos conscientes de que la Corte IDH no es un tribunal de cuarta instancia, sino que su intervención es de una naturaleza diferente. Sin embargo, nos permitimos aquí utilizar la expresión “revisión” en un sentido amplio.

del Estado; (ii) inaplicar la norma que no pueda ser interpretada de conformidad con los mencionados estándares interamericanos, siempre que la autoridad tenga la competencia para proceder a dicha inaplicación; (iii) crear normas que permitan la efectividad de la Convención Americana y la jurisprudencia de la Corte, cuando una autoridad actúe materialmente como legislador; (iv) utilizar el control de convencionalidad como una técnica que permita el debido cumplimiento de las sentencias de la Corte en aquellos casos donde el Estado al que la autoridad pertenece haya sido condenado, y (v) actuar de manera positiva y suplir las deficiencias de la legislación penal nacional, para así evitar la impunidad en casos de desaparición forzada de personas. (González Domínguez, 2017, p. 69).

La primera conducta es la que primordialmente nos interesa a los fines del interrogante planteado en este trabajo. Es decir, la obligación de interpretar las leyes nacionales de conformidad con la Convención y la jurisprudencia de la Corte para garantizar su efecto útil. Según el autor citado, esta conducta “requiere que el intérprete de la ley se acoja a los parámetros convencionales, y en consecuencia que deseche aquellas interpretaciones inconvencionales, o que sean de menor efectividad en el goce y protección del derecho o libertad respectivos” (González Domínguez, 2017, p. 69). Al respecto, Sagüés agrega que

si una cláusula de una constitución nacional (o una norma subconstitucional) permite por ejemplo dos o tres interpretaciones, el operador deberá preferir la que coincida, y no la que se oponga, a la Convención Americana de Derechos Humanos. *A contrario sensu*, ello significa que deberá desechar las interpretaciones de la norma constitucional o subconstitucional, que resulten incompatibles con la Convención Americana, o con la interpretación dada a esta última por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. (Sagüés, 2010, p. 130)

Lamentablemente, no encontramos en los análisis de estos autores ningún dato que nos sirva de guía para responder nuestra pregunta. Más cerca de nuestro interrogante, González Domínguez sostiene que: “Atendiendo al ‘objeto y fin’ de la Convención, ésta debe interpretarse de manera que se garantice su efecto útil, por lo que las autoridades también deben definir el alcance de las obligaciones convencionales de conformidad con el principio *pro personae*” (2017, p. 70).

Finalmente, otro dato nos acerca más a la pregunta planteada. La Corte IDH suele recurrir al principio de proporcionalidad. El recurso a este criterio por parte del tribunal resulta –al menos en teoría– tan extendido que se ha llegado al punto de que algunos Estados aleguen haberlo empleado con el objetivo de eximirse de responsabilidad internacional.¹⁵ Más aún, Pedro Caminos ha aventurado que “todo parece indicar que los tribunales locales también deberían valerse del principio de proporcionalidad cuando evalúen la validez de las leyes, o de otras normas, que restrinjan el ejercicio de los derechos contemplados en la Convención” (Caminos, 2014, p. 64).

Entonces, ¿el control de convencionalidad comprende la obligación de adoptar los métodos argumentativos o pautas hermenéuticas empleados por la Corte IDH? ¿La obligación incluye, por ejemplo, el deber de utilizar pautas como el principio *pro personae*, o apelar al principio de proporcionalidad como el procedimiento idóneo para llevar a cabo el control judicial? ¿Cuáles serían los beneficios y los riesgos de adoptar tal postura? Para responder esta pregunta, como adelantamos, enfocaremos nuestro análisis en el principio *pro personae* y, más extensamente, en el examen de proporcionalidad.

3. Los alcances del control de convencionalidad y la obligación de adoptar los métodos o pautas hermenéuticas empleados por la Corte IDH

La interpretación de los tratados internacionales se encuentra regida por normas consuetudinarias y convencionales. En particular, la interpretación de los tratados de derechos humanos se rige por pautas generales y

¹⁵ Véase nota al pie núm. 12.

específicas. Entre las pautas generales, cabe mencionar la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969), específicamente los artículos 31 y 32 que establecen criterios hermenéuticos. El primero parece aportar un dato útil a nuestra pregunta cuando afirma que a fin de interpretar un tratado “[j]untamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta: (...) b) Toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por el cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado”. Si bien el o los métodos de interpretación preferidos por la Corte IDH –aquí nos referimos específicamente al principio de proporcionalidad y al principio *pro personae*– podrían subsumirse en la calificación de “práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado”, lo cierto es que falta el “acuerdo de partes” requerido por la Convención de Viena para que su texto sea operativo.

Entre las pautas específicas, podemos mencionar el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que consagra el principio *pro personae*. La Corte precisó sus alcances en su Opinión Consultiva OC-5/85 referente a la colegiación obligatoria de periodistas. Allí indicó que del artículo 29, inciso b, se colige que “si a una misma situación son aplicables la Convención Americana y otro tratado internacional, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana”.¹⁶ En este sentido, el exjuez Rodolfo Piza Escalante sostuvo que con su aplicación se configura una situación de interpretación extensiva de los derechos humanos y restrictiva de sus limitaciones.¹⁷ En consecuencia, al interpretar la Convención siempre debe elegirse la alternativa más favorable para la tutela de los derechos protegidos por dicho tratado, o la que prevea la restricción menor.¹⁸

En consecuencia, podríamos sostener que el principio *pro personae* informa todo el sistema de los derechos humanos, cualquiera sea su ámbito de aplicación, y es connatural a él. De este modo, su aplicación permite acudir a la norma más amplia o a la interpretación más extensiva cuando se trata de reconocer o tutelar derechos humanos o a la interpretación más restringida cuando, en cambio, se trata de establecer restricciones permanentes a su ejercicio o suspender los mecanismos de tutela. Al mismo tiempo, se ha dicho que este principio subyace al ordenamiento en su totalidad y se irradia en forma integral a todo el sistema, a la vez que se vincula con el principio de no regresividad¹⁹ (Drnas de Clément, 2015, pp. 103-108).

Ahora bien, teniendo en cuenta la práctica de la Corte IDH, podría sostenerse que la operatividad del principio *pro personae* está supeditada a la aplicación del examen de proporcionalidad en casos de conflictos de derechos, ya que con este último se evalúa la legitimidad de ciertas decisiones con el fin de identificar aquella que resulte menos lesiva para los derechos de las personas.

Si a estas consideraciones agregamos que varias cortes domésticas dentro de la región interamericana, como la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina, han aceptado la autoridad interpretativa de la Corte IDH y la doctrina del control de convencionalidad²⁰, todo parece indicar que si el tribunal de San José hace uso

¹⁶ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-5/85, 13 de noviembre de 1985, Serie A, No. 5, párr. 52.

¹⁷ *Ibid.*, voto del Juez Rodolfo Piza Escalante, párr. 12.

¹⁸ Corte IDH, *Masacre de Mapiripán c. Colombia*, sentencia del 15 de septiembre de 2005, Serie C, No. 134, párr. 106; *Ricardo Canese c. Paraguay*, sentencia del 31 de agosto de 2004, Serie C, No. 111, párr. 181; *Herrera Ulloa c. Costa Rica*, sentencia del 2 de julio de 2004, Serie C, No. 107, párr. 184.

¹⁹ Christian Courtis sostiene que la prohibición de regresividad forma parte del bagaje teórico tanto del derecho internacional de los derechos humanos, como del derecho constitucional doméstico. Asimismo, distingue entre dos nociones de regresividad. Por un lado, la *regresividad de resultados* que refiere a aquellos casos en los que el Estado desarrolla una política pública cuyos resultados empeoran los del punto de partida temporalmente anterior utilizado como parámetro. Por el otro, la *regresividad normativa*, es decir, aquella que evalúa la extensión de los derechos concedidos por una norma jurídica que modifica o sustituye a otra. En este último supuesto, se reputa regresiva aquella norma que suprime, limita o restringe derechos o beneficios concedidos por su antecesora (Courtis, 2006).

²⁰ Véase, por ejemplo, Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Mazzeo, Julio Lilo*, sentencia del 13 de julio de 2007, *Fallos* 330:3248.

del principio de proporcionalidad para evaluar la validez de las normas que restringen el ejercicio de los derechos contemplados en la Convención, entonces existen, en principio, razones ‘institucionales’ para que esas cortes domésticas lo adopten.

Sin embargo, podrían existir razones ‘sustantivas’ que desalienten esta conclusión: por un lado, los problemas inherentes al examen de proporcionalidad –especialmente, aquellos vinculados con la falta de racionalidad en la ponderación– y, por el otro, el modo –a nuestro juicio falible– en el que la Corte IDH emplea ese examen.

Antes de pasar al análisis de estas posibles objeciones, aclaramos que este trabajo toma como punto de partida que el principio de proporcionalidad es una estructura argumentativa que establece un estándar de justificación al que deben someterse las decisiones de autoridades públicas que restringen un derecho en miras a la protección de otro al que, en el caso concreto, se le atribuye un mayor peso. Así, su aplicación por parte de los tribunales equivale a controlar la justificación presentada por quien dispuso la restricción en miras a garantizar el ejercicio del control democrático de la gestión estatal, es decir, con el objeto de que los ciudadanos conozcan y, eventualmente, critiquen aquellas decisiones que no sean coincidentes con su voluntad. La noción de proporcionalidad ha sido tomada de la literatura académica, en particular de Robert Alexy (1985), ya que ha sido él quien se dedicó a estudiar con mayor sofisticación su estructura. No obstante, como se explicará en el apartado siguiente, el tribunal interamericano ha desarrollado en forma autónoma este examen.

a. Primera objeción: Problemas inherentes a la proporcionalidad

Como se mencionó, a nivel teórico Alexy (1985) es reconocido por analizar el principio de proporcionalidad, con sus respectivas implicancias, y defenderlo de sus detractores. Es por eso que aquí tomamos como punto de partida su teoría. Para él, los tres submandatos que componen el examen –idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto– expresan la idea de optimización. Por lo tanto, su aplicación supone, como paso previo, concebir a los derechos como principios; es decir, como normas que ordenan que algo se cumpla en la mayor medida posible según las posibilidades fácticas y jurídicas. De allí que, en tanto éstos admiten distintos grados de cumplimiento, la ponderación es posible.

Los submandatos de idoneidad y necesidad no plantean inconvenientes serios pues con ellos solo se trata de verificar que la medida limitativa adoptada sea susceptible de alcanzar el fin propuesto y que de entre las varias opciones disponibles se elija la menos lesiva.²¹ La falta de inconvenientes obedece a una circunstancia crucial: ambos submandatos conciernen a la optimización relacionada con aquello que es fácticamente posible, por lo que aquí la ponderación no juega ningún papel. En otras palabras, en última instancia, solo tratan de impedir ciertas intervenciones en los derechos fundamentales que sean evitables sin costo para otros principios.²²

²¹ Con mayor precisión, el examen de idoneidad supone una relación de medio a fin; eso se debe a que exige que el medio escogido sea susceptible de alcanzar el objetivo propuesto. Tal es así que, si el medio no es adecuado para promover la satisfacción de un principio y, al mismo tiempo, afecta a un segundo principio, la adopción de ese medio queda prohibida en virtud de las posibilidades fácticas exigidas. Por consiguiente, el submandato de idoneidad se satisface cuando se comprueba una relación empírica entre el medio escogido y el fin perseguido por la medida adoptada. Por otro lado, el examen de necesidad exige una comparación entre medios con el fin de elegir el menos intrusivo. Es decir, supone la inexistencia de un recurso más moderado para conseguir el propósito perseguido con igual eficacia. En términos más sencillos: si hay dos medios disponibles e igualmente efectivos para promover un determinado principio, pero uno de ellos afecta de un modo menos intenso que el otro a un segundo principio, las posibilidades fácticas determinan la elección de aquel que importe un menor grado de afectación.

²² Se ha dicho que ambos submandatos expresan la idea del Óptimo de Pareto, donde no existe un posible cambio que beneficie a una persona sin perjudicar a otra (Alexy, 1985, p. 164, nota al pie 222).

En cambio, el principio de proporcionalidad en sentido estricto está enfocado en la optimización de las posibilidades jurídicas, motivo por el cual es el campo de la ponderación por antonomasia. En este sentido, el tercer submandato exige que la medida limitativa sea “equilibrada”, es decir, que de ella se deriven mayores beneficios que perjuicios para la sociedad toda. Este es el último paso que el operador jurídico debe llevar a cabo, pero también el más complejo. Eso se debe a que involucra una serie de factores que deben ser tomados en consideración para determinar si en el caso concreto un derecho debe tener prioridad sobre otro. Esencialmente, la manera de ejecutarlo está determinada por la escala triádica o de tres intensidades que obliga a establecer: (i) el grado de no satisfacción o restricción de un primer principio, (ii) el grado de satisfacción del principio opuesto, y (iii) si la importancia de satisfacer el segundo principio justifica el detrimento del primero. Esta operación se lleva a cabo apelando a valoraciones del tipo “leve”, “media” o “grave” (Alexy, 2010, pp. 20-27).

La ponderación, así concebida, admite dos variantes: o bien se reduce a una mera evaluación comparativa en la que basta con determinar el peso de cada derecho y compararlos a efectos de determinar cuál pesa más, o bien exige la elaboración de una justificación adecuada que dé cuenta de las razones subyacentes a la prece-dencia. Si se opta por la primera opción, se hacen presentes algunos riesgos tales como la discrecionalidad, la falta de justificación racional u objetividad o la ausencia de control ciudadano. Mientras tanto, la segunda alternativa legitima el mecanismo porque hace presumir una cierta racionalidad en la argumentación o, en su caso, clarifica sus falencias. Veamos cuál es el sentido que la Corte IDH le otorga a este examen.

b. Segunda objeción: El modo en el que la Corte IDH aplica el principio de proporcionalidad

Podría sostenerse que la Corte IDH emplea el examen de proporcionalidad desde el año 2004. Así, ciertos autores indican que lo habría utilizado por primera vez en forma expresa en los casos Herrera Uloa y Ricardo Canese (Minatta, 2018, pp. 273-274). Sin embargo, debemos destacar que ya se hace referencia a la proporcionalidad en la Opinión Consultiva OC-5/85, en los párrs. 45 y 46.

A partir de ese primer uso en 2004, la Corte ha recurrido al principio de proporcionalidad en numerosas sentencias²³ por lo que, a primera vista, parece ocupar un lugar predominante en las argumentaciones del tribunal. Como se adelantó, además, el tribunal interamericano ha desarrollado en forma autónoma este examen. Ha postulado cuatro pautas que deben satisfacerse para concluir exitosamente esa evaluación: finalidad legítima, idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Es decir, ha incorporado la finalidad legítima a los tres submandatos originales. No obstante, entendemos que la versión de la Corte es deficiente por tres razones.

En primer lugar, debido a que el agregado del requisito de la finalidad legítima es redundante ya que toda limitación que no tienda a una finalidad legítima será inválida. De hecho, el artículo 30 de la Convención Americana refuerza tal afirmación cuando establece que las restricciones a los derechos solo pueden ser aplicadas por leyes que se dicten por razones de interés general.

²³ Entre otros, véanse Corte IDH, *Claude Reyes c. Chile*, sentencia del 19 de septiembre de 2006, Serie C, No. 151, párr. 91; *Palamara Iribarne c. Chile*, sentencia del 22 de noviembre del 2005, Serie C, No. 135, párr. 85; *Ricardo Canese c. Paraguay*, sentencia del 31 de agosto de 2004, Serie C, No. 111, párr. 96; *Herrera Uloa c. Costa Rica*, sentencia del 2 de julio de 2004, Serie C, No. 107, párrs. 121 y 123; *Kimel c. Argentina*, sentencia del 2 de mayo de 2008, Serie C, No. 177, párr. 58.

En segundo lugar, hemos advertido que hasta el año 2008 aproximadamente, la Corte en ocasiones no hacía referencia al submandato de idoneidad. Solo consideraba que la restricción impugnada debía ser “proporcionada al interés que la justifica y (...) conducente para alcanzar el logro de ese legítimo objetivo.”²⁴ Es decir, esos eran los únicos requisitos de legitimidad a los cuales debía someterse la medida limitativa.

Por último, en ocasiones se observa una confusión del examen de necesidad con el de proporcionalidad en sentido estricto. Por ejemplo, en *Lagos del Campo* –referido a un despido sin justa causa que fue avalado por la justicia laboral de Perú–, la Corte sostuvo que “no se advierte en el fallo que se hayan ponderado los derechos en juego y/o sus consecuencias, a la luz del requisito de necesidad”.²⁵

c. Análisis conjunto de las objeciones sobre el examen de proporcionalidad

En definitiva, no se advierte que el principio de proporcionalidad, tanto considerado en abstracto como en su uso en la práctica judicial de la Corte, sea efectivo para satisfacer la finalidad a la que está destinado. Es cierto que no existe un uso consistente ni coherente de dicho mecanismo por parte de la Corte IDH. Pues, su operatividad se manifiesta de manera asimétrica y desprolija, lo que refuerza la crítica de Habermas (1998) que reduce la ponderación a una figura retórica que permite niveles de subjetividad ilimitados.

El estatus internacional del examen es cuestionable e inconsistente. Ante esta situación, si se admite que el control de convencionalidad comprende un modo particular de arribar a resultados interpretativos, en el caso del examen de proporcionalidad, se abren tres alternativas: (i) corregir las falencias en las actualmente incurre la Corte IDH, (ii) abandonar su utilización, o (iii) aplicarlo del mismo modo que el tribunal interamericano, es decir, deficientemente.

4. Conclusión

En este trabajo nos hemos propuesto comenzar a explorar una pregunta específica sobre los alcances –que tiene o podría tener– el control de convencionalidad. Nuestro examen de la pregunta de investigación se concentró primordialmente en el principio *pro personae* y en el examen de proporcionalidad, por tratarse de las pautas hermenéuticas o métodos interpretativos de mayor peso en la jurisprudencia de la Corte.

Entre los beneficios de responder afirmativamente a la pregunta central aquí planteada, podríamos mencionar, entre otros: (i) que el propio tribunal interamericano podría estar interesado en una respuesta afirmativa al interrogante, ya que la adopción de las mismas pautas hermenéuticas que usa la Corte podría ser una herramienta útil para que las judicaturas domésticas (o “jueces interamericanos”) puedan abordar casos nuevos en los cuales aún no existe estándar creado en el ámbito interamericano, de un modo compatible con la Convención Americana; (ii) que estas judicaturas, ante la potencial futura revisión de sus sentencias por la Corte Interamericana, podrían considerar beneficioso seguir esas pautas hermenéuticas sentadas por la Corte para resolver casos en los que el resultado interpretativo aún no ha sido establecido por el tribunal.

A su vez, hemos identificado algunos peligros, por ejemplo, que el principio de proporcionalidad, tanto considerado en abstracto como en su uso en la práctica judicial de la Corte, dista de ser efectivo para satisfacer la finalidad a la que está destinado. Además, no existe un uso consistente ni coherente de dicho mecanismo por parte de la Corte IDH.

Por el momento, como dijimos, se trata de un mero ejercicio hipotético, pero estas primeras exploraciones pueden servir de puntapié para comenzar a dar forma a esta pregunta que de seguro estará presente próximamente en la agenda interamericana.

²⁴ Corte IDH, *Claude Reyes c. Chile*, sentencia del 19 de septiembre de 2006, Serie C, No. 151, párr. 91.

²⁵ Corte IDH, *Lagos del Campo c. Perú*, sentencia de 31 de agosto de 2017, Serie C, No. 340, párr. 130.

5. Referencias bibliográficas

a. Libros y artículos de doctrina

- Alexy, R. (1985). *Theorie der grundrechte* (Teoría de los derechos fundamentales). Centro de Estudios Constitucionales.
- Alexy, R. (2010). La fórmula del peso. En M. Carbonell y P. Grández Castro (Coord.), *El principio de proporcionalidad en el derecho contemporáneo* (pp. 13-36). Palestra.
- Caminos, P. (2014). El principio de proporcionalidad: ¿Una nueva garantía de los derechos constitucionales? *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones “Ambrosio L. Gioja”*, 8(13), 51-74. <http://www.derecho.uba.ar/revistas-digitales/index.php/revista-electronica-gioja/article/view/65>
- Colombo Murúa, I. (2017). Control de convencionalidad e interpretación constitucional. Un replanteo necesario. *Revista Jurisprudencia Argentina*, 1, 807-823.
- Courtis, C. (2006). La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios. En C. Courtis (Comp.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales* (pp. 3-25). Centro de Estudios Legales y Sociales.
- De Casas, I. (2019). ¿Qué son los estándares de derechos humanos? *Revista Internacional de Derechos Humanos*, 9(2), 291-301. <https://ojs.austral.edu.ar/index.php/ridh/article/view/711>
- Drnas de Clément, Z. (2015). La complejidad del principio pro homine. *Doctrina, Jurisprudencia Aargentina*, fascículo No. 12, 98-111.
- Dulitzky, A. E. (2015). An Inter-American Constitutional Court? The Intervention of the Conventionality Control by the Inter-American Court of Human Rights. *Texas International Law Journal*, 50, 46-91. <https://law.utexas.edu/faculty/adulitzky/69-inter-amer-constitutional-court.pdf>
- González Domínguez, P. (2017). La doctrina del control de convencionalidad a la luz del principio de subsidiariedad. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 15(1), 55-98.
- Habermas, J. (1998). *Between Facts and Norms* (Facticidad y validez). Trotta.
- Hitters, J. C. (2021). ¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (Control de constitucionalidad y convencionalidad). En J. C. Hitters, *El control de convencionalidad en el sistema interamericano. Efectos. Obligatoriedad* (pp. 131-155). Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro.
- Midón, M. (2016). *Control de Convencionalidad*. Argentina: Editorial Astrea.
- Minatta, O. (2018). Cuarta etapa (2002-2006): Una Corte activista. En A. Santiago y L. Bellochio (Dir.), *Historia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* (pp. 215-290). La Ley.
- Perello Domenech, I. (1997). El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia constitucional. *Jueces para la democracia*, 28, 69-75.
- Sagüés, N. P. (2010). Obligaciones internacionales y control de convencionalidad. *Revista Estudios Constitucionales*, 1, 117-136.

b. Jurisprudencia

Corte IDH, Opinión Consultiva OC-5/85, 13 de noviembre de 1985, Serie A, No. 5.

- Corte IDH, *Myrna Mack Chang c. Guatemala*, sentencia de 25 de noviembre de 2003, Serie C, No. 101.
- Corte IDH, *Herrera Ulloa c. Costa Rica*, sentencia del 2 de julio de 2004, Serie C, No. 107.
- Corte IDH, *Ricardo Canese c. Paraguay*, sentencia del 31 de agosto de 2004, Serie C, No. 111.
- Corte IDH, *Masacre de Mapiripán c. Colombia*, sentencia del 15 de septiembre de 2005, Serie C, No. 134.
- Corte IDH, *Palamara Iribarne c. Chile*, sentencia del 22 de noviembre del 2005, Serie C, No. 135.
- Corte IDH, *Masacre de Pueblo Bello c. Colombia*, sentencia del 31 de enero de 2006, Serie C, No. 140.
- Corte IDH, *Claude Reyes c. Chile*, sentencia del 19 de septiembre de 2006, Serie C, No. 151.
- Corte IDH, *Almonacid Arellano c. Chile*, sentencia del 26 de septiembre de 2006, Serie C, No. 154.
- Corte IDH, *Trabajadores cesados del Congreso c. Perú*, sentencia del 24 de noviembre de 2006, Serie C, No. 158.
- Corte IDH, *Kimel c. Argentina*, sentencia del 2 de mayo de 2008, Serie C, No. 177.
- Corte IDH, *Radilla Pacheco c. México*, sentencia del 23 de noviembre de 2009, Serie C, No. 209.
- Corte IDH, *Cabrera García y Montiel Flores c. México*, sentencia del 26 de noviembre de 2010, Serie C, No. 220.
- Corte IDH, *Gelman c. Uruguay*, sentencia del 24 de noviembre de 2011, Serie C, No. 221.
- Corte IDH, *Lagos del Campo c. Perú*, sentencia de 31 de agosto de 2017, Serie C, No. 340.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Mazzeo, Julio Lilo*, sentencia del 13 de julio de 2007, *Fallos* 330:324.

