

EL ORDEN JURÍDICO INTERNACIONAL ANTE LAS VICISITUDES DEL SIGLO XXI

HAROLD BERTOT TRIANA
DIRECTOR

tirant lo blanch
Valencia, 2024

Copyright ® 2024

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito de los autores y del editor.

En caso de erratas y actualizaciones, la Editorial Tirant lo Blanch publicará la pertinente corrección en la página web www.tirant.com.

© Varios autores y autoras

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
www.tirant.com
Librería virtual: www.tirant.es
Depósito legal: pendiente
ISBN: 978-84-1056-954-6

Si tiene alguna queja o sugerencia, envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia, por favor, lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: <http://www.tirant.net/Docs/RSCTirant.pdf>

Una lectura constitucional de la subsidiariedad efectiva del sistema interamericano de protección de los derechos humanos

JORGE ERNESTO ROA-ROA¹
ANNA LUISA WALTER-DE SANTANA²

Sumario: 1. LA RESPONSABILIDAD DE LOS ESTADOS POR LA EXPEDICIÓN Y LA APLICACIÓN DE NORMAS CONTRARIAS A LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. 2. LOS MECANISMOS DE CONTROL ABSTRACTO DE CONSTITUCIONALIDAD Y LAS VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS POR LA EXPEDICIÓN O LA APLICACIÓN DE NORMAS CONTRARIAS A LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. 3. LA ACCIÓN PÚBLICA DE CONSTITUCIONALIDAD Y LAS VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS POR LA EXPEDICIÓN DE LEYES CONTRARIAS A LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS: HACIA LA SUBSIDIARIEDAD MATERIAL DE LA CORTE INTERAMERICANA. 3.1. La idoneidad del acceso directo al control abstracto de constitucionalidad frente a: los demás modelos de acceso, el control difuso y los recursos de amparo. 3.2. Las ventajas para los individuos derivadas del modelo de acceso directo al control abstracto de constitucionalidad. 3.3. Los Estados se benefician del modelo de acceso directo al control abstracto de constitucionalidad. 3.4. Subsidiariedad efectiva y menos casos para el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. 4. LA ACCIÓN PÚBLICA DE CONSTITUCIONALIDAD Y EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD DE ALTA INTENSIDAD. 4.1. Los tres instrumentos del mecanismo institucional interamericano para la solución de antinomias: interpretación conforme, principio pro persona y control de convencionalidad. 4.2. Control de convencionalidad y control de constitucionalidad. 4.3. El sistema mixto de control de constitucionalidad, el acceso directo a la justicia cons-

¹ Doctor en Derecho (summa cum laude) por la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona. Máster en Gobernanza y Derechos Humanos por la Universidad Autónoma de Madrid y Máster en Ciencias Jurídicas Avanzadas por la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona. Profesor de Derecho Constitucional Comparado, Derechos Humanos e Interpretación Constitucional en varias Universidades de América Latina y Europa. Contacto: jorgeroaroa@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1117-2302>

² Doctora en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Paraná (PUCPR), Brasil. Profesora en la Clínica de Derechos Humanos del Programa de Posgrados de la Pontificia Universidad Católica del Paraná (PPGD-PUCPR). Contacto: anna.santana@pucpr.br. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9670-8518>

titucional y el control de convencionalidad. 5. LA ACCIÓN PÚBLICA DE CONSTITUCIONALIDAD COMO UN INSTRUMENTO PARA EL DIÁLOGO ENTRE TRIBUNALES.

El objetivo de este capítulo es plantear un argumento institucional a favor del acceso directo de los ciudadanos al control de constitucionalidad en el marco de los Estados que forman parte del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. El eje central de ese argumento está conformado por la tesis de la Corte Interamericana sobre la responsabilidad de los Estados por la expedición y la aplicación de leyes contrarias a la Convención Americana sobre Derechos Humanos y por el principio de subsidiariedad de los sistemas regionales de protección de los derechos humanos. A este argumento central se añadirán las razones a favor de la acción pública de constitucionalidad que derivan del control de convencionalidad y del diálogo judicial.

La satisfacción de ese objetivo permitirá dotar a la acción pública de inconstitucionalidad de una proyección a ese mecanismo de acceso a la justicia constitucional a otros Estados que cumplan con unas condiciones políticas como las de Colombia donde el acceso directo de los ciudadanos al control de constitucionalidad también contribuya a fortalecer la democracia constitucional y a materializar el principio de subsidiariedad del Sistema Interamericano.

El argumento central de este capítulo es que el acceso directo de los ciudadanos al control abstracto de constitucionalidad, mediante mecanismos como la acción pública de constitucionalidad, es una vía institucional idónea para garantizar la efectividad del principio de subsidiariedad de los órganos que hacen parte del Sistema Interamericano cuando se trata de la responsabilidad internacional de los Estados por la expedición de una norma contraria a la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Según se mantendrá, solo en aquellos Estados en los que existe la acción popular o la acción pública de constitucionalidad -y estas son resueltas dentro de un plazo razonable- los individuos cuentan con un recurso judicial efectivo de orden interno al cual deben acudir antes de dirigirse a la Comisión y a la Corte Interamericana de Derechos Humanos para solicitar la declaración de la responsabilidad internacional de un Estado por expedir una ley contraria a la Convención. En los Estados que no cuentan con ese mecanismo, los individuos pueden dirigirse directamente al Sistema Interamericano. Cuando eso sucede, el principio de subsidiariedad solo se satisface formalmente porque la inexistencia de recursos internos implica

que los órganos interamericanos intervienen directamente. En consecuencia, la existencia de la acción pública garantiza efectivamente el principio de subsidiariedad de la Corte Interamericana porque constituye un recurso idóneo y efectivo que los individuos deben agotar previamente antes de acudir al Sistema Interamericano.

La estructura de este capítulo es la siguiente. En primer lugar, se describirán los rasgos esenciales de la jurisprudencia de la Corte Interamericana sobre la responsabilidad de los Estados por la expedición y aplicación de leyes contrarias a la Convención. En segundo lugar, se sintetizarán algunos casos en los cuales el tribunal de San José ha debido analizar la idoneidad de los recursos internos de control abstracto de constitucionalidad. En la tercera parte, se demostrará que la acción pública de constitucionalidad es un recurso idóneo y efectivo que debe ser agotado internamente antes de solicitar la protección internacional en los casos de responsabilidad de los Estados por la expedición y aplicación de leyes contrarias a la Convención Americana, con lo cual, la acción pública aumenta la eficacia del principio de subsidiariedad. En la cuarta sección, se harán algunas referencias a la relación entre la acción pública de constitucionalidad y el denominado control de convencionalidad de alta intensidad. Finalmente, se mantendrá que el acceso directo de los ciudadanos a la justicia constitucional es un mecanismo que promueve el diálogo entre los tribunales.

1. LA RESPONSABILIDAD DE LOS ESTADOS POR LA EXPEDICIÓN Y LA APLICACIÓN DE NORMAS CONTRARIAS A LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS

Todos los Estados parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos asumen obligaciones generales y obligaciones específicas. Las primeras tienen su fundamento jurídico en el artículo 1.1. de la Convención que hace referencia a la obligación de respeto y garantía de los derechos establecidos en ese tratado internacional y en el artículo 2 que se refiere al deber de adecuación del ordenamiento jurídico interno³. Por su parte,

³ Sobre el contenido del artículo 2 de la CADH: Burgorgue-Larsen, Laurence y Úbeda de Torres, Amaya. *The Inter-American Court of Human Rights. Case Law and Commentary*. Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 243-268. Sobre el principio de adecuación normativa en el marco del Sistema Interamericano: Ba-

las obligaciones específicas dependen del contenido concreto de cada uno de los derechos y libertades establecidos en ese instrumento internacional. Según se verá a continuación, la Corte Interamericana ha señalado que, cuando un Estado expide una ley contraria a la CADH, ese solo acto es un incumplimiento tanto de las obligaciones generales como de los derechos convencionales afectados por el contenido de la norma nacional.

Para el argumento central de esta sección de la investigación son especialmente relevantes las obligaciones generales y, en concreto, la obligación de adecuación de los ordenamientos jurídicos internos a la Convención. De acuerdo con las opiniones consultivas y con la jurisprudencia contenciosa de la Corte Interamericana, la obligación general de adecuar el ordenamiento jurídico interno (artículo 2 de la CADH) tiene dos dimensiones o proyecciones⁴. Por una parte, una dimensión negativa que implica la eliminación de las prácticas y la derogación de las normas que nieguen un derecho reconocido en la Convención Americana, limiten desproporcionadamente su contenido u obstaculicen su ejercicio efectivo⁵. En segundo lugar, los Estados deben cumplir con la dimensión positiva del deber de adecuación que implica la expedición de las normas y la rea-

zán, Víctor. “Control de Convencionalidad, Aperturas Dialógicas e Influencias Jurisdiccionales Recíprocas”. *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, n° 18, 2011, pp. 76–77.

⁴ “Uno de los deberes convencionales de mayor importancia para la armonización del Derecho Internacional de los Derechos Humanos con la normatividad interna, lo constituye la obligación de los Estados nacionales de adoptar disposiciones de derecho interno, sean legislativas o de otro carácter, para otorgar efectividad a los derechos y libertades previstos en los tratados internacionales”. Ferrer MacGregor, Eduardo y Pelayo Möller, Carlos María. “Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno”. En: Steiner, Christian y Uribe, Patricia (eds.). *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*. Temis-Konrad Adenauer Stiftung, Bogotá, 2014, p. 72.

⁵ “(...) una vez ratificada la Convención Americana corresponde al Estado, de conformidad con el artículo 2 de la misma, adoptar todas las medidas para dejar sin efecto las disposiciones legales que pudieran contravenirla”. Corte IDH. Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219, párr. 173 y Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221, párr. 228.

lización de las prácticas necesarias para conferir efecto útil a los derechos establecidos en la Convención⁶.

Uno de los pronunciamientos centrales de la Corte Interamericana sobre el contenido de la obligación estatal de adecuar el ordenamiento jurídico interno es la Opinión Consultiva 14 de 1994. En esa Opinión, la Corte estableció que el artículo 2 de la Convención es el fundamento normativo de la responsabilidad internacional de los Estados por la expedición de leyes de aplicación inmediata que sean contrarias a las obligaciones establecidas en ese tratado internacional⁷. Eso quiere decir que un Estado incumple la obligación de adecuar su ordenamiento jurídico interno cuando expide una ley de aplicación inmediata que contraviene la CADH. En términos de la propia Corte:

“(...) la promulgación de una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado al ratificar o adherir a la Convención constituye una violación de ésta y que, en el evento de que esa violación afecte derechos y libertades protegidos respecto de individuos determinados, genera responsabilidad internacional para el Estado”⁸.

La Opinión Consultiva 14 sentó las bases de una jurisprudencia sólida de la Corte Interamericana sobre la responsabilidad internacional de los

⁶ “La Convención Americana establece la obligación general de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención, para garantizar los derechos en ella consagrados. Este deber general del Estado Parte implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio del *effet utile*). Esto significa que el Estado ha de adoptar todas las medidas para que lo establecido en la Convención sea efectivamente cumplido en su ordenamiento jurídico interno, tal como lo requiere el artículo 2 de la Convención. Dichas medidas sólo son efectivas cuando el Estado adapta su actuación a la normativa de protección de la Convención”. Corte IDH. Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73, párr. 87.

⁷ “En el caso de las leyes de aplicación inmediata, tal como han sido definidas anteriormente, la violación de los derechos humanos, individual o colectiva, se produce por el solo hecho de su expedición. Así una norma que despojara de algunos de sus derechos a una parte de la población, en razón, por ejemplo, de su raza, automáticamente lesiona a todos los individuos de esa raza”. Corte IDH. Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (Arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-14/94 de 9 de diciembre de 1994. Serie A No. 14, párr. 43.

⁸ Corte IDH. Responsabilidad internacional por expedición. op. cit., párr. 50.

Estados por la expedición y aplicación de leyes contrarias a la Convención Americana. De acuerdo con esa jurisprudencia, un Estado compromete el cumplimiento de sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos cuando aprueba una ley de aplicación inmediata que es contraria a la Convención o, en el caso de leyes que no son de aplicación inmediata, cuando efectivamente aplica una ley contraria a la CADH.

Según la jurisprudencia de la Corte Interamericana, la violación de la Convención Americana por la aprobación de leyes contrarias a ese instrumento internacional depende del contenido del acto normativo aprobado. Eso quiere decir que el criterio relevante para saber si una ley es contraria a la Convención resulta del contraste entre el contenido de la norma nacional y el contenido de las disposiciones de la CADH. Para el Tribunal Interamericano es irrelevante el procedimiento doméstico de aprobación de la ley, es decir, no importa si el acto normativo nacional contrario fue aprobado por un órgano representativo, por medio de un procedimiento democrático o si fue consultado al pueblo⁹. Del mismo modo, la Corte ha señalado que el deber de adecuar el ordenamiento jurídico interno también incluye a las Constituciones nacionales. Por esta razón, los Estados deben derogar las disposiciones constitucionales que sean contrarias al contenido de la Convención¹⁰.

⁹ Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. op. cit., párrs. 238 y 239. Una crítica a esta decisión y a este elemento de la responsabilidad internacional de los Estados por leyes aprobadas mediante procedimientos que incluyeron alguna forma de consulta popular: Gargarella, Roberto. "Democracy and Rights in Gelman v. Uruguay". *American Journal of International Law Unbound*, vol. 109, 2015, pp. 115-119.

¹⁰ La Corte Interamericana ordenó al Estado de Chile que modificara la Constitución de 1980 (artículo 19, numeral 12) y el Decreto Ley 679 de 1974 que establecían un sistema de censura a la reproducción cinematográfica y conferían competencia a un órgano dentro del Ministerio de Educación (Consejo de Calificación Cinematográfica) para calificar las películas. El 29 de noviembre de 1988, ese Consejo había prohibido la reproducción de la película "La última tentación de Cristo". Mediante Resolución del 28 de noviembre de 2003, la Corte Interamericana declaró cerrado el caso en virtud de que el Estado de Chile dio cumplimiento a todas las órdenes proferidas por ese tribunal y, en especial, la modificación de su ordenamiento jurídico interno, incluida la Constitución, con el fin de eliminar la censura previa. Cfr. Corte IDH. Caso "La Última Tentación de Cristo". op. cit., párr. 88 y Corte IDH. Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 28 de noviembre de 2003. Otros casos en los cuales la Corte Interamericana ha ordenado la modificación de dis-

La Corte Interamericana ha aplicado sus precedentes sobre la responsabilidad de los Estados por la aprobación de leyes contrarias a la Convención como fundamentos de varias de sus decisiones contenciosas sobre distintas materias. Por ejemplo, el tribunal se ha referido a las leyes que imponen requisitos desproporcionados a la participación política de los pueblos indígenas¹¹, reducen inaceptablemente el contenido de la libertad de expresión¹² o conceden amnistías¹³.

Es importante señalar que la violación de la obligación general del artículo 2 de la Convención ha sido el fundamento de decisiones que declaran la responsabilidad de los Estados, tanto cuando la ley contraria a la Convención ha sido aplicada como cuando esta solo ha sido aprobada pero no ha sido aplicada¹⁴. Por ejemplo, en el caso *Barrios Altos v. Perú*, la Corte señaló que la sola “(...) promulgación de una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado parte en la Convención constituye per se una violación de ésta y genera responsabilidad internacional del Estado”¹⁵.

posiciones constitucionales nacionales que permiten, por ejemplo, los castigos corporales o la pena de muerte son: Corte IDH. Caso *Caesar Vs. Trinidad y Tobago*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 11 de marzo 2005. Serie C No. 123 y Corte IDH. Caso *Boyce y otros Vs. Barbados*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C No. 169.

¹¹ Corte IDH. Caso *Yatama Vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, párrs. 201-225. Un análisis de esta decisión judicial bajo la perspectiva de las contradicciones entre las Constituciones nacionales y la Convención Americana en: Roa Roa, Jorge Ernesto. “Las antinomias entre las Constituciones y la Convención Americana sobre Derechos Humanos: el gran dilema del juez constitucional y convencional interamericano”. En: Saiz Arnaiz, Alejandro (coord.). *Diálogos judiciales*. op. cit., pp. 137-162.

¹² Corte IDH. Caso *Kimel Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C No. 177, párrs. 56-95.

¹³ Corte IDH. Caso *Tenorio Roca y otros Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de junio de 2016. Serie C No. 314, párrs. 209-219.

¹⁴ Corte IDH. Caso *Suárez Rosero Vs. Ecuador*. Fondo. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35, párr. 98.

¹⁵ Corte IDH. Caso *Barrios Altos Vs. Perú*. Interpretación de la Sentencia de Fondo. Sentencia de 3 de septiembre de 2001. Serie C No. 83, párr. 18.

En el mismo sentido, en el caso *Almonacid Arellano v. Chile*, la Corte señaló que las leyes de amnistía son contrarias a la Convención con independencia de que estas sean aplicadas por parte de los jueces nacionales. Bajo el criterio del Tribunal Interamericano, la sola existencia de una ley de amnistía viola la Convención porque existe la posibilidad de que los tribunales la apliquen en cualquier momento¹⁶. En suma, el estándar de la Corte Interamericana establece que se viola el artículo 2 de la Convención mientras exista una ley nacional contraria a ese tratado internacional.

Adicionalmente, la Corte ha enfatizado que la obligación de los Estados de eliminar las leyes contrarias a la Convención es una obligación de resultado que se incumple “mientras la norma o práctica violatoria de la Convención se mantenga en el ordenamiento jurídico”¹⁷. En esos casos, los Estados solo satisfacen la obligación de adecuación mediante “la modificación, la derogación, o de algún modo anulación, o la reforma de las normas o prácticas que tengan esos alcances”¹⁸.

En uno de sus últimos pronunciamientos contenciosos, la Corte Interamericana ha reconocido que, a pesar de la existencia dentro de su ordenamiento jurídico interno de una norma que crea una situación discriminatoria contraria a la Convención, un Estado se puede eximir de la responsabilidad internacional cuando se han producido decisiones judiciales de control de constitucionalidad y de amparo (tutela) que eliminan o modifican los efectos lesivos que la ley nacional conllevaba para el principio de igualdad. Eso significa que el Tribunal Interamericano ha aceptado que no es necesario que la modificación, derogación o anulación de la norma contraria a la Convención provenga del órgano legislativo doméstico, sino que también puede provenir de los tribunales nacionales¹⁹.

En relación con las medidas que puede adoptar la Corte Interamericana en los casos de normas nacionales contrarias a la Convención, es importante señalar que ese tribunal puede ordenar, como una fórmula de

¹⁶ Corte IDH. Caso *Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párrs. 120-122.

¹⁷ Corte IDH. Caso *La Cantuta Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162, párr. 172.

¹⁸ Corte IDH. Caso *La Cantuta Vs. Perú*. op. cit., párr. 172.

¹⁹ Corte IDH. Caso *Duque Vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de febrero de 2016. Serie C No. 310, párrs. 127-139.

satisfacción y una garantía de no repetición, que el Estado adapte su ordenamiento jurídico interno mediante la modificación o derogación de las normas internas²⁰. Aunque la regla general es la autonomía del Estado para adecuar su derecho interno a las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, en casos excepcionales, el Tribunal Interamericano establece algunos parámetros que las autoridades nacionales deben tener en cuenta para cumplir con esa orden²¹.

En resumen, en el ámbito interamericano se ha desarrollado una jurisprudencia que habilita la intervención de la Corte Interamericana cuando los Estados han expedido leyes (en sentido material) contrarias a la Convención. A pesar de que existen manifestaciones expresas de la Corte en contra de que se confunda la función contenciosa del tribunal con la revisión en abstracto de las leyes internas²², para algunas autoras, esta jurisprudencia de la Corte erige al Tribunal Interamericano en un órgano de control de la convencionalidad abstracta de las leyes²³. Incluso, se ha llegado a sostener que esta jurisprudencia aproxima a la Corte Interamericana a la posición funcional de los tribunales constitucionales nacionales; desde luego, con la sola excepción de que el tribunal de San José carece del poder para invalidar directamente los actos normativos nacionales contrarios a la Convención²⁴.

Finalmente, resulta necesario advertir que la aprobación de una norma nacional contraria a la Convención no habilita automáticamente la competencia de los órganos del Sistema Interamericano. Por una parte, desde

²⁰ Pasqualucci, Jo M. *The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights*. Cambridge University Press, Cambridge, 2013, p. 214.

²¹ Pasqualucci, Jo M. *The Practice and Procedure*. op. cit., pp. 214-217.

²² “(...) este Tribunal resalta que la competencia contenciosa de la Corte no tiene por objeto la revisión de las legislaciones nacionales en abstracto, sino que es ejercida para resolver casos concretos en que se alegue que un acto del Estado, ejecutado contra personas determinadas, es contrario a la Convención”. Corte IDH. Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218, párr. 285.

²³ Burgogue-Larsen, Laurence y Úbeda de Torres, Amaya. *The Inter-American Court*. op. cit., p. 258.

²⁴ Burgogue-Larsen, Laurence. “La Corte Interamericana de Derechos Humanos como Tribunal Constitucional”. En: Bogdandy, Armin von; Fix-Fierro, Héctor y Morales Antoniazzi, Mariela. *Ius Constitutionale Commune en América Latina*. op. cit., pp. 427-431.

el punto de vista material, una ley que es contraria a la Convención Americana también puede ser incompatible con las disposiciones de la Constitución nacional o con su contenido ampliado por medio de técnicas de incorporación del derecho internacional de los derechos humanos al ordenamiento jurídico interno (i.e. bloque de constitucionalidad).

Por otra parte, la violación de un derecho establecido en la Convención no permite la intervención inmediata de los órganos del Sistema Interamericano toda vez que este es subsidiario respecto del sistema judicial nacional²⁵. Eso significa que se impone la carga de agotar los recursos internos²⁶ antes de acudir a la jurisdicción interamericana bajo la plena comprensión de que esta jurisdicción no es una instancia ordinaria más de revisión de las decisiones judiciales domésticas²⁷.

En ese contexto, en las siguientes dos secciones se probará que la existencia de un mecanismo de acceso directo al control de constitucionalidad en el ámbito interno de los Estados que forman parte del Sistema Interamericano permite que se garantice la subsidiariedad efectiva de esa jurisdicción

²⁵ Sobre el origen histórico, el concepto y la aplicación del principio de subsidiariedad en los sistemas de protección internacional de los derechos humanos: Besson, Samantha. "Subsidiarity in International Human Rights Law — What Is Subsidiary about Human Rights?". *The American Journal of Jurisprudence*, vol. 61, n° 1, 2016, pp. 69–107; Carozza, Paolo. "Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Law". *The American Journal of International Law*, vol. 97, n° 1, 2003, pp. 38-79 y Neuman, Gerald. "Subsidiarity". En: Shelton, Dinah (ed.). *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*. Oxford University Press, Oxford, 2013, p. 362 y Spano, Robert. "Universality or Diversity of Human Rights? Strasbourg in the Age of Subsidiarity". *Human Rights Law Review*, vol. 14, n° 3, p. 500.

²⁶ Sobre el agotamiento de los recursos internos en el ámbito del Sistema Interamericano: Burgorgue-Larsen, Laurence y Úbeda de Torres, Amaya. *The Inter-American Court. op. cit.*, pp. 129-145; Pasqualucci, Jo M. *The Practice and Procedure. op. cit.*, pp. 92-98; Tojo, Liliana y Elizalde, Pilar. "Competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos". En: Steiner, Christian y Uribe, Patricia (eds.). *Convención Americana. op. cit.*, p. 779 y Kletzel, Gabriela et al. "Democracia y subsidiariedad". En: Barreto Maia, Camila et al. *Desafíos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Nuevos tiempos, viejos retos. DeJusticia*, Bogotá, 2015, pp. 191-228.

²⁷ Duhaime, Bernard. "Subsidiarity in the Americas. What room is there for deference in the Inter-American System?". En: Gruszczynski, Lukasz y Werner, Wouter. *Deference in International Courts and Tribunals*. Oxford University Press, Oxford, 2014, pp. 291 y 292.

cuando se trata de la responsabilidad de los Estados por la expedición de leyes contrarias a la Convención. Eso sucede porque se habilita un recurso interno idóneo y efectivo que debe ser agotado antes de presentar la petición individual ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Con el fin de demostrar esa tesis, a continuación, se hará una síntesis de algunos casos en los cuales la Corte Interamericana se ha referido a los mecanismos de control abstracto de constitucionalidad como parte de los recursos internos y se construirá un argumento a favor de la acción pública de constitucionalidad como un recurso disponible, idóneo y efectivo.

2. LOS MECANISMOS DE CONTROL ABSTRACTO DE CONSTITUCIONALIDAD Y LAS VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS POR LA EXPEDICIÓN O LA APLICACIÓN DE NORMAS CONTRARIAS A LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS

La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha enfrentado en varios casos al argumento de los Estados que sostienen que los peticionarios han debido agotar previamente uno de los mecanismos judiciales de control abstracto de constitucionalidad antes de presentar su petición ante el Sistema Interamericano. En la mayor parte de esos casos, el Tribunal Interamericano ha rechazado la objeción preliminar sin analizar la idoneidad de los mecanismos de control de constitucionalidad.

Sin embargo, existen algunos pronunciamientos en los que la Corte Interamericana se ha concentrado en evaluar la relación entre la legitimación activa del control abstracto de constitucionalidad y la idoneidad de esos recursos para remediar una violación a los derechos establecidos en la Convención. A continuación se sintetizan las decisiones judiciales en las cuales se ha argumentado a favor de que los peticionarios agoten los recursos judiciales de control abstracto de constitucionalidad antes de acudir al Sistema Interamericano.

En primer lugar, en el caso *Herrera Ulloa v. Costa Rica* del año 2004 se declaró la responsabilidad internacional del Estado por la violación a los derechos a la libertad de pensamiento y expresión y las garantías judiciales de un periodista condenado por difamación. Durante el procedimiento, el Estado invocó la excepción preliminar de falta de agotamiento de los recursos internos porque consideró que los peticionarios debieron presentar

un recurso de inconstitucionalidad contra las leyes penales que establecían los delitos contra el honor.

Según el Estado, la acción de inconstitucionalidad era un recurso disponible porque podía ser interpuesta por cualquier persona sin necesidad de demostrar una potencial afectación directa a sus intereses o derechos. El Estado fue enfático en sostener el carácter idóneo de la acción de inconstitucionalidad porque los efectos de esta acción recaían sobre la validez de la norma penal que fundamentó la condena al periodista de manera que esa vía judicial habría permitido remediar la situación del peticionario²⁸.

Por una parte, la Comisión Interamericana señaló que la acción de inconstitucionalidad configurada en el ordenamiento jurídico de Costa Rica no era un recurso idóneo porque, ante la Corte Interamericana, no se discutía la validez de las leyes penales que establecían los delitos contra el honor sino su aplicación concreta a la labor informativa del periodista Mauricio Herrera Ulloa²⁹. Por otra parte, los representantes de la víctima no cuestionaron la idoneidad del recurso, pero señalaron que el proceso de la acción de inconstitucionalidad era dilatado y oneroso de manera que no se trataba de un recurso ordinario sino extraordinario³⁰. Al resolver sobre la excepción preliminar, la Corte Interamericana rechazó expresamente la procedencia de la excepción bajo el siguiente argumento:

“La Corte considera pertinente señalar que ‘la acción de inconstitucionalidad’ es de carácter extraordinario, y tiene por objeto el cuestionamiento de una norma y no la revisión de un fallo. De esta manera, dicha acción no puede ser considerada como un recurso interno que deba necesariamente ser siempre agotada por el peticionario”³¹.

Un año después, en el caso de las Niñas Yean y Bosico v. República Dominicana, se declaró la responsabilidad internacional del Estado por la omisión de las autoridades nacionales de registrar a dos niñas de ascendencia haitiana que habían nacido en territorio dominicano. Durante el procedimiento, el Estado invocó la excepción preliminar de falta de agotamiento de los recursos internos y sostuvo expresamente que los peticionarios debieron presentar un recurso de inconstitucionalidad contra las

²⁸ Corte IDH. Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. op. cit., párr. 76.

²⁹ Corte IDH. Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. op. cit., párr. 77.

³⁰ Corte IDH. Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. op. cit., párr. 78.

³¹ Corte IDH. Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. op. cit., párr. 85.

normas nacionales que impedían el registro de las niñas y les negaban la titularidad de la nacionalidad dominicana³².

La Comisión Interamericana se opuso a la excepción preliminar presentada por el Estado bajo el argumento de que el recurso de inconstitucionalidad tenía un carácter extraordinario³³. Por su parte, los representantes de las víctimas argumentaron que el Estado no había probado la efectividad del recurso de inconstitucionalidad para la reparación de los derechos de las víctimas³⁴.

La Corte Interamericana no reconoció la existencia de una excepción preliminar porque el Estado precisó extemporáneamente los recursos idóneos de los cuales disponían las víctimas dentro del ordenamiento jurídico de República Dominicana, lo cual permitió que el tribunal concluyera que el Estado había renunciado implícitamente a la excepción preliminar³⁵.

Posteriormente, en el caso *Castañeda Gutman v. México* del año 2008, la Corte Interamericana hizo una mayor referencia a los mecanismos de control de constitucionalidad internos y se concentró en analizar las vías de acceso a la justicia constitucional. En ese caso, se declaró la responsabilidad internacional del Estado por la inexistencia de un recurso judicial efectivo para que los ciudadanos pudieran solicitar la revisión de la constitucionalidad de las leyes que limitaban sus derechos políticos. En concreto, el caso se refería a las leyes que proscribían las candidaturas independientes para las elecciones correspondientes al cargo de presidente³⁶.

Uno de los elementos centrales de este caso era si el Estado había violado el derecho a la protección judicial del peticionario debido a que este no tenía a su disposición un recurso interno que le permitiera solicitar la revisión de la constitucionalidad de las normas nacionales que regulaban las candidaturas al cargo de presidente y que asignaban el derecho de postulación exclusivamente a los partidos políticos.

En el análisis de fondo del caso, la Corte Interamericana señaló expresamente que la acción de inconstitucionalidad no era un mecanismo dis-

³² Corte IDH. Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130, párr. 56-f.

³³ Corte IDH. Caso de las Niñas Yean y Bosico. op. cit., párr. 57-g.

³⁴ Corte IDH. Caso de las Niñas Yean y Bosico. op. cit., párr. 58-f.

³⁵ Corte IDH. Caso de las Niñas Yean y Bosico. op. cit., párr. 64.

³⁶ Corte IDH. Caso *Castañeda Gutman Vs. México*. op. cit., párr. 133.

ponible para el peticionario. El argumento central para llegar a esa conclusión fue que la legitimación activa de la acción de inconstitucionalidad era limitada porque estaba reservada a: ciertas minorías dentro de los órganos legislativos, algunos funcionarios públicos y los partidos políticos.

Para la Corte Interamericana, cuando un recurso de inconstitucionalidad tiene una legitimación activa muy restringida, este se considera un recurso no disponible y extraordinario³⁷. De acuerdo con la configuración de la acción de inconstitucionalidad en el ordenamiento de México para el momento en el que ocurrieron los hechos, la Corte Interamericana señaló:

“(...) a partir de la reforma constitucional de 1996 la única vía para impugnar una ley federal electoral era la acción de inconstitucionalidad, que es un recurso extraordinario y de restringida legitimidad activa. Del texto del artículo 105 fracción ii de la Constitución, se deriva que para interponer dicha acción sólo están legitimados activamente determinadas fracciones parlamentarias federales o locales, el procurador general de la república y, a partir de la reforma constitucional de 1996, los partidos políticos registrados, de forma que los individuos no pueden interponerlo. Asimismo, el carácter extraordinario se deriva del efecto de dicho recurso de declarar la invalidez con efectos generales de una ley sólo cuando la resolución obtiene la mayoría de ocho votos de los ministros de la Suprema Corte de Justicia. Finalmente, en cuanto al momento procesal oportuno para promoverlo, dicha acción sólo se puede interponer dentro de los treinta días naturales siguientes a la fecha de publicación de la ley de que se trate”³⁸.

Con base en este fundamento, la Corte Interamericana le ordenó al Estado de México que modificara su ordenamiento jurídico interno con el fin de establecer un recurso judicial efectivo. En concreto, le ordenó ampliar el acceso al control de constitucionalidad de manera que “garantice a

³⁷ “En el presente caso, la presunta víctima reclamó una violación a su derecho político de ser elegido, en virtud de que una ley de carácter electoral imponía como requisito para ser candidato el ser postulado por un partido político. La Corte deberá determinar si el juicio de protección era un recurso accesible para la presunta víctima. Como se observó, el amparo era un recurso improcedente en razón de la materia (*supra* párr. 91) y por otra parte la acción de inconstitucionalidad tampoco estaba disponible para una persona particular como el señor Castañeda Gutman, ya que se trata de un recurso extraordinario limitado, entre otros aspectos, en su legitimación activa”. Corte IDH. Caso Castañeda Gutman Vs. México. *op. cit.*, párr. 107.

³⁸ Corte IDH. Caso Castañeda Gutman Vs. México. *op. cit.*, párr. 128.

los ciudadanos de forma efectiva el cuestionamiento de la constitucionalidad de la regulación legal del derecho a ser elegido”³⁹.

Un lustro después, en el caso de la Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y Otros) v. Ecuador de 2013, se declaró la responsabilidad internacional del Estado por la destitución -por parte del poder legislativo en connivencia con el poder ejecutivo- de los vocales principales y suplentes del Tribunal Constitucional, del Tribunal Supremo Electoral y de la totalidad de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia.

Durante el procedimiento ante la Corte Interamericana, el Estado sostuvo que los peticionarios debieron interponer el recurso de inconstitucionalidad contra el acto legislativo de destitución como un requisito previo al inicio del proceso contencioso ante el Sistema Interamericano. En efecto, el Estado consideró que “el recurso de inconstitucionalidad era idóneo para subsanar las pretensiones de las presuntas víctimas, dado que el recurso tenía como objetivo la revocación del acto impugnado y la anulación de sus efectos, afirmando que era un recurso sencillo de agotar, con lo cual resultaba injustificado que no lo hubiesen agotado”⁴⁰.

La Comisión Interamericana y los representantes de las víctimas rechazaron los argumentos del Estado y sostuvieron que no era necesario el agotamiento del recurso de inconstitucionalidad. En primer lugar, señalaron que, cuando ocurrieron los hechos en el año 2004, en Ecuador existía un modelo de acceso colectivo al control de constitucionalidad que obligaba a la recolección de un número mínimo de mil firmas como requisito previo para la presentación del recurso⁴¹. En segundo lugar, sostuvieron que existían fuertes problemas de accesibilidad al control de constitucionalidad porque no se había regulado la participación de la Defensoría del Pueblo dentro del proceso previo a la presentación del recurso⁴². Finalmente, cuestionaron la independencia del Tribunal Constitucional para

³⁹ Corte IDH. Caso Castañeda Gutman Vs. México. op. cit., párr. 231.

⁴⁰ Corte IDH. Caso de la Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) Vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2013. Serie C No. 266, párr. 26.

⁴¹ Corte IDH. Caso de la Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros). op. cit., párr. 27.

⁴² Corte IDH. Caso de la Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros). op. cit., párr. 28.

decidir sobre la inconstitucionalidad de la resolución parlamentaria que había cesado a los anteriores miembros de ese mismo tribunal⁴³.

Aunque el debate sobre la idoneidad del recurso de inconstitucionalidad de acceso colectivo era muy relevante, la Corte Interamericana no decidió sobre la excepción preliminar porque el Estado realizó un acto de reconocimiento de responsabilidad internacional. Para la Corte, el reconocimiento de responsabilidad prevalecía y no era necesario pronunciarse sobre la excepción preliminar⁴⁴.

Finalmente, en el caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus Miembros v. Panamá de 2014, se declaró la responsabilidad internacional del Estado por la omisión en la demarcación, delimitación y titulación de los territorios de estos dos pueblos indígenas. Durante el procedimiento, el Estado presentó en su propia defensa la excepción preliminar de falta de agotamiento de los recursos internos.

En concreto, el Estado argumentó que los peticionarios disponían de la acción de inconstitucionalidad como un mecanismo accesible para la protección de sus derechos. El Estado afirmó que este recurso era idóneo y efectivo en virtud del modelo de acceso directo de los ciudadanos al control de constitucionalidad establecido en el ordenamiento jurídico de Panamá⁴⁵.

Los representantes de las víctimas no cuestionaron la efectividad de la acción de inconstitucionalidad, pero objetaron la adecuación de la misma a sus pretensiones, toda vez que, en su criterio: “(...) la acción de inconstitucionalidad no resultaría adecuada porque tiene por objeto impugnar leyes, decretos, acuerdos y resoluciones, mientras lo que se alega no es la inconstitucionalidad de los acuerdos suscritos por el Estado sino su falta de cumplimiento”⁴⁶. La Corte Interamericana rechazó la excepción preliminar porque el Estado no presentó oportunamente los argumentos concretos que sustentaban la idoneidad del control de constitucionalidad

⁴³ Corte IDH. Caso de la Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros). op. cit., párr. 27.

⁴⁴ Corte IDH. Caso de la Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros). op. cit., párr. 29.

⁴⁵ Corte IDH. Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus Miembros Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014. Serie C No. 284, párr. 17.

⁴⁶ Corte IDH. Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí. op. cit., párr. 20.

como recurso efectivo que debía ser agotado previamente por parte de los peticionarios⁴⁷.

Esta síntesis de algunos de los casos en los cuales el Tribunal Interamericano ha enfrentado el argumento sobre el agotamiento de los recursos internos de control abstracto de constitucionalidad permite inferir las siguientes conclusiones. En primer lugar, la Corte Interamericana no se ha pronunciado en extenso sobre los mecanismos de acceso directo al control de constitucionalidad, bien sea porque ha rechazado la excepción preliminar en atención a un criterio formal (Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus Miembros v. Panamá) o porque se ha limitado a señalar que el control abstracto de constitucionalidad es extraordinario debido a que este no tiene por objeto la revisión concreta de un fallo (Herrera Ulloa v. Costa Rica).

En segundo lugar, en uno solo de los casos (Castañeda Gutman v. México) se analizó, como una cuestión de fondo, el conjunto de los recursos judiciales disponibles para que los ciudadanos pudieran solicitar el control de la constitucionalidad de las leyes y la relación entre la legitimación activa del control abstracto de constitucionalidad y la idoneidad de los recursos. El tribunal señaló que los recursos de inconstitucionalidad son extraordinarios e indisponibles cuando estos restringen la legitimación activa a las minorías parlamentarias, los partidos políticos y ciertos funcionarios públicos.

En tercer lugar, la Corte Interamericana no se ha pronunciado cuando se trata de modelos de acceso colectivo al control abstracto de constitucionalidad como aquellos sistemas que exigen un número determinado de firmas en respaldo del recurso. Sin embargo, en uno de los casos que involucraba un sistema de acceso colectivo al control de constitucionalidad (Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y Otros)), los argumentos de la Comisión Interamericana y de los representantes de las víctimas apuntaban a señalar la existencia de una conexión inescindible entre el modelo de acceso al control de constitucionalidad, la responsabilidad de los Estados por expedición o aplicación de leyes contrarias a la Convención Americana y el carácter subsidiario de la jurisdicción interamericana.

⁴⁷ Corte IDH. Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí. op. cit., párr. 23.

En efecto, en ese caso, los representantes de la Comisión y de las víctimas argumentaron que, incluso en modelos relativamente abiertos como el de acceso colectivo, las barreras para acceder al control de constitucionalidad tornan ineficaces estos recursos y, por ende, su agotamiento es prescindible como requisito de acceso al Sistema Interamericano. En otras palabras, desde la perspectiva de la CIDH y de las víctimas, si no existieran tales barreras (e.g. recolección de mil firmas) para el acceso al control de constitucionalidad, los recursos de inconstitucionalidad cumplirían con los estándares establecidos por la Corte Interamericana, deberían ser agotados previamente y se materializaría el principio de subsidiariedad efectiva del Sistema Interamericano. Por el contrario, mientras exista una barrera, aunque sea mínima, el recurso de control abstracto de constitucionalidad no debe ser agotado.

En cuarto lugar, el caso Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y Otros) permite inferir que, cuando se trata de modelos de acceso colectivo, las víctimas no han considerado el recurso de inconstitucionalidad como idóneo y efectivo precisamente porque incorpora una barrera de acceso al control de constitucionalidad que les resulta onerosa. Por el contrario, el caso Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus Miembros v. Panamá indica que, cuando se trata de mecanismos de acceso directo al control de constitucionalidad, las víctimas no se han quejado sobre la disponibilidad del recurso, sino que centran sus argumentos en la coherencia de la declaración de inconstitucionalidad de un acto normativo con sus pretensiones ante la Corte Interamericana.

De estas cuatro conclusiones se deduce que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha rechazado explícitamente los modelos de acceso al control de constitucionalidad por medio de funcionarios, minorías parlamentarias y partidos políticos. Ese rechazo se manifiesta en la consideración de que tales sistemas de acceso al control de constitucionalidad tornan a esos recursos judiciales como indisponibles o ineficaces.

Además, el mismo Tribunal Interamericano ha guardado silencio sobre los modelos de acceso colectivo y de acceso directo. Sobre estos dos últimos, las víctimas sí han expresado su criterio para rechazar el modelo de acceso colectivo. Por el contrario, cuando se trata del modelo de acceso directo, las víctimas no han cuestionado la disponibilidad de los recursos sino la compatibilidad de los mismos con sus pretensiones ante la Corte Interamericana.

En el contexto de los actuales estándares de la Corte Interamericana sobre los recursos domésticos para revisar la constitucionalidad de las leyes, corresponde ahora formular un argumento concreto que muestre las ventajas de que el control abstracto de constitucionalidad -con acceso directo de los ciudadanos- sea considerado como un recurso interno que debe ser agotado previamente a la presentación de un caso contencioso ante el Sistema Interamericano cuando se trata de la responsabilidad de los Estados por la expedición de leyes contrarias a la Convención.

El argumento anunciado se construirá sobre la base del principio de subsidiariedad del mismo sistema regional de protección de los derechos humanos y de las ventajas que se derivan de la mayor apertura de los mecanismos internos de justicia constitucional para el Sistema Interamericano, para los Estados y, sobre todo, para los propios individuos cuyos derechos son vulnerados por la expedición de normas contrarias a la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

3. LA ACCIÓN PÚBLICA DE CONSTITUCIONALIDAD Y LAS VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS POR LA EXPEDICIÓN DE LEYES CONTRARIAS A LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS: HACIA LA SUBSIDIARIEDAD MATERIAL DE LA CORTE INTERAMERICANA

El objetivo de esta sección es demostrar que los sistemas de acceso directo de los ciudadanos al control de constitucionalidad constituyen recursos disponibles, idóneos y efectivos que deben ser agotados previamente cuando se trata de la aplicación de la jurisprudencia de la Corte Interamericana sobre la responsabilidad de los Estados por la expedición de leyes contrarias a la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Para respaldar esa tesis concurren razones que tienen origen en la propia jurisprudencia de la Corte Interamericana y en las ventajas comparativas que ofrece el modelo de acceso directo al control abstracto de constitucionalidad respecto de: otros modelos de acceso, los recursos de tutela o amparo y el control difuso de constitucionalidad. Del mismo modo, esta tesis incorpora ventajas intrínsecas que repercuten positivamente sobre: los individuos cuyos derechos son vulnerados por la acción del legislador, los Estados y el propio Sistema Interamericano.

3.1. La idoneidad del acceso directo al control abstracto de constitucionalidad frente a: los demás modelos de acceso, el control difuso y los recursos de amparo

Es importante reiterar que, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los modelos de acceso a la justicia constitucional por medio de funcionarios, minorías parlamentarias y partidos políticos no se adecuan a los estándares del Tribunal Interamericano porque no satisfacen el requisito de disponibilidad de los recursos internos. Como se indicó en la sección anterior, en el caso *Castañeda Gutman v. México*, la Corte Interamericana señaló que no se puede exigir a los peticionarios que agoten un recurso interno de control abstracto de constitucionalidad cuando la legitimación activa para iniciar tal procedimiento solo se ha conferido a algunos funcionarios públicos, a los miembros de los órganos legislativos o a los partidos políticos.

En el centro del rechazo al modelo de acceso por medio de funcionarios se encuentra la idea de que esta configuración de la legitimación activa del control de constitucionalidad es la menos idónea para remediar las violaciones a los derechos humanos que se producen como consecuencia de la expedición de una ley contraria a la Convención Americana. Esto ocurre porque existe una probabilidad muy baja de que los integrantes de la propia administración impugnen la ley ante los tribunales⁴⁸. Del mismo modo, aunque no es descartable que las minorías parlamentarias puedan presentar un recurso en contra de una ley que viola los derechos establecidos en la Convención, la esencia de los recursos idóneos y efectivos es que estos no dependan de la voluntad de la propia administración, de los miembros del órgano legislativo o de otros individuos⁴⁹.

⁴⁸ La misma consideración se aplica a otros recursos judiciales internos de legitimación activa restringida en los cuales hay una probabilidad muy baja de que la administración cuestione sus propias actuaciones: "(...) resulta evidente que la acción de incumplimiento no es un recurso que se pueda considerar disponible, no solo porque no había sido reglamentado al momento de interponer la denuncia ante la Comisión sino porque los particulares, como los familiares de las presuntas víctimas, no están habilitados a utilizarlo, dado que los únicos legitimados para interponer dicha acción son determinados funcionarios e instituciones del Estado y colectivos sociales". Corte IDH. Caso *Gomes Lund y otros*. op. cit., párr. 46.

⁴⁹ Además de otras barreras para el acceso al control de constitucionalidad que pueden tener origen en la interpretación de los requisitos para el acceso al control de constitucionalidad en modelos de acceso por medio de funcionarios o por medio de colectivos. Por ejemplo, desde el año 1994 existe en México una acción

Por su parte, los esquemas de acceso organizado y colectivo -sobre los cuales el Tribunal Interamericano ha guardado silencio- han sido rechazados enfáticamente por la Comisión Interamericana y por las propias víctimas. Tanto una como otras han considerado que la exigencia de un número determinado de firmas en respaldo del recurso de constitucionalidad constituye una barrera desproporcionada para acceder a la justicia constitucional. Según esa crítica, la accesibilidad limitada no se ajusta a los estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre los recursos idóneos y efectivos.

En razón de lo anterior, las únicas opciones que quedan a disposición para configurar la legitimación activa del control abstracto de constitucionalidad son los modelos de acceso interesado y acceso directo. El primero representa una alternativa plausible porque permite que todo aquel que logre demostrar la afectación a uno de sus intereses o derechos pueda cuestionar la validez de la ley que considera contraria a la Convención Americana. Sin embargo, es importante reiterar que la jurisprudencia de la Corte Interamericana sobre la responsabilidad de los Estados por la expedición de leyes contrarias a la Convención no exige la aplicación de las mismas como un requisito previo para que surja la responsabilidad internacional del Estado. Precisamente, la propia Corte Interamericana ha considerado, por ejemplo, que los actos normativos que establecen amnistías e indultos generales violan la Convención, incluso cuando tales actos normativos no han sido aplicados.

Lo anterior significa que la esencia de la responsabilidad internacional de los Estados por la expedición de leyes contrarias a la Convención es

de inconstitucionalidad con acceso por parte de las minorías (33%) del órgano legislativo (Vid. Constitución Política de los Estados Unidos de México. artículo 105.2.d). En el año 2017, un grupo de 51 diputados (68%) del Congreso del Estado de México atacó la constitucionalidad de la ley sobre “Uso de la Fuerza Pública en el Estado de México”. La Suprema Corte de Justicia de la Nación rechazó la legitimación activa de los diputados porque consideró que estos constituían una mayoría de los miembros del Congreso estatal por lo cual tenían la capacidad para derogar o modificar la ley si la consideraban contraria a la Constitución. Además, la Suprema Corte señaló que la acción de inconstitucionalidad incorporaba un diseño de acceso al control de constitucionalidad pensado para la protección de las minorías y no para tutelar a la mayoría del poder legislativo. Cfr. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Acción de inconstitucionalidad 25/2016, 27/2016 y 28/2016.

que existen normas aprobadas por los órganos legislativos nacionales que son tan adversas a los derechos humanos, que no es necesario que estas sean aplicadas para que se puedan considerar violatorias de los derechos protegidos por la Convención. En esos casos, el Tribunal Interamericano no requiere que a una persona le sea aplicada la ley, sino que enfatiza en el carácter ofensivo de la sola aprobación y existencia del acto normativo contrario a la Convención.

Por su parte, los recursos de amparo o de tutela también aparecen como una buena opción institucional para proteger judicialmente los derechos de los individuos cuando se trata de la expedición de leyes contrarias a la Convención Americana. No obstante, en relación con la tutela o amparo, es necesario preguntarse si este recurso es idóneo para remediar las violaciones a los derechos humanos que se producen como consecuencia de la expedición de una ley. Desde luego, la respuesta a esta pregunta depende de la regulación y práctica concreta del amparo en cada uno de los Estados, en especial, de las facultades de los jueces de amparo en los casos de violación de derechos como consecuencia de una ley.

Sobre este mismo punto es importante señalar que, salvo contadas excepciones, los procedimientos de amparo son muy dilatados o están sometidos a una comprensión inflexible del principio de subsidiariedad que no admite excepciones para casos urgentes, en los cuales, la decisión de amparo puede fungir como un remedio transitorio para la violación de un derecho mientras se produce una decisión judicial ordinaria. Por esa razón, en diversos casos, la Corte Interamericana ha considerado que los recursos de amparo no son efectivos y, por ende, no deben ser agotados previamente.

Además, la Corte Interamericana también ha señalado que, en algunos Estados, el tiempo de trámite de un recurso de amparo excede cualquier plazo razonable. Esto puede ocurrir porque las propias normas que regulan el procedimiento de amparo carecen de términos preclusivos o porque, en la práctica, los procedimientos exceden esos términos. En el criterio de la Corte Interamericana, en este supuesto: “los recursos de amparo resultarán ilusorios e inefectivos, si durante la tramitación de éstos se incurre en un retardo injustificado de la decisión”⁵⁰.

⁵⁰ Corte IDH. Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71, párr. 93.

Ahora bien, incluso si el amparo funciona de manera expedita y permite que los jueces adopten medidas concretas para remediar la violación de un derecho como consecuencia de la aplicación de una ley, debe recordarse que la jurisprudencia de la Corte Interamericana cuestiona que un Estado expida una ley de aplicación inmediata contraria a la Convención y exige un remedio que tenga el potencial suficiente para la eliminación general de esa ley. Según se señaló en la primera sección de este capítulo, el deber de adecuación del ordenamiento jurídico interno es de resultado, lo cual significa que este solo se satisface con la invalidez de la norma contraria a la Convención. Por su propia esencia, el recurso de amparo no permite que se obtenga este efecto. El recurso idóneo para cumplir con el deber de adecuación del ordenamiento jurídico interno solo será aquel que tenga la potencialidad de eliminar la ley o de garantizar su inaplicación general.

Por su parte, el control difuso de constitucionalidad, mediante mecanismos como la excepción de inconstitucionalidad, también aparece como un remedio adecuado para los casos de leyes contrarias a la Convención Americana. Sin embargo, los efectos de este mecanismo son limitados en virtud de que solo alcanzan a las partes del proceso en el que se pretendía aplicar la ley contraria a la Convención (inter partes) y en razón de que el máximo poder del juez es decidir sobre la (in)aplicación concreta de la ley, pero no sobre la validez de la misma.

Desde luego, es necesario reconocer que los sistemas de control difuso tienen fuertes mecanismos de coordinación mediante la revisión de las decisiones judiciales por parte de los tribunales supremos y la creciente fuerza vinculante del precedente. Estos dos elementos llevan a pensar que, una vez que el tribunal supremo ha señalado que una ley debe ser inaplicada, esa decisión será observada por parte de las demás instancias judiciales. En esa hipótesis, el modelo difuso también sería un poderoso remedio para los casos de leyes contrarias a la CADH. Ahora bien, estas dos ventajas del modelo difuso son débiles en la mayor parte de los países de América Latina que siguen una tradición jurídica continental todavía reacia a aceptar la fuerza vinculante de la jurisprudencia.

En definitiva, tanto los recursos de amparo como el control difuso de constitucionalidad tienen en común que carecen del potencial para cesar la violación a la Convención porque este instrumento internacional se incumple mientras se mantengan vigentes, dentro de los ordenamientos nacionales, las normas que le son contrarias.

A diferencia de los otros modelos de acceso al control abstracto de constitucionalidad, del recurso de amparo y del control difuso de constitucionalidad -que se han analizado previamente- el sistema de acceso directo es una configuración idónea para responder a los casos de violaciones a los derechos humanos derivadas de la expedición de una ley contraria a la Convención. En efecto, la acción pública de constitucionalidad constituye un mecanismo judicial accesible y efectivo que beneficia a los individuos, al Estado y al propio Sistema Interamericano.

3.2. Las ventajas para los individuos derivadas del modelo de acceso directo al control abstracto de constitucionalidad

En primer lugar, el acceso directo al control abstracto de constitucionalidad beneficia a los individuos porque les brinda un recurso interno idóneo para proteger sus derechos frente a leyes contrarias a la Convención. Los efectos de este recurso recaen sobre la validez de la ley. Esto quiere decir que se trata de una acción judicial con el potencial para asegurar que la norma nacional contraria a la Convención Americana dejará de existir dentro del ordenamiento jurídico.

Lo anterior significa que la apertura a los individuos, por parte de los sistemas domésticos de justicia constitucional, es incompleta si solo ocurre en los recursos de amparo, tutela o protección. Es necesario abrir las puertas del control abstracto de constitucionalidad para remediar las violaciones a los derechos humanos que ocurren como consecuencia de la expedición de una ley y para depurar los ordenamientos jurídicos nacionales de posibles antinomias entre las leyes internas y el contenido de los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos.

La apertura del control abstracto de constitucionalidad a los ciudadanos es necesaria, incluso en los Estados que prevén el control de constitucionalidad previo o automático de los tratados internacionales. Este control previo tiene tres objetivos principales: evitar la responsabilidad del Estado por el incumplimiento de las obligaciones internacionales; la garantía efectiva del principio internacional de efecto útil, de acuerdo con el cual, no es posible invocar las normas nacionales como excusa para el incumplimiento de los tratados internacionales; y realizar una comprobación de la compatibilidad entre el contenido de las obligaciones establecidas en un tratado internacional y la norma constitucional.

Sin embargo, el control previo de los tratados internacionales no es un mecanismo idóneo para revisar la compatibilidad de las normas legales internas con el tratado internacional⁵¹. De lo anterior se deriva que puede ocurrir que, un tratado conforme con la Constitución, sea incompatible con determinadas normas legales; que después de la entrada en vigor del tratado, el legislador promulgue normas contrarias al contenido de ese instrumento internacional; o que sin cambio legislativo interno, el intérprete auténtico del tratado internacional amplíe el contenido de las obligaciones de manera que una ley nacional que era compatible con la interpretación inicial del tratado deje de serlo en virtud de la nueva fórmula hermenéutica⁵².

Según se ha dicho previamente, cuando cualquiera de estos tres escenarios se presenta en relación con un tratado de derechos humanos que forma parte del denominado *corpus iuris* interamericano, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte IDH sobre la responsabilidad de los Estados por la aprobación y aplicación de leyes contrarias a la Convención Americana, puede surgir la responsabilidad internacional del Estado.

En estos casos, los jueces nacionales deben procurar realizar una interpretación conforme de su legislación nacional con las obligaciones del tratado. Cuando esto no sea posible, deben optar por aplicar la norma o la interpretación normativa que confiera un mayor grado de protección a los derechos humanos (pro persona). Desde luego, si tanto la interpretación conforme como la aplicación e interpretación normativa pro persona fracasan, es importante que exista un mecanismo que permita a los ciudadanos solicitar de los tribunales el control de convencionalidad de esa norma

⁵¹ A favor del control previo y posterior de los tratados internacionales: Mendez, Mario. "Constitutional review of treaties: Lessons for comparative constitutional design and practice". *International Journal of Constitutional Law*, vol. 15, n° 1, 2017, pp. 84-109.

⁵² También puede surgir otro tipo de antinomias entre el ordenamiento jurídico interno y el derecho internacional: "Puede ocurrir que una norma elaborada por un sujeto legisferante nacional resulte inicialmente 'convencional' —en cuanto que no colisiona con los tratados de derechos humanos suscritos por el país del caso, ni con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos—, pero que después se transforme en inconvencional, v. gr., si una nueva jurisprudencia de dicha Corte Interamericana colisiona con aquella norma nacional, o si el Estado ratifica un nuevo tratado opuesto a la norma en cuestión, o si modifica uno preexistente, con iguales resultados". Sagüés, Néstor Pedro. *La Constitución bajo tensión*. op. cit., p. 409.

interna. Como se sostendrá en la siguiente sección, el remedio más efectivo en estos supuestos es el control de validez de las leyes porque permite realizar un control de convencionalidad de alta intensidad.

3.3. Los Estados se benefician del modelo de acceso directo al control abstracto de constitucionalidad

En segundo lugar, el acceso directo de los ciudadanos al control abstracto de constitucionalidad también beneficia a los Estados porque les permite remediar las posibles violaciones a los derechos en el ámbito interno, por parte de sus propias autoridades y sin la intervención del Tribunal Interamericano. Esta ventaja es tan significativa que, según algunos autores, explica la expansión progresiva de los mecanismos de acceso directo a los tribunales constitucionales que se ha producido con mayor intensidad durante los últimos años en algunos Estados miembros del Consejo de Europa⁵³.

En efecto, una de las razones principales que sustenta ese fenómeno es la existencia de un conjunto de estudios que recomiendan abrir la puerta de la justicia constitucional a los ciudadanos en aquellos Estados en los cuales no existen mecanismos efectivos de protección de los derechos fundamentales⁵⁴. Como señala Gianluca Gentili “el recurso directo ante un tri-

⁵³ “With the assistance of the Council of Europe, several central and eastern European countries that achieved independence after the fall of communist rule have revised their old constitutions or adopted new fundamental charters to include systems of direct access to constitutional and supreme courts (also called systems of ‘individual constitutional complaint’, hereinafter ‘ICC’). These systems grant natural and legal persons direct access to a constitutional or supreme court to claim infringement of fundamental constitutional rights and to request a declaration of the unconstitutionality of the challenged act(s) or action(s) violating their rights (whether with erga omnes or inter partes effects)”. Gentili, Gianluca. “A Comparative Perspective on Direct Access to Constitutional and Supreme Courts in Africa, Asia, Europe and Latin America: Assessing Advantages for the Italian Constitutional Court”. *Penn State International Law Review*, vol. 29, n° 4, 2011, pp. 707-708.

⁵⁴ “Among these procedures, individual constitutional complaint has recently become a widely acclaimed constitutional export item, particularly in Europe. It is prescribed as an effective remedy by supranational bodies such as the European Commission for Democracy through Law of the Council of Europe (the Venice Commission) for countries which lack effective human rights protection instruments”. Engin, Yildirim y Gülen, Serdar. “Individual Application to the Turkish

bunal constitucional puede funcionar como filtro para los casos en los que se denuncia la violación de un derecho fundamental antes de que la misma queja sea interpuesta ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁵⁵. La Comisión de Venecia también ha realizado informes en los cuales ha detectado que los Estados que tienen un mayor grado de apertura de la justicia constitucional a la ciudadanía son, al mismo tiempo, los menos denunciados ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los menos condenados por parte de ese Tribunal⁵⁶. Aunque se trata de la apertura de la justicia constitucional por medio de los recursos de protección o de amparo, no deja de ser una experiencia destacable que pone en relación el acceso a los tribunales internos con la demanda de justicia internacional.

El caso de Turquía es paradigmático en ese sentido. Una de las razones principales por las cuales en ese país se permitió el acceso directo de los ciudadanos al Tribunal Constitucional fue el alto número de casos que ese Estado afrontaba ante el Tribunal de Estrasburgo. Los datos recogidos entre los años 2012 y 2014 confirman la reducción progresiva de las denuncias contra Turquía después de la apertura del sistema de justicia constitucional. En ese periodo, el número de aplicaciones ante el Tribunal Constitucional de Turquía aumentó de manera inversamente proporcional a la reducción de las denuncias en contra de ese país ante el Tribunal Europeo. En concreto, mientras que las aplicaciones presentadas ante el Tribunal Constitucional de Turquía aumentaron de 12.342 en el año 2012 a 20.578 en el año 2014, las denuncias contra ese país ante el Tribunal Europeo se redujeron en el mismo periodo de 18.876 a 9.488⁵⁷. Actualmente, el nú-

Constitutional Court as a Case of Constitutional Transfer". *Global Constitutionalism*, vol. 5, n° 2, 2016, p. 270.

⁵⁵ Gentili, Gianluca. "A Comparative Perspective". *op. cit.*, p. 728.

⁵⁶ "The Commission augments its support for the constitutional complaint by identifying successful country examples. It points out that compared to countries where the system does not exist, countries with full individual constitutional complaint systems are less likely to have a case against them before the ECtHR. Similarly, countries with a full individual complaint procedure have significantly lower levels of violation found by the Strasbourg Court than those with normative complaints". Engin, Yildirim y Güleener, Serdar. "Individual Application". *op. cit.*, pp. 279 y 280.

⁵⁷ Engin, Yildirim y Güleener, Serdar. "Individual Application". *op. cit.*, p. 284.

mero de aplicaciones internas se ha consolidado alrededor de las 20.000 y las denuncias internacionales alrededor de las 9.000⁵⁸.

No solo en Europa se abren o se reclama que se abran las puertas de los tribunales a los ciudadanos. En Australia, por ejemplo, se ha cuestionado el papel excesivamente pasivo de los ciudadanos dentro de una democracia que se considera moderna. En ese país, la revisión judicial de las leyes mediante declaraciones de incompatibilidad tiene una iniciativa casi exclusiva en cabeza del fiscal general. Ese diseño demostró la ineficacia del acceso restringido al control débil de constitucionalidad, en especial, debido a que el fiscal general en Australia es elegido por el propio Parlamento y es un funcionario que forma parte del Gobierno en condición de ministro o miembro del gabinete⁵⁹.

Ante ese nivel de clausura del sistema constitucional, Saunders señala que se han producido algunos signos de cambio. Estos se manifiestan en la progresiva flexibilidad del test de interés que se exige a los ciudadanos para solicitar las declaraciones de incompatibilidad, la mayor participación de las personas en los procesos de constitucionalidad mediante *amicus curiae* y las objeciones de algunos jueces frente a las razones históricas y lógicas de las reglas que establecen un sistema cerrado de control de constitucionalidad. El reclamo de apertura ha llegado a tal punto que, en el año 1996, la propia Comisión para la Reforma Legal de Australia recomendó flexibilizar las reglas de legitimación activa en los procedimientos constitucionales. Hasta el momento, estas recomendaciones no han sido aplicadas⁶⁰.

⁵⁸ En los años 2016 y 2017 se presentó un aumento desmesurado de las denuncias contra Turquía ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sin embargo, ese aumento se debió a las destituciones masivas de funcionarios públicos realizadas en el último semestre de 2016 como consecuencia de un supuesto golpe de Estado contra el presidente Recep Tayyip Erdogan. Por ese motivo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos recibió más de 6.500 denuncias sobre violaciones a los derechos humanos. Esta cifra subvierte el efecto de reducción que había logrado la apertura de la justicia constitucional pero no afecta la relación entre ambos factores porque resulta evidente que las condiciones políticas de Turquía después del 15 de julio de 2016 tienen el potencial de anular los efectos positivos que había logrado la apertura de la justicia constitucional en relación con el nivel de denuncias a nivel internacional.

⁵⁹ Saunders, Cheryl. *The Constitution of Australia*. op. cit., p. 82.

⁶⁰ Saunders, Cheryl. *The Constitution of Australia*. op. cit., p. 82.

Las experiencias comparadas sobre esta materia son un referente para América Latina porque la apertura de los sistemas nacionales de justicia constitucional puede tener un impacto significativo dentro del sistema regional de protección de los derechos humanos. No se trata de seguir una tendencia porque, en ese caso, Latinoamérica bien podría ser calificada como el origen de esa tendencia⁶¹.

De lo que se trata es de comprender que tomarse en serio las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos no solo implica el cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana; también es necesario realizar transformaciones internas para que las autoridades nacionales puedan remediar las violaciones a los derechos humanos dentro de la esfera interna de los Estados. Entre otras fuentes, algunas de esas violaciones provienen de la propia acción legislativa. Por eso es importante que los individuos tengan un mecanismo directo, accesible y efectivo para solicitar el remedio judicial interno.

3.4. Subsidiariedad efectiva y menos casos para el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos

En tercer lugar, la existencia de sistemas de acceso directo al control abstracto de constitucionalidad en el ámbito interno de los Estados también repercute directa y positivamente sobre el Sistema Interamericano. En concreto, la apertura de la justicia constitucional evita que lleguen a las instancias internacionales muchos casos que pueden tener una solución doméstica efectiva, rápida y basada en la jurisprudencia nacional e interamericana.

Esta ventaja no es menor si se tiene en cuenta que la Corte Interamericana no es un tribunal permanente y que, tanto la Corte como la Comisión, tienen una carga excesiva de trabajo y un presupuesto limitado⁶². En

⁶¹ “La legitimación que se reconocerá ya desde mediados del siglo xix, en Colombia y Venezuela –que se amplió con el devenir del tiempo a otros varios países del área– a cualquier ciudadano, con independencia de que ostente o no un interés subjetivo, para impugnar todo tipo de actos de carácter general por su supuesta inconstitucionalidad se traducirá en uno de los institutos procesales más característicos de América Latina: la acción popular de constitucionalidad”. Fernández Segado, Francisco. “Del control político”. op. cit., p. 182.

⁶² Cetra, Raísa y Nascimento, Jefferson. “Contando monedas: el financiamiento del sistema interamericano de derechos humanos”. En: Barreto Maia, Camila et

ese contexto, abrir la puerta de la justicia constitucional a los ciudadanos puede ser una opción institucional deseable para crear filtros nacionales que permitan que los casos de responsabilidad del Estado por expedición de leyes contrarias a la Convención Americana sean resueltos en el ámbito interno de los Estados.

Del mismo modo, la apertura de los sistemas nacionales de control abstracto de constitucionalidad permitiría avanzar hacia la subsidiariedad efectiva del Sistema Interamericano en los casos de responsabilidad de los Estados por la aprobación de leyes contrarias a la Convención. En efecto, debido a que la Corte Interamericana no tiene el poder para invalidar una disposición legal o constitucional doméstica que sea contraria a la Convención, el tribunal se limita a ordenarle al Estado correspondiente que modifique su ordenamiento jurídico interno. Sin embargo, esa decisión es meramente declarativa. Eso quiere decir que, como señala Pasqualucci, cuando un Estado no cumple la orden de modificar su ordenamiento jurídico interno y, mientras eso sucede, “cada víctima posterior de la ley deberá agotar los recursos internos antes de recurrir al Sistema Interamericano para reparar la violación. Esto podría ser costoso y demorado para las víctimas y daría lugar a una avalancha de casos similares ante la Corte y ante otros órganos internacionales de derechos humanos”⁶³.

De lo anterior se deriva la importancia de que exista un recurso judicial efectivo y accesible para los ciudadanos que permita remediar, ante los jueces nacionales, la violación de la Convención Americana por la expedición

al. Desafíos del Sistema Interamericano. *op. cit.*, pp. 63-106. La crisis financiera y presupuestaria de los dos organismos principales del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos es muy grave y compleja. Los efectos de esa crisis no solo ponen en cuestión el buen funcionamiento del Sistema sino su propia existencia. En el año 2016, por ejemplo, el secretario general de la Comisión Interamericana anunció la ‘suspensión de audiencias e inminente pérdida de la mitad de su personal’ a partir del día 31 de julio de ese año. El secretario hizo un llamado a los Estados y donantes para que hicieran efectivos sus aportes antes del 15 de junio de 2016 y reveló los siguientes datos: el presupuesto anual de la CIDH es de cinco millones de dólares y con este se cubren todas las actividades ordinarias de la Comisión y el trabajo de 31 funcionarios. Los demás funcionarios (47) y otras actividades dependen directamente de donaciones no regulares. Cfr. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Comunicado de Prensa n° 069, Washington DC, 2016. [<http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2016/069.asp>] (15.06.2017)

⁶³ Pasqualucci, Jo M. *The Practice and Procedure*. *op. cit.*, p. 217.

de una ley contraria a ese instrumento después de que el caso ha sido conocido por los órganos del Sistema Interamericano. Es importante que los ciudadanos puedan acudir a los recursos previstos por el ordenamiento interno para intentar la ejecución de la decisión de la Corte Interamericana que ha declarado una ley como contraria a la Convención cuando el cumplimiento de esa sentencia se encuentra pendiente por parte del Estado.

En este último caso, los ciudadanos acuden a la justicia constitucional con el apoyo de la decisión de la Corte Interamericana que ha declarado la ley nacional como contraria a la Convención y con el objetivo de que el control interno de constitucionalidad opere como una garantía de no repetición de la violación a los derechos humanos acaecida como producto de la expedición de la ley contraria a la CADH.

Desde luego, la sola existencia formal de un mecanismo de acceso directo al control abstracto de constitucionalidad no es suficiente para alcanzar estas ventajas, sino que es necesario que el mecanismo garantice materialmente el acceso a la justicia constitucional. De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Interamericana, eso significa que la efectividad del recurso también depende de que este no sea solamente admisible desde un punto de vista formal sino de que sea realmente admisible, es decir, que los recursos garanticen un verdadero acceso de los individuos⁶⁴. Por esa razón, el sistema de acceso al control abstracto de constitucionalidad debe incorporar la menor cantidad de barreras para que las personas puedan presentar el recurso o acción de inconstitucionalidad. Esta conclusión sugiere que, incluso los modelos como el colombiano, deberían eliminar ciertas barreras o ampliar el acceso al control abstracto de constitucionalidad para todas las personas sin necesidad de acreditar la condición de ciudadanos.

⁶⁴ “En cuanto a la efectividad del recurso, la Corte ha establecido que para que tal recurso efectivo exista, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla. No pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios”. Corte IDH. Caso Mejía Idrovo Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2011. Serie C No. 228, párr. 94.

En síntesis, con la mayor apertura de los sistemas nacionales de control abstracto de constitucionalidad de las leyes se avanza hacia una implementación efectiva del principio de subsidiariedad del Sistema Interamericano, se reduce la carga de trabajo de la Comisión y la Corte, y se ofrece a los jueces nacionales la oportunidad de remediar las violaciones a los derechos humanos en el ámbito interno de los Estados.

Por esta vía, el juez constitucional nacional se consolida como el primer garante de los derechos humanos y como un interlocutor legítimo con los órganos del Sistema Interamericano. Por su parte, la Corte Interamericana y los demás órganos del Sistema tienen pocas razones para preocuparse por la subsidiariedad material si dentro de los Estados existen recursos idóneos y efectivos y las autoridades que los resuelven aplican los estándares interamericanos establecidos en la jurisprudencia contenciosa y consultiva del tribunal de San José.

Además de los argumentos que se acaban de señalar, existen dos razones adicionales a favor del mayor acceso directo de los ciudadanos al control abstracto de constitucionalidad en los Estados que forman el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. El primer argumento mantiene que la acción pública de constitucionalidad es una vía idónea para realizar un control de convencionalidad de alta intensidad (control de convencionalidad de validez). El segundo argumento señala que la acción pública de constitucionalidad puede aumentar el diálogo entre los tribunales nacionales y la Corte interamericana.

Este capítulo concluirá con una breve mención de cada uno de esos argumentos que dejan abierta una línea de investigación sobre la relación entre la protección internacional de los derechos humanos y el diseño institucional de los sistemas nacionales de justicia constitucional.

4. LA ACCIÓN PÚBLICA DE CONSTITUCIONALIDAD Y EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD DE ALTA INTENSIDAD

La interpretación conforme, el principio pro persona y el control de convencionalidad son los tres instrumentos que integran el mecanismo institucional interamericano para la solución de las antinomias entre el corpus iuris interamericano y las normas nacionales. En esta sección se indicarán los rasgos generales de cada una de esas herramientas y se demostrará la relación de la tercera de estas con el acceso directo al control de constitucionalidad.

4.1. Los tres instrumentos del mecanismo institucional interamericano para la solución de antinomias: interpretación conforme, principio pro persona y control de convencionalidad

En primer lugar, la interpretación conforme implica que la atribución de contenido normativo a una determinada disposición jurídica (e.g. derecho constitucional a la libertad de expresión) se debe realizar de conformidad con el texto y el contenido normativo de otra disposición jurídica (e.g. protección de la honra y de la dignidad o derecho a la libertad de pensamiento y expresión establecidos en los artículos 11 y 13 de la CADH). El objetivo de la interpretación conforme es establecer relaciones de compatibilidad entre diferentes normas que son aplicables a un mismo caso concreto⁶⁵.

A diferencia de la interpretación sistemática que propende por la interpretación de una disposición normativa de acuerdo con el contenido de las disposiciones que hacen parte del mismo cuerpo normativo en el que aquella se encuentra (e.g. interpretar las disposiciones orgánicas de la Constitución de conformidad con las disposiciones dogmáticas de la misma Constitución), la interpretación conforme implica tomar en cuenta el contenido de disposiciones que hacen parte de un cuerpo normativo diferente a aquel en el que se encuentra la disposición objeto de interpretación.

La anterior diferencia entre la interpretación sistemática y la interpretación conforme desaparece cuando se trata de la interpretación conforme de textos constitucionales que han incorporado los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos mediante fórmulas de inclusión expresa (e.g. Argentina) o mediante la fórmula del bloque de constitucionalidad (e.g. Colombia). En estos casos, tanto la interpretación sistemática como la interpretación conforme de la Constitución juegan a favor de atribuir contenido normativo a las disposiciones constitucionales con base en el contenido normativo de los tratados incorporados. En todo caso, incluso en esta última hipótesis, la interpretación conforme puede involucrar otros tratados de derechos humanos que no han sido incorporados al texto constitucional pero que forman parte del conjunto de obligaciones internacionales suscritas por un Estado determinado.

⁶⁵ Las relaciones de conformidad o de compatibilidad se distinguen de las relaciones de identidad. Sobre esta diferencia: Saiz Arnaiz, Alejandro. La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución española. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, pp. 221-225.

La interpretación conforme opera tanto en el ámbito constitucional como en el ámbito de las relaciones entre el derecho doméstico y el derecho internacional de los derechos humanos. En el primer caso, se trata de la obligación de interpretar las normas del ordenamiento jurídico interno de conformidad con la Constitución⁶⁶. En el segundo caso, implica el deber de interpretar todas las normas nacionales, incluida la Constitución, de conformidad con los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos.

Mientras que la interpretación conforme constitucional es un sustrato lógico de la supremacía constitucional en relación con las demás normas del ordenamiento jurídico interno; la interpretación conforme de las normas nacionales con los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos no obedece a una lógica de jerarquía, sino que forma parte de esquemas multinivel en los cuales es necesaria la coordinación, la interacción, la compatibilización y la deferencia.

En segundo lugar, el principio pro persona es un instrumento para la interpretación tanto de las normas sustanciales como de las normas procesales. En su dimensión positiva, este principio impone que se aplique la norma más favorable a la protección de los derechos humanos; esto es, que se aplique la disposición que incorpore una protección mayor o la interpretación de una disposición que implique una mayor protección de los derechos humanos. En su dimensión negativa, el principio pro persona prohíbe que se interprete una disposición jurídica en detrimento de los estándares de protección de derechos humanos establecidos por otra disposición jurídica⁶⁷.

El principio pro persona se encuentra establecido en diferentes tratados internacionales sobre múltiples materias como los derechos humanos, el derecho internacional humanitario y el derecho internacional del medio ambiente; también ha sido incorporado en las Constituciones de Estados

⁶⁶ Una visión crítica de la interpretación conforme que niega su carácter de principio hermenéutico constitucional: Afonso Da Silva, Virgilio. "La interpretación conforme a la Constitución. Entre la trivialidad y la centralización judicial". *Cuestiones Constitucionales*, n° 12, 2005, pp. 3-29.

⁶⁷ Pinto, Mónica. "El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos". En: Courtis, Christian (comp.). *La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales*, CELS-Editores del Puerto, Argentina, 1997, pp. 163-171.

como Bolivia, Ecuador y México; y jurisprudencialmente ha sido establecido por los tribunales supremos o constitucionales de Argentina, Chile, Colombia, Costa Rica y Perú⁶⁸.

Desde luego, también en el ámbito interamericano este principio se encuentra en el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y ha sido desarrollado por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁶⁹. Como señalan Fitzmaurice y Negishi, la Corte Interamericana no solo ha aplicado las funciones básicas y clásicas del principio pro persona, sino que lo ha utilizado como la justificación de la técnica de agregación de contenidos para los derechos establecidos en la Convención y como fundamento para realizar una interpretación evolutiva de ese tratado internacional⁷⁰.

El tercer instrumento del mecanismo interamericano de solución de antinomias es el control de convencionalidad. Este implica el deber de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de todas las autoridades públicas de los Estados de analizar la compatibilidad de las normas nacionales con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y con otros instrumentos internacionales que forman parte del corpus iuris interamericano, tal y como estos han sido interpretados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Según la autoridad que ejerza el control de convencionalidad y las competencias que le hayan sido asignadas, la obligación previamente mencionada también incluye el deber de declarar la incompatibilidad, inaplicar o invalidar la norma contraria a la Convención. Como señala Víctor Bazán, el control de convencionalidad es un instrumento para que las autoridades nacionales cumplan con el principio de adecuación normativa e implica el

⁶⁸ La información detallada se puede consultar en: Negishi, Yota. "The pro homine principle's role in regulating the relationship between conventionality control and constitutionality control". *The European Journal of International Law*, vol. 28, n° 2, 2017, pp. 468-473.

⁶⁹ Fitzmaurice, Malgosia. "Interpretation of Human Rights Treaties". En: Shelton, Dinah (ed.). *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*. Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 765-768.

⁷⁰ Fitzmaurice, Malgosia. "Interpretation of Human Rights". op. cit., p. 767 y Negishi, Yota. "The pro homine principle's". op. cit., p. 14.

reconocimiento de que los jueces nacionales son los primeros garantes de los derechos establecidos en la Convención Americana⁷¹.

La mayor parte de la literatura coincide en señalar que el control de convencionalidad fue ejercido por los tribunales de algunos Estados antes de que apareciera expresamente mencionado en votos razonados formulados por el juez Sergio García Ramírez⁷² y, por supuesto, antes de que fuera establecido formalmente en la jurisprudencia contenciosa de la Corte Interamericana en el caso *Almonacid Arellano v Chile*⁷³. Desde entonces, la jurisprudencia sobre el control de convencionalidad ha sido reiterada, modificada y desarrollada en la mayor parte de los casos contenciosos y de las opiniones consultivas emitidas por el Tribunal Interamericano⁷⁴. Por supuesto, durante ese periodo, los jueces nacionales también han expresado su propia comprensión del control de convencionalidad⁷⁵.

La existencia, el desarrollo y las vicisitudes del control de convencionalidad han dado lugar a una serie de debates sobre sus alcances, fundamentos

⁷¹ Bazán, Víctor. "Control de Convencionalidad". op. cit., pp. 76–77.

⁷² Corte IDH. Caso *Myrna Mack Chang Vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 101. Voto Concurrente Razonado del juez Sergio García Ramírez, párr 27; Corte IDH. Caso *Tibi Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114. Voto Concurrente Razonado del juez Sergio García Ramírez, párr. 3; Corte IDH. Caso *López Álvarez Vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141. Voto Razonado del juez Sergio García Ramírez, párr. 30 y Corte IDH. Caso *Vargas Areco Vs. Paraguay*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 155. Voto Razonado del juez Sergio García Ramírez, párr. 6. Algunos ejemplos de aplicación previa del control de convencionalidad por parte de los tribunales nacionales en: Dulitzky, Ariel. "An Inter-American Constitutional Court? The Invention of the Conventionality Control by the Inter-American Court of Human Rights". *Texas International Law Journal*, vol. 50, n° 1, 2015, p. 80.

⁷³ Corte IDH. Caso *Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*. op. cit., párr. 124.

⁷⁴ Una lista de las sentencias es las que se ha reiterado, modificado o ampliado el control de convencionalidad en: Corte IDH. Caso *Gelman Vs. Uruguay*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de marzo de 2013. Voto Razonado del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor, párr. 96.

⁷⁵ Larrieux Rodríguez, Jorge. "Control de convencionalidad y constitucionalidad. Entre el nivel interamericano y el nacional". En: Saiz Arnaiz, Alejandro (coord.). *Diálogos judiciales*. op. cit., pp. 63-70.

normativos, condiciones de ejecución y contenido de las obligaciones que este impone a las autoridades nacionales. Algunos de esos debates han llevado, incluso, a que se propongan reformas estructurales al funcionamiento del Sistema Interamericano⁷⁶. A pesar de lo anterior, el enfoque de esta sección es diferente porque no pretende revisar esas discusiones sino

⁷⁶ Además de los textos citados previamente, la literatura más relevante sobre el control de convencionalidad se puede consultar en: Saiz Arnaiz, Alejandro y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. Control de convencionalidad, interpretación conforme y diálogo jurisprudencial. Una visión desde América Latina y Europa. Porrúa-UNAM, México, 2012; Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”. Estudios Constitucionales. Centro de Estudios Constitucionales de Chile, vol. 9, n° 2, 2011, pp. 531-622 y “Reflexiones sobre el control difuso de convencionalidad. A la luz del caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México”. Boletín Mexicano de Derecho Comparado. UNAM, vol. xlv, n° 131, mayo-agosto, 2011, pp. 917-967; García Ramírez, Sergio. “El control judicial interno de convencionalidad”. En: Bogdandy, Armin von; Piovesan, Flávia y Morales Antoniazzi, Mariela (Coords.). Estudos avançados de Direitos Humanos. Direitos humanos, democracia e integração jurídica: Emergência de um novo direito público. Elsevier-Campus Jurídico, 2013, pp. 557-589; Ibáñez Rivas, Juana María. “El control de convencionalidad y la consolidación del Ius Commune interamericano”. En: Bogdandy, Armin von; Morales Antoniazzi, Mariela y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. Ius Constitutionale Commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, México, 2016, pp. 385-413; Nogueira Alcalá, Humberto. “Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para las jurisdicciones nacionales”. Boletín Mexicano de Derecho Comparado. UNAM, vol. xlv, n° 135, septiembre-diciembre, 2012, pp. 1167-1220 y “Diálogo interjurisdiccional, control de convencionalidad y jurisprudencia del Tribunal Constitucional en periodo 2006–2011”. Estudios Constitucionales. Centro de Estudios Constitucionales de Chile, vol. 10, n° 2, 2012, pp. 57-140; Hitters, Juan Carlos. “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad”. Estudios Constitucionales. Centro de Estudios Constitucionales de Chile, vol. 7, n° 2, 2009, pp. 109-128 y “El control de convencionalidad y el cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana (supervisión supranacional, cláusula federal)”. Estudios Constitucionales. Centro de Estudios Constitucionales de Chile, vol. 10, n° 2, 2012, pp. 535-573; Quinche Ramírez, Manuel Fernando. El control de convencionalidad. Editorial Temis, Bogotá, 2014; Ruiz, Oswaldo. “The Conventionality Control. Examples of (Un)successful Experiences in Latin America”. Inter-American and European Human Rights Journal, vol. 3, n° 1–2, 2010, pp. 200–219; Sagüés, Néstor Pedro. “Obligaciones internacionales y control de convencionalidad”. Estudios Constitucionales. Centro de Estudios Constitucionales de Chile, vol. 8, n° 1, 2010, pp. 117-135.

tomar los puntos de confluencia para examinar la relación del control de convencionalidad con el control de constitucionalidad y, en particular, con el sistema de acceso directo de los ciudadanos a la justicia constitucional.

4.2. Control de convencionalidad y control de constitucionalidad

Con el objetivo de poner en relación al mecanismo institucional interamericano de solución de antinomias con el diseño institucional doméstico del control de constitucionalidad que permite el acceso directo de los ciudadanos, esta sección se orienta por las dos siguientes preguntas: ¿Requiere el control de convencionalidad de la existencia de un tribunal o corte constitucional? y ¿qué beneficios puede reportar la existencia de un mecanismo de acceso directo al control abstracto de constitucionalidad a la efectiva realización del control de convencionalidad de alta intensidad?

La primera pregunta ha sido contestada expresamente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En efecto, desde la perspectiva de ese tribunal, la existencia de una Corte Constitucional no resulta imprescindible para la efectividad del control de convencionalidad. El argumento central de la Corte es que el control de convencionalidad debe ser realizado por todas las autoridades públicas del Estado, de manera que no involucre solamente a los tribunales de cierre de los ordenamientos jurídicos nacionales, sino que vincula a las autoridades judiciales de todos los niveles, a las autoridades administrativas y a las instancias democráticas.

En relación con la segunda pregunta, el Tribunal Interamericano ha omitido toda referencia al diseño doméstico de los mecanismos de control de constitucionalidad y a su relación con el control de convencionalidad. En efecto, uno de los precedentes que refleja el criterio de la Corte Interamericana sobre esa materia es el caso *Liakat Ali Alibux v. Surinam* del año 2014⁷⁷.

En esa sentencia, la Corte Interamericana declaró la responsabilidad internacional del Estado por la violación de los derechos a las garantías judiciales de un ciudadano que había sido condenado penalmente por sus actuaciones como ministro del Gobierno. El elemento constitutivo de la violación al artículo 8.h de la Convención fue la imposibilidad de recurrir

⁷⁷ Corte IDH. Caso *Liakat Ali Alibux Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de enero de 2014. Serie C No. 276.

el fallo condenatorio de acuerdo con las normas procesales vigentes en ese momento dentro del Estado⁷⁸. La Corte también declaró que se había violado el derecho a la circulación y residencia del mismo ciudadano porque durante el procedimiento penal se le había impedido salir del país sin que existiera un fundamento legal para imponerle esa restricción⁷⁹.

Se trató de un caso muy interesante desde la perspectiva de la relación entre el control de constitucionalidad y la protección de los derechos establecidos en la Convención Americana. En efecto, uno de los argumentos centrales de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de los representantes de la víctima era que el Estado había violado, tanto el derecho a la protección judicial (artículo 25 de la CADH) como el derecho a contar con un recurso efectivo (artículo 8.h de la CADH), en virtud de que en ese país no se había puesto en funcionamiento una Corte Constitucional.

De acuerdo con la Comisión y con la víctima, la inexistencia de un tribunal constitucional era una omisión muy grave porque el artículo 144 de la Constitución de Surinam de 1987 (reformada en el año 1992) ordenaba expresamente la creación de una Corte Constitucional, fijaba el número de sus integrantes y enumeraba sus funciones generales. Bajo el criterio de la CIDH y de la víctima, la inexistencia de un tribunal constitucional, cuya creación estaba ordenada por la propia Constitución, generaba una situación de grave desprotección judicial de los derechos humanos y constituía, en sí misma, una violación al derecho de protección judicial establecido en el artículo 25 de la CADH⁸⁰.

Al pronunciarse sobre el anterior argumento planteado por la Comisión y por los representantes de la víctima, la Corte Interamericana reconoció que los tribunales y cortes constitucionales domésticos son órganos fundamentales para la protección de los derechos establecidos en las Constituciones nacionales y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Sin embargo, la Corte Interamericana señaló que la Convención no impone un sistema determinado de control de constitucionalidad para

⁷⁸ Corte IDH. Caso Liakat Ali Alibux Vs. Surinam. op. cit., párr. 111.

⁷⁹ Corte IDH. Caso Liakat Ali Alibux Vs. Surinam. op. cit., párr. 136.

⁸⁰ Corte IDH. Caso Liakat Ali Alibux Vs. Surinam. op. cit., párrs. 112 y 113.

los Estados que la han ratificado, de manera que los tribunales o cortes constitucionales no vienen impuestos por ese instrumento internacional⁸¹.

Del mismo modo, la Corte Interamericana consideró que la omisión en que incurría el Estado, al no establecer la Corte Constitucional, no constituía una violación del derecho a la protección judicial establecido en el artículo 25 de la CADH. Por esa razón, el tribunal no ordenó medidas de reparación o garantías de no repetición relacionadas con la creación de la Corte Constitucional⁸². Sobre la inexistencia de la Corte Constitucional de Surinam, el tribunal de San José se limitó a señalar que:

“(...) considera pertinente resaltar, así como lo reconoció el propio Estado, la importancia de la operatividad de dicha institución (Corte Constitucional), cuya creación se encuentra establecida en el artículo 144 de la Constitución. Dicha importancia descansa en la función de protección que una corte de esa naturaleza otorga a los derechos constitucionales de los ciudadanos sujetos a su jurisdicción”⁸³.

En este mismo caso, la Corte Interamericana también se refirió a la conexión entre la inexistencia de la Corte Constitucional de Surinam y el control de convencionalidad. Sobre este aspecto, la Corte señaló que la (in)existencia de un tribunal o corte constitucional no es relevante para la aplicación del control de convencionalidad por cuanto este debe ser realizado por todas las autoridades del Estado. Por esa razón, la Corte estableció que la ausencia de una corte o tribunal constitucional no exime a las demás autoridades del Estado de realizar el control de convencionalidad entre las normas internas y la Convención Americana⁸⁴.

Frente a los argumentos de la mayoría de los integrantes de la Corte Interamericana, el juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor formuló un voto razonado en el que sostuvo que la inacción del Estado para poner en funcionamiento

⁸¹ “(...) en relación con los argumentos del representante y de la Comisión sobre la vulneración del derecho a la protección judicial con motivo de la ausencia de un Tribunal Constitucional, si bien la Corte reconoce la importancia de estos órganos como protectores de los mandatos constitucionales y los derechos fundamentales, la Convención Americana no impone un modelo específico para realizar un control de constitucionalidad y convencionalidad”. Corte IDH. Caso Liakat Ali Alibux Vs. Surinam. op. cit., párr. 124.

⁸² Corte IDH. Caso Liakat Ali Alibux Vs. Surinam. op. cit., párr. 151.

⁸³ Corte IDH. Caso Liakat Ali Alibux Vs. Surinam. op. cit., párrs. 125 y 151.

⁸⁴ Corte IDH. Caso Liakat Ali Alibux Vs. Surinam. op. cit., párr. 124.

la Corte Constitucional, cuya creación estaba ordenada por la propia Constitución de Surinam, constituía una omisión contraria al artículo 25 de la Convención. Para el juez disidente, el Estado debía implementar todas las instancias judiciales que la Constitución establecía para la protección de los derechos y para remediar las violaciones a los mismos dentro del ámbito doméstico⁸⁵. En contra del criterio mayoritario de la Corte, el juez Ferrer Mac-Gregor sostuvo que el artículo 25 de la Convención sí impone la existencia de mecanismos de control de constitucionalidad internos:

“En mi opinión, a través del derecho sustantivo a la Protección Judicial consagrado en el artículo 25 de la Convención Americana, la legislación debe prever y los jueces efectivizar un recurso que tenga en cuenta el vigilar y velar el cumplimiento de las leyes, la Constitución y los tratados, esto en términos del propio Pacto de San José. (...) Si bien ‘la Convención Americana no impone un modelo específico para realizar un control de constitucionalidad y convencionalidad’ los diversos sistemas de protección judicial de los derechos a nivel nacional deben prever medios efectivos para resolver este tipo de controversias en el fondo, sea cual sea su denominación y el órgano de control que lo resuelva”⁸⁶.

En ese contexto y, en contra de lo que sostiene la jurisprudencia mayoritaria de la Corte Interamericana, el argumento central de esta investigación es que la existencia de un órgano que realice el control abstracto y concentrado de constitucionalidad aumenta la efectividad del control de convencionalidad. Además, se sostendrá que los sistemas que combinan el acceso directo de los ciudadanos al control abstracto y concentrado de constitucionalidad con mecanismos de control difuso de la constitucionalidad de las leyes, constituyen los diseños institucionales que mejor se adaptan a los estándares fijados por la Corte Interamericana respecto del mecanismo interamericano de solución de antinomias.

4.3. El sistema mixto de control de constitucionalidad, el acceso directo a la justicia constitucional y el control de convencionalidad

El presupuesto básico de la tesis de esta sección es que la Corte Interamericana no puede omitir que la configuración doméstica del control de

⁸⁵ Corte IDH. Caso Liakat Ali Alibux Vs. Surinam. op. cit., Voto Concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor, párrs. 9 y 100-126.

⁸⁶ Corte IDH. Caso Liakat Ali Alibux Vs. Surinam. op. cit., Voto Concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor, párrs. 124 y 125.

constitucionalidad tiene incidencia directa en la forma como se reciben, aplican y desarrollan, tanto los estándares interamericanos sobre la protección de los derechos humanos como el control de convencionalidad⁸⁷. Por esa razón, el Tribunal Interamericano debe analizar el diseño institucional y el contexto de cada Estado cuando establece los alcances de los instrumentos que forman parte del mecanismo interamericano de solución de antinomias. De ninguna manera se puede considerar justificada o subsanada esta omisión bajo el argumento, varias veces expuesto por el Tribunal Interamericano, según el cual, las autoridades nacionales deben realizar el control de convencionalidad de acuerdo con las competencias que les asignan las normas nacionales⁸⁸.

Desde luego, la Corte Interamericana acierta al señalar que los tribunales constitucionales no son órganos *sine qua non* para la realización de cualquiera de los instrumentos que integran el mecanismo interamericano de solución de antinomias. De la propia configuración del control de convencionalidad resulta que, si este debe ser realizado por cualquier autoridad pública, la inexistencia de una de esas autoridades no excusa a las demás del cumplimiento de los deberes que se derivan de la jurisprudencia interamericana. Sin embargo, esta obviedad esconde la parte más interesante de la relación entre el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad que consiste en saber si existe un diseño institucional del primero que favorezca en mayor medida al segundo y si los Estados deben modificar su estructura interna de control de constitucionalidad para ajustarla al contenido del control de convencionalidad.

El argumento central de esta sección es que el modelo mixto de justicia constitucional colombiano tiene un grado de apertura y complejidad que favorece al control de convencionalidad. Por esa razón, en lo que sigue se señalarán las ventajas de ese diseño institucional, sin que estas razones impliquen necesariamente que los Estados que carecen de un esquema similar deban modificar su configuración o estructuras institucionales internas. La idea entonces es insistir en que, así como el control de convencio-

⁸⁷ Una observación en este mismo sentido en: Dulitzky, Ariel. "An Inter-American Constitutional Court?". *op. cit.*, pp. 60-62.

⁸⁸ Vid. Nash Rojas, Claudio. "Control de convencionalidad. Precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos". *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, vol. xix, 2013, p. 497.

alidad puede operar en ausencia de tribunales constitucionales, también resulta innegable que “un modelo de control amplio, flexible y garantista facilita más la tarea que uno inexistente o estrecho, rígido y formalista”⁸⁹.

En efecto, los modelos de justicia constitucional que incluyen el control concentrado y abstracto y el control difuso de la constitucionalidad de las leyes se adaptan mejor a los estándares de la Corte Interamericana sobre el control de convencionalidad. En otras palabras, en los sistemas que han implementado el sistema mixto de control de constitucionalidad, el control de convencionalidad no supone una imposición antiestructural.

El caso de Colombia es paradigmático en este aspecto porque, por una parte, conserva todas las ventajas propias de contar con un modelo concentrado de control de constitucionalidad en el que también se puede realizar el control de convencionalidad de alta intensidad o control de validez⁹⁰. Al mismo tiempo, este diseño institucional prevé las competencias necesarias para que todos los jueces del país puedan inaplicar las leyes cuando realizan el control difuso de convencionalidad⁹¹.

En consecuencia, los modelos mixtos de control de constitucionalidad -dentro de los cuales el control abstracto incorpora el acceso directo de los

⁸⁹ Rojas, Danilo. “Control de Convencionalidad en Colombia. Entre el control de la Convención y su aplicación”. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, vol. xxi, 2015, p. 129.

⁹⁰ “El grado de intensidad máximo del ‘control de convencionalidad’ se puede realizar por las altas jurisdicciones constitucionales (normalmente los últimos intérpretes constitucionales en un determinado sistema jurídico) que generalmente tienen además la facultad de declarar la invalidez de la norma inconstitucional con efectos erga omnes. Se trata de una declaración general de invalidez por la inconventionalidad de la norma nacional”. Corte IDH. Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220. Voto Razonado del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor, párr. 36.

⁹¹ “Estados parte como Colombia ven favorecida la aplicación del control de convencionalidad por la existencia de un control mixto de constitucionalidad, en donde esa mixtura se expresa de varias formas: de un lado, el control normativo concentrado es compartido por dos altas cortes –la Corte Constitucional (competencia taxativa) y el Consejo de Estado (competencia residual)– y, de otro, el control difuso es ejercido por cualquier autoridad –especialmente los jueces de todas las jerarquías: desde la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado hasta los jueces municipales–”. Rojas, Danilo. “Control de Convencionalidad en Colombia”. *op. cit.*, p. 129.

ciudadanos al control de constitucionalidad- tienen las siguientes ventajas en relación con el control de convencionalidad. Por una parte, la existencia del control difuso permite que todos los jueces domésticos cuenten con la competencia para inaplicar las leyes que consideran contrarias a la Constitución o al parámetro de convencionalidad. El ciudadano, antes de demandar una ley, puede optar por solicitar su inaplicación en un caso concreto si es que es parte de un litigio en el que se aplica tal ley.

En segundo lugar, cuando los jueces no ejercen esta competencia de control difuso y aplican leyes que son contrarias a la Constitución o al parámetro de convencionalidad, el ciudadano puede utilizar el control abstracto de constitucionalidad para que el órgano de control concentrado resuelva ese desacuerdo en términos de validez constitucional y realice el control de convencionalidad de alta intensidad.

En tercer lugar, el ciudadano también puede utilizar el control abstracto como mecanismo de coordinación cuando unos jueces de control difuso aplican la ley mientras que otros la inaplican porque los primeros la consideran conforme al parámetro de constitucionalidad y de convencionalidad mientras que los segundos la consideran contraria a esos mismos parámetros. En ese caso, los ciudadanos pueden acudir al control concentrado de constitucionalidad para que se resuelva sobre la (in)compatibilidad de la ley con la Constitución y con el parámetro de convencionalidad mediante una decisión definitiva que recae sobre la validez de la ley. El ciudadano puede fundamentar su demanda en la experiencia deliberativa que tanto los jueces ordinarios como las partes de esos procesos han desarrollado sobre la constitucionalidad de la ley dentro de los litigios en los cuales se ha solicitado la inaplicación de ese acto normativo.

En cuarto lugar, el ciudadano que no es parte en ningún proceso de aplicación de la ley puede acudir al control concentrado de constitucionalidad para cuestionar la compatibilidad de la ley con la Constitución y con el parámetro de convencionalidad. En los cuatro casos anteriores, cada una de las autoridades habrá actuado dentro del marco de sus competencias, esto es, los jueces de control difuso mediante la (in)aplicación de la ley y los jueces de control abstracto mediante la confirmación de la (in) validez de la ley.

En quinto lugar, desde el punto de vista de las perspectivas de apreciación de los problemas de constitucionalidad de una ley, la combinación de los modelos difuso y concentrado ofrece la oportunidad para que los jueces resuelvan tanto sobre los problemas concretos de compatibilidad de

la ley con la Constitución como que enfrenten el mismo problema desde el punto de vista abstracto.

Además de este conjunto de ventajas, la existencia de un mecanismo de acceso directo de los ciudadanos al control abstracto de constitucionalidad en Colombia permite resolver dos problemas del control de convencionalidad relacionados con las omisiones legislativas contrarias a la Convención Americana y con el alcance del control de convencionalidad respecto de funcionarios administrativos que no tienen la competencia para invalidar o inaplicar las leyes contrarias a la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En el primer ámbito, la acción pública contra las omisiones legislativas relativas también propicia un trabajo colaborativo, dialógico y cooperativo entre el poder judicial y el legislador en torno a la superación de una omisión contraria a la protección de los derechos establecidos en la Convención Americana; en especial, cuando esta omisión no puede ser superada con la acción exclusiva del tribunal constitucional. En esos casos, como se indicó en el capítulo anterior, el juez constitucional identifica y delimita la omisión que viola un derecho humano, pero defiende la decisión de colmar esa laguna al órgano legislativo. De esa manera, entre la Corte Constitucional y el legislador existe un trabajo conjunto que evita la responsabilidad internacional del Estado y, sobre todo, aumenta la protección interna de los derechos humanos.

En relación con el segundo problema, la acción pública de constitucionalidad ofrece una herramienta para los funcionarios públicos que forman parte de la administración y quienes, según la jurisprudencia de la Corte Interamericana, también deben ejercer el control de convencionalidad dentro del marco de sus competencias. La pregunta que se ha formulado en estos casos es: ¿Qué debe hacer el funcionario público no autorizado para inaplicar o invalidar una ley cuando considera que esta es contraria a un tratado internacional sobre derechos humanos? En los modelos de acceso directo de los ciudadanos al control de constitucionalidad, esa autoridad debe trasladar a la Corte Constitucional la duda de constitucionalidad mediante una demanda en contra de la ley con el fin de que ese tribunal decida finalmente sobre la compatibilidad de esa norma con la Constitución y con su contenido ampliado en virtud del bloque de constitucionalidad.

Por esa razón, resulta acertado que el mecanismo de la acción pública de constitucionalidad que existe en Colombia no haya excluido a los funcionarios públicos de la titularidad del derecho político a demandar leyes y reformas constitucionales ante la Corte Constitucional. Como se indicó

en el capítulo segundo de este trabajo, incluso los propios magistrados de la Corte Constitucional colombiana pueden interponer una acción pública de constitucionalidad ante ese tribunal.

Eso significa que los funcionarios públicos que están obligados a realizar el control de convencionalidad pero carecen de las competencias para inaplicar o invalidar una ley pueden optar por presentar una demanda de constitucionalidad cuando consideren que un acto normativo es contrario a la Convención Americana sobre Derechos Humanos u a otro instrumento del corpus iuris interamericano.

Finalmente, según se señaló en la sección anterior, como el agotamiento de los recursos internos incluye a la acción pública de constitucionalidad en los casos de leyes contrarias a la Convención, el individuo solo llegará al Sistema Interamericano cuando los jueces de control difuso hayan aplicado una ley contraria a la Convención y los jueces de control abstracto hayan ratificado la validez de ese acto normativo. Esa situación puede ocurrir, inter alia, por la existencia de una antinomia entre la Constitución y la Convención Americana. En virtud de esa antinomia, una ley puede ser compatible con la Constitución y, al mismo tiempo, incompatible con la Convención.

Solo en estos últimos casos, le corresponderá a la Corte Interamericana resolver sobre la compatibilidad de la ley con la Convención; lo cual deberá hacer tomando en cuenta seriamente las razones que han fundamentado las decisiones de los jueces domésticos tanto de control difuso como de control abstracto que se han abstenido, respectivamente, de inaplicar e invalidar la ley. Por esa razón, como se sostendrá en la siguiente sección, la existencia de un mecanismo de acceso directo al control de constitucionalidad también fomenta el diálogo entre los tribunales internos y el Tribunal Interamericano.

5. LA ACCIÓN PÚBLICA DE CONSTITUCIONALIDAD COMO UN INSTRUMENTO PARA EL DIÁLOGO ENTRE TRIBUNALES

Uno de los conceptos centrales del constitucionalismo de principios del siglo xxi fue el de diálogo judicial⁹². La aparición de este concepto ocurrió como correlato del desarrollo de sistemas de constitucionalismo multinivel

⁹² Walker, Neil. "The Idea of Constitutional Pluralism". *Modern Law Review*, vol. 65, n° 3, 2002, pp. 317–359.

y pluralismo constitucional marcados por la existencia de diferentes esferas de decisión parcialmente superpuestas dentro de las cuales existe un texto normativo con vocación constitucional y un tribunal encargado de la interpretación del mismo⁹³. La idea de diálogo judicial formó parte de la fase inicial de un proceso todavía inacabado de construcción de formas de constitucionalismo transnacional⁹⁴, posnacional⁹⁵ y global⁹⁶.

La idea del diálogo es solo una pieza de un conjunto mucho más amplio de herramientas para comprender la acción coordinada y en red de las autoridades públicas en el contexto global⁹⁷. Por esa razón, esta categoría deliberativa está llamada a ser ampliada para involucrar las diferentes formas de interacción entre las autoridades judiciales, administrativas y legislativas; y las relaciones de todas estas con los individuos.

Específicamente, el diálogo judicial ha sido visto como un elemento estructural dentro de una comunidad global de jueces que resuelven casos dentro de sus competencias, pero utilizan argumentos que pretenden participar en una conversación colectiva más allá de las fronteras marcadas por las jurisdicciones nacionales⁹⁸. La existencia de ese diálogo está determinada por una serie de condiciones bien explicadas por Torres y Bus-

⁹³ “(...) en un modelo pluralista coexisten un conjunto de ordenamientos jurídicos, en parte separados pero interdependientes, cuyas respectivas normas fundacionales-constitucionales no están jerárquicamente ordenadas”. Torres Pérez, Aida. “En defensa del pluralismo constitucional”. En: Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Herrera García, Alfonso (coords.). *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales*. Tirant Lo Blanch, Mexico, 2013. pp. 457-458.

⁹⁴ Jackson, Vicki. *Constitutional Engagement in a Transnational Era*. Oxford University Press, Oxford, 2010, pp. 161-195 y Neves, Marcelo. *Transconstitutionalism*. Hart Publishing, Oxford, 2013, pp. 74-147.

⁹⁵ Krisch, Nico. *Beyond Constitutionalism*. Oxford University Press, Oxford, 2010, pp. 27-68 y Kumm, Mattias. “Constituent Power, Cosmopolitan Constitutionalism, and Post-Positivist Law”. *International Journal of Constitutional Law*, vol. 14, n° 3, 2016, pp. 703-709.

⁹⁶ Tushnet, Mark. “The Inevitable Globalization of Constitutional Law”. *Harvard Public Law and Legal Theory Working Paper Series*, n° 9, 2006, pp. 1-22.

⁹⁷ Slaughter, Anne-Marie. *A New World Order*. Princeton University Press, Princeton, 2004. pp. 1-35 y 65-103.

⁹⁸ Slaughter, Anne-Marie. “A Global Community of Courts”. *Harvard International Law Journal*, vol. 44, n° 1, 2003, p. 191.

tos⁹⁹. Estas condiciones permiten distinguir al diálogo judicial de otras formas de contacto o interacción entre autoridades jurisdiccionales (i.e. derecho comparado).

El concepto de diálogo judicial ha sido aplicado a los ámbitos del derecho europeo¹⁰⁰, a los derechos humanos en general¹⁰¹ y al Sistema Interamericano en particular¹⁰². Incluso se ha hecho referencia al diálogo entre jueces dentro de contextos poco proclives a la interacción de las autoridades judiciales con sus pares extranjeros¹⁰³. Estos ordenamientos han sido considerados como disensiones frente al constitucionalismo global, parte del denominado excepcionalismo o del modelo de resistencia (resistance) frente al derecho comparado¹⁰⁴.

En el caso concreto del Sistema Interamericano, se afirma que existe una especie de diálogo entre los jueces nacionales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La nota esencial de ese diálogo es que es genuino porque involucra una serie de “influencias jurisdiccionales recíprocas”¹⁰⁵. Esto significa que el proceso deliberativo y las decisiones judiciales de los tribunales nacionales se enriquecen con la jurisprudencia de la Corte Inte-

⁹⁹ Torres Pérez, Aida. *Conflicts of Rights in the European Union. A theory of supranational adjudication*. Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 109-130 y Bustos Gisbert, Rafael. “xv Propositiones generales para una teoría de los diálogos judiciales”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 95, 2012, pp. 13-63.

¹⁰⁰ Torres Pérez, Aida. *Conflicts of Rights*. op. cit., pp. 97-140 y Burgorgue-Larsen, Laurence. “La formación de un derecho constitucional europeo a través del diálogo judicial”. En: Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Herrera García, Alfonso (coords.). *Diálogo jurisprudencial*. op. cit., pp. 131-167.

¹⁰¹ Por todos, los trabajos compilados en: Müller, Amrei (ed.). *Judicial Dialogue and Human Rights*. Cambridge University Press, Cambridge, 2017, pp. 27-502.

¹⁰² Bazán, Víctor. “Hacia un diálogo crítico entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y las cortes supremas o tribunales constitucionales latinoamericanos”. En: Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Herrera García, Alfonso (coords.). *Diálogo jurisprudencial*. op. cit., pp. 569-598.

¹⁰³ Choudhry, Sujit. “Migration as a new metaphor in comparative constitutional law”. En: Choudhry, Sujit. *The Migration of Constitutional Ideas*. Cambridge University Press, Cambridge, 2006, pp. 1-13 y Breyer, Stephen. *The Court and the World. American law and the new global realities*. Alfred A. Knopf, New York, 2015, pp. 320-333.

¹⁰⁴ Tushnet, Mark. “The Inevitable Globalization”. op. cit., p. 2 y Jackson, Vicki. *Constitutional Engagement*. op. cit., pp. 17-38.

¹⁰⁵ Bazán, Víctor. “Control de Convencionalidad”. op. cit., pp. 93-102.

ramericana. Al mismo tiempo, dentro de sus deliberaciones, el Tribunal Interamericano se toma en serio la jurisprudencia de los jueces domésticos y utiliza los precedentes de cortes estatales para fundamentar sus decisiones sobre la violación de un derecho o la forma de reparar esa violación¹⁰⁶.

Según algunos autores, el diálogo interamericano ha sido tan amplio, activo y fluido que ha generado una especie de red judicial interamericana. Desde ese punto de vista, la interacción judicial en América Latina puede ser considerada como parte de un modelo de convergencia (convergence)¹⁰⁷ en el que, por medio del diálogo, se han establecido un conjunto de estándares de protección de los derechos humanos que conforman una especie de *Ius Constitutionale Commune* en América Latina¹⁰⁸. Se trata, como lo denomina Mariela Morales, de un proceso de interamericanización que consiste fundamentalmente en “la adopción gradual de los estándares interamericanos por parte de los Estados que han reconocido la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para aplicarlos a su derecho público nacional”¹⁰⁹.

En ese contexto, la pregunta esencial que surge es: ¿Cuál es el aporte del mecanismo de acceso directo al control de constitucionalidad al diálogo judicial? Desde el punto de vista de este trabajo, la respuesta a esta pregunta es que el mayor acceso de los individuos a la justicia constitucional crea un escenario para el diálogo judicial.

¹⁰⁶ Rojas, Danilo. “El daño y la reparación en Colombia. Una aproximación comparada entre la jurisprudencia del Consejo de Estado de Colombia y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. En: Saiz Arnaiz, Alejandro (coord.). *Diálogos judiciales*. op. cit., pp. 601-616 y Roa Roa, Jorge Ernesto. “Derecho Internacional Humanitario, Jurisdicción Penal Militar y Responsabilidad del Estado por violación a los Derechos Humanos. Un comentario a la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ‘Masacre de Santo Domingo vs. Colombia’”. *Revista Vasca de Administración Pública*, n° 95, enero-abril, 2013, pp. 156-159.

¹⁰⁷ Jackson, Vicki. *Constitutional Engagement*. op. cit., pp. 39-69.

¹⁰⁸ Vid. Bogdandy, Armin von; Morales Antoniazzi, Mariela et al. “*Ius Constitutionale Commune* en América Latina: un enfoque regional del constitucionalismo transformador”. En: Bogdandy, Armin von; Morales Antoniazzi, Mariela y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. *Ius Constitutionale Commune*. op. cit., pp. 17-51.

¹⁰⁹ Morales Antoniazzi, Mariela. “Interamericanización como mecanismo del *Ius Constitutionale Commune* en derechos humanos en América Latina”. En: Bogdandy, Armin von; Morales Antoniazzi, Mariela y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. *Ius Constitutionale Commune*. op. cit., p. 418.

En efecto, como se señaló previamente, la carga de agotar los recursos internos en los casos de leyes contrarias a la Convención incluye al sistema doméstico de control abstracto de constitucionalidad de las leyes cuando dentro de este existe un alto grado de apertura de la justicia constitucional. De lo anterior se infiere que un modelo cerrado de acceso al control de constitucionalidad justifica que los individuos acudan directamente a los órganos que forman parte del Sistema Interamericano.

Eso quiere decir que la existencia de modelos de acceso directo a la justicia constitucional ofrece un escenario nacional de diálogo con la Comisión y la Corte Interamericanas. Lo anterior sucede en virtud de que estos dos órganos solo conocerán de los casos de leyes contrarias a la Convención, una vez que el mismo problema haya sido afrontado por el órgano nacional de control abstracto de constitucionalidad. Por su parte, los tribunales domésticos de cierre tienen libertad para ratificar la validez de las leyes nacionales o para expulsarlas del ordenamiento jurídico por razones de constitucionalidad o mediante un control de convencionalidad de alta intensidad.

En cualquiera de estos dos casos, es muy importante que exista un pronunciamiento del juez nacional sobre la compatibilidad de la ley nacional con la Convención, en lugar de que la Corte Interamericana se pronuncie directamente y sin la revisión previa del juez nacional. Es decir, es importante que exista una voz doméstica inicial dentro del diálogo sobre la adecuación del ordenamiento jurídico interno al corpus iuris interamericano. Desafortunadamente, el diálogo comienza por el Tribunal Interamericano cuando los mecanismos para acceder al juez nacional son excesivamente cerrados y no satisfacen los estándares de los recursos idóneos y efectivos establecidos por la Corte Interamericana.

De manera que abrir la puerta de la justicia constitucional también implica crear una oportunidad para que el juez nacional pueda hablar en la conversación colectiva con la Corte Interamericana a propósito de una ley nacional que aparece como contraria a la Convención Americana.

Si se tienen en cuenta los argumentos expuestos en la sección anterior, la estructura de un diálogo de ese tipo incluye las voces de: los individuos que han sido parte del caso concreto en el que se (in)aplicó la ley, los jueces de control difuso, los demandantes ante la Corte Constitucional y la decisión de este último tribunal al resolver sobre la demanda de validez. Un diálogo serio entre las autoridades nacionales y los tribunales internacionales debe, sin duda alguna, tomar en cuenta todas estas voces.

Por esa razón, la acción pública de constitucionalidad, no solo convierte al ciudadano en el primer eslabón de una decisión sobre la (in)validez de una ley, sino que lo erige en el actor inicial del proceso de diálogo de sus autoridades nacionales con otras instancias judiciales extranjeras o con las autoridades internacionales encargadas de la protección de los derechos humanos. Esto comporta un enriquecimiento del diálogo, no solo por el aumento de los involucrados, sino por la cualificación de las perspectivas que se incluyen dentro de la deliberación. Se trata de una ventaja significativa desde el punto de vista de la interacción entre las autoridades judiciales, pero, sobre todo, desde la perspectiva de la posición de los ciudadanos dentro de los procesos de deliberación institucional que ocurren en el marco del constitucionalismo transnacional.

En síntesis, el argumento central de este capítulo ha estado orientado a demostrar que el acceso directo de los ciudadanos al control abstracto de constitucionalidad, por medio de mecanismos como el que se ha defendido a lo largo de esta investigación, forma parte de una de las exigencias actuales de la estructura del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Esto es así por la pretensión de subsidiariedad material del Sistema en los casos de violaciones a los derechos humanos como consecuencia de la expedición de una ley contraria a la Convención y por las obligaciones que se derivan del control de convencionalidad.

Por otra parte, ese mismo argumento permite marcar una perspectiva de investigación sobre el futuro de la justicia constitucional regional y, en concreto, sobre la relación entre el diseño institucional de la judicatura constitucional y los individuos. En este capítulo se ha esbozado la idea de que la apertura de los sistemas domésticos de control abstracto de constitucionalidad aparece respaldada por su aporte al diálogo judicial dentro del marco de un constitucionalismo global, posnacional y transnacional.

