

Tello Mendoza, J. A. (2024). *Control de convencionalidad y Estado constitucional de derecho. Consideraciones sobre la doctrina creada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Tirant Lo Blanch.

**Gustavo Garduño Domínguez**

 <https://orcid.org/0000-0003-4027-456X>

Universidad de Navarra. España.  
Correo electrónico: ggardunod@gmail.com

Publicación: 20 de junio de 2024

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2024.51.19089>

La formulación y aplicación del control de convencionalidad por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en lo sucesivo “Corte IDH”) ha sido causa para la elaboración de numerosos estudios académicos, y ha propiciado una dilatada reflexión en los órganos estatales encargados de la jurisdicción constitucional de máxima instancia.

Es dable decir que la citada doctrina se ha recibido, tanto en la teoría como en el foro, como si se tratara de una herramienta infalible y que, salvo en excepciones que cada día son más frecuentes, la posición asumida generalmente frente a ese modo de control ha resultado prácticamente acrítica. No obstante, el gradual empleo del control de convencionalidad por la Corte IDH ha dejado ver que conlleva diversos retos e inconvenientes para la saludable interacción del derecho convencional con el orden jurídico de los Estados parte de la Convención Americana de Derechos Humanos (en lo sucesivo “CADH”) y que se han sujetado a jurisdicción de la Corte IDH.

En *Control de convencionalidad y Estado constitucional de dDerecho. Consideraciones sobre la doctrina creada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, el profesor Juan Alonso Tello Mendoza escudriña con profundidad los problemas causados por esta doctrina a quienes se encuentran “obligados” a acatarla. En ese sentido, su libro resulta osado y de gran actualidad, pues evidencia que la función de la Corte IDH merma

la debida comodidad interpretativa que deben gozar los Estados para aplicar el derecho convencional hacia el interior de sus sistemas jurídicos.

Esta obra dialoga amistosamente tanto con la bibliografía de vanguardia como con los precedentes establecidos por la Corte IDH, así como con los centenares de fallos nacionales e internacionales que con prolijidad trae a colación. El *leitmotiv* del trabajo es que este tribunal debe autolimitarse y reencauzar su labor protectora de la CADH, moderando el rigor del control de convencionalidad. En suma, es un trabajo impecable, argumentado sólidamente y confeccionado con rigor, que proporcionalmente matiza sus propuestas y balancea las críticas que plantea.

Desde las primeras páginas, Tello observa cómo la Corte IDH ha sentido su posición para constituirse en una especie de “Tribunal Constitucional Interamericano” al aplicar una “Constitución supranacional”. Asimismo, subraya una de las afirmaciones más inquietantes hechas por la Corte IDH a lo largo del desarrollo del control de convencionalidad: que todas las resoluciones y sentencias dictadas por ella resultan vinculantes para todos los Estados que hayan firmado la CADH, incluyendo las opiniones consultivas, incluso cuando no sean parte del caso de referencia. Tal forma de garantizar y asegurar la vinculación buscada por la Corte IDH es analizada dilatadamente por Tello con ánimo propositivo, más que dedicar sus páginas a señalar la inexactitud de esa interpretación del Pacto de San José por la Corte, se enfoca en reflexionar sobre cuáles son los riesgos de conducir en el trabajo de la Corte IDH en una dirección como esa.

Por los motivos mencionados, el libro coincide con la “protesta” formulada por Argentina, Brasil, Chile, Colombia y Paraguay en abril de 2019 para que se les permitiera aplicar dentro de su ámbito de derecho interno las obligaciones convencionales en función de sus circunstancias nacionales. Ese reclamo puede traducirse en una demanda urgente: la Corte IDH debe encaminarse a dictar o al menos orientar sus sentencias desde el margen nacional de apreciación (en lo sucesivo MNA), que consiste en una deferencia otorgada por los órganos internacionales a las autoridades nacionales para que interpreten un tratado conforme sus circunstancias locales, y que, por ello, brinda la libertad a los órganos estatales para actuar o maniobrar “con holgura” respecto de esa convención (Yourow, 1996, 25 p.).

Este libro también repara en quién puede operar realmente el control de convencionalidad hacia el interior de los Estados, y para ello revisa el itinerario seguido por la Corte IDH en las sentencias de *Almonacid Arellano contra Chile*, *Trabajadores cesados del Congreso contra Perú*, *Boyce y otros*

*contra Barbados*, y *Heliodoro Portugal contra Panamá*, en las que se estableció, respectivamente, que el control de convencionalidad debe efectuarlo el Poder Judicial nacional, de oficio, sin acotarse sólo al marco constitucional —sino también al convencional— con la obligación de velar por el efecto útil de los tratados. Asimismo, relata que en el fallo de *Radilla Pacheco contra México* se estableció la “obligación” de que los tribunales domésticos, además de hacer un control de convencionalidad, efectúen una interpretación conforme, y de que los operadores del control fueran los órganos de cualquier naturaleza con funciones jurisdiccionales —como se dijo en Vélez Loor contra Panamá—. Finalmente, subraya que fue en la sentencia de *Cabrera García y Montiel Flores contra México* donde se decidió que el control sería “en todos los niveles”, mientras que en la de *Gelman contra Uruguay* estableció que debe hacerlo cualquier autoridad del Estado (pp. 72-75).

La evolución del control de convencionalidad suscita el interrogante sobre cuál puede ser, realmente, la fuente de su existencia en el Derecho Internacional Público. Al respecto, Tello Mendoza acusa, con gran atino, que no existe en la CADH sustento alguno para que el control de convencionalidad se ejerza en el modo y con la intensidad que ordena la Corte IDH (p. 99), y sostiene que ni el Pacto de San José ni diversos tratados aplicables a la posible argumentación de que debe hacerse un control de convencionalidad alcanzan a justificar la posibilidad de hacer dicho control. Por ello, barrunta Tello Mendoza, que la Corte IDH se ha visto orillada a demostrar —exiguamente, podría decirse— la existencia de su postura desde los artículos 1.1, 2o, 67, 68.1, de la Convención Americana, y los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (p. 100).

Sobre el problema de justificar el control de convencionalidad en la construcción de una aparente costumbre internacional “en configuración” (pp. 145-175), Tello concluye que, con base en el estudio de la costumbre internacional, no hay suficiente ni coherente número y calidad de sentencias nacionales (p. 166) que alcancen a probar la constitución de dicha práctica reiterada. De forma similar, Tello niega la existencia de algún principio general del derecho que alcance a sostener la existencia del control de convencionalidad (p. 191).

En el tercer capítulo del libro aparece un “estudio panorámico” sobre las posiciones que han asumido diferentes Estados latinoamericanos respecto al control de convencionalidad. Ahí, Tello se refiere a la situación que guarda el control de convencionalidad en Argentina, Bolivia, Colombia, Costa Rica, República Dominicana, Guatemala, México, Panamá, Perú y Uruguay,

explicando con detenimiento los asuntos más relevantes para el desarrollo de dicha doctrina en cada uno de esos países.

Los casos argentinos Ekmedjian y Girolodi resueltos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación constituyen una guía para la interpretación de los tratados y en ellos se determinó, en su momento, que la jurisprudencia Interamericana debía orientar la aplicación de las normas domésticas. Tiempo después, en los casos Bulacio y Simón, ese tribunal reconoció la obligatoriedad de esa jurisprudencia y expresó que ésta se trataba de una pauta imprescindible de interpretación. Posteriormente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación asumió una posición crítica hacia la Corte IDH en lo relativo al control de convencionalidad, actitud que también ha sido replicada en casos resueltos por tribunales provinciales (pp. 212-214). La tensa relación entre la Corte IDH y Argentina se evidenció en el *Caso Fontevecchia y D'Amico contra Argentina*, puesto que la Corte Suprema argentina reprochó a la Corte IDH haber actuado indebidamente en ese asunto como una cuarta instancia. En tal sentencia, la Corte Suprema de Justicia de la Nación dejó ver que su posición respecto de la Corte IDH es que esta debe aplicar la doctrina del MNA y, posiblemente, así “dejaría de existir el control de convencionalidad”, afirmación en la que Tello Mendoza se asiste de lo escrito por J. C. Hitters (p. 214).

La situación actual en Bolivia es de relativo diálogo, buena convivencia o, quizá también, de ambivalencia, pues la posibilidad de aplicar el principio *pro homine*, aunque, realmente como lo afirma Tello Mendoza, realmente se acoge el control de convencionalidad (p. 225). Incluso, podría decirse, la doctrina en cuestión —y su interpretación sesgada— sirvió para justificar la validez de alguna reforma constitucional que, en condiciones de plena democracia, habría sido reprochable por su dudosa legitimidad (p. 223).

En Colombia, se aprecia una muy baja aceptación del control de convencionalidad como revisión superconstitucional traducida en el deber de efectuar una interpretación conforme. La Corte colombiana ha determinado, que si bien es cierto, los tratados ratificados por ese país son parte del conjunto de normas que deben ser aplicados en el ámbito interno, también lo que son las sentencias y los tratados no se pueden trasplantar de manera automática en el ámbito interno, por lo que es necesario primar el análisis de las circunstancias particulares de cada caso concreto (pp. 239, 352 y 353). Esa es una evidencia de cómo la Corte colombiana apunta a la necesidad de aplicar el MNA sin que ello implique desconocer, desde luego, la obligación

de cumplir las sentencias interamericanas en lo que efectivamente resuelva el litigio —y en las que el Estado de referencia ha sido parte—.

En lo que se refiere a Costa Rica, Tello apuntó que la resolución de la Asamblea General de la OEA de 1978, referida a la sede para la Corte IDH, establece que las resoluciones de ese órgano “tienen la misma fuerza ejecutiva afectadas por los costarricenses” (p. 241). Desde la década de 1990, la Sala Constitucional ha sostenido que los efectos de las sentencias interamericanas son *erga omnes* y de rango supralegal (p. 242), pero los cambios en su integración han provocado un vaivén continuo en la recepción del control de convencionalidad, que le han permitido incluso declarar la necesidad de aplicar el MNA —aunque hasta ahora sea difícil anticipar cómo resolverá dicha sala— (p. 249).

En lo que respecta a México, se puede leer que desde 2011 la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha dicho, en suma —y tras muchas discusiones que aún continúan—, que el canon de control se conforma por los criterios obligatorios emitidos por el Poder Judicial de la Federación, las normas constitucionales, los tratados y, desde luego, la jurisprudencia de la Corte IDH, que en su conjunto debe ser interpretado con base en el principio *pro persona*, según el artículo 1o. de la Constitución de dicho país (pp. 262 y 270).

Por otra parte, el estudio profundo que Tello aplicó a la jurisprudencia peruana reveló que existe en ella una relativa aceptación del control de convencionalidad, pero que a la par se observa la admisión —o demanda— de la aplicación del MNA, como se desprende de diferentes sentencias en que los jueces del Tribunal Constitucional han reconocido que ese margen constituye un límite al control de convencionalidad (pp. 276-292).

El análisis de los diferentes casos nacionales lleva a concluir que entre los países existe una marcada disparidad respecto del canon de control, el objeto, los operadores y los mecanismos con los que se pone en práctica el control de convencionalidad. Esa falta de uniformidad se traduce en una aceptación disímil del control en la realidad, especialmente sobre su dimensión fuerte o débil —categorización que aporta y explica Tello en varias ocasiones en su libro— (pp. 298-304).

El cuarto capítulo del libro pone de manifiesto el problema de la aplicación del control de convencionalidad, se hace patente al contrastarlo con el derecho constitucional y el Estado constitucional de derecho. En dicho capítulo Tello se pregunta, de manera muy justificada, si no existe en realidad una transición o una obligación de transitar de un Estado constitucional

de derecho a un Estado convencional de derecho en el ámbito de competencia de la Corte IDH.

Como introducción a ese problema, recuerda que el control de convencionalidad en sentido fuerte es una doctrina que supone: 1) la supremacía jerárquica de los tratados y de su interpretación dentro de los Estados; 2) los efectos de autoejecutabilidad *erga omnes* de los tratados y resoluciones de la Corte IDH; 3) el requerimiento de que todas las autoridades nacionales sin excepción hagan un control de la validez normativa frente a las normas convencionales, y 4) la competencia de la Corte IDH para verificar dicha actuación.

Posteriormente, el libro acomete un análisis sobre el tránsito del Estado de derecho al Estado constitucional de derecho, estudiando el concepto de supremacía constitucional a la luz del control de constitucionalidad (p. 317), y sus efectos en la Constitución como norma vinculante. Se afirma así que la versión fuerte del control de convencionalidad no siempre es compatible con el control de constitucionalidad (p. 348). Al respecto, debe decirse que la dificultad que, en principio, representa la relación entre la supremacía constitucional y el orden jurídico convencional puede salvarse, aunque sea parcialmente, con la aplicación del MNA, para lograr así una reinterpretación del citado principio de supremacía (Garduño Domínguez, 2019, pp. 32-38).

En ese capítulo también se pone de manifiesto otro enorme problema causado por la aplicación del control de convencionalidad: su empleo termina siendo un obstáculo al trabajo contramayoritario del Poder Judicial, pues una norma constitucional puede ser hallada inconvencional por autoridades domésticas que ni siquiera son judiciales... (pp. 348-356). Otras dificultades que van aparejadas a la anterior es que, citando a Pedro Sagüés, el techo ideológico que inspira a la Constitución termina siendo sacrificado por la ideología que encauza la actuación de la Corte IDH, se limita la libertad interpretativa del juez local y se encadena a los estados a sentencias de asuntos en los que no fueron partes —lo que les impidió ser escuchados en el juicio para opinar sobre una interpretación, defecto que termina conculcando las reglas del debido proceso—. De tal forma, la disposición de aplicar el control de convencionalidad se vuelve paternalista y limita las competencias de los tribunales nacionales para interpretar y aplicar los tratados internacionales en el derecho interno (pp. 351-357).

Por otra parte, en lo que toca al *Caso Artavia Murillo y otros contra Costa Rica*, Tello acusa que la Corte IDH evitó aplicar el MNA a pesar de que

así correspondía según lo jurídicamente justificado por el Estado demandado. Además, en referencia al voto disidente del juez Vio Grossi —que denunció diversos errores argumentativos, imputaciones de parcialidad y falta de independencia de algunos jueces, así como la extralimitación de la Corte IDH al haber resuelto de forma indebida sobre materias que no se encontraban a su disposición— (pp. 364 y 365), Tello puntualiza que, una vez dictada la sentencia de fondo, la Corte solo podía otorgar reparaciones y costas, interpretar el alcance del fallo, corregir graves errores de edición, supervisar el cumplimiento y, en todo caso, notificar a la Asamblea General de la OEA, el incumplimiento de dicho fallo. No obstante, al aplicar el control de convencionalidad mediante la supervisión de cumplimiento, la Corte indebidamente modificó la sentencia e intervino en su cumplimiento cambiando las obligaciones originalmente impuestas a Costa Rica, ya que alteró a iniciativa propia el fallo y reinterpretó sus alcances sin que las partes no se lo hubieran solicitado (365-368 pp.).

Otras complejidades analizadas en el capítulo cuarto derivan de la aplicación del principio *pro homine*. La primera de ellas radica en su manipulación o uso sesgado —que desafortunadamente ocurre con frecuencia—, y en el desprecio por otros métodos interpretativos que implica una segunda y paradójica inconveniencia: la posibilidad de que nunca se realice concretamente el principio *pro homine*, como puede ocurrir en caso mexicano de la restricción al ejercicio de los derechos humanos (388-393 pp.), y que se ilustra con el caso de la limitación al derecho al voto pasivo de los ministros de culto (390-393 pp.). Un tercer problema es que el desacuerdo respecto a los alcances, contornos y contenidos de ciertos derechos humanos no puede solucionarse solamente con la interpretación de la Corte IDH prescindiendo del principio democrático, sino que requiere de un verdadero diálogo entre tribunales nacionales y de que, a nivel de la Corte IDH, las sentencias se dicten desde el MNA para articular las diferencias culturales entre estados (García Roca, 2010, 214-218 pp.).

Al respecto, es importante mencionar que el MNA parte de la idea de que las autoridades nacionales se encuentran mejor situadas que los tribunales internacionales para resolver un asunto que requiera aplicar un tratado. La necesidad de interpretar esa convención puede ocurrir en un grado diverso de consenso entre Estados sobre el significado y alcance de los derechos humanos, por lo que el tribunal deberá ser más deferente y reconocer un mayor margen de apreciación a las autoridades locales en la medida



en que menor sea el acuerdo entre estados firmantes, y viceversa (Letsas, 2006, 722-723 pp.).

Por último, el capítulo quinto se dedica a interrogar si el anunciado “Estado Convencional de Derecho” realmente constituye, “un buen modelo”, o si se trata de un sistema o diseño problemático en el que podría pervivir la función original de la Corte IDH, o bien, se trata realmente de la construcción de un tribunal de diferente función: el Tribunal Constitucional interamericano. En ese apartado, Tello Mendoza advierte la necesidad de aplicar el MNA y de revalorizar la democracia constitucional, concediendo una deferencia al legislador y al constituyente. Dicha afirmación toma en cuenta que la representación popular en Latinoamérica se ejerce en un entorno de pluralismo político y cultural, que puede “salvarse” a través de la sana aplicación de dicho MNA (Iglesias Vila, 2013, p. 8).

En este apartado, Tello se pregunta si existen el Estado Convencional, la supra-constitución y un Tribunal Constitucional interamericanos. Al respecto, concluye que la Corte IDH tiene la pretensión de que sus funciones tengan efectos directos y, de esa forma, su naturaleza de tribunal internacional se transforme en la de uno supranacional. Ese fenómeno conduciría, irremediablemente a que la Corte IDH dejara de ser un órgano de control del cumplimiento de la CADH para convertirse en un vigilante que monopolizaría la comprensión, interpretación, extensión y contenido de las normas en la región Interamericana, por lo que asumiría una competencia que no se le ha conferido (pp. 403-408).

En forma paralela, Tello Mendoza afirma que la irrupción del control de convencionalidad ha trastocado la representación democrática y la eficacia de la Constitución, pues la autonomía requerida por los respectivos órganos domésticos se reduce notoriamente con la aplicación de aquella doctrina. De tal modo, si se llegara a considerar que el control de convencionalidad es supremo respecto de cualquier norma interna, entonces podría concluirse que la Corte IDH ha devenido en una especie de “Tribunal Constitucional” interamericano que resta soberanía a los Estados, a pesar de que los sometidos a su jurisdicción hayan aceptado, exclusivamente, el cumplimiento de ciertas normas de manera subsidiaria a las que sus respectivos órganos elaboran para aplicar a nivel nacional.

Es necesario mencionar que el saludable funcionamiento del derecho internacional público descansa en el concepto de subsidiariedad, que tiene como principal significado que los órganos internacionales solamente podrán actuar en aquellos casos en que las autoridades nacionales sean defectuosas



u omisas en la materia que deben tutelar (Contreras, 2014, pp. 238-239). De tal forma, cualquier intervención efectuada contra el derecho doméstico a partir del control de convencionalidad se quedará sin asidero racional cuando implique reemplazar o preterir la acción que auténticamente tocaría ejercer, de origen, a las autoridades domésticas.

De forma coincidente con lo anterior, resulta inadmisibile que la Corte IDH se encuentre capacitada para alterar el contenido de la CADH y su aplicación hacia el interior de los Estados, por lo que también se encuentra impedida para crear nuevos derechos o decidir cómo deben aplicarse al interior de los estados. Además de eso, Tello recuerda que todo tribunal debe asumir una actitud autolimitada, y que esa forma de conducirse tendría que ser incluso más intensa en el caso de la Corte IDH, dado que el objeto que tiene para aplicar es un tratado internacional.

El conjunto de graves disonancias que existen entre la democracia constitucional y la aplicación del control de convencionalidad se resume en la dilución de la independencia judicial, la erosión de la supremacía constitucional y el resquebrajamiento del principio democrático. La primera de esas discrepancias es quizá la más notoria: si el control de convencionalidad pretende un efecto directo las sentencias va a terminar provocando la dependencia de los jueces nacionales, es decir, en lugar de que exista un diálogo judicial efectivo, simplemente se entablará una relación de subordinación entre la Corte IDH y los órganos judiciales domésticos. La segunda problemática es que el control de convencionalidad erosiona la supremacía constitucional, por lo que la competencia para organizar un estado terminaría —o, quizá, ya termina— siendo asumida por la Corte IDH. Una tercera disonancia es que la aplicación de ese modelo de control desordena tanto a los propios poderes como a su separación en el ejercicio del principio democrático (pp. 412-420).

La constante negativa a la aplicación del MNA se ha traducido en una imposición de la Corte IDH sobre la creatividad interpretativa dentro de los estados y, al mismo tiempo, ha llevado a la “creación de derechos” como ocurrió en la sentencia dictada por la Corte IDH en el caso Lhaka Honhat contra Argentina, en la que afirmó que el medio ambiente sano, la alimentación, el agua y la participación en la vida cultural debían considerarse como nuevos derechos autónomos a partir de la interpretación del artículo 26 de la CADH (p. 416).

Este quinto y último capítulo del libro incluye también un breve estudio de la naturaleza, desarrollo histórico, puntos de debate y tratamiento

del MNA en el sistema interamericano, y deja ver su ambivalente utilidad que, en muchas ocasiones, puede traducirse en un uso subjetivo y nada exento de polémica (416-437 pp.). Asimismo, ahí se subraya la necesidad de revalorizar la democracia constitucional y ofrecer una deferencia al legislador dado el desacuerdo cultural que prevalecen una región tan diversa como la americana.

Las reflexiones finales del libro centran la atención en dos importantes ideas. La primera consiste en que la doctrina del control de convencionalidad ha hecho aportes positivos a la práctica del derecho internacional público, llama la atención sobre la importancia de las normas de la CADH y el quehacer interpretativo de la Corte IDH. La segunda radica en que se necesitan una mayor autocontención y un diálogo más auténtico para depurar esta doctrina que ya se aplica intensamente en América (pp. 456-462).

Para terminar, es importante mencionar que Tello Mendoza reconoce la valiosa labor de la Corte IDH y el peso específico de sus sentencias, por lo que de ninguna manera descalifica el arduo afán de ese tribunal. En realidad, su libro trasluce las áreas de oportunidad del control de convencionalidad y de su desbocada aplicación, por lo que la obra posee la vocación de fomentar el debate y de inspirar la autolimitación de la Corte IDH, en virtud de que esa forma de control constituye un potencial reservorio de arbitrariedad que suscita —o, mejor dicho, exagera— el activismo del único tribunal interamericano protector de los derechos humanos.

## REFERENCIAS

- Contreras, P. (2014). Control de convencionalidad, deferencia internacional y discreción nacional en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista Ius Et Praxis*, 20(2).
- García Roca, J. (2010). *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*. Cuadernos Cívitas-Instituto de Derecho Parlamentario-Thompson Reuters.
- Garduño Domínguez, G. (2019). La supremacía constitucional mexicana: reflexión sobre su significación y vigencia en el siglo XXI. En G. Garduño Domínguez et al., *La Constitución mexicana de 1917: estudios jurídicos, históricos y de derecho comparado a cien años de su promulgación*. Instituto de Investigaciones Jurídicas-Universidad Nacional Autónoma de México. <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/5145-la->

[constitucion-mexicana-de-1917-estudios-juridicos-historicos-y-de-derecho-comparado-a-cien-anos-de-su-promulgacion#163329](#)

Iglesias Vila, M. (2013). *Una doctrina del margen de apreciación estatal para el Convenio Europeo de Derechos Humanos: en busca de un equilibrio entre democracia y derechos en la esfera internacional*. [https://law.yale.edu/sites/default/files/documents/pdf/sela/SELA13\\_Iglesias\\_CV\\_Sp\\_20130314.pdf](https://law.yale.edu/sites/default/files/documents/pdf/sela/SELA13_Iglesias_CV_Sp_20130314.pdf)

Letsas, G. (2006). Two Concepts of the Margin of Appreciation. *Oxford Journal of Legal Studies*, 26(4).

Yourow, H. (1996). *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence*. Martinus Nijhoff Publishers.

