

# *Control de convencionalidad y diálogo jurisprudencial sobre la democracia. Teoría de la coherencia funcional\**

Asdrúbal Aguiar

*Abogado y Doctor en Derecho  
Ex Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos  
Profesor Titular (Catedrático) de Derecho internacional y  
Derechos humanos en la UCAB  
y en las Universidades argentinas del Salvador y de Buenos Aires  
Profesor Visitante del Miami Dade College  
Miembro de la Real Academia Hispanoamericana de Ciencias,  
Artes y Letras de España*

**Resumen:** *La democracia es el contexto necesario, en cuyo defecto mal puede predicarse el respeto y la garantía de los derechos humanos. Todo escrutinio sobre la violación de estos desde la perspectiva de la Convención Americana de Derechos Humanos reclama, así, de una premisa, a saber, la evaluación del marco político institucional dentro del que aquella haya ocurrido. De allí la probable agravación de los efectos que puedan colegirse al momento de ser declarada la responsabilidad internacional de alguno de los Estados parte por hechos internacionalmente ilícitos contrarios a la Convención. Es lo que puede denominarse el control democrático de convencionalidad y que han de ejercer en línea bidireccional sean los jueces nacionales como los de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el plano supranacional. Pero cabe, además, otro control, el de convencionalidad de la democracia cuando se relaciona la violación de los derechos reconocidos por la propia Convención y/o se fijan sus límites respectivos con iguales violaciones de los elementos esenciales y componentes fundamentales de la misma democracia, acudiéndose para ello a las previsiones de la Carta Democrática Interamericana e invocando el artículo 29 sobre las reglas para su interpretación.*

**Palabras Clave:** *Control de convencionalidad. Diálogo jurisprudencial. Democracia. Derechos Humanos. Convención Americana. Carta Democrática Interamericana. Reglas del control. Hermenéutica. Efecto útil. Agotamiento de recursos internos. Efecto útil. Pro Homine et Libertatis. Control democrático de convencionalidad. Control de convencionalidad y diálogo sobre la democracia. Balancing test. Teoría de la coherencia funcional.*

---

\* El texto original del presente artículo, luego revisado, ampliado y actualizado, contiene nuestra participación en las VII Jornadas Colombo Venezolanas de Justicia Constitucional, realizadas el 1 y 2 de marzo de 2016, celebradas en la Universidad Católica Andrés Bello, de Caracas, bajo los auspicios de la Fundación Konrad Adenauer. Sucesivamente sirvió de base para nuestras lecciones en el Diplomado Internacional en Derechos Humanos y Control de Convencionalidad, organizado por la Universidad Católica Santa María La Antigua, en ciudad de Panamá, durante los días 13 y 14, 20 y 21 de septiembre de 2019.

**Abstract:** *Democracy is the necessary context in whose absence the respect and guarantee of human rights can hardly be preached. All scrutiny of the violation of these from the perspective of the American Convention on Human Rights thus demands a premise, namely, the evaluation of the institutional political framework within which it has occurred. Hence the probable aggravation of the effects that may be inferred when the international responsibility of any of the States parties for internationally wrongful acts contrary to the Convention is declared. It is what can be called the democratic control of conventionality and that national judges such as those of the Inter-American Court of Human Rights at the supranational level must exercise in a bidirectional line. But there is also another control, that of the conventionality of democracy when the violation of the rights recognized by the Convention itself is related and / or its respective limits are set with the same violations of the essential elements and fundamental components of the same democracy, resorting to the provisions of the Inter-American Democratic Charter and invoking Article 29 on the rules for its interpretation.*

**Key words:** *Conventionality control. Jurisprudential dialogue. Democracy. Human rights. American Convention. Inter-American Democratic Charter. Control rules. Hermeneutics. Useful effect. Exhaustion of internal resources. Useful effect. Pro Homine et Libertatis. Democratic control of conventionality. Control of conventionality and dialogue on democracy. Balancing test. Functional coherence theory.*

## SUMARIO

### INTRODUCCIÓN

#### PRECISIONES CONCEPTUALES

#### CONTROL Y DIÁLOGO SOBRE LA DEMOCRACIA

#### TEORÍA DE LA COHERENCIA FUNCIONAL

## INTRODUCCIÓN

La cuestión del llamado control de convencionalidad, a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la que a su vez elaboran los tribunales constitucionales domésticos y del diálogo sostenido entre aquella y estos, como de las elaboraciones de la doctrina, revela un avance teórico y práctico encomiables. Ello es así más allá de que la situación de los derechos humanos y de la democracia en las Américas –en los planos de su respeto por los Estados y la tutela interamericana efectiva– no sea la más prometedora.

Su esbozo pionero lo hace el juez Sergio García Ramírez con el propósito de perfilar mejor, con sus debidos cuidados, la naturaleza del citado órgano jurisdiccional encargado de la protección regional internacional de derechos humanos. Lo hace así con vistas a que la misma Corte, al juzgar el comportamiento de los Estados parte a propósito de las violaciones de derechos humanos que le sean atribuidas, tenga conciencia de su papel y del contenido imperativo de la Convención Americana de Derechos Humanos que la crea; sea por hacer parte ésta del orden público internacional como por integrar, a su vez, el denominado bloque de la constitucionalidad en las jurisdicciones internas. Y como lo dice la misma Corte en repetidas oportunidades, ello en modo alguno la erige como cuarta instancia sobre la pirámide judicial de los Estados pues su jurisdicción es más compleja.

No por azar, la Corte ha dicho claramente que es consciente de que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin (Corte IDH, *Caso de Cabrera García y Montiel Flores*, Sentencia de 26 de noviembre de 2010, párr. 225)

La Corte no tutela así un sistema paralelo o meramente sobrepuesto al de los Estados o en competencia con los mismos, sino que, forjado sobre la soberanía concurrente de éstos ancla la normativa interamericana sobre derechos humanos en los principios del citado orden público para fisurar o modelar con sus postulados y al mismo tiempo tanto al orden internacional en su base contractualista clásica como a los ordenamientos internos de los propios Estados.

García Ramírez, en efecto, se propone lo que antes y en su momento también hacen la misma Corte y el hoy fallecido juez Rodolfo Piza Escalante al referirse al rol de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la que al igual la Corte es órgano competente para conocer del cumplimiento por los Estados de los términos de la Convención.

A propósito del *Caso de Viviana Gallardo* (Corte IDH, Decisión de 13 de noviembre de 1981, Voto, párr. 4) y al tratar sobre el derecho de toda persona de llevar un caso ante la Comisión, sea o no sea una víctima, indica Piza, salvando su voto y a la vez en criterio que acoge la Corte, que “este esquema es importante para comprender la estructura de la jurisdicción [interamericana] ... aun cuando lo haya sido [en su invocación] por la Comisión Interamericana, la cual nunca tiene el rol de parte sustancial, actora ni demandada, sino siempre la de parte *sui generis*, puramente procesal, auxiliar de la justicia, a la manera de un «ministerio público» del sistema” de protección de derechos humanos.

García Ramírez, en el *Caso de los Trabajadores cesados del Congreso peruano* (Corte IDH, Sentencia de 24 de noviembre de 2006, Voto, párr. 4), afirma que: “En otras ocasiones he cotejado la función de los tribunales internacionales de derechos humanos con la misión de las cortes constitucionales internas. Estas tienen a su cargo velar por el Estado de Derecho a través del juzgamiento sobre la subordinación de actos de autoridades a la ley suprema de la nación”.

Sin mengua de que en esas ocasiones no se le califica como tal a dicho instituto –control de convencionalidad– el mismo juez Piza, describiendo luego la actividad jurisdiccional de la Corte en la *Opinión Consultiva sobre la Constitución Política de Costa Rica*, observa que: “No ha de sustituirse a las autoridades nacionales competentes, con olvido del carácter subsidiario del mecanismo internacional de garantía colectiva instaurado por el Convenio. Las autoridades nacionales siguen siendo libres de elegir las medidas que estimen apropiadas en las materias regidas por el Convenio”. Y a renglón seguido agrega lo que importa, a saber, que “el control del Tribunal no se refiere sino a la conformidad de estas medidas con las exigencias del Convenio” (Corte IDH, OC-4/1984, párr. 10).

En uno u otro caso, lo importante a destacar reside en la precisión del pleno de la Corte en cuanto a que, el juez nacional, “al elegir las medidas” que refiere Piza ha de hacerlo ajustado al *corpus iuris interamericano*.

Se hace presente, ahora sí y en consecuencia, la cuestión del control de convencionalidad que han de realizar tanto la Corte sea en propiedad y a propósito de los casos contenciosos que conoce, sea de manera preventiva y como orientación al emanar sus opiniones consultivas<sup>1</sup> como los jueces nacionales y que, al no representar la actuación de dicha Corte una

---

<sup>1</sup> “El propósito central de la función consultiva es obtener una interpretación judicial sobre una o varias disposiciones de la Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. En este orden de ideas, las Opiniones Consultivas cumplen, en alguna medida, la función propia de un control de convencionalidad preventivo”. Corte IDH. Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (Interpretación y alcance del artículo 1.2, en relación con los artículos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46, y 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Hu-

corrección piramidal o de instancia sobre lo decidido en el plano doméstico por los Estados parte de la Convención, provoca, mejor aún, el llamado «diálogo jurisprudencial» entre jurisdicciones –la internacional o convencional, anclada en los tratados de derechos humanos, con las domésticas o constitucionales y viceversa– a objeto de lograr no sólo la plenitud de la propia Convención Americana sino una decisión que responda a lo que señala el artículo 29 de ésta sobre su interpretación, es decir, que

- 1) No sea limitativa de los derechos humanos, sino en la medida convencionalmente aceptada;
- 2) no sea excluyente de otros derechos que la Convención no contempla, pero sí la Constitución o leyes del respectivo Estado;
- (3) sea reconocedora de todo derecho que no estando contemplado normativamente pueda aceptarse conforme a los criterios de inherencia a lo humano, derivado de la democracia, o contemplado en las declaraciones internacionales sobre derechos humanos por entenderse como interpretaciones auténticas de la Convención.

El diálogo jurisprudencial, resultado de los controles de convencionalidad interamericano y nacionales, en efecto y por lo visto, representa un eslabón apropiado, una sede privilegiada para la resolución de los grandes problemas que plantean como desafíos el respeto a la dignidad humana y su prelación ontológica frente a lo normativo, la renovación de la experiencia democrática en medio de un ambiente de desencanto, y un régimen apropiado de garantías jurídicas susceptible de darle gobernabilidad a las fuerzas disolventes de lo social y de lo político-territorial que, con velocidad inusitada, pugnan en los espacios transnacionales y buscan relativizar al hombre y su existencia.

#### PRECISIONES CONCEPTUALES

Carlos Ayala Corao, quien estudia la cuestión a profundidad pone de relieve el significado teleológico del citado control y el diálogo que éste procura, afirma que su resultado es “un enriquecimiento mutuo en la construcción de soluciones equivalentes [entre distintas jurisdicciones] acordes a los principios del derecho democrático”. Lo que, al paso y como lo señala el autor, permite la forja y hace evidente “una nueva concepción democrática de la soberanía, que podemos denominar una *soberanía de los derechos*, la cual limita al poder de los Estados desde una doble fuente: la constitucional y la internacional, como objeto y propósito de proteger universalmente a la persona humana”.<sup>2</sup>

Se ha de tener presente, en tal orden, que “cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como integrantes del aparato u órganos del Estado también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos” (Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano*, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, párr. 124).

De modo que el control de convencionalidad, entonces, es la herramienta que concreta el cumplimiento por el Estado de sus obligaciones internacionales en el plano del Derecho interno. Como lo aclara Claudio Nash<sup>3</sup>, es la concreción de una garantía hermenéutica, es

---

manos, así como del artículo 8.1 A y B del Protocolo de San Salvador). Opinión Consultiva OC-22/16 de 26 de febrero de 2016. Párr. 26.

<sup>2</sup> Ayala Corao, Carlos, *Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, pp. 7 y 18.

<sup>3</sup> Corte IDH, Control de convencionalidad, Cuadernillo de Jurisprudencia N°7, San José de Costa Rica, 2019, p. 4.

decir, que los derechos humanos internacionalmente consagrados sean conformes en sus núcleos y alcances –amplio goce y límites restrictivos– con las obligaciones de respeto y garantía asumidas por cada Estado, según las previsiones de la Convención Americana y las interpretaciones auténticas que de estos realizan sus órganos de aplicación, la Comisión y la Corte Interamericanas.

a) *Reglas del control de convencionalidad y sus efectos*

No basta, por ende, que el Estado, al cumplir sus obligaciones de respeto y garantía adecuada, desaplique o expulse las leyes inconformes o dicte las necesarias, pues al cabo lo que importa es que sus órganos, dentro del marco de sus competencias, apliquen “las normas de origen interno de forma tal que sean compatibles con las obligaciones internacionales del Estado y le den efectividad a los derechos consagrados interna e internacionalmente”.<sup>4</sup>

Las reglas de la Corte, respecto de la obligación de cada Estado parte de “adecuar su derecho interno a la Convención, contenida en el artículo 2 de la misma” y que ha de cumplir de buena fe (*pacta sunt servanda*), garantizando que sus respectivas actuaciones tengan efectos reales (*effet utile*), señalan que se trata de “un principio básico del derecho sobre la responsabilidad internacional de los Estados” (Corte IDH, *Caso Herzog y otros Vs. Brasil*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 15 de marzo de 2018, párrs. 311 y 312).

A renglón seguido precisan que:

(a) No basta que el Estado inaplique una norma contraria a la obligación internacional asumida, sino que media “una obligación legislativa de suprimir toda norma violatoria a la Convención y, en segundo lugar, porque el criterio de las cortes internas puede cambiar, decidiéndose aplicar nuevamente una disposición que para el ordenamiento interno permanece vigente” (*Caso Almonacid*, cit., párr. 121). De modo que, sin más, el Estado ha de “dejar sin efecto disposiciones legales contrarias a la Convención” (Corte IDH, *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, Miembros y Activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile*, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 28 de noviembre de 2018. Párr. 64);

(b) ha de adecuar la legislación interna “dentro de un plazo razonable, [y] ... de conformidad con los parámetros establecidos en esta Sentencia” (Corte IDH, *Caso Mendoza y otros Vs. Argentina*, Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones, Sentencia de 14 de mayo de 2013, párr. 121);

(d) y cuando no se hace necesaria la modificación legislativa para la adecuación a las obligaciones internacionales, ha de interpretar el Estado sus propias normas de modo coherente con “los principios establecidos por la jurisprudencia del tribunal” (Corte IDH, *Caso Colindres Schonenberg Vs. El Salvador*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 4 de febrero de 2019, párr. 130) y según la Convención (eficacia interpretativa):

“Es necesario que la aplicación de las normas o su interpretación, en tanto prácticas jurisdiccionales y manifestación del orden público estatal, se encuentren ajustadas al mismo fin que persigue el artículo 2 de la Convención” (Corte IDH, *Caso Radilla Pacheco vs. México*, Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Párr., 338).

Advierte la Corte, en subsidio,

---

<sup>4</sup> *Loc.cit.*

“la relevancia de la debida interpretación de la legislación y aplicación del control de convencionalidad, a la luz de la jurisprudencia de la Corte y estándares internacionales aplicables” (Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros Vs. Honduras*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de octubre de 2015. Párr. 211).

La Convención, una vez integrada al bloque de la constitucionalidad por sus Estados parte<sup>5</sup> es un estatuto que rige las obligaciones de éstos en el campo de los derechos humanos de las personas sujetas a su jurisdicción. Su violación, por ende, de no producirse el debido y oportuno restablecimiento del orden convencional vulnerado, ni otorgarse, cuando proceden, las reparaciones a las víctimas por comportamiento imputables a los Estados, éstos comprometen su responsabilidad internacional por hechos internacionalmente ilícitos, conforme al artículo 63,1 en concordancia con los artículos 1 y 2 *ejusdem* que fijan –los últimos– las obligaciones de respeto y de garantía de los derechos humanos reconocidos.

[C]onforme al derecho internacional, cuando un Estado es parte de un tratado internacional, como la Convención Americana, dicho tratado obliga a todos sus órganos, incluidos los poderes judicial y legislativo por lo que la violación por parte de alguno de dichos órganos genera responsabilidad internacional para aquel”, recuerda la Corte, antes de agregar, por consiguiente, que:

“estima de necesario que los diversos órganos del Estado realicen el correspondiente control de convencionalidad, también sobre la base de lo que señale en ejercicio de su competencia no contenciosa o consultiva, la que innegablemente comparte con su competencia contenciosa, el propósito del sistema interamericano de derechos humanos, cual es, la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos (Corte IDH. *La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el Sistema Interamericano de Protección (interpretación y alcance de los artículos 5, 22.7 y 22.8, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*”. Opinión Consultiva OC-25/18 de 30 de mayo de 2018. Párr. 58).

Es consciente, por lo antes dicho, que todos a uno, los Estados parte de la Convención quedan atados en el ejercicio de sus competencias dispuestas por el Derecho interno al cumplimiento de las obligaciones que la misma establece y al efecto hace “primar [dicho] control de convencionalidad, que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no solo del Poder Judicial” (Corte IDH, *Caso Gelman*, Sentencia de 24 de febrero de 2011, párr. 239). De suyo, no impone un modelo de control específico, concentrado o difuso, judicial, legislativo o ejecutivo, sino que reclama de su existencia, la del control de convencionalidad, al recordar, v.gr. que: “si bien... reconoce la importancia de estos órganos como protectores de los mandatos constitucionales y los derechos fundamentales [se refiere a los Tribunales Constitucionales], la Convención Americana no impone un modelo específico para realizar un control de constitucionalidad y convencionalidad. En este sentido, la Corte recuerda que la obligación de ejercer un control de convencionalidad entre las normas internas y la Convención Americana compete a todos los órganos del Estado, incluidos sus jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles” (Corte IDH, *Caso Liakat Ali Alibux Vs. Surinam*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 30 de enero de 2014, párr. 124).

Las obligaciones internacionales de los Estados en materia de derechos humanos han de entenderse, en suma, en su fuerza prescriptiva o normativa y no como programas o aspiraciones. Por lo mismo, receptadas como sean tales obligaciones dentro del ordenamiento jurídico interno, quien ejerce el control de constitucionalidad –declara la conformidad de las normas y

<sup>5</sup> Ayala, *op.cit.*, 90.

acaso las adecua en su interpretación o las expulsa por inconstitucionales— ha de cumplimentar a la vez o a renglón seguido el debido control de convencionalidad (Corte IDH, *Caso Boyce y otros vs. Barbados*, Sentencia de 20 de noviembre de 2007, párrs. 77 y 78).

“En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones” (Corte IDH, *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 24 de noviembre de 2006, párr. 128). “Es necesario, que las interpretaciones constitucionales y legislativas... se adecúen a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal”, sostiene la misma Corte Interamericana de un modo preciso (*Caso Radilla Pacheco*, cit., párrs. 114 y 115).

#### b) *La tarea hermenéutica*

En su tarea hermenéutica y de adecuación del derecho interno al derecho internacional de derechos humanos, a través del control de convencionalidad, los órganos del Estado competentes han de ser conscientes de lo advertido por la Corte, en cuanto a que “varios tribunales nacionales de la más alta jerarquía han entendido que la jurisprudencia internacional es fuente de derecho, si bien con distintos alcances, y han utilizado los *obiter dicta* y/o las *ratio decidendi* de dicha jurisprudencia para fundamentar o guiar sus decisiones e interpretaciones” (*Caso Gelman*, cit., párr. 86). La prevención no es ociosa, por cuanto si bien es cierto que la jurisprudencia que resulta de la función contenciosa de la Corte obliga de manera directa y estricta a los Estados parte llamados a estrados, evadir su doctrina otro Estado parte que ha de aplicar la Convención alegando no sentirse vinculado por la misma, le expone a un comportamiento que puede ser constitutivo de su responsabilidad internacional por hecho internacionalmente ilícito.

Ha declarado la Corte, ante hipótesis como la señalada, que si bien “el Estado ha reconocido ante esta instancia internacional que una interpretación diferente de la figura de la prescripción en acciones civiles de reparación en casos de crímenes de lesa humanidad constituye una violación de derechos reconocidos en la Convención... [1]a consecuencia necesaria de la posición del Estado es que interpretaciones judiciales actuales o futuras inconsecuentes con ese criterio serían contrarias a la Convención y, por ende, comprometerían la responsabilidad del Estado” (Corte IDH. *Caso Órdenes Guerra y otros Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2018. Párr. 133).

Es conteste la misma en cuanto a que en la aplicación que hacen los jueces nacionales de las normas de la Convención Americana, ellos las interpretan o adecuan a concretos supuestos de hecho guiándose por la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Se trata de un camino que se recorre en doble vía, de manera dinámica y bajo el criterio de la subsidiariedad, según lo describe la Corte Interamericana con amplitud y lo destaca Ayala Corao:

“[E]n el sistema interamericano, existe un control dinámico y complementario de las obligaciones convencionales de los Estados de respetar y garantizar los derechos humanos, conjuntamente entre las autoridades internas (primariamente obligadas) y las instancias internacionales (en forma complementaria), de modo que los criterios de decisión, y los mecanismos de protección, tanto los nacionales como los internacionales, puedan ser conformados y adecuados entre sí. Así, la jurisprudencia de la Corte muestra casos en que se retoman decisiones de tribunales internos para fundamentar y conceptualizar la violación de la Convención en el caso específico; en otros casos se ha reconocido que, en forma concordante con las obligaciones internacionales, los órganos, instancias o tribunales internos han adoptado medidas ade-

cuadas para remediar la situación que dio origen al caso; ya han resuelto la violación alegada; han dispuesto reparaciones razonables, o han ejercido un adecuado control de convencionalidad. En este sentido, la Corte ha señalado que la responsabilidad estatal bajo la Convención solo puede ser exigida a nivel internacional después de que el Estado haya tenido la oportunidad de reconocer, en su caso, una violación de un derecho, y de reparar por sus propios medios los daños ocasionados” (*Caso Colindres Schonenberg*, cit., párr. 75).

Finalmente, el modelo del juicio de convencionalidad como *baremo de compatibilidad y de cumplimiento* por cada Estado parte y por su iniciativa, responde a claros principios que se desprenden del Derecho internacional y enuncia la propia Corte:

“Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de *ejercer ex officio* un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en *el marco de sus respectivas competencias* y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia *deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana*, intérprete última de la Convención Americana” (Corte IDH, *Caso López Lone y otros Vs. Honduras*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 5 de octubre de 2015, párr. 307; Corte IDH, *Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros Vs. Honduras*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 8 de octubre de 2015, párr. 346; Corte IDH, *Caso Órdenes Guerra y otros Vs. Chile*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 29 de noviembre de 2018, párr. 135).

Ayala Corao, innovando, analiza luego dicha cuestión del control de convencionalidad desde la perspectiva de su fruto, es decir, del mencionado diálogo jurisprudencial que, como experiencia es el relevante para el propósito que interesa y es susceptible de provocar la relación de la jurisdicción interamericana con los jueces nacionales en el campo de los derechos humanos y de la democracia como su odre, propiciando sus revalorizaciones.

Ello implica para cada juez la posibilidad de transitar – lo recuerda Ayala – por el camino de distintas técnicas, como: “la interpretación conforme, la interpretación vinculante, la interpretación orientadora, la norma interpretada, la cosa juzgada internacional, la interpretación vinculante y el bloque de la constitucionalidad”.<sup>6</sup> Y agrega, para sintetizar lo conceptual y luego de referirse a los fundamentos jurídicos y la naturaleza del control de convencionalidad como al contenido de los artículos 1 y 2 de la Convención Americana, que:

“El control de convencionalidad consiste entonces en una obligación que corresponde a todos los órganos del poder público del Estado, tanto a nivel nacional como en sus niveles inferiores de distribución político territorial (estados, provincias, regiones, municipios u otros), con independencia de la responsabilidad internacional del Estado nacional”, según el tenor del artículo 28 *ejusdem*. Y “de allí que todos los actos y actividades del Estado estén sometidos a este control, comenzando con la propia Constitución y las leyes, los actos administrativos, las sentencias y en general, todos los demás actos estatales”.<sup>7</sup>

### c) *La bidireccionalidad del diálogo, supuesto del agotamiento de los recursos internos*

Esa tarea del control de convencionalidad, según el acertado criterio del autor, no se detiene en las paredes de la oficina de cada juez o que, acaso, pueda ser de interés para fines jurídicos comparatistas. El diálogo entre jurisdicciones que se suscita como “control de la arbitrariedad judicial” supone una exigente labor consciente y de razonamiento que –al anclar las normas y la doctrina internacionales dentro de los espacios constitucionales domésticos– busca influenciar, en reciprocidad y bidireccionalidad, el accionar de las otras jurisdicciones;

<sup>6</sup> Ayala, *op.cit.*, p. 114.

<sup>7</sup> *Ídem*, p. 119.

ello, con vistas a una progresiva homologación de las distintas jurisprudencias.<sup>8</sup> Se trata, por referirse a un control sobre el cumplimiento de obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, de una cuestión muy sensible, quizás la vertebral, dentro de la experiencia democrática; lo que no la hace ajena a las mismas tensiones y conflictos propios de la democracia. Por ende, de hace pertinente, dado el caso, la preocupación que la misma Corte Interamericana hace presente en uno de sus fallos y a cuyo tenor “resulta preocupante la intimidación y presión que podrían enfrentar los operadores de justicia que, desde sus respectivas competencias, pretendan efectuar un control de convencionalidad” (Corte IDH, *Caso Miembros de la Aldea Chichupac y comunidades vecinas del Municipio de Rabinal, Caso Molina Theissen y otros 12 Casos Guatemaltecos Vs. Guatemala*, Medidas Provisionales y Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 12 de marzo de 2019, párr. 45).

El diálogo jurisprudencial que provoca el control de convencionalidad y se plantea entre los órganos principales de la Convención Americana y los Estados parte, ocurre por vía de un desdoblamiento funcional y de modo particular con los jueces nacionales, obligados estos a la realización de los términos de aquella en lo atinente a la tutela judicial efectiva que cristaliza como derecho el artículo 25 (Protección Judicial) convencional; pero hace posible también, a fin de cuentas, la igual realización del principio de agotamiento de los recursos internos del Estado como condición para que tenga lugar la actuación de los órganos de la señalada Convención, poniendo en marcha el estatuto sobre la responsabilidad internacional de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos.

Hoy, favorecido ese diálogo por las facilidades del mundo digital y los reclamos por una mejor calidad en las democracias y la democratización de los espacios globales, al término se espera que ocurra una convergencia progresiva, escalonada, y multidireccional, de similar ida y de vuelta entre las jurisdicciones varias a que dé lugar la forja progresiva de un derecho común universal, anclado en la ética de la persona humana. Su fundamento, lo precisa Ayala, ha de ser entonces la misma democracia, sus valores, a saber, los que se desprenden de “los atributos esenciales de la dignidad de la persona humana”.<sup>9</sup>

#### CONTROL Y DIÁLOGO SOBRE LA DEMOCRACIA

En mi libro sobre *Calidad de la democracia y expansión de los derechos humanos*, re-fiero que más allá del accionar político que sigue en pie para el sostenimiento de la libertad, la vigencia del estado de Derecho, y la garantía de los derechos fundamentales de la persona humana, el verdadero desafío o reclamo actual y que parece avanzar es el de la reinención de la democracia; como si se tratase, incluso, de algo inédito –especie de utopía– para las generaciones del presente y con vistas al porvenir.

Dado ello me pregunto y he preguntado si ¿se trata, acaso, de una apuesta o, mejor un planteamiento que, de entrada, no descarta, sino que obliga a poner sobre la mesa de la crítica abierta al dogma de las formas y contenidos de la democracia tal y como se las entiende a lo largo de la modernidad y pide verificar sus consistencias con las realidades distintas, sobrevenidas, que muestra el siglo en curso y son propias a lo inevitable?<sup>10</sup>

<sup>8</sup> *Ibid.*, p. 23.

<sup>9</sup> *Ib.*, p. 219.

<sup>10</sup> Aguiar, Asdrúbal, *Calidad de la democracia y expansión de los derechos humanos*, Miami, Miami Dade College / Editorial Jurídica Venezolana International, 2018, p. 21.

No dudo en señalar que a través del diálogo jurisprudencial que auspicia el control de convencionalidad, cuando menos a la luz de la Convención Americana y, por aplicación de esta, los términos de la Carta Democrática Interamericana, guiada la actividad judicial por el principio de la progresividad acaso puedan encontrarse las respuestas necesarias en jurisprudencia que ya se nos muestra en escorzo.

Dos vías particulares y a la vez estrechamente vinculadas son susceptibles de hacer caminos y realizar el propósito anterior: una es el control de convencionalidad de la democracia y, la otra, el control de convencionalidad democrática.

a) *Control de convencionalidad de la democracia*

Destaca como novedad la aplicación que de los términos de la Carta Democrática Interamericana viene haciendo la Corte Interamericana en virtud de distintos casos sometidos a su conocimiento y a objeto de darle contenido al ordinal d) del artículo 29 de la Convención, a cuyo tenor “Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: ... excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales –a la sazón la Carta Democrática Interamericana– de la misma naturaleza”.

La Declaración de Santiago de Chile, adoptada por la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores de la OEA, en la misma oportunidad en que nace la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y tiene como su primer presidente al eximio escritor y exmandatario venezolano Rómulo Gallegos, define una pauta sustantiva sobre la democracia que debe considerarse doctrina pionera en el hemisferio occidental y ha de ser ponderada por los operadores jurídicos.

La democracia, como sistema o régimen y como derecho que cabe a los gobiernos asegurarlos, se entiende, tal y como reza la Declaración, como sujeción a la ley mediante la independencia de los poderes y la fiscalización de los actos del gobierno por órganos jurisdiccionales del Estado; surgimiento de los gobiernos mediante elecciones libres; incompatibilidad con el ejercicio de la democracia o el ejercicio del poder sin plazo determinado o con manifiesto propósito de perpetuación; deber de los gobiernos de sostener un régimen de libertad individual y justicia social fundado en el respeto a los derechos humanos; protección judicial eficaz de los derechos humanos; contrariedad con el orden democrático de la proscripción política y sistemática; ejercicio de la libertad de prensa, información y expresión en tanto que condición esencial para la existencia del mismo sistema democrático; en fin, desarrollo de estructuras económicas que aseguren condiciones justas y humanas de vida para los pueblos.

En tal orden, progresivamente se forja en las Américas un verdadero modelo jurídico de seguridad colectiva de la democracia –primero de orden jurisdiccional y en adición de carácter político y diplomático, ajeno a la fuerza o, mejor aún, fundado en la fuerza del Derecho, garantista de los derechos de la persona humana– que encuentra sus manifestaciones más actuales en la Convención Americana de Derechos Humanos y en la Carta Democrática Interamericana (2001).

Aquella, de modo preciso señala en su Preámbulo que los derechos humanos valen y tienen entidad más allá de los Estados parte y sus gobiernos y que su respeto y garantía sólo es posible dentro del cuadro de las instituciones democráticas. Y en sus artículos 29.c y 32.2 dispone que los derechos humanos han de interpretarse –para determinar sus núcleos péticos y posibles límites o deberes– a la luz de lo que es inherente a la forma democrática representativa de gobierno y conforme a las justas exigencias del bien común en una democracia.

De acuerdo a sus disposiciones convencionales y mediante el asentimiento soberano de los Estados parte en la Convención, éstos, al efecto, le confían a los órganos convencionales

de interpretación y aplicación –la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos– la competencia de velar, subsidiariamente, por el derecho a la democracia –léase, *in totus*, el derecho a los derechos humanos y sus garantías– una vez como es vulnerado por los propios órganos de los Estados o cuando éstos se muestran incapaces de proveer a su adecuada tutela, declarándolos al efecto internacionalmente responsables por hechos internacionalmente ilícitos.

La Carta Democrática Interamericana, adoptada como resolución y mediante consenso por los Estados miembros de la OEA, preterida por los gobiernos quienes ahora la incumplen o la desconocen, pero que la usan para sancionar a sus “enemigos ideológicos”, es la obra de una larga maduración sobre los predicados de la misma democracia según el entendimiento que de ella tienen la doctrina política y judicial regional más autorizadas. Se trata, como lo precisan las reglas del Derecho y la jurisprudencia internacionales constantes<sup>11</sup>, de un instrumento jurídicamente vinculante por ser interpretación auténtica sea de la Carta de la misma OEA o Pacto de Bogotá, sea de la citada Convención Americana.

La Carta Democrática, no muy distante del ideal democrático que prende durante la empresa constitucional pionera y de emancipación americanas, mirándose en su precedente –la citada Declaración de Santiago– discierne entre la democracia de origen, atada a elementos esenciales, y la democracia de ejercicio, que predica la efectividad de su ejercicio y como derecho humano de las personas y los pueblos. Por lo demás, encomienda a los órganos políticos de la OEA: su Asamblea General, el Consejo Permanente, y/o el Secretario General, el despliegue de acciones de intensidad diversa y creciente –dentro de las que predominan las gestiones diplomáticas y los buenos oficios– hasta alcanzar sea el fortalecimiento y preservación de la democracia, sea su normalización institucional, o bien su restablecimiento en los Estados donde se haya visto vulnerada.

Es un dato de la realidad que, a lo largo de la última década del siglo pasado y las casi dos décadas del corriente, la democracia vive otra crisis profunda como lo he mencionado y parece reclamar de otras “normas institucionales y constitucionales” propias a la globalización<sup>12</sup>, pero esta vez, según algunos, dentro de la misma democracia y, según otros, fuera de ella, manipulando sus formas o vaciándolas de contenido.

No por azar, el citado ex presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y jurista mexicano, Sergio García Ramírez, en sus aportes postreros a la doctrina del Alto Tribunal de las Américas previene sobre lo que observa preocupado y a la espera de que lleguen a consolidarse pronto los paradigmas constitucionales y democráticos del porvenir. Habla sobre las nuevas formas de autoritarismo presentes en la región y al efecto dice que “para favorecer sus excesos, las tiranías clásicas que abrumaron a muchos países de nuestro hemisferio invocaron motivos de seguridad nacional, soberanía, paz pública. Con ese razonamiento escribieron su capítulo en la historia... Otras formas de autoritarismo, más de esta hora, invocan la seguridad pública, la lucha contra la delincuencia (o la pobreza, cabe añadirlo), para imponer restricciones a los derechos y justificar el menoscabo de la libertad. Con un discurso sesgado, atribuyen la inseguridad a las garantías constitucionales y, en suma, al propio Estado de Derecho, a la democracia y a la libertad” (Corte IDH, *Caso Escher y otros*, Sentencia de 6 de julio de 2009, Voto, párr.13), concluye.

---

<sup>11</sup> Véase, Aguiar, Asdrúbal, *Digesto de la democracia (Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 1987-2014)*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2014.

<sup>12</sup> Ferrajoli, Luigi, *Razones jurídicas del pacifismo*, Madrid, Editorial Trotta, 2004, pp. 93-94; *idem*, *Principia iuris: Teoría del Derecho y de la democracia*, vol. 2: *Teoría de la democracia*, Editorial Trotta, 2011.

Pues bien, a partir de 2008 hasta el presente, en ejercicio de su control de convencionalidad y atendiendo a la democracia y sus instituciones, en casos emblemáticos –Corte IDH, *Anzualdo Castro* (Sentencia de 22 de septiembre de 2009), *Manuel Cepeda Vargas* (Sentencia de 26 de mayo de 2010), y *Gelman* (Sentencia de 24 de febrero de 2011)– el criterio de los jueces se expresa alrededor de los derechos propios al juego democrático que no pueden enervar los Estados parte ni sus correspondientes órganos de Justicia, citando al efecto que ante los derechos políticos, la libertad de expresión y el derecho de asociación, se “hace necesario analizarlos en su conjunto”; acerca del límite de las mayorías en la democracia arguye lo esencial, a saber que “la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de las mayorías, es decir, a la esfera de lo «susceptible de ser decidido» por parte de las mayorías en instancias democráticas”; sobre las nuevas formas de autoritarismo y el sobreviniente “derecho penal del enemigo”, a lo ya dicho supra por el juez García Ramírez añade que el último –de espaldas a la democracia– se viene construyendo “para sancionar, con disposiciones especiales, a los adversarios”; y analizando el rol de la oposición democrática, precisa la Corte que sin ella “no es posible el logro de acuerdos que atiendan a las diferentes visiones que prevalecen en una sociedad” libre y por ende “debe ser garantizada por los Estados”.

El principio democrático de la división de poderes, en lo particular el de la independencia de la judicatura, son abordados por la Corte a partir de 1997 a fin de situarles, al primero, como característica del Estado democrático, y al segundo, como uno de los objetivos de la referida separación o especialización en las funciones del Estado y como garantía que beneficia a la persona humana y sus derechos. Seguidamente, ajusta lo esencial en cuanto al último, a saber, que “el ejercicio autónomo [de los jueces, como parte del derecho al debido proceso] debe ser garantizado por el Estado, sea en su faceta institucional, esto es, en relación con el Poder Judicial como sistema, sea en conexión con su vertiente individual, cabe decir, con relación a la persona del juez”, como lo prescribe en el *Caso Reverón Trujillo* (Corte IDH, Sentencia de 30 de junio de 2009, párr. 67).

Empero, nos interesa subrayar, más allá de lo indicado, que en paralelo a la conducta omisiva de los órganos políticos de la OEA y la prosternación que los gobiernos de los Estados parte en la Convención hacen de la Carta Democrática Interamericana –invocándola retóricamente y declarándola incluso ineficaz o acaso inútil arguyéndose casi siempre el principio de la No intervención– lo cierto es que, en sede jurisdiccional, a partir de los recientes *Casos de la Corte Suprema de Justicia y del Tribunal Constitucional vs. Ecuador* (Corte IDH, Sentencias de 23 de agosto de 2013 y 28 de agosto de 2013, respectivamente), avanza la Corte a profundidad sobre la cuestión democrática y su control de convencionalidad, apelando normativamente a la Carta mencionada.

Señala textualmente, ante “el cese masivo de jueces, particularmente de Altas Cortes” que “constituye no solo “un atentado contra la independencia judicial sino también contra el orden democrático”, provocando su “desestabilización” (*Tribunal Constitucional, cit.*, párrs. 170 y 178); a cuyo efecto, de modo innovador le da carácter operativo y vinculante a la Carta Democrática. Entiende, por lo mismo, que ha lugar a una “violación multi frontal” de la Convención Americana, sea a las normas que consagran derechos, sea al contexto democrático que las encierra, tal y como lo precisa el voto concurrente del juez Eduardo Ferrer McGregor P. (*Ídem, Voto*, párr. 68).

La enseñanza no se hace esperar. Al tratarse del control de convencionalidad que ejercen los jueces nacionales, parece llegada la hora de que al balancear la aplicación de sus leyes y hacer valer los contenidos de la Convención Americana por virtud de la misma y en los supuestos en que proceda, asuman la obligación de invocar, interpretar y aplicar con criterio de progresividad las normas de la Carta Democrática, por fundada en el emergente derecho

humano a la democracia; de proveer a su desarrollo doctrinario por vía del mismo diálogo jurisprudencial, y de constatar su eventual violación por los demás órganos del Estado sobre cuyos actos o comportamientos se pronuncien, a tenor de lo dispuesto en el literal d), artículo 29: “Ninguna disposición en la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: ... excluir o limitar el efecto que puedan producir... otros actos internacionales de la misma naturaleza [que la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre]. Es lo que cabe describir, apropiadamente, como el control de convencionalidad de la democracia.

No por azar, el antes citado juez afirma en el *Caso de Cabrera García y Montiel Flores* (*cit.*, párr. 88), que: “En definitiva, la trascendencia de la nueva doctrina sobre el “control difuso de convencionalidad” es de tal magnitud, que probablemente en ella descansa el futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y, a su vez, contribuirá al desarrollo constitucional y democrático de los Estados nacionales de la región. La construcción de un auténtico “diálogo jurisprudencial” –entre los jueces nacionales y los interamericanos–, seguramente se convertirá en el nuevo referente jurisdiccional para la efectividad de los derechos humanos en el siglo XXI. Ahí descansa el porvenir: en un punto de convergencia en materia de derechos humanos para establecer un auténtico *ius constitutionale commune* en las Américas”.

#### b) *Control democrático de convencionalidad*

En el mismo sentido, como reverso, sin incurrir en una perogrullada adquiere pertinencia institucional el control democrático de convencionalidad, sea por la Corte, sea por los jueces nacionales, como una suerte de mandato que se deriva de la misma Convención y, aquí sí, en forma directa.

La cuestión la plantea, por vez primera, el Juez De Rouaix Rengifo, en 1999, dentro del *Caso Castillo Petrucci* (Corte IDH, Sentencia de 30 de mayo de 1999, Voto), al destacar que “el tema de la vinculación de la protección de los derechos humanos a un contexto político e institucional democrático tendría... que ser objeto de desarrollo jurisprudencial antes de que pudieran emitirse condenas específicas de violación de la Convención Americana”.

Para ello se funda en las citadas previsiones convencionales que atan a toda la Convención desde su Preámbulo, fijan el marco para su interpretación, y marcan el contenido y límite de los derechos humanos reconocidos y mudados en deberes, remitiendo a las justas exigencias de la democracia.

A partir de allí, tema que apenas señalo de pasadas en estas páginas, he afirmado el carácter transversal del derecho humano a la democracia –identificado por la doctrina como parte de los que integran las nuevas generaciones de derechos– e integrador del plexo de todos los derechos que los Estados se obligan a respetar y garantizar convencionalmente a fin de asegurar el principio de la dignidad humana.

Textualmente, tanto en mi discurso de ingreso a la Academia de Buenos Aires en 2007<sup>13</sup> como en mi libro citado a pie de página sobre *El derecho a la democracia* (2008), afirmo que “la democracia, desde su dimensión normativa internacional tamiza –como hermenéutica– las competencias constitucionales y organizativas de los Estados y de sus gobiernos. Empero, más allá de expresarse como modelo formal del gobierno representativo, según la Carta De-

<sup>13</sup> Aguiar, Asdrúbal, *El derecho a la democracia en la jurisprudencia interamericana*. Buenos Aires, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, *La Ley*, 2007 (Luego inserto en los Anales, Año LI, Segunda Época, Número 44, 2006); *idem*, *El derecho a la democracia*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2008.

mocrática Interamericana y las líneas jurisprudenciales de la Corte Interamericana, es ahora y en lo adelante, conceptualmente, un verdadero derecho humano transversal: derecho humano de base que determina el contexto en defecto del cual los mismos derechos humanos carecen de sentido o lo pierden [o ven vaciados sus núcleos pétreos]; y ajusta determinándolo, por ende, el sentido último de la organización constitucional y del funcionamiento mismo de la democracia como garantías de éstos”.

Este asunto o cuestión que hoy interpela, a modo de conclusión, no es sólo el deber que invoca De Rouaix por parte de quienes tienen la obligación de realizar el control de convencionalidad, sea en el ámbito interamericano, sea en el doméstico, sino la significación que tiene dicho ejercicio de constatación fáctica y hermenéutica por sus consecuencias directas, según lo dicho. Ello es así tanto para el desarrollo de una doctrina más actual sobre la cuestión de la tríada Democracia/Estado de Derecho/ Derechos Humanos, como en el ámbito específico de la responsabilidad de los Estados y la comunidad internacional en su conjunto.

Como lo sabemos, el artículo 63 de la Convención dispone que: “Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte –léase también el juez nacional– dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados”. En la práctica demanda esto no sólo la restitución formal del derecho enervado por parte del Estado concernido, sino, a la luz de la reflexión anterior, la creación por éste y como exigencia de la comunidad internacional de un contexto democrático e institucional apropiado que haga posible tal restitución por ser el reflejo de la dignidad humana vulnerada.

Además, como la norma convencional mencionada, de seguidas prevé que ha de disponerse “asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”, viene de suyo que tales consecuencias e indemnizaciones pueden agravarse si las violaciones constatadas son la obra de los comportamientos claramente antidemocráticos del Estado parte, entre otros, a manera de ejemplo, de violaciones sistemáticas o generalizadas de derechos humanos como política oficial. Lo que de suyo no significa, en modo alguno que constatada la aparente solidez democrática de un Estado pueda colegirse que, por lo mismo y sin más se le ha de presumir como que respeta y garantiza los derechos humanos. La Corte Interamericana aclara, por ende, que tales parámetros –democracia, derechos humanos, estado de derecho– se retroalimentan, incluso como límites al poder de las mayorías en la democracia:

“La sola existencia de un régimen democrático no garantiza, per se, el permanente respeto del Derecho Internacional, incluyendo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo cual ha sido así considerado incluso por la propia Carta Democrática Interamericana. La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo “susceptible de ser decidido” por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un “control de convencionalidad” [...], que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial. En este sentido, la Suprema Corte de Justicia ha ejercido, en el *Caso Nibia Sabalsagaray Curutchet*, un adecuado control de convencionalidad respecto de la Ley de Caducidad, al establecer, inter alia, que “el límite de la decisión de la mayoría reside, esencialmente, en dos cosas: la tutela de los derechos fundamentales (los primeros, entre todos, son el derecho a la vida y a la libertad personal, y no hay voluntad de la mayoría, ni interés general ni bien común o público en aras de los cuales puedan ser sacrificados) y la sujeción de los poderes públicos a la ley”[...]” (*Caso Gelman*, cit., párr. 239)

Concluyo este apartado, entonces, haciendo presente una consideración de Whitehead que comparto a cabalidad y sirve para el ejercicio del control judicial en materia de derechos humanos:

“La democratización debe entenderse como un proceso de final abierto. La democracia es «esencialmente discutible» no sólo porque nuestros valores puedan diferir, o porque nuestros conceptos políticos puedan carecer de validación lógica o empírica final, sino también porque nuestra cognición política es en sí misma crítica y reflexiva”.<sup>14</sup>

García Ramírez nos recuerda, en suma, que “conviene redefinir el quehacer de los Estados en esta hora, que es tiempo de tensiones; redefinir para progresar, no para regresar. Cabría reflexionar sobre su estrategia en el proceso, si se conviene en que el gran propósito del Estado democrático es la protección de los derechos humanos” (Corte IDH, *Opinión Consultiva OC-20/2009*, Voto, párr. 74), finaliza.

### TEORÍA DE LA COHERENCIA FUNCIONAL

Si damos cuenta de la actual estructura funcional del sistema internacional en el ámbito de los derechos humanos, la Convención Americana –de la misma forma en que se lo plantea el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional– apela al criterio de la subsidiariedad de la jurisdicción internacional de derechos humanos con relación a los ordenamientos nacionales; de donde la retroalimentación en doble vía que sugiere el diálogo jurisprudencial entre jurisdicciones tiene un límite, a saber, el adecuado cumplimiento o no por el Estado parte de sus obligaciones convencionales y su valoración a la luz del principio *pro homine et libertatis*.

Cabe observar, a todo evento, que al afirmarse la primacía de los tratados de derechos humanos o al hablarse, mejor aún, de “la intersección del derecho nacional y el derecho internacional de los derechos humanos” y de “una articulación de tal binomio de fuentes mediante su retroalimentación y complementariedad”, una lectura apresurada de esos términos, así como los refiere Víctor Bazán<sup>15</sup>, podría sugerir equivocadamente una suerte de resurrección, para los fines del diálogo jurisprudencial en cuestión, de las viejas tesis dualistas que demandan la coordinación o concertación entre ambas esferas del Derecho a objeto de hacerlas eficaces y haciendo privar a todo evento la actividad jurídica nacional, como punto de anclaje y de devolución del Derecho internacional.

Y si nos seguimos por lo que también plantea la Corte Interamericana al referirse al diálogo jurisprudencial, en cuanto al deber por parte del juez nacional de realizar los términos de la Convención a la luz del citado “corpus iuris” y de las interpretaciones auténticas que hace la primera –como lo confirma ella en el *Caso Almonacid Arellano* (cit. supra)– puede reducirse el planteamiento a la mera reafirmación de la tesis monista con primacía del Derecho internacional sobre el Derecho interno de los Estados<sup>16</sup>, tal y como lo confirma la misma Corte: “La afirmación anterior no implica que los sistemas de enjuiciamiento penal por jurados queden al arbitrio del diseño estatal o que la legislación interna tenga preeminencia sobre

<sup>14</sup> Whitehead, Laurence, *Democratización, teoría y experiencia*, FCE, México, 2011, p. 35, apud. Aguiar, *Calidad de la democracia ...*, op. cit., p. 220.

<sup>15</sup> Bazán, Víctor y Nash, Claudio (Editores), *Justicia constitucional y derechos fundamentales: El control de convencionalidad*, KAS/Universidad de Chile, Santiago de Chile, 2011, p. 19.

<sup>16</sup> “El poder judicial debe ejercer una especie de «control de convencionalidad» entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”, reza el fallo citado (Parr.124).

los requerimientos convencionales, sino que el diseño de los ordenamientos procesales debe responder a los postulados de garantía que exige la Convención Americana” (Corte IDH. *Caso V.R.P., V.P.C. y otros Vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 8 de marzo de 2018, párr. 225); lo que al cabo también desfigura el sentido funcional y teleológico del citado diálogo jurisprudencial con vistas a lo esencial: ganar la batalla de los derechos humanos –como lo plantea García Ramírez– “en el ámbito interno, del que es coadyuvante o complemento, no sustituto, el internacional”.<sup>17</sup>

Incluso podría pensarse, a la luz del señalado diálogo y el planteamiento anterior de la complementariedad del sistema interamericano, que asimismo –su postulación genérica– puede entenderse como la postergación de la fuerza del monismo con primacía del Derecho internacional, esbozado por Hans Kelsen para dar cuenta del orden público internacional mínimo que ata las competencias de los Estados y les exige, junto a otros deberes u obligaciones de *ius cogens*, el respeto y la garantía universal de los derechos de la persona humana en el plano de su jurisdicción interna; lo que le resta sentido o utilidad al diálogo jurisprudencial comentado.

No se olvide que la Cámara de Primera Instancia del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, en decisión de 2 de octubre de 1995, en el *Affaire Tadic* declara que: “*Ce serait une parodie du droit et une trahison du besoin universal de justice que le concept de souveraineté de l’Etat puisse être soulevé avec succès à l’encontre des droits de l’homme* [par. 58]”.<sup>18</sup>

En consecuencia, cabe tener muy presente que la tesis dualista supuso en su momento, la ausencia de posibles conflictos entre el Derecho internacional y el Derecho interno, debido a tener ambos ordenamientos objetos distintos, y dado que la misma, una vez transformada la norma internacional en interna se integra jerárquica y ordenadamente dentro de la pirámide normativa nacional. Por consiguiente, las normas internas no pueden ser para las normas internacionales otra cosa que simples hechos y viceversa.

La evolución de la comunidad internacional actual marca, antes bien, una tendencia irrefrenable hacia el solapamiento de ambas realidades: la interna y la internacional, confundándose sus espacios sin perjuicio del criterio –todavía en vigor, pero relativo– que predica el carácter meramente fáctico acusado por el Derecho interno en su evaluación desde el ángulo del Derecho internacional (*Caso de los Intereses alemanes en la Alta Silesia-Polonesa*, CPJI, 1926), según lo dicho.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho, es verdad, que las circunstancias del Derecho interno representan para el Derecho internacional de los Derechos Humanos meros hechos o supuestos fácticos, sujetos a su ponderación o significación jurídica por la norma internacional correspondiente (Corte IDH, *Opinión Consultiva OC-13*, párr. 34). En extremos opuestos, ora reenvía no pocas veces al propio Derecho interno del Estado para alcanzar la efectividad de sus mandatos judiciales interamericanos (Corte IDH, *Caso El Caracazo*, Reparaciones, Sentencia de 29 de agosto de 2002, párr. 143,1), ora, excepcionalmente, se ha atrevido a pronunciarse sobre la nulidad de actos del Derecho interno (Corte IDH, *Caso Castillo Petrucci*, Sentencia de 30 de mayo de 1999, párr. 226,13).

El monismo, por su lado, sostiene la imposibilidad de tal controversia intra normativa al suponer la ya mencionada unidad de todo el sistema jurídico: interno e internacional y la fácil

<sup>17</sup> Corte IDH, *Caso Trabajadores cesados del Congreso*, Sentencia de 24 de noviembre de 2006, Voto, párr. 11.

<sup>18</sup> Aguiar, Asdrúbal, *Código de derecho internacional*, UCAB, Caracas, 2009, p. 382.

resolución de sus eventuales disparidades por medio de la jerarquización de las normas en orden a sus mayores o menores proximidades a la norma fundamental, hipotética o de base. De allí que, en su versión monista, con primacía del Derecho internacional, al Derecho internacional se le considera haciendo parte, sin más, del Derecho interno del Estado.

La realidad constitucional comparada demuestra, a su vez, que si bien la tendencia doctrinal y la práctica contemporánea dominantes son contestes y predicen el indicado principio de primacía del Derecho internacional, no por ello los Estados han dejado de condicionar la efectividad de sus relaciones jurídicas dentro de la comunidad internacional a ciertas exigencias que han impuesto, en suma, una relación “funcional” y coherente (principio de la coherencia funcional) entre ambos ordenamientos, que hace lugar a distintas soluciones o alternativas.

No se olvide, en este orden, lo que *mutatis mutandi* precisa Nguyen Quoc Dinh en su obra revisada (*Droit international public*, Paris, LGDJ, 1999): La primacía del Derecho internacional sobre el Derecho interno, salvo excepciones (propias del Derecho comunitario y próximas al Derecho internacional de los derechos humanos en su progresividad) no ha llegado hasta el punto en que el primero pueda declarar la nulidad de las normas nacionales de los Estados que le contradigan: sólo se contenta, por ahora, con reclamar del Estado cuyo ordenamiento interno no haya sido objeto de adaptación al Derecho internacional o cuando sus órganos no aplican o desaplican la normativa internacional que les obliga, su responsabilidad por hecho internacionalmente ilícito; exigiéndole, en consecuencia, reparar los daños causados por la acción u omisión que le sea imputable desde el punto de vista internacional.

Por consiguiente, cuando el Estado aplica dentro de su jurisdicción su propio Derecho en defecto y en contraposición del Derecho internacional, quizás y según lo que disponga su Constitución procede legalmente a la luz de la perspectiva jurídica interna, en tanto que, desde la perspectiva internacional no procedería ilegalmente sino ilícitamente; dado que la normatividad interna, según lo apuntado, tiene para el Derecho internacional la condición de simple hecho y sólo eso.

La enseñanza, en conclusión, otra vez no se hace esperar.

Así como la tesis dualista y monista fueron el producto necesario de una conciliación histórica y son propias a su tiempo, e igualmente, tanto como la tesis pragmática o ecléctica advierte la necesidad de promover la primacía del Derecho internacional asegurándole a los Estados un espacio de maniobra y reclamando de éstos, en contraprestación, coherencia en la actividad jurídica y en sus comportamientos, no parece exagerado postular la insuficiencia de tales tesis para la adecuada comprensión de la realidad internacional hoy en curso (*Globalización sin gobernabilidad vs. ingobernabilidad y crisis del Estado-Nación*) y para la fidelidad de las descripciones normativas que le tengan por objeto.

De allí que, dejando atrás el clásico debate sobre las relaciones entre el Derecho internacional y el Derecho interno de los Estados, en mi *Código de Derecho Internacional* (Caracas, UCAB, 2ª. Edición, 2009) propongo, siguiendo la inspiración del internacionalista hispano González Campos –relativa a la denominada coherencia extrínseca “entre el mismo orden internacional y los distintos derechos internos de los Estados”<sup>19</sup>– y como interpretación y actualización de las relaciones entre ambos ordenamientos en el ámbito de los derechos humanos, un planteamiento que mejor se adecúa a los dictados de la Convención Americana.

---

<sup>19</sup> *Ídem*, p. 144.

Su preámbulo precisa –lo hecho dicha supra– que es su propósito “consolidar... dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre”. Y su artículo 29, en sus ordinales b) y c) prescribe una expansión de tales derechos, en doble vía, en el plano internacional, acudiendo al principio de los llamados “derechos inherentes al ser humano o que se deriven de la forma democrática representativa de gobierno”, y en el plano del Derecho interno –con fuerza convencional– “cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes” u otros tratados de los que es parte el Estado concernido.

Más allá del Estado y de su acusado avance hacia una “desestructuración” y sean cuales fueren las falencias de la emergente tendencia hacia lo mundial global, lo constante ahora como antes sigue siendo la presencia del hombre como fin y sujeto del orden, el reclamo del respeto a su dignidad como tal, y la diversificación racional de las formas sociales subsidiarias que este crea y recrea como Ser uno y único, para su encuentro con los otros en el ámbito de las carencias y su final fusión en la idea del género humano o la Humanidad.

Traducido o descrito este paradigma en términos normativos, significa no otra cosa que la cristalización del principio ordenador *pro homine et libertatis* ya mencionado. De modo que, sometidas a tensión las relaciones entre el Derecho internacional y el Derecho interno del Estado a un proceso de reconstrucción por obra del tiempo nuevo, la coherencia funcional como principio habría de significar, cuando menos y en un primer trazado, el reconocimiento de ciertos datos objetivos:

1. La norma internacional nace de un acto concursal de voluntades soberanas, tanto como la norma nacional deriva de un acto de soberanía; de donde, siendo el Estado autor y descriptor de ambos repartos de conducta, su comportamiento ha de ser congruente en una y otra esfera de la actividad normativa.
2. La insuficiencia institucional del orden internacional contemporáneo impone su desdoblamiento funcional a manos del Estado, vale decir, el reenvío necesario de las normas de aquel hacia las normas del Derecho interno para que las primeras puedan realizarse cabalmente.
3. Dado el papel funcional y estratégico del orden del Estado para los fines internacionales, el orden internacional ha de operar con relación al mismo según el criterio de la subsidiariedad, y cuando se le sobrepone por razones atinentes al orden público internacional debe preservarlo de los riesgos de su vaciamiento.
4. La validez e imperio del orden público internacional reclama de su delimitación estricta y de su realización por el Estado conforme a los medios de que éste dispone.
5. El Estado, en su labor exegética y operacional para la integración, relación, coordinación o sincronía entre las normas internacionales e internas ha de guiarse por la regla de la buena fe (*pacta sunt servanda*), mediante un traslado de conceptos desde el orden internacional hacia el orden interno en el que medie la sana crítica con vistas al objeto cierto de las normas relacionadas (*Effet utile*).
6. En todo caso, ante situaciones de duda provocadas por la relación necesaria entre las normas internacionales y los predicados del Derecho interno, como de la eventual oposición –tratándose de la protección y garantía supranacional de los derechos humanos– entre derechos que merecen igual tuición, de manera razonada el juez nacional ha de apelar al método del *balancing test*: optando por la solución que menos afecte el núcleo pétreo de ambos derechos en oposición aparente, en hipótesis concretas, atendiendo a la justas exigencias del bien común en una sociedad democrática, y con vistas, por encima de todo, al principio ordenador *pro homine et libertatis*.