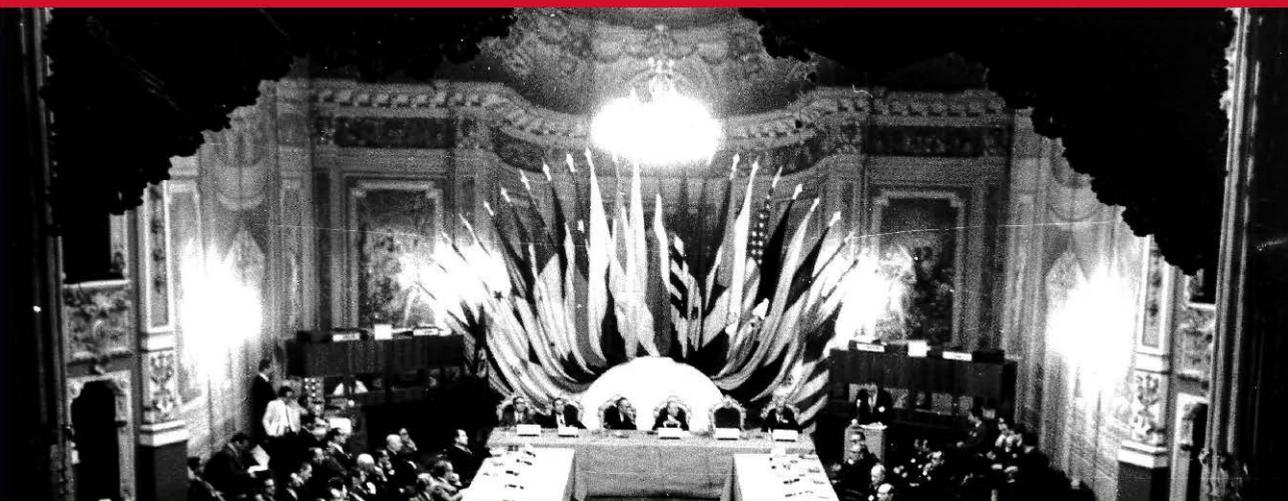


IMPACTO Y DESAFÍOS A MEDIO SIGLO DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS

Alejandro Saiz-Arnaiz (dir.)

Andrés Cervantes, Mario Matarrita y Sofía Reca (coords.)



|C|E|P|C|

Catálogo general de publicaciones oficiales
<https://cpage.mpr.gob.es>

Quedan rigurosamente prohibidas, sin la autorización escrita de los titulares del *copyright*, bajo las sanciones establecidas en las leyes, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático

De esta edición, 2021:
© ALEJANDRO SAIZ-ARNAIZ (DIR.)

Fotografía de la portada cedida por
La fotografía capta un momento de una de las sesiones plenarias de la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, realizada en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969 con ocasión de la suscripción de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

© CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES
Plaza de la Marina Española, 9
28071 Madrid
<http://www.cepc.gob.es>
Twitter @cepcgob

NIPO CEPC EN PAPEL: 091-21-023-7
NIPO CEPC PDF: 091-21-024-2
ISBN CEPC EN PAPEL: 978-84-259-1885-8
ISBN CEPC PDF: 978-84-259-1886-5

Realización: Crisol Creación Gráfica
Alejandro Ferrant, 9
28045 Madrid

Impreso en España - *Printed in Spain*

TABLA DE CONTENIDO

<i>Nota previa</i>	11
Alejandro Saiz-Arnaiz	

A MEDIO SIGLO DE LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS

1. LOS ORIGENES DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS	15
<i>Alejandro Saiz-Arnaiz</i>	
2. 50 AÑOS DE LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS: UNA PROMESA DE JUSTICIA Y UN SUEÑO POR ALCANZAR	43
<i>Eduardo Ferrer Mac-Gregor</i>	
3. «¿Y CÓMO ES ÉL (Y ELLA)...?» ¿QUIÉN ES Y CÓMO VOTA EL JUEZ INTERAMERICANO? ...	65
<i>Mario Matarrita Arroyo y Diego González Fernández</i>	

IMPACTO NACIONAL Y CUMPLIMIENTO DE LAS DECISIONES DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

4. IMPACTO NACIONAL Y CUMPLIMIENTO DE LAS SENTENCIAS DE LA CORTE INTERA- MERICANA DE DERECHOS HUMANOS	85
<i>Fernando Castillo Viquez</i>	85

5.	VALOR E IMPACTO DE LAS OPINIONES CONSULTIVAS DE LA CORTE IDH: REFLEXIONES A PARTIR DEL CASO DEL MATRIMONIO IGUALITARIO EN ECUADOR..... <i>Daniela Salazar Marín</i>	103
6.	LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS Y SUS APORTES EN LA PROTECCION DE LOS DERECHOS DE LAS MUJERES A NIVEL REGIONAL Y SU IMPACTO EN MEXICO <i>Norma Lucía Piña Hernández</i>	121
7.	NOTAS SOBRE LA JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA Y LA CONSTRUCCION DE ESTANDARES EN MATERIA DE JUSTICIA TRANSICIONAL. ALGUNOS DEBATES Y DESAFIOS A 50 AÑOS DE LA CONVENCION AMERICANA <i>Óscar Parra Vera</i>	139
8.	SOBRE UN PRINCIPIO INALIENABLE. LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS <i>Sofía Reca Milanta</i>	161
	 PROTECCION JUDICIAL DE LOS DERECHOS ECONOMICOS, SOCIALES, CULTURALES Y AMBIENTALES.....	179
9.	PROTECCION JUDICIAL DE LOS DERECHOS ECONOMICOS, SOCIALES, CULTURALES Y AMBIENTALES. ENTRE LAS POLITICAS PUBLICAS NACIONALES Y LAS DECISIONES DE LA CORTE INTERAMERICANA..... <i>Patricio Pazmiño Freire</i>	181
10.	COMPORTAMIENTO JUDICIAL ESTRATEGICO EN LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: LA PROTECCION DEL DERECHO A LA SALUD MEDIANTE EL ARTICULO 26 DE LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS... <i>Jorge Ernesto Roa Roa</i>	191
11.	LA PROTECCION DIRECTA DE LOS DERECHOS SOCIALES POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: REFLEXIONANDO SOBRE SUS APORTACIONES Y DEBATIENDO SUS CUESTIONAMIENTOS..... <i>Magdalena Cervantes Alcayde</i>	207

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN EUROPA Y MARGEN
DE APRECIACIÓN EN AMÉRICA LATINA

12. EL MARGEN DE APRECIACIÓN EN EL SISTEMA INTERAMERICANO: FUNDAMENTO Y DELIMITACIÓN CONCEPTUAL 235
Fernando Silva García
13. ¿MARGEN DE APRECIACIÓN NACIONAL? ¡EL PROBLEMA ESTÁ EN EL DISEÑO INSTITUCIONAL!..... 247
Juan Camilo Herrera
14. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y ARGUMENTACIÓN JURÍDICA..... 271
Danny José Cevallos
15. EL IMPACTO DE LA CONVENCIÓN AMERICANA EN LOS MODELOS INTERPRETATIVOS SOBRE DERECHOS HUMANOS EN AMÉRICA LATINA..... 289
José Luis Caballero Ochoa
16. MARGEN DE APRECIACIÓN NACIONAL, DIÁLOGO JUDICIAL Y ARGUMENTACIÓN RACIONAL: NOTAS DESDE EL SISTEMA INTERAMERICANO 305
Pedro P. Grández Castro

DEMOCRACIAS ILIBERALES Y DERECHOS HUMANOS

17. DEMOCRACIAS ILIBERALES Y DERECHOS HUMANOS: EL PAPEL DE LOS TRIBUNALES INTERNACIONALES 333
Luis Roberto Barroso y Patricia Perrone Campos Mello
18. POPULISMO Y REELECCIÓN INDEFINIDA EN AMÉRICA LATINA: PERSPECTIVAS DESDE EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS 353
Andrés Cervantes Velasco y David Mier Galera

INDEPENDENCIA JUDICIAL Y ESTADO DE DERECHO

19. DIÁLOGO TRANSATLÁNTICO SOBRE ESTADO DE DERECHO E INDEPENDENCIA DE LOS JUECES 379
Laura Capuccio

20.	LA INDEPENDENCIA JUDICIAL COMO DERECHO HUMANO: LA JURISPRUDENCIA EUROPEA E INTERAMERICANA RESPECTO A RESTRICCIONES, DESTITUCIONES Y REMOCIONES ILEGÍTIMAS DE JUECES Y FISCALES	401
	<i>Marie-Christine Fuchs</i>	
21.	AVANCES JURISPRUDENCIALES EN INDEPENDENCIA JUDICIAL Y RESPONSABILIDAD EN EL ÁMBITO INTERAMERICANO.....	423
	<i>Milton Velásquez Díaz</i>	

¿MARGEN DE APRECIACIÓN NACIONAL? ¿EL PROBLEMA ESTÁ EN EL DISEÑO INSTITUCIONAL!¹

JUAN CAMILO HERRERA²

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. 2. QUE EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD SEA DE «CREACIÓN» JURISPRUDENCIAL ES UN MÉRITO NO UN DEFECTO. 3. ¿PROTECCIÓN INTERAMERICANA DE NATURALEZA CONVENCIONAL, COADYUVANTE Y COMPLEMENTARIA EN FAVOR DE LOS ESTADOS NACIONALES?. 4. LA CORTE IDH HA HECHO MUCHO CON POCO, SON DATOS Y HAY QUE RECORDARLOS. 5. EL CONTEXTO LATINOAMERICANO *VERSUS* EL EUROPEO. 6. CONCLUSIONES. 7. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

El 26 de julio de 2019 fue una fecha especial para el sistema interamericano, pero lamentablemente pasó desapercibida. Ese viernes no fue un día normal, ya que la Comisión sometió ante la Corte IDH el caso contencioso número trescientos —300— de su historia. Un tres con dos ceros a la derecha, que resulta mucho y poco si tenemos en cuenta la relevancia del sistema interamericano para una región que todavía debe afrontar grandes desafíos en materia de protección de derechos fundamentales.

El medio siglo de la Convención Americana, que celebramos en el presente libro, es un acontecimiento extraño en una región que a pesar de sus múltiples elementos en común, ha demostrado serias dificultades para mantener institucionalidad regional. Desde la época de

¹ Los ejes centrales del presente capítulo los desarrollo con mayor profundidad en los documentos de trabajo núm. 25 y 26 del Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL), 2020. No obstante, quisiera agradecer especialmente a Angelita Baeyens Caro por las precisiones respecto al funcionamiento del sistema interamericano y por las afinadas críticas a versiones previas de este texto.

Según el informe de la CORTE IDH de 2019, correspondió al Caso *Federación Nacional de Trabajadores Marítimos y Portuarios (FEMAPOR) vs. Perú*.

² Doctor en Derecho de la Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, España. Docente de la Universidad de los Andes, Bogotá, Colombia. Ha sido investigador doctoral y posdoctoral en el Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público, así como funcionario de la Corte Constitucional de Colombia por varios años. Correo electrónico: juan.herrera@upf.edu.

las independencias, el ceder o compartir soberanía ha hecho parte de una aspiración teórica que, en la práctica, se ha diluido de múltiples maneras.³

El sistema interamericano de protección de derechos fundamentales es, con todas las críticas válidas que se tengan sobre sus instituciones y personas, un sistema que ha sobrevivido a fuertes ataques de gobiernos tanto progresistas y liberales, como conservadores. A inicios de la segunda década del siglo XXI, la consolidación del sistema interamericano es un hecho jurídico y político que ya completa más de un siglo si se tienen en cuenta las conferencias panamericanas que iniciaron en 1889.⁴

Las ideas se encuentran en constante transformación y ajustes que les permiten sobrevivir o morir. A esta altura de la evolución de la institucionalidad americana, a pesar de las resistencias de algunos gobiernos temporales⁵ o de declaraciones negativas⁶, es claro que la gran mayoría de los Estados ha demostrado que como política de Estado confían y apoyan al sistema interamericano.

Con este marco contextual en mente, en el presente capítulo desarrolla una serie de reflexiones alrededor de la doctrina del control de convencionalidad de la Corte IDH y de las críticas jurídicas que consideran pertinente el trasplante del margen de apreciación nacional de cuño europeo⁷ o incluir más «deferencia» en favor de los Estados nacionales⁸. Más que entrar a polemizar conceptualmente en torno a los argumentos a favor o en contra del trasplante del margen de apreciación o de las críticas al control de convencionalidad, me centro en comparar con datos los sistemas europeo e interamericano de protección de derechos. Mi objetivo es dirigir el debate a un aspecto poco explorado en la literatura especializada y que corresponde a la imperiosa necesidad de tener en cuenta el *diseño institucional* al momento de pensar los ajustes que debe implementar el sistema. Ya sea para trasplantar doctrinas eurocéntricas al contexto interamericano o para ajustar lo que se tenga que ajustar desde las Américas y para las Américas con una profunda perspectiva latinoamericana.

Lo anterior es porque aunque en la práctica el sistema interamericano incluye a los países anglófonos de la región, la mayor parte de los que han aceptado la competencia de la

³ Sobre el particular, ver el capítulo dos en: HERRERA, J. C., *Las cláusulas durmientes de integración latinoamericana: orígenes, funciones y opciones para despertarlas*, IJ-UNAM, Ciudad de México, 2020.

⁴ DENT, D. W.; WILSON, L. C., *Historical Dictionary of Inter-American Organizations*, Rowman & Littlefield, Lanham, 2014.

⁵ En cuanto a intentos de denunciar la Convención como posturas de Gobierno y no como políticas de Estado, están los precedentes de Trinidad y Tobago (1998), Perú (1999) y Venezuela (2012). De estos, tan solo se ha consolidado el de Trinidad y Tobago.

⁶ A manera de ejemplo reciente, la Declaración del 11 de abril de 2019, emitida por los presidentes de los Estados de Argentina, Brasil, Chile, Colombia y Paraguay con el ánimo de «*perfeccionar la operatividad, funcionalidad y eficacia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.*»

⁷ GERARDS, J. H., «Pluralism, Deference and the Margin of Appreciation Doctrine», en: *European Law Journal*, 1, vol. XVII, 2011, pp. 80-120.

⁸ CONTESSE, J., «Contestation and Deference in the Inter-American Human Rights System», en: *Law and Contemporary Problems*, 2, LXXIX, junio 2016; CONTESSE, J., «The International Authority of the Inter-American Court of Human Rights: A Critique of the Conventionality Control Doctrine», en: *The International Journal of Human Rights*, 9, XXII, 2018, pp. 1168-1191.

Corte IDH y sobre los cuales recae la jurisprudencia y la doctrina tanto de la Corte como de la CIDH son los países latinoamericanos. Por tal razón, este texto y sus argumentos se plantean desde una perspectiva latinoamericana.

La doctrina del control de convencionalidad se introdujo al sistema interamericano en el 2006 y desde entonces, como todas las grandes sentencias de la historia, ha despertado amores y odios. Para algunos, se trata de una herramienta fundamental para ejercer la legitimidad de la Corte IDH⁹, mientras que para otros obedece a una invasión y pérdida de soberanía nacional de los Estados nacionales por parte del «derecho extranjero»¹⁰. Los principales ejes de las críticas al control de convencionalidad se enfocan en dos grandes campos.

Por un lado, estiman que se trata de una doctrina de creación jurisprudencial, es decir que es ilegítima porque no se encuentra exegéticamente contemplada en la Convención Americana¹¹. Por el otro, consideran que la Corte IDH actúa como una especie de Corte Constitucional latinoamericana que somete a su voluntad la soberanía de las cortes nacionales de cierre, ya sean supremas o constitucionales. Dentro de este componente, señalan que el diálogo jurisprudencial es de arriba para abajo o, en otras palabras, de San José en dirección a las capitales nacionales, pero no en el sentido contrario.¹²

Al leer las críticas mencionadas, es difícil no pensar en un Leviatán supranacional representado en la Corte IDH que pretende apoderarse de la soberanía de los poderes nacionales. Desde la perspectiva crítica, se construye y refuerza la historia de unos débiles jueces nacionales que no tienen escapatoria ante la magnitud del poder al que se enfrentan. Para demostrar que esta caracterización está lejos de la realidad de la región y abordar las respuestas a los ejes críticos señalados, explico el alcance de la sentencia que introdujo esta doctrina (*Almonacid Arellano vs. Chile de 2006*) dentro del marco de precedentes históricos transformadores a la cual pertenece.

Posteriormente, por medio de cifras y aspectos puntuales, así como de factores especiales de contexto, demuestro que la Corte IDH está lejos de ser un monstruo que amenace la soberanía nacional de los Estados parte de la Convención Americana. Lo anterior, con el fin de sustentar que más que el trasplante de una doctrina nacida en el contexto europeo, lo que se requiere es aprender de su experiencia práctica y centrarse en revisar el diseño

⁹ FERRER, E., «Conventionality Control the New Doctrine of the Inter-American Court of Human Rights», en *AJIL Unbound*, 109, enero, 2015, pp. 93-99.

¹⁰ ROSENKRANTZ, C. F., «Against Borrowings and Other No Authoritative uses of Foreign Law», en: *International Journal of Constitutional Law*, 2, I, abril, 2003, pp. 269-295.

¹¹ DULITZKY, A. E., «An Inter-American Constitutional Court? The Invention of the Conventionality Control by the Inter-American Court of Human Rights», en: *Texas International Law Journal*, 1, L, 2015, p. 53; FUENTES, X., «International and Domestic Law: Definitely and Odd Couple», en: *Revista Jurídica Universidad de Puerto Rico*, 2, LXXVII, 2008, p. 488; CASTILLA, K., «Control de convencionalidad interamericano: una mera aplicación del derecho internacional», *Revista Derecho del Estado*, 33, diciembre, 2014, p. 170.

¹² VILLAGRÁN, C.; VEÇOSO, F., «A Human Rights Tale of Competing Narratives», en: *Revista Direito e Práxis*, 2, VIII, 2017, p. 1604; CAROZZA, P. G.; GONZÁLEZ, P., «The Final Word? Constitutional Dialogue and the Inter-American Court of Human Rights: A Reply to Jorge Contesse», en: *International Journal of Constitutional Law*, 2, V, 2017, pp. 436-442, p. 440.

institucional del sistema interamericano para reformularlo conforme a las particularidades latinoamericanas.

2. QUE EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD SEA DE «CREACIÓN» JURISPRUDENCIAL ES UN MÉRITO NO UN DEFECTO

El hecho de que una sentencia sea constantemente debatida es parte de las credenciales que necesita para que pueda ser gradualmente asimilada por la comunidad de intérpretes en la que se desenvuelve. Pasó a lo largo del siglo XIX con las constantes críticas que se tuvieron respecto a la *invención* de la doctrina del *judicial review* en cabeza de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América¹³. Ocurrió lo mismo a lo largo del siglo XX con el afloramiento de múltiples ejemplos de similares características tanto en la órbita nacional como supranacional. Tal es el caso de la Corte Constitucional de Alemania, que en 1958 *creó* la doctrina del efecto directo u horizontal de las normas constitucionales con el fin de reconfigurar el Estado de Derecho y la protección de los derechos fundamentales en una sociedad todavía ensangrentada por las consecuencias de la violencia de la época.¹⁴

Pocos años después, precisamente dentro del espíritu de la supranacionalidad y con el fin de evitar volver a la barbarie característica de la historia europea, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en el caso Van Gend en Loos, *construyó* la doctrina del efecto directo de los tratados europeos en los ordenamientos jurídicos de la entonces Comunidad Europea.¹⁵ Años después, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Tyrer vs. The UK de 1978, sin que expresamente lo contemplara el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos, *confeccionó* la doctrina del derecho viviente con el fin de actualizar este instrumento internacional al cambio de los tiempos¹⁶. Desde entonces, son varios los ejemplos que se podrían citar en la misma línea argumentativa de creación jurisprudencial de doctrinas, con la importante salvedad de que la creatividad jurisprudencial no es exclusiva del denominado Norte global, sino que de hecho ha florecido en el extrarradio de los centros

¹³ Caso *Marbury v. Madison* de 1803. Para una versión contemporánea de este precedente, ver: NELSON, W. E.; MADISON, M. V., *The Origins and Legacy of Judicial Review*, University Press of Kansas, Kansas, 2018.

¹⁴ Caso *Lüth 1 Bv 400/51* de 1958. Para una revisión sobre el impacto de esta sentencia tanto en Alemania como en otras partes del mundo, ver: BOMHOFF, J. (2008). «Lüth's 50th Anniversary: Some Comparative Observations on the German Foundations of Judicial Balancing», en: *German Law Journal*, 2, IX, pp. 121-124.

¹⁵ Caso *Van Gend en Loos vs. Nederlandse Administratie der Belastingen* de 1963. VAUCHEZ, A., «The Transnational Politics of Judicialization. Van Gend en Loos and the Making of EU Polity», en: *European Law Journal*, 1, XVI, diciembre, 2010), pp. 1-28; CHALMERS, D.; BARROSO, L. «What Van Gend en Loos Stands For», en: *International Journal of Constitutional Law*, 1, XII, enero, 2014, pp. 105-134; RASMUSSEN, M. «Revolutionizing European Law: A History of the Van Gend en Loos Judgment», en: *International Journal of Constitutional Law*, 1, XII, enero, 2014, pp. 136-163; VON BOGDANDY, A., «Pluralism, Direct Effect, and the Ultimate Say on the Relationship between International and Domestic Constitutional Law», en: *International Journal of Constitutional Law*, 2-4, VI, 2008, pp. 397-413.

¹⁶ MOWBRAY, A. «The Creativity of the European Court of Human Rights», en: *Human Rights Law Review*, 1, V, marzo, 2005, pp. 57-79.

«occidentales» de pensamiento. Tal es el caso de la Suprema Corte de India, que en 1973, en contra de la popularidad de uno de los líderes indiscutibles del siglo XX (Mahatma Gandhi), procedió a *crear* la teoría de la afectación de la estructura básica de la Constitución y, con ello, a salvar la democracia de uno de los colosos asiáticos.¹⁷

En similar sentido, las nacientes Cortes Constitucionales de Colombia y de Suráfrica *acoplaron* a sus respectivos contextos la legitimidad del poder judicial al momento de interpretar qué es el derecho. Ya sea para garantizar derechos de forma efectiva por medio de un expedito recurso judicial en el país suramericano¹⁸ o para abolir la pena de muerte en la Suráfrica del posapartheid.¹⁹

A mi forma de entender el debate contemporáneo, es decir, en lo que va del siglo XXI en materia de creación jurisprudencial de talla global, el caso *Almonacid-Arellano vs. Chile* de 2006 —por medio del cual se introduce la doctrina del control de convencionalidad— tiene todos los ingredientes para mantenerse en el selecto grupo de sentencias brevemente referenciadas. Como lo enfatice en cada uno de los casos señalados, se trata de precedentes transformadores cuyo elemento común está en la *creación* jurisprudencial y no como parte de una interpretación literal sino sistemática de las fuentes del derecho y del contexto en el que surgieron. Por tal razón, criticar la doctrina del control de convencionalidad por ser de origen jurisprudencial es desconocer la forma en que el derecho funciona en el mundo contemporáneo sin importar que se trate de una región influenciada por la familia continental europea o anglosajona. De hecho, la mixtura de elementos es lo que ha permitido identificar el surgimiento de un derecho latinoamericano común y transformador.²⁰

Las críticas que sostienen la falta de legitimidad de la doctrina del control de convencionalidad por su estirpe jurisprudencial, solo para proceder a insinuar que sea trasplantada por otra doctrina de origen jurisprudencial como la del margen de apreciación nacional, caen en una incoherencia argumentativa irrefutable²¹. Superado este débil elemento o contradicción

¹⁷ Caso *Kesavananda Bharati vs. Estado de Kerala* de 1973. Ver: DATAR, A. P., «The Case that Saved Indian Democracy», *The Hindu*, 24 de abril de 2013. Disponible en <https://www.thehindu.com/opinion/op-ed/the-case-that-saved-indian-democracy/article12209702.ece>; ULLAH, A. y UZAIR, S., «Basic Structure of Constitution: Impact of Kesavananda Bharati on Constitutional Status of Fundamental Rights», en: *South Asian Studies*, 2, XXVI, julio, 2011; KUMAR, V., «Basic Structure of the Indian Constitution: Doctrine of Constitutionally Controlled Governance [From Kesavananda Bharati to IR Coelho]», en: *Journal of the Indian Law Institute*, 3, XLIX, julio- septiembre, 2007, pp. 365-398.

¹⁸ Sentencia T-406 de 1992. Ver: CEPEDA, M. J.; LANDAU, D. E., *Colombian Constitutional Law: Leading Cases*, Oxford University Press, Oxford, 2017, p. 25; LÓPEZ, D. E., *El derecho de los jueces: obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial*, Legis, Bogotá, 2011, p. 3.

¹⁹ BOHLER-MULLER, N., «The Story of an African Value: Focus: Ten Years after Makwanyane», en: *SA Publiereg - SA Public Law*, 2, XX, enero, 2005, pp. 266-280.

²⁰ Entre más de cien obras al respecto, ver: VON BOGDANDY, A.; FERRER, E.; MORALES ANTONIAZZI, M., eds., *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitucionalis commune en América Latina?*, Tomos I y II, MPIL-UNAM, Ciudad de México, 2010; VON BOGDANDY, A.; FERRER, E.; MORALES ANTONIAZZI, M.; PIOVESAN, F.; SOLEY, S., eds., *Transformative Constitutionalism in Latin America: The Emergence of a New Ius Commune*, Oxford University Press, Oxford, 2017.

²¹ La doctrina del margen nació en el Caso *Grecia vs. Reino Unido* 1958-1959, conocido como el «caso Chipre». Para más información, ver: ARAI-TAKAHASHI, Y., *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Intersentia, Londres, 2002.

de las críticas, queda en el aire la concepción formalista al entender las fuentes del derecho que todavía llevará varios años, o incluso décadas, asimilar. Por tanto, para que una doctrina de la magnitud del control de convencionalidad pueda ofrecer los abundantes frutos que podría dar, se requiere tiempo y dejar de un lado tanto el chovinismo como la fe ciega en la literalidad o la exégesis al momento de entender qué es el derecho.²²

3. ¿PROTECCIÓN INTERAMERICANA DE NATURALEZA CONVENCIONAL, COADYUVANTE Y COMPLEMENTARIA EN FAVOR DE LOS ESTADOS NACIONALES?

Los estándares jurisprudenciales que fija la Corte IDH al interpretar la Convención Americana, las Constituciones nacionales, los tratados internacionales y regionales, o lo que se ha denominado el *corpus iuris* latinoamericano²³, más que pretender «robar» o «inmiscuirse» en la soberanía nacional, lo que persigue es tejer una soberanía interamericana en la que los derechos hagan parte de un todo que sea más que la suma de sus partes. Si bien existen particularidades nacionales en relación con múltiples asuntos, la idea de armonizar una lectura común de los derechos precisamente busca proteger a la totalidad de una región que, a diferencia del resto de los continentes del planeta, está unida por profundos lazos —comunes— en el campo histórico, político, social, económico y cultural, entre muchos otros, y que aunque son divergentes, son más las cuestiones que nos unen a los latinoamericanos que las que nos separan.²⁴

La Convención Americana, que contempla ya medio siglo, fue escrita y pensada en un contexto caótico. Guerras mundiales recientes en Europa, guerra fría en ejecución, autoritarismo militar en la región y, además, concebida y firmada por hombres mayoritariamente blancos provenientes de las élites de cada uno de sus países²⁵. Cincuenta años después, afortunadamente, los tiempos han cambiado y los elementos de contexto mencionados han perdido fuerza o han desaparecido.

En la actualidad, la relevancia de tener en cuenta a los grupos históricamente discriminados es indiscutible. Las mujeres son fundamentales para determinar el alcance de qué es el derecho y, en esa misma línea, resulta absurdo pensar en la superioridad de un color de piel

²² Para más información sobre el control de convencionalidad, ver: FERRER, E. «The Conventionality Control as a Core Mechanism of the *Ius Constitutionale Commune*», en: VON BOGDANDY, A., et al., *Transformative Constitutionalism in Latin America: The Emergence of a New *Ius Commune**, Oxford University Press, Oxford, 2017, pp. 321-336; HENRÍQUEZ, M.; MORALES ANTONIAZZI, M., eds., *El control de convencionalidad: un balance comparado a 10 años de Almonacid Arellano vs. Chile*, Ediciones Der, Santiago de Chile, 2017.

²³ VON BOGDANDY, A.; FIX-FIERRO, H.; MORALES ANTONIAZZI, M. (eds.), *Ius constitutionale commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos*, UNAM-MPIL-IIDC, Ciudad de México, 2014.

²⁴ MIGNOLO, W. D., *The Idea of Latin America*, Blackwell, Oxford, 2006.

²⁵ Como prueba de lo afirmado, está la Declaración de Caracas de 1954 y la de Santiago de 1959, en las que quedó planteada expresamente la necesidad de establecer una Comisión de Derechos Humanos para combatir la expansión del comunismo internacional en la región. Ver: PAR, E., «El sistema interamericano de derechos humanos y las relaciones Estados Unidos-América Latina», en: *Foro Internacional*, 2, LV, 2015, pp. 464-465.

o de un origen sobre otro. El continente americano o *Abya Yala* (continente de vida)²⁶ es una región compuesta por la riqueza de un espiral de personas nativas mezcladas en distintas proporciones con descendientes de múltiples partes del planeta. Uno de los grandes pasos que se ha dado en la línea de la asimilación de lo que somos ha sido precisamente por medio del entendimiento de principios y valores comunes en materia de derechos esenciales dentro del espíritu de un sistema regional, convencional, coadyuvante y complementario a los ordenamientos jurídicos nacionales.²⁷

Para determinar qué significa cada uno de los contenidos y alcances de los derechos, se ha requerido tener en cuenta al conjunto de personas, naciones y realidades que conforman el continente, y, por tanto, ha sido necesario crear un órgano central que permita armonizar los alcances de un sistema regional. A manera de ejemplo, al momento del nacimiento de la Convención Americana (1969), el prejuicio negativo frente a los pueblos indígenas era mucho mayor que la concepción que hoy se tiene sobre las comunidades nativas.

De hecho, si se aplica una lectura literal de la Convención, es rápidamente advertible que la palabra «indígena» no aparece por ninguna parte. Sin embargo, a partir de la obligación de garantizar los derechos de los arts. 1 y 24, la Corte IDH y los tribunales nacionales han honrado el pacto de los Estados parte que se comprometieron a no discriminar «[...] por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole».

Adicionalmente, el derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas y afrodescendientes se ha construido a partir de una amplia interpretación del art. 21 sobre la propiedad privada²⁸. Esperar a tener un artículo específico y literal que incluya a los indígenas de forma expresa no solo va en contra de la técnica de la redacción de un instrumento jurídico internacional, sino que además lo petrificaría frente al paso del tiempo. Algo similar ocurre con aquellos que consideran que se debe reformar la Convención para incluir expresamente la doctrina del control de convencionalidad o la del margen de apreciación nacional.

De hecho, gracias a la ausencia de literalidad en favor de la abstracción²⁹, la Corte IDH y los Estados nacionales han podido ampliar y actualizar el espectro de los derechos, con el fin de materializar el mandato de protección de grupos históricamente discriminados y, en términos generales, de todas las personas y hasta de la naturaleza. Este patrón puede ser advertido por la jurisprudencia interamericana al momento de dar alcance a la protección de los derechos en los casos que han llegado a su conocimiento, y de forma ampliada, los tribunales nacionales con la llegada del control de convencionalidad para pasar a ser intérpretes no

²⁶ Palabra cuna. Ver el Preámbulo de la Declaración de la II Cumbre de los Pueblos Indígenas de las Américas, Buenos Aires, octubre de 2005.

²⁷ HENTREI, S., «Generalising the Principle of Complementarity: Framing International Judicial Authority», en: *Transnational Legal Theory*, 4, III, 2013, pp. 419-438.

²⁸ HERRERA, J. C., «Judicial Dialogue and Transformative Constitutionalism in Latin America: The Case of Indigenous Peoples and Afro-Descendants», en: *Revista Derecho del Estado*, 43, abril, 2019, pp. 191-233.

²⁹ FERRERES, V. «Una defensa de la rigidez constitucional», en: *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 23, 2000, p. 33.

solo de las Constituciones nacionales, sino en paralelo de la Convención Americana y demás tratados regionales que conforman el *corpus iuris*.³⁰

No obstante, a partir de una breve revisión a la jurisprudencia de muchos países de la región y precisamente de la lectura de los ejes de las críticas al control de convencionalidad, es posible advertir que *de facto* y *de iure* la región no ha dejado de ser formalista y que le está costando a los juristas contemporáneos asimilar una visión regional al momento de interpretar el alcance de los derechos fundamentales. Esta forma de entender las fuentes del derecho al momento de revisar los derechos esenciales de las personas, más que antiformalismo, la interpreto como aformalismo.

La forma es una característica intrínseca y necesaria para el derecho, por lo que resulta de vital importancia para mantener el rigor y la cohesión de un sistema jurídico ya sea nacional o supranacional. El prefijo «anti» aplicado al contexto latinoamericano es errado y poco aporta a un debate que va más allá de la semántica, precisamente porque la flexibilidad y el criterio convencional lo que pretenden es ampliar el alcance de los derechos humanos y que prevalezcan los valores democráticos y de consolidación del Estado de derecho. Respecto a otras materias, por ejemplo en cuanto a cuestiones económicas, de seguridad o políticas en general, el formalismo jurídico ha sido, es y será fundamental. De ahí que está errado quien pretenda sostener que se trata de un debate entre formalistas versus antiformalistas³¹. No. Así no es.

Este aspecto es necesario dejarlo claro y tenerlo en cuenta al momento de generalizar las críticas en contra del control de convencionalidad y, en general, respecto del sistema interamericano. La transformación que la institucionalidad interamericana ha tenido a lo largo de las últimas décadas ha sido posible precisamente porque, conforme al preámbulo de la Convención, se trata de una garantía que tiene toda persona no por el hecho de ser nacional de determinado Estado, sino por el hecho mismo de ser persona. Razón suficiente para que hace 50 años se diera lugar al nacimiento de un sistema regional de protección «[...] de naturaleza convencional coadyuvante o complementario» al derecho interno de los Estados americanos. Mandato claro y vigente que incluso el jurista más exegético a estas alturas de la evolución regional no podrá negar y que ha sido desarrollado por la doctrina del control de convencionalidad. Este es el tamaño del aporte de una lectura convencional y en él están los gérmenes de un verdadero paso del terruño nacional a pensar los derechos fundamentales, la democracia, el Estado de Derecho y la integración regional en términos regionales.

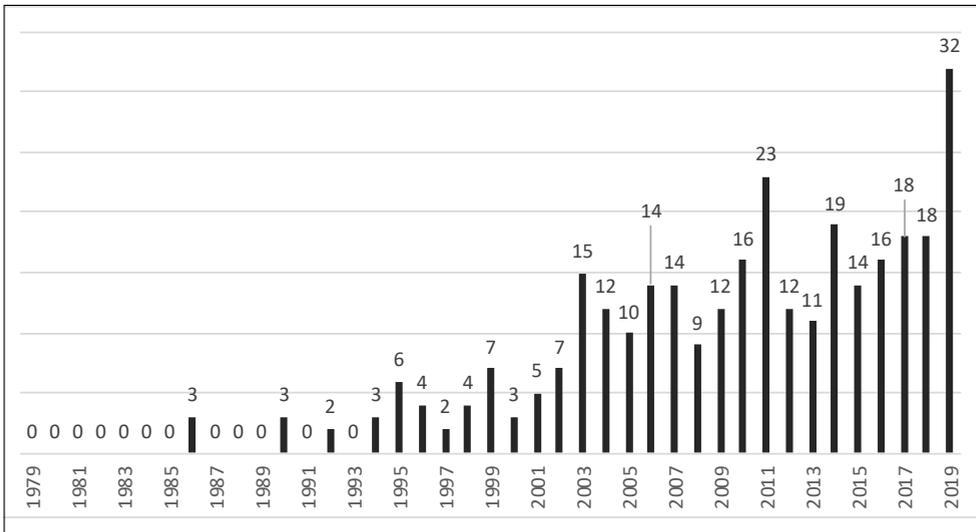
³⁰ Para más información, ver: CORTE IDH, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un cuarto de siglo: 1979-2004*, Corte IDH, San José de Costa Rica, 2005, p. 504.

³¹ RODILES, A., «The Great Promise of Comparative Public Law for Latin America: Towards *ius commune americanum*?», en: ROBERTS, A., et al., eds., *Comparative International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2018.

4. LA CORTE IDH HA HECHO MUCHO CON POCO, SON DATOS Y HAY QUE RECORDARLOS

La Corte IDH inició a ejercer sus funciones en 1979. No obstante, en 1986 arribaron para su conocimiento tres casos contenciosos enviados por la Comisión (ver gráfico 1). Cuatro años después, en 1990, volvería a conocer otros tres asuntos. De hecho, a lo largo de la década de los noventa el promedio de ingreso fue de tres asuntos por año, para un total de 31 casos en diez años. En el periodo 2000-2009, el promedio aumentó a diez expedientes por año para un total de 101 casos enviados a lo largo de la primera década del siglo XXI. En el periodo 2010-2019, la tendencia al aumento se confirmó y en promedio se enviaron 17 expedientes por año para un total de tan solo 179 asuntos en ese lapso.

GRÁFICO 1. CASOS CONTENCIOSOS SOMETIDOS AL CONOCIMIENTO DE LA CORTE IDH (1979-2019)



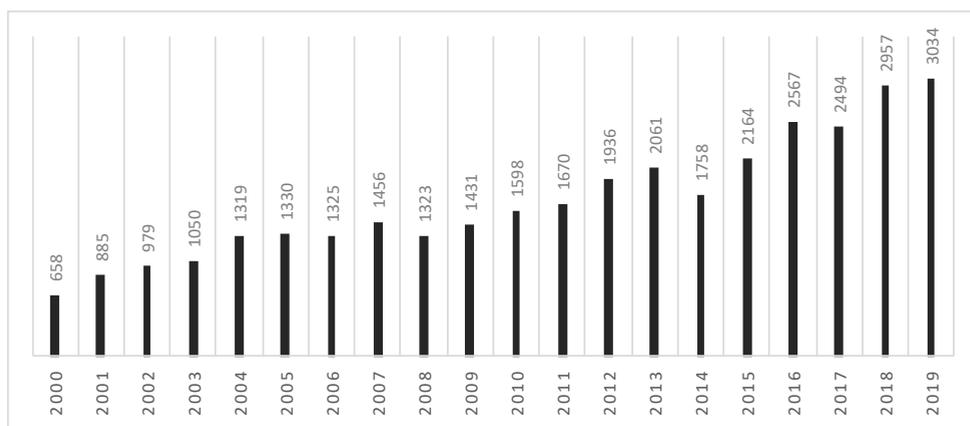
Fuente: elaboración propia a partir de los datos del Informe Anual de la Corte IDH del 2019. Total: 314 asuntos en 40 años.

A lo largo de 40 años de historia de la Corte IDH, se enviaron 314 casos para que fueran fallados. De seguir el sistema funcionando en los términos actuales, es decir, de seguir recibiendo solo 17 asuntos anuales en promedio, la sentencia 1.000 llegaría hasta el año 2060. En el hipotético escenario que se enviaran en promedio 30 sentencias por año, la sentencia número mil llegaría en el 2042³². Por donde se miren e interpreten estos datos es palmaria la poca cantidad.

³² La proyección la efectúo a partir del promedio de la década pasada.

En contraste, en tan solo los últimos 20 años la Comisión Interamericana ha recibido un total de 33.995 peticiones de protección de derechos humanos (ver gráfico 2)³³. Entre el 2000 y el 2009 recibió un promedio anual de 1.175 asuntos y en el periodo 2010-2019 aumentó a 2.223 peticiones³⁴. Si tomamos las 33.995 peticiones que llegaron ante la Comisión entre el 2000 y el 2019, y las 280 que en efecto se enviaron a la Corte IDH en ese periodo, el promedio es de apenas el 0,82%. En otras palabras, ni siquiera el 1% de las peticiones de los latinoamericanos sobre la posible vulneración de sus derechos fundamentales ha llegado al conocimiento de la Corte IDH en lo que va del siglo XXI.

GRÁFICO 2. PETICIONES ANTE LA COMISIÓN IDH (2000-2019)



Fuente: elaboración propia a partir de los datos del Informe Anual de la Comisión IDH del 2019. Total: 33.995 asuntos en 20 años.

Si se toma como referencia el año 2019 —que dicho sea es cuando más casos se han enviado a la Corte IDH en toda la historia—, tampoco se logra llegar al 1%. De las 3.229 peticiones que pasaron a la etapa de estudio inicial, 2.460 (76,18%) fueron «no abiertas a trámite» por no cumplir con los requisitos formales y sustantivos mínimos.³⁵

³³ Los datos de tres décadas, es decir de 1970 a 1999, están disgregados en informes anuales, por lo cual solo tomé en cuenta los de las últimas dos décadas que están consolidados. En otras palabras, el cálculo está incompleto y se trata de un punto de referencia sobre la gravedad de esta cuestión, pues solo tuve en cuenta lo que va del siglo XXI.

³⁴ En estas cifras se cuentan las que pasaron el trámite, ya que según el informe de la Comisión son «muchas» las peticiones en las que no se recibe la información solicitada, por lo que son «desactivadas» y/o archivadas. Ver pág. 67 del informe oficial de 2019.

³⁵ Ver pág. 68 del informe oficial de 2019. Nota: los datos del informe de 2019 de la Comisión difieren, dado que en la gráfica de la p. 67 se afirma que fueron 3.304 casos y en la de la p. 68 se reportan 3.229. A pesar de la imprecisión, los datos arriba ilustrados no difieren de forma abismal.

De hecho, solo a 618 asuntos (19,14 %) se les «abrió trámite» y a 151 (4,68 %) se les solicitó información adicional. Lo anterior significa que de 3.229 peticiones que se registraron ante la Comisión en el año 2019 se enviaron 32 asuntos a la Corte IDH, lo cual equivale al 0,99 %. ¿Esta pírrica cifra es suficiente?, ¿se trata de un muestreo demostrativo para fijar los estándares jurisprudenciales de un continente?

Alrededor de 300 casos en 40 años es una cifra en extremo baja desde el punto de vista cuantitativo y cualitativo. En cuanto a la cantidad, 300 sentencias contenciosas para una Corte que tiene jurisdicción sobre 20 países con más de 600 millones de personas es una cifra baja, muy baja para la cantidad de problemas jurídicos que se presentan a diario en una región todavía en transición del autoritarismo a la democracia y que ostenta altos índices de violencia y desigualdad. En cuanto a lo cualitativo, algunos dirán que 300 casos son una muestra suficiente para que una Corte regional de derechos humanos fije la pedagogía necesaria para que los Estados nacionales apliquen los precedentes en sus jurisdicciones. Incluso, alguien podría pensar que, si se han presentado múltiples resistencias con tan solo 300 casos, aumentar la cifra solo traería más problemas.

Estos contraargumentos son fáciles de desvirtuar, precisamente desde el punto de vista cualitativo de los casos que llegan al conocimiento de la Corte IDH. Mi tesis es que, dada la severidad del filtro aplicado por la Comisión, los casos que llegan a la Corte no permiten que fluya el diálogo jurisprudencial, ni la anhelada «deferencia» debido a la gravedad de las violaciones a los derechos humanos que han llegado al conocimiento de la Corte.

Como se puede apreciar, existe una altísima descompensación entre los asuntos que llegan a la Comisión Interamericana y los que en efecto se envían a la Corte IDH. Esto se traduce en un grave problema de diseño, que por medio de un muestreo tan pequeño impide establecer líneas jurisprudenciales que se amolden a las demandas sociales de protección para saber en realidad cómo fallan los jueces nacionales y con ello materializar un verdadero diálogo de doble vía. El contundente filtro de la Comisión, que históricamente se ha concentrado en enviar a la Corte IDH graves violaciones de derechos humanos, resulta tan inocuo como tratar de medir la calidad del agua de un lago por medio de la toma de una muestra de la parte más contaminada. A fin de que la medición sea efectiva, se deben tomar muestras de distintas partes para así llegar a conclusiones más exactas. Debido a esta particularidad, en la gran mayoría de los 314 casos que han llegado a la Corte IDH en 40 años el tribunal se ha visto obligado, debido al diseño institucional, a condenar internacionalmente a los Estados nacionales por la violación de la Convención.

Este diseño institucional es mortal para que el diálogo jurisprudencial pueda fluir y para que deje de ser percibido por los jueces nacionales como unidireccional. La verdad sea dicha, son muy pocas las oportunidades en las que la Corte IDH ha podido ratificar o confirmar de forma directa y expresa los precedentes nacionales³⁶. De ahí que, en muchos casos, los guiños

³⁶ Son pocos los casos en los que la Corte IDH ha absuelto a los Estados. Entre las excepciones, están: CORTE IDH, *Caso Brewer Carías vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 26 de mayo de 2014. Serie C n.º 278; y CORTE IDH, *Caso Amrhein y otros vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares. Fondo, Reparaciones y

de la Corte supranacional frente a las nacionales se hayan reducido a una nota al pie del cuerpo de la sentencia o a referencias en el *obiter dicta* y no a un diálogo jurisprudencial propiamente dicho³⁷. De cambiar esta parte del diseño, la Corte IDH podría reducir la extensión de las sentencias y, por medio de la confirmación de la parte resolutive y de la argumentativa, ratificar los precedentes de muchas de las cortes nacionales del continente.

Tal y como está la estructura física y de personal actual de la Corte IDH, para poder sustanciar más de 30 asuntos por año de la calidad de las sentencias actuales, se requerirá sí o sí efectuar cambios. En la actualidad, la Corte IDH está compuesta por siete magistraturas titulares que trabajan a tiempo parcial y por un equipo permanente de no más de 80 personas, entre ellas profesionales jurídicos, asistentes de investigación y personal de apoyo administrativo³⁸. Incluso, hoy ya se puede apreciar el desbordamiento de trabajo, ya que entre el 2010 y el 2018 se enviaron en promedio 16 casos (ver gráfico 1) y en tan solo el 2019 se duplicó el envío de asuntos a 32. Este hecho no es menor y sirve como argumento de refuerzo para pensar seriamente la importancia de ampliar el personal y la infraestructura de la Corte IDH.

Mirar la experiencia europea sirve para tener en cuenta que, casualmente, cuando el tribunal regional del viejo continente se acercaba a los 40 años, se enfrentaron a una situación similar y el cambio en el diseño fue la solución. Si miramos las cifras históricas de sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), en los primeros 39 años de existencia (1959-1998) se produjeron tan solo 837 sentencias (ver gráfico 3).

Cumplida la «mayoría de edad» del mencionado tribunal y de cara al ingreso al siglo XXI, se expidió el Protocolo 11 que reemplazó la función de «filtro» de la Comisión Europea y que permitió que la ciudadanía de cada uno de los Estados parte pudiera llevar directamente los casos ante el tribunal³⁹. Dicho de otra manera, tal y como se aplica en los tribunales nacionales, se excluyó al poder ejecutivo de la selección de los casos que el TEDH debe fallar.

Para ajustar el funcionamiento del nuevo esquema, el TEDH pasó de ser temporal a permanente. Desde entonces, las posibilidades de justicia material se ampliaron y a su vez lo hizo la plataforma para un diálogo jurisprudencial multidireccional entre la Corte regional y los jueces nacionales de los hoy 47 Estados parte del sistema, lo cual incluso se extendió a las instituciones de integración económica, política y social⁴⁰. Con la reforma las cifras aumen-

Costas. Sentencia de 25 de abril de 2018. Serie C n.º 354; y CORTE IDH, Caso *Arrom Suburt y otros vs. Paraguay*. Fondo. Sentencia de 13 de mayo de 2019. Serie C n.º 377.

³⁷ ACOSTA ALVARADO, P. A., *Diálogo judicial y constitucionalismo multinivel: el caso interamericano*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015, pp. 160-171.

³⁸ Para más información sobre la estructura y personal de la Corte IDH, ver: https://www.corteidh.or.cr/recursos_humanos.cfm

³⁹ Sobre el particular y en especial para entender el contexto de la época y el alcance de la reforma: BERNHARDT, R., «Reform of the Control Machinery under the European Convention on Human Rights: Protocol n.º 11», en: *The American Journal of International Law*, 1, LXXXIX, enero, 1995, pp. 145-154; HOWLEY, J. D., «Unlocking the Fortress: Protocol n.º 11 and the Birth of Collective Expulsion Jurisprudence in the Council of Europe System», en: *Georgetown Immigration Law Journal*, 2, XXI, 2006, p. 111.

⁴⁰ Ver: TORRES PÉREZ, A., *Conflicts of Rights in the European Union*, Oxford University Press, Oxford, 2009.

taron significativamente, motivo por el cual entre el 2000 y el 2005 se expidieron 825 sentencias anuales en promedio, y el umbral de las mil se superó en el periodo 2006-2010 con el aumento a 1.546 sentencias anuales. El pico más alto se presentó en el 2009 con 1.625 sentencias y desde entonces el más bajo ha sido de 823 en el 2015 para un promedio de 1.033 decisiones anuales a lo largo de la década 2000-2019.⁴¹

A partir de las cifras brevemente referenciadas, es posible extraer que de la mano de los elementos doctrinales resulta fundamental tener en cuenta aspectos que en principio parecieran ser secundarios, como el «diseño» institucional. Mi propuesta apunta a salirnos de los meros conceptos y enfrentar la realidad de que el sistema interamericano ha llegado a la «mayoría de edad» en términos de institucionalidad regional, y por tanto, los ajustes que merece deben estar a la altura de su evolución y relevancia regional. Para que ello se materialice, desde ya la Comisión podría enviar casos a la Corte IDH que presenten soluciones novedosas a problemas jurídicos comunes en la región con el objetivo de que sean eventualmente «confirmados». El enfoque no estaría tanto en la parte resolutive o de solución del caso concreto, sino en la posibilidad de ampliar los canales de diálogo jurisprudencial de los jueces interamericanos, entendidos todos como el poder judicial sin importar que unos sean nacionales y otros supranacionales⁴². Con este fin, la dirección del cambio que propongo implica pensar no en términos de condena internacional exclusivamente, sino también en términos de diálogo regional. Dicho de otra manera, que la Comisión no solo se concentre en tomar muestras de las partes más contaminadas del lago, sino que también se enfoque en las buenas prácticas o en los precedentes de los Estados parte al momento de fijar el alcance de los derechos humanos de la Convención.

De otra parte, una solución que requeriría más voluntad política sería la adopción de un protocolo adicional de carácter procedimental a la Convención Americana, por medio del cual los latinoamericanos puedan presentar directamente ante la Corte IDH las demandas de protección y en el que el tribunal sea de carácter permanente. Adicionalmente, resulta fundamental que cada Estado parte esté representado por magistrados/as provenientes de cada país de la región.

En suma, se trataría de una actualización urgente que el «*software*» y el «*hardware*» del sistema interamericano requieren desde hace años para funcionar de forma efectiva. No se trata de copiar y pegar el Protocolo 11 de 1998 del contexto europeo al americano, sino de trasplantar —inspirados en esta experiencia— la idea nuclear de uno de los ajustes más importantes que han permitido que Europa haya dejado por más de medio siglo la violencia, la barbarie y el salvajismo que la ha caracterizado a lo largo de la historia.

De hecho, al momento de estructurar el rediseño del sistema interamericano resulta fundamental pensar, en clave de comparación Sur-Sur o de fertilización cruzada, el estudio

⁴¹ Cfr. European Court of Human Rights, Statistics Overview 1959-2019.

⁴² WEILER, J. H. H., «Fundamental Rights and Fundamental Boundaries: Common Standards and Conflicting Values in the Protection of Human Rights in the European Legal Space», en: KASTORYANO, R., ed., *An Identity for Europe: The Relevance of Multiculturalism in EU Construction*, Palgrave Macmillan, Nueva York, 2009, p. 94.

del sistema africano de derechos humanos y de los pueblos, en el cual es posible advertir una dualidad de caminos para presentar las denuncias y sin que se haya necesitado eliminar la Comisión⁴³. Ahora es el momento de actualizar la institucionalidad interamericana para que, con métodos distintos y en condiciones diferentes, se pueda consolidar el sistema interamericano que deberá afrontar los desafíos del presente y la protección de los derechos humanos a lo largo del siglo XXI.

5. EL CONTEXTO LATINOAMERICANO *VERSUS* EL EUROPEO

Los trasplantes legales son altamente problemáticos *per se*. En especial, si se trata de importaciones jurídicas entre sociedades, en términos de Rawls «ordenadas», como algunas de Europa, y no tan bien ordenadas, como muchas de las latinoamericanas⁴⁴. En relación con la doctrina del margen de apreciación del sistema regional europeo como solución o reemplazo de la doctrina del control de convencionalidad, no se trata de copiar y pegar una institución, sino de conocer de antemano múltiples variables que no operan igual en un país u ordenamiento jurídico regional respecto a otro. En especial, sobre una doctrina que en el propio sistema europeo es ampliamente criticada e inestable en su aplicación.⁴⁵

En otras palabras, tener la claridad de que la relación entre A y B no debe ser solo puesta al momento de la comparación, sino también presupuesta. Razón por la cual se debe tener mayor cuidado al pensar en trasplantes jurídicos entre regiones o sistemas jurídicos supranacionales. A manera de ejemplo, al conjunto de (A, B, C, D, E...) respecto a (...W, X, Y y Z). Aunque existen varios elementos históricos, económicos, políticos, sociales o culturales en común entre Europa y América Latina, son más los elementos en común que existen dentro de la propia región latinoamericana que los que en realidad existen en Europa.

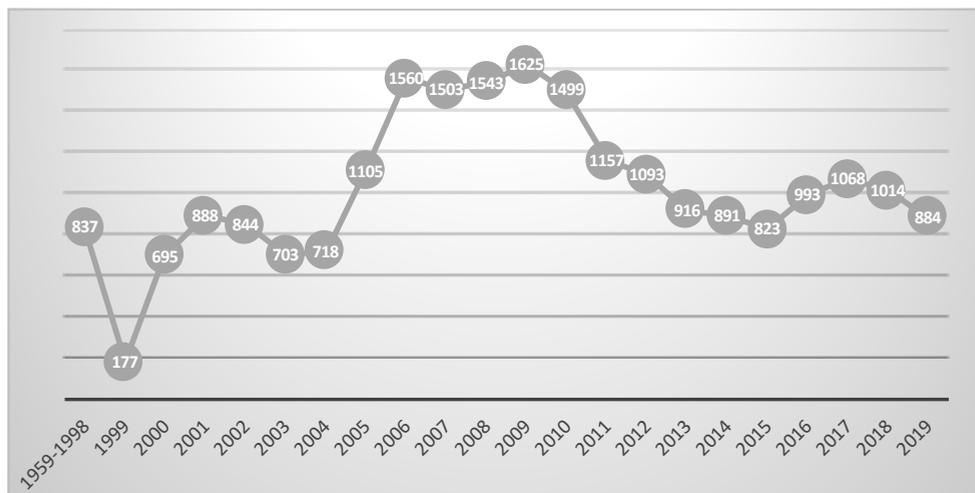
Por ejemplo, los idiomas y la religión son factores altamente cohesionadores entre todos los países latinoamericanos. En cuanto al segundo elemento, aunque las dos regiones cuentan con una base de mayoritaria influencia cristiana, Europa occidental es sabido que está dividida—desde el punto de vista religioso desde hace siglos— en un norte protestante y un sur católico. Adicionalmente, buena parte de la Europa central y del este se caracteriza por la mayoritaria influencia de la iglesia ortodoxa, a lo que se suma la presencia y el choque con el islam

⁴³ INTERNATIONAL JUSTICE RESOURCE CENTER, *Advocacy before the African Human Rights System: A Manual for Attorneys and Advocates*, International Justice Resource Center, San Francisco, 2016; SAAVEDRA ÁLVAREZ, Y., «El sistema africano de derechos humanos y de los pueblos. Prolegómenos», en: *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, VIII, enero, 2008.

⁴⁴ RAWLS, J., «The Law of Peoples», en: *Critical Inquiry*, 36, XX, agosto, 1993, pp. 44-45.

⁴⁵ Para una excelente revisión sobre el debate, ver: LETSAS, G., «Two Concepts of the Margin of Appreciation», en: *Oxford Journal of Legal Studies*, 4, XXVI, diciembre, 2006, pp. 705-732; KRATOCHVIL, J., «The Inflation of the Margin of Appreciation by the European Court of Human Rights», en: *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 3, XXIX, septiembre, 2011, pp. 324-357.

GRÁFICO 3. SENTENCIAS PROFERIDAS POR EL TEDH (1959-2019)



Fuente: elaboración propia a partir de los datos del European Court of Human Rights, Statistics Overview 1959-2019. Total: 22,536 sentencias en 60 años.

—tanto en el pasado como en el presente— en cada una de las subregiones europeas. Desde el punto de vista del idioma, con contadas excepciones, cada país tiene su propia lengua. Estos dos factores justifican la existencia de una doctrina como la del margen de apreciación, y resulta razonable que en este sistema ante la discusión por el crucifijo en un aula de clases, se hubiese decidido por el TEDH que unos países lo puedan permitir y otros, prohibir.⁴⁶

En cuanto a las raíces jurídicas, el sistema europeo debe crear reglas para sistemas de la familia continental europea y del *common law* del Reino Unido. En términos poblacionales, los estándares europeos se orientan a la regulación de un poco más de 830 millones de personas⁴⁷. Estos elementos de profunda diferenciación no se presentan respecto a la gran mayoría de la población latinoamericana cuyos Estados han ratificado la Convención Americana. De hecho, el grupo de los Estados mayoritarios representa a 650 millones de personas y los países que provienen de una familia jurídica distinta apenas superan los cinco millones de habitantes⁴⁸. De los países citados en la nota al pie, los únicos que han aceptado la competencia de la Corte IDH son Barbados y Surinam, que entre los dos países no logran pasar del millón de habitantes.

⁴⁶ IRZCOVICH, G., «One, None and One Hundred Thousand Margins of Appreciations: The Lautsi Case», en: *Human Rights Law Review*, 2, XIII, junio, 2013, pp. 287-308.

⁴⁷ Cifra a la que se le debe restar los 66 millones de habitantes del Reino Unido. Los datos de población para el cálculo de esta sección fueron tomados del Banco Mundial, *World Development Indicators* (07.10.2020).

⁴⁸ En concreto: Barbados, Granada, Jamaica y Surinam, así como Trinidad y Tobago (que denunció la Convención en 1998).

Desde el punto de vista histórico, durante milenios los países europeos se han disputado las fronteras de sus territorios y la guerra ha sido la regla general. El modelo monárquico todavía impera en varios sistemas políticos europeos, mientras que en las Américas fueron erradicados a la fuerza hace siglos por esquemas de inspiración republicana. Precisamente, la lucha conjunta por la independencia en contra de las potencias europeas del pasado ha contribuido a que en las Américas exista este elemento común de pasar de ser colonias a territorios independientes. No obstante, resulta pertinente recordar que las gentes que han ocupado el territorio latinoamericano desde el choque de nativos y europeos en 1492 han sido más tiempo colonos que ciudadanos.

Es un hecho constatable que el modelo colonial superó los 300 años y que la independencia o era republicana hasta hace poco pasó los 200. Con las independencias, se inició un proceso de descolonización que aún sigue en marcha en múltiples áreas. El derecho no es una excepción y en las posturas de quienes consideran plausible el trasplante del margen de apreciación europeo al contexto latinoamericano está la prueba de lo afirmado.

En materia política, los eventos traumáticos que han sido una de las principales causas de la puesta en marcha de los sistemas regionales de protección de derechos fundamentales (en cada región) se presentaron en tiempos distintos. La temporalidad es diferente, de ahí que sea un aspecto clave para que tampoco proceda el trasplante de la doctrina del margen de apreciación. Europa apenas supera los 70 años de ser el anfiteatro de dos guerras mundiales y ha alcanzado la democracia, o al menos sistemas con un alto estándar democrático, a lo largo de la segunda mitad del siglo xx y en lo que va del presente siglo xxi.

Por el contrario, América Latina vivió un proceso distinto que llevó a que entre las décadas de los sesenta y ochenta se instauraran dictaduras militares o se celebraran pactos bipartidistas para precisamente neutralizar un modelo verdaderamente democrático. En Europa, el fin de la Segunda Guerra Mundial marcó el punto de inicio general de la reconstrucción física e institucional con un alto espíritu supranacional y la llegada posterior de la guerra fría con la que, a pesar de ella, fue posible consolidar el sistema. En contraste, la lucha contra el comunismo en América Latina se dio de forma gradual, con distintos actos y tiempos. De hecho, el periodo de autoritarismo militar en la región ya venía desde la primera mitad del siglo XX y logró mantenerse hasta 1990, siendo Cuba, Nicaragua y Venezuela los únicos países que continúan gobernando por medio de este esquema autoritario.

Para tener más claridad sobre la dimensión del argumento anterior, a continuación relaciono los años en los que terminó la dominación dictatorial por parte de caudillos o juntas militares para dar paso a la era democrática: El Salvador (1949), Colombia (1957)⁴⁹, Venezuela (1958)⁵⁰, República Dominicana (1966), Nicaragua (1979), Ecuador (1979), Perú

⁴⁹ A lo que hay que sumar la existencia del Frente Nacional (1958) y sus consecuencias en un conflicto armado que todavía continúa.

⁵⁰ Que debe ser leída en varios tiempos. Primero con el final de la dictadura del general Marcos Pérez y el posterior acuerdo de Puntofijo (1958); y segundo con la llegada posterior al poder de los militares en cabeza del ex teniente coronel Hugo Chávez (1999) y que por interpuesta persona continúa a la fecha.

(1980)⁵¹, Honduras (1981), Bolivia (1982), Argentina (1983), Uruguay (1984), Guatemala (1984), Brasil (1985), Haití (1986), Panamá (1989), Paraguay (1989) y Chile (1990).

Esto último indica que la ola democrática en la región llegó en distintos momentos y con distintos tiempos hasta el cierre del siglo xx. Este hecho corroborable permite afirmar que la democracia apenas ha superado los 30 años de vida y que, a su vez, se trata todavía de una promesa por consolidar y defender, como en efecto lo demuestran los retrocesos de Venezuela, Bolivia o Nicaragua en pleno siglo xxi. De otra parte, la «calidad democrática» es advertida por Follesdal como un elemento clave para tener en cuenta al momento de pensar la importación de la doctrina del margen de apreciación⁵². A pesar del sesgo eurocéntrico del autor al tratar de perpetuar la creencia de una Europa uniforme, civilizada y democrática, al dar una mirada a la literatura especializada⁵³ y a los barómetros de la democracia en cada región, es un hecho que los déficits democráticos existen tanto en las Europas (Occidental, Central y del Este), como en las Américas (del Norte, Centro y Sur).

A pesar de la aclaración anterior, hay que reconocer que donde más problemas hay es en las Américas, donde según la Unidad de Inteligencia de la revista *The Economist* tan solo se han consolidado Canadá, Costa Rica, Uruguay y recientemente Chile como «democracias completas»⁵⁴. En cuanto al informe más reciente de la mencionada fuente que desde el 2006 elabora un *ranking* global, Guatemala, Honduras, Bolivia y Haití fueron calificados como regímenes «híbridos», es decir que tienen elementos democráticos y autoritarios. En la zona de los países autoritarios están Venezuela, Nicaragua y Cuba. El resto de los Estados americanos están catalogados como democracias incompletas, incluidos los Estados Unidos de América.⁵⁵

Como se ha señalado brevemente, los factores históricos, jurídicos, sociales, económicos, políticos y culturales señalados conforman la imagen general del «contexto» latinoamericano versus el europeo. Estos factores no pueden ser analizados de forma aislada, sino en conjunto. Sobre ellos existe suficiente evidencia en cada uno de los campos especializados que confirma la diferenciación entre la realidad y el proceso de democratización europea, que ya

⁵¹ Al que se debe sumar el periodo autoritario de Alberto Fujimori que terminó en el año 2000.

⁵² FOLLESDAL, A., «Exporting the Margin of Appreciation: Lessons for the Inter-American Court of Human Rights», en: *International Journal of Constitutional Law*, 2, XV, abril, 2017, p. 360.

⁵³ SMITH, P. H.; SELLS, C. J., *Democracy in Latin America: Political Change in Comparative Perspective*, 3.ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2016. En cuestiones más particulares: ARNAUD, M., ed., *Justicia constitucional, derechos humanos y democracia en América Latina*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2012.

⁵⁴ Existen varios rankings o barómetros que se concentran en medir la idea de democracia desde distintas perspectivas y factores, como: Polity IV Project: Political Regime Characteristics and Transitions, 1800-2013 de la Universidad de Maryland o el Varieties of Democracy, V-DEm Institute de la Universidad de Gothenburg y recientemente el Democracy Barometer de la Universidad de Zurich. El de *The Economist*, que es utilizado como referencia en esta publicación, se fundamenta en 60 indicadores que confluyen en cinco categorías: (i) libertades civiles, (ii) procesos electorales y pluralismo; (iii) funcionamiento del gobierno; (iv) cultura política; y (v) participación política. Cfr. WHYTE, R., «2019, A Year of Democratic Setbacks and Popular Protest», Disponible en <https://www.democracywithoutborders.org/12764/ciu-report-2019-a-year-of-democratic-setbacks-and-popular-protest/>

⁵⁵ *Ibid.*, p. 33.

supera más de medio siglo, y las pocas décadas de lo que va del latinoamericano. Cualquier propuesta de trasplante jurídico tiene la obligación de sortear el elemento contextual y de justificar por qué el contexto (de allá y de acá) no representa un inconveniente para, por ejemplo, en pocos años decidir acoger una doctrina como la del margen de apreciación.

6. CONCLUSIONES

Son varios los cantos de sirenas (políticas y jurídicas) que sugieren el trasplante de la doctrina del margen de apreciación europea con el fin de que sea implantada o adaptada como reemplazo de la doctrina del control convencionalidad. En este capítulo, he señalado varios inconvenientes de forma y de fondo para controvertir este *embeleco*.

En cuanto a los argumentos de fondo, he demostrado que el origen jurisprudencial del control de convencionalidad, lejos de afectar su legitimidad, la fortalece precisamente porque ha nacido del contexto latinoamericano y en el seno de la jurisprudencia de la Corte IDH, que cuenta con potentes herramientas para amalgamar de forma sistemática la Convención Americana y los elementos comunes de los Estados latinoamericanos. La protección interamericana que emana no solo de la Corte IDH, sino también de todos los poderes judiciales de la región en todos los rangos existentes, de las organizaciones públicas y privadas, y en general de la institucionalidad estatal en todos los niveles: es de *naturaleza convencional, coadyuvante y complementaria* en favor de los Estados nacionales y de las personas que en ellos habitan. El Preámbulo de la Convención Americana no es retórico, sino categórico al sostener desde 1969 que la protección no proviene del pasaporte de un determinado Estado, sino que la protección tiene como fundamento los atributos de la persona humana.

Más allá del eterno debate doctrinal entre formalistas y antiformalistas, en el contexto latinoamericano contemporáneo el nacimiento del control de convencionalidad proviene de una lectura «aformalista» en favor de la protección de los derechos más importantes o fundamentales. La forma es importante y esencial para múltiples áreas del derecho, con la salvedad de que la evolución y los duros desafíos que la región latinoamericana aún debe afrontar legitiman la interpretación aformalista de la Convención Americana y de lo que se ha denominado el *corpus iuris* de la región y en clave *commune*.

En relación con el elemento contextual, a partir de la breve comparación de los elementos históricos, políticos, sociales, jurídicos, culturales, económicos y de similar índole fue posible demostrar que la doctrina del margen de apreciación nacional nació y debe quedarse en Europa precisamente por las particularidades propias de esa región. El contexto (de allá y de acá) según sea el lugar desde donde se lea este texto hace inviable su trasplante jurídico.

Respecto a los aspectos formales, el estudio de la experiencia europea (incluso de la africana) es bastante ilustrador no para importar doctrinas, sino para tener en cuenta el diseño institucional y su funcionamiento. A medio siglo de vida de la Convención Americana que se celebra en este libro, y a más de 40 años de funcionamiento de la Corte IDH, ha lle-

gado el momento de reconocer que la institucionalidad interamericana ha llegado a su «mayoría de edad». Las décadas pasadas no han sido fáciles y mucho menos el presente, con la salvedad de que se ha demostrado que se puede sobrevivir a dictaduras militares y a los extremos de gobiernos conservadores, liberales y progresistas.

De cara a los desafíos del siglo XXI, quienes se empeñan en imitar acríticamente los cánones europeos podrían tener en cuenta los cambios (en el diseño o la estructura) que el sistema europeo incluyó cuando el TEDH cumplió 40 años. De expedir 837 sentencias entre 1959 y 1998 pasó a expedir miles en pocos años, al punto de que en la actualidad ha proferido más de 22.536 precedentes en toda su historia. En contraste, a pesar de que a la Comisión Interamericana han arribado en tan solo los últimos 20 años más de 33.995 peticiones, tan solo 314 asuntos contenciosos han sido enviados a la Corte IDH. Ello se traduce en una tasa del 0,82%. Es decir, ni siquiera el 1% de las peticiones de los latinoamericanos sobre la vulneración de sus derechos fundamentales ha llegado al conocimiento de la Corte IDH.

La razón que explica este bajo promedio (sumada al alto volumen y represamiento de casos) obedece en buena parte a que la Comisión IDH cumple con una exhaustiva revisión formal y sustancial. Esto último ha llevado a que los casos sean filtrados de tal manera que los pocos asuntos que han llegado al conocimiento de la Corte IDH estén tan cargados de graves vulneraciones que no ha quedado más remedio que condenar internacionalmente a los Estados parte. Valga decirlo, se cuentan con los dedos de las manos los precedentes en los que la Corte ha absuelto a un Estado.

En la línea de los cambios del diseño que propongo, he desarrollado en este capítulo y en otras investigaciones la importancia de que sea rediseñado el filtro de la Comisión en relación con los casos que envía a la Corte IDH. Tal y como está el sistema, ¿Es posible entablar un diálogo expansivo y de doble vía entre los tribunales nacionales y la Corte IDH? Para ampliar los canales de diálogo y consolidar la conversación de doble vía, se requiere que la Corte IDH pueda estudiar múltiples problemas jurídicos y gracias a ello proceder a «confirmar», «adicionar» o «denegar» los criterios de los tribunales o autoridades nacionales.

En adición a este cambio, dada la evolución del sistema, se requiere que la Corte esté compuesta por magistraturas permanentes y que se dediquen tiempo completo a la fijación de estándares jurisprudenciales para una región con más de 600 millones de vidas. Del mismo modo, resulta necesario que se aplique la regla de una magistratura o representación por cada Estado parte. Es decir, si hay 23 Estados parte, que haya 23 magistraturas.

Soy consciente de que para muchos mis propuestas podrán parecer irrealizables dada la realidad política y financiera del sistema. Aclaro que soy consciente del *ser* del sistema y que algunas de mis propuestas pertenecen al campo del *deber ser*. Precisamente por ello y porque se trata de reformas posibles, tenemos la obligación de pensar en grande y de cara a la celebración de los próximos 50 años de la Convención Americana, en la que espero que alguno de los elementos que he señalado puedan ser una realidad. De lo contrario, a lo largo de los 50 años que ya pasaron habríamos sembrado para no cosechar.

7. BIBLIOGRAFÍA

- ACOSTA ALVARADO, P. A., *Diálogo judicial y constitucionalismo multinivel: el caso interamericano*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015, pp. 160-171.
- ARNAUD, M., ed., *Justicia constitucional, derechos humanos y democracia en América Latina*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2012.
- ARAI-TAKAHASHI, Y., *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Intersentia, Londres, 2002.
- BERNHARDT, R., «Reform of the Control Machinery under the European Convention on Human Rights: Protocol n.º 11», en: *The American Journal of International Law*, 1, LXXXIX, enero, 1995, pp. 145-154.
- BOHLER-MULLER, N., «The Story of an African Value: Focus: Ten Years after Makwanyane», en: *SA Publiekreg - SA Public Law*, 2, XX, enero, 2005, pp. 266-280.
- BOMHOFF, J. (2008). «Lüth's 50th Anniversary: Some Comparative Observations on the German Foundations of Judicial Balancing», en: *German Law Journal*, 2, IX, pp. 121-124.
- CASTILLA, K., «Control de convencionalidad interamericano: una mera aplicación del derecho internacional», *Revista Derecho del Estado*, 33, diciembre, 2014, p. 170.
- CEPEDA, M. J.; LANDAU, D. E., *Colombian Constitutional Law: Leading Cases*, Oxford University Press, Oxford, 2017, p. 25.
- CHALMERS, D.; BARROSO, L. «What Van Gend en Loos stands for», en: *International Journal of Constitutional Law*, 1, XII, enero, 2014, pp. 105-134.
- CONTESE, J., «Contestation and Deference in the Inter-American Human Rights System», en: *Law and Contemporary Problems*, 2, LXXIX, junio 2016.
- CONTESE, J. «The International Authority of the Inter-American Court of Human Rights: A Critique of the Conventionality Control Doctrine», en: *The International Journal of Human Rights*, 9, XXII, 2018, pp. 1168-1191.
- CORTE IDH, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un cuarto de siglo: 1979-2004*, Corte IDH, San José de Costa Rica, 2005, p. 504.
- DATAR, A. P. , «The Case that Saved Indian Democracy», *The Hindu*, 24 de abril de 2013. Disponible en <https://www.thehindu.com/opinion/op-ed/the-case-that-saved-indian-democracy/article12209702.ece>
- DENT, D. W.; WILSON, L. C., *Historical Dictionary of Inter-American Organizations*, Rowman & Littlefield, Lanham, 2014.
- DULITZKY, A. E., «An Inter-American Constitutional Court? The Invention of the Conventionality Control by the Inter-American Court of Human Rights», en: *Texas International Law Journal*, 1, L, 2015, p. 53.
- FERRER, E., «Conventionality Control the New Doctrine of the Inter-American Court of Human Rights», en *AJIL Unbound*, 109, enero, 2015, pp. 93-99.
- , «The Conventionality Control as a Core Mechanism of the Ius Constitutionale Commune», en: VON BOGDANDY, A., et al., *Transformative Constitutionalism in Latin Ameri-*

- ca: *The Emergence of a New Ius Commune*, Oxford University Press, Oxford, 2017, pp. 321-336.
- FERRERES, V. «Una defensa de la rigidez constitucional», en: *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 23, 2000, p. 33.
- FOLLESDAL, A., «Exporting the Margin of Appreciation: Lessons for the Inter-American Court of Human Rights», en: *International Journal of Constitutional Law*, 2, XV, abril, 2017, p. 360.
- FUENTES, X., «International and Domestic Law: Definitely and Odd Couple», en: *Revista Jurídica Universidad de Puerto Rico*, 2, LXXVII, 2008, p. 488.
- GERARDS, J. H., «Pluralism, Deference and the Margin of Appreciation Doctrine», en: *European Law Journal*, 1, vol. XVII, 2011, pp. 80-120.
- GONZÁLEZ, P., «The Final Word? Constitutional Dialogue and the Inter-American Court of Human Rights: A Reply to Jorge Contesse», en: *International Journal of Constitutional Law*, 2, V, 2017, pp. 436-442, p. 440.
- HENRÍQUEZ, M.; MORALES ANTONIAZZI, M., eds., *El control de convencionalidad: un balance comparado a 10 años de Almonacid Arellano vs. Chile*, Ediciones Der, Santiago de Chile, 2017.
- HENTREI, S., «Generalising the Principle of Complementarity: Framing International Judicial Authority», en: *Transnational Legal Theory*, 4, III, 2013, pp. 419-438.
- HERRERA, J. C., «Judicial Dialogue and Transformative Constitutionalism in Latin America: The Case of Indigenous Peoples and Afro-Descendants», en: *Revista Derecho del Estado*, 43, abril, 2019, pp. 191-233.
- HERRERA, J. C., *Las cláusulas durmientes de integración latinoamericana: orígenes, funciones y opciones para despertarlas*, IJ-UNAM, Ciudad de México, 2020.
- HOWLEY, J. D., «Unlocking the Fortress: Protocol n.º 11 and the Birth of Collective Expulsion Jurisprudence in the Council of Europe System», en: *Georgetown Immigration Law Journal*, 2, XXI, 2006, p. 111.
- INTERNATIONAL JUSTICE RESOURCE CENTER, *Advocacy before the African Human Rights System: A Manual for Attorneys and Advocates*, International Justice Resource Center, San Francisco, 2016.
- ITZCOVICH, G., «One, None and One Hundred Thousand Margins of Appreciations: The Lautsi Case», en: *Human Rights Law Review*, 2, XIII, junio, 2013, pp. 287-308.
- KRATOCHVIL, J., «The Inflation of the Margin of Appreciation by the European Court of Human Rights», en: *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 3, XXIX, septiembre, 2011, pp. 324-357.
- KUMAR, V. «Basic Structure of the Indian Constitution: Doctrine of Constitutionally Controlled Governance [From Kesavananda Bharati to IR Coelho]», en: *Journal of the Indian Law Institute*, 3, XLIX, julio-septiembre, 2007, pp. 365-398.
- LETSAS, G., «Two Concepts of the Margin of Appreciation», en: *Oxford Journal of Legal Studies*, 4, XXVI, diciembre, 2006, pp. 705-732.

- LÓPEZ, D. E., *El derecho de los jueces: obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial*, Legis, Bogotá, 2011, p. 3.
- MIGNOLO, W. D., *The Idea of Latin America*, Blackwell, Oxford, 2006.
- MOWBRAY, A. «The Creativity of the European Court of Human Rights», en: *Human Rights Law Review*, 1, V, marzo, 2005, pp. 57-79.
- NELSON, W. E.; MADISON, M. V., *The Origins and Legacy of Judicial Review*, University Press of Kansas, Kansas, 2018.
- RASMUSSEN, M. «Revolutionizing European Law: A History of the Van Gend en Loos Judgment», en: *International Journal of Constitutional Law*, 1, XII, enero, 2014, pp. 136-163.
- RAWLS, J., «The Law of Peoples», en: *Critical Inquiry*, 36, XX, agosto, 1993, pp. 44-45.
- RODILES, A., «The Great Promise of Comparative Public Law for Latin America: Towards *ius commune americanum?*», en: ROBERTS, A., et al., eds., *Comparative International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2018.
- ROSENKRANTZ, C. F., «Against Borrowings and Other No Authoritative uses of Foreign Law», en: *International Journal of Constitutional Law*, 2, I, abril, 2003, pp. 269-295.
- SAAVEDRA ÁLVAREZ, Y., «El sistema africano de derechos humanos y de los pueblos. Prolegómenos», en: *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, VIII, enero, 2008.
- SMITH, P. H.; SELLS, C. J., *Democracy in Latin America: Political Change in Comparative Perspective*, 3.^a ed., Oxford University Press, Oxford, 2016.
- TORRES PÉREZ, A., *Conflicts of Rights in the European Union*, Oxford University Press, Oxford, 2009.
- ULLAH, A. y UZAIR, S., «Basic Structure of Constitution: Impact of Kesavananda Bharati on Constitutional Status of Fundamental Rights», en: *South Asian Studies*, 2, XXVI, julio, 2011.
- VAUCHEZ, A., «The Transnational Politics of Judicialization. Van Gend en Loos and the Making of EU Polity», en: *European Law Journal*, 1, XVI, diciembre, 2010), pp. 1-28.
- VILLAGRÁN, C.; VEÇOSO, F., «A Human Rights Tale of Competing Narratives», en: *Revista Direito e Práxis*, 2, VIII, 2017, p. 1604.
- VON BOGDANDY, A., «Pluralism, Direct Effect, and the Ultimate Say on the Relationship between International and Domestic Constitutional Law», en: *International Journal of Constitutional Law*, 2-4, VI, 2008, pp. 397-413.
- VON BOGDANDY, A.; FERRER, E.; MORALES ANTONIAZZI, M., eds., *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?*, Tomos I y II, MPIL-UNAM, Ciudad de México, 2010.
- VON BOGDANDY, A.; FERRER, E.; MORALES ANTONIAZZI, M.; PIOVESAN, F.; SOLEY, S., eds., *Transformative Constitutionalism in Latin America: The Emergence of a New Ius Commune*, Oxford University Press, Oxford, 2017.
- VON BOGDANDY, A.; FIX-FIERRO, H.; MORALES ANTONIAZZI, M. (eds.), *Ius constitutionale commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos*, UNAM-MPIL-IIDC, Ciudad de México, 2014.

WEILER, J. H. H., «Fundamental Rights and Fundamental Boundaries: Common Standards and Conflicting Values in the Protection of Human Rights in the European Legal Space», en: KASTORYANO, R., ed., *An Identity for Europe: The Relevance of Multiculturalism in EU Construction*, Palgrave Macmillan, Nueva York, 2009, p. 94.

WHYTE, R., «2019, A Year of Democratic Setbacks and Popular Protest», Disponible en <https://www.democracywithoutborders.org/12764/eiu-report-2019-a-year-of-democratic-setbacks-and-popular-protest/>

IMPACTO Y DESAFÍOS A MEDIO SIGLO DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. En su condición de obra colectiva elaborada para conmemorar los 50 años de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el texto aborda algunos de los principales hitos alcanzados a partir de la aplicación de ese instrumento internacional de protección en la región latinoamericana.

De ahí que las contribuciones incluidas en el texto versan, fundamentalmente, acerca de los orígenes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y su aplicación por parte de su intérprete supremo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en temas como derechos económicos sociales y culturales, independencia judicial, Estado de Derecho y control de convencionalidad.

Por su contenido, se trata de un estudio crítico acerca del trabajo desempeñado, en medio siglo, por el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Pero es, a un mismo tiempo, un amplio espacio de discusión acerca de los desafíos futuros de ese sistema.

Es, en suma, una obra cuya mirada retrospectiva permite también profundizar en los «momentos» presente y futuro de los derechos humanos en América Latina.

