

GOBERNAR DESDE ABAJO: DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD A LA INSTRUMENTALIZACIÓN DE LA INVERSIÓN ESTRUCTURAL DE LA PIRÁMIDE KELSENIANA¹

Por Norberto E. Garay Boza*

RESUMEN: El control de convencionalidad, creado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es una plataforma desde la cual se pueden vislumbrar nuevas maneras de pensar al derecho, exponiéndose acá una de ellas, específicamente un modelo mediante el cual normas de rangos inferiores puedan tener validez constitucional o supraconstitucional por su compatibilidad con el derecho internacional de los derechos humanos, tal modelo se denomina *inversión estructural de la pirámide kelseniana*.

PALABRAS CLAVE: Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Convención Americana de Derechos Humanos, Control de Convencionalidad, Pirámide de Kelsen.

ABSTRACT: The conventionality control established by the Inter-American Court of Human Rights is a platform from which we can envision new ways of thinking the Law, and we expose here one of them, specifically a model whereby lower-rank norms may have constitutional or supra-constitutional validity, because of their compatibility with International Human Rights Law. Such model is called here the structural reversal of Kelsen's pyramid.

KEYWORDS: International Law of Human Rights, American Convention of Human Rights, Conventionality Control, Kelsen's Pyramid.

Fecha de recepción: 19 de junio de 2015.

¹ Este artículo fue publicado primeramente en Int. Am. & Eur.Hum.Rts.J / Rev.Int.Am.& Eur.D.H, V. 5, No. 1-2, 2012, Universidad de Gante, Bélgica, pp. 124-147.

Fecha de aprobación: 6 de Julio de 2015.

1. INTRODUCCIÓN

El mejor conocimiento no es el que se aprende, sino el que está por venir, cuyo germen yace en instituciones, en conceptos que se toman como acabados, en lúdicas imaginaciones que creen que es posible pensar de otra forma y que, de manera inédita, muestran a ese conocimiento quizá fluido, apacible y llevadero, o bien farragoso, revoltoso y desgarrador, pero en ambos casos será novedoso y con aspiraciones a alcanzar la realidad, tal y como se pretende en este artículo.

El control de convencionalidad, en tanto figura novedosa creada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos -o también referida como Corte IDH- en el Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile,² marcó no solo una nueva manera de concebir el control normativo, sino que planteó nuevas formas de concebir el derecho y que aún no han sido lo suficientemente problematizadas. Uno de estos aspectos no abordados, se relaciona con el valor de las normas inferiores a nivel nacional que, pese a ser contrarias al resto del ordenamiento jurídico interno, podrían ser plenamente compatibles con la Convención Americana sobre Derechos Humanos -también nombrada como CADH-, posibilidad que plantea la siguiente dificultad: desde la lógica del control de convencionalidad ¿qué implicaciones tendría para la producción normativa la compatibilidad de una norma infraconstitucional o infralegal con la CADH pese a ser contraria a sus normas nacionales superiores? ¿Cuáles serían las implicaciones de tal compatibilidad para la concepción positivista de la estructura del ordenamiento jurídico? Será propósito de este artículo

^{2*} Licenciado en Derecho por la Universidad de Costa Rica, Especialista en Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Universidad de Buenos Aires, Argentina. M.Sc. en Criminología por la U.N.E.D. Egresado la Maestría en Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la Universidad de Buenos Aires. Doctorando del Programa en Estudios de la Sociedad y la Cultura, Universidad de Costa Rica y del Doctorado en Derecho Constitucional de la Universidad de Buenos Aires. Ha sido letrado de la Sala Constitucional y de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Costa Rica, Defensor Público del Poder Judicial de Costa Rica. Becario académico de la Organización de Estados Americanos 2011-2012. Correo electrónico: ngaray7@gmail.com

Corte IDH (Sentencia) 26 de septiembre de 2006, *Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*, párr. 124.

contestar a estas preguntas que hasta ahora quizá han sido abordadas incompletamente,³ siendo esta la ocasión para darles respuestas más acabadas e operativas.

Este artículo se dividirá en dos grandes apartados. Primeramente, se abordarán de manera específica cuestiones atinentes a la producción normativa en el esquema kelseniano dominante. En segundo lugar, tomando como base las dificultades referidas en el apartado precedente, se replanteará el funcionamiento de la pirámide kelseniana, en particular su relación con la producción normativa, haciéndola plenamente compatible con las consecuencias del control de convencionalidad.

2. LA ESTRUCTURA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO: BREVE REFERENCIA ACERCA DE SU FUNCIONAMIENTO ACTUAL

Kelsen, refirió que “... si la norma fundamental es supuesta válida, el establecimiento de la primera Constitución y los actos cumplidos conforme a ella tienen significación de normas válidas”⁴, consideración que sumada a que tal norma “...se encuentra solamente en la base del derecho internacional...”⁵ le llevó a concluir que “...[e]l principio de efectividad, tal como es conocido por el derecho internacional, sólo se aplica de modo inmediato a la primera Constitución de un orden jurídico nacional, es decir, a un orden considerado en su conjunto y no a cada una de sus normas tomadas aisladamente...”⁶, conclusión que le permitía mantener la lógica de su modelo, en particular al sostener la determinación de la norma superior sobre la inferior⁷.

³ Estos planteamientos, fueron mencionados incipientemente con relación al hacinamiento penitenciario en Latinoamérica en una investigación anterior, no obstante, la solución dada quedó pendiente de una adecuada instrumentalización, carencia que en este artículo se pretende corregir. Respecto al estudio referido consúltese N. Garay Boza, “Los espacios invisibles en América Latina: análisis del hacinamiento penitenciario en Costa Rica para la inversión estructural de la pirámide kelseniana como modelo de tutela efectiva de los derechos humanos”, 55 *Revista IIDH* (2012), pp. 13-55.

⁴ H. Kelsen, *Teoría pura del derecho* (Buenos Aires, Eudeba 2010, 4ta ed.) p. 114.

⁵ Kelsen, *supra* n.3, p. 117.

⁶ *Ibid.*, p. 117.

⁷ Al respecto, Kelsen afirmó lo siguiente: “...La Constitución puede también determinar el contenido de ciertas leyes futuras al prescribir o prohibir tal o cual contenido... Inmediatamente después de la Constitución encontramos las normas generales emanadas del procedimiento legislativo, las cuales determinan no sólo los órganos y el procedimiento, sino también y sobre todo el contenido de las normas individuales que han de ser dictadas por las autoridades judiciales y administrativas...”. (Kelsen, *supra* n.3, p. 119).

La pirámide kelseniana, heredera del sistema escalonado de Merkl,⁸ al apoyar una estructura del orden jurídico fundamentada en la determinación de las normas superiores a las inferiores, sustenta la noción merklina según la cual “...la proposición jurídica no puede ser pensada sin la proposición jurídica precedente, pues a ella debe su validez, se puede calificar a ésta como superior y a la proposición jurídica dependiente como inferior... La cadena de proposiciones jurídicas determinantes y determinadas se muestra, por tanto, como una cadena de rango, como una jerarquía de actos superiores e inferiores, por hablar en términos figurativos.”⁹ De esta forma, la concepción imperante en torno a la estructura jurídica, para que sea consecuente con la determinación normativa debe reducir la posibilidad de contradicciones entre las normas y, en caso de existir, se podrá seguir el procedimiento respectivo dado a los “...casos especiales de oposición que puede existir entre una norma superior y una norma inferior...”¹⁰

La noción determinista tomada por Kelsen para representar la estructura jerárquica del orden jurídico, valida así otras nociones cuya fortuna no sería precisamente la más favorable para la tutela de los derechos humanos, en particular aquella según la cual “...se puede afirmar que una ley constitucional tiene más rango que una ley ordinaria, que una ley es de mayor rango que un reglamento de ejecución, que el acto de última instancia es de mayor rango que el de primera instancia. Pero carecería absolutamente de sentido conceder al proyecto de ley “un mayor rango” que al acto parlamentario de aprobación o imputar a la apertura de una fase de la actuación judicial un rango más alto que el cierre de esa fase. ...”,¹¹ de esta forma, tal concepción encierra la lógica de que la determinación de la norma superior sobre la inferior, hace que esta última no pueda prevalecer sobre la primera, aun y cuando pueda ser más protectora de los derechos humanos que su predecesora, pues eso no podría contemplarse desde la óptica de la determinación normativa escalonada. Este modelo positivista e imperante, es graficado de la siguiente manera:

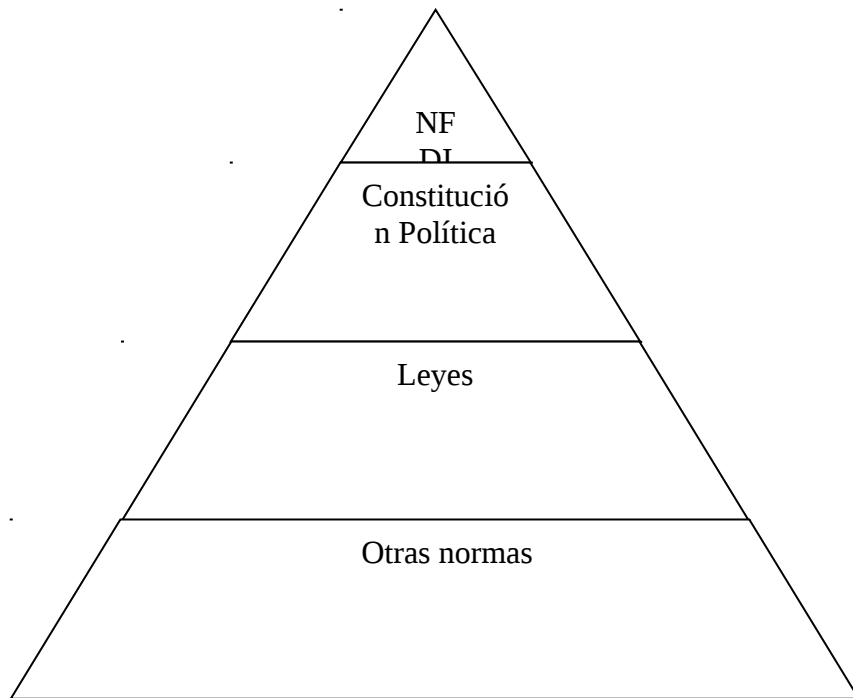
⁸ H. Kelsen, *Teoría General del Estado*. (Editora Nacional Edial, México 1957) p. 305.

⁹ A. Merkl, “Prolegómenos a una teoría de la estructura jurídica escalonada del ordenamiento (II)”, 3 *Revista de Derecho Constitucional*, 1931 (2005) p. 304.

¹⁰ Kelsen, *supra* n.3, p. 168.

¹¹ Merkl, *infra* n. 8, pp. 313-314.

Gráfico 1
Pirámide kelseniana¹²



El sistema escalonado empleado en la pirámide kelseniana, ejerce una tarea de delimitación de la norma superior sobre la inferior, así, “...*el derecho internacional delimita el ámbito material de la validez de los órdenes jurídicos nacionales, pues sus propias normas; y especialmente las que son creadas por tratado, pueden tener cualquier contenido... Un orden jurídico nacional puede, pues, regular cualquier materia con la única reserva de las restricciones impuestas por el derecho internacional*”,¹³ no obstante, no se plantea la posibilidad de que la norma inferior no alcance los márgenes de la delimitación

¹² Las siglas NFDI en el área superior de la pirámide significan Norma Fundamental del Derecho Internacional.

¹³ Kelsen, *supra* n.3, p. 171.

realizada por su predecesora normativa, sin que por ello exista una oposición entre ambas, es decir, de alguna manera habría una omisión de la norma inferior, eventualidad que en sí no representa un punto de quiebra para la pirámide kelseniana, pese a ello, si se considera que esa norma inferior, podrá ser a su vez superior de otra, la situación podría cambiar, en el tanto podría suceder que esta última exceda la delimitación de su superior inmediata, pero al mismo tiempo ser totalmente compatible con la norma superior que determinó a su predecesora. Por ejemplo, supóngase que una norma constitucional está delimitada por una norma del derecho internacional, de tal forma que la norma constitucional sin exceder la delimitación de su superior, no tuteló algún derecho humano específico protegido por la norma del derecho internacional, no obstante, una ley sí salvaguardó tal derecho. En este supuesto, la ley poseería un extremo defectuoso respecto a la Constitución, pero plenamente compatible con la norma del derecho internacional, posibilidad que bajo el prisma positivista además de inviable, podría representar un caso de oposición entre norma superior e inferior, cuya suerte sería trágica para los derechos humanos, pues implicaría la potencial anulabilidad de la norma legal en cuestión.¹⁴

Desde la óptica kelseniana, la relación de delimitación que pesa sobre la norma inferior hace que esta solo pueda optar por dos alternativas: ser válida no anulable por su compatibilidad con la norma superior, o ser anulable por la ausencia de tal compatibilidad, “...*No hay tercera posibilidad...*”¹⁵, sentenciaba Kelsen, sentando así las premisas básicas que cercarían gran parte del pensamiento jurídico contemporáneo. Sin embargo, si ese límite positivista pudiese ser borrado del imaginario jurídico, ¿cuáles serían sus implicaciones? Si las premisas fueran erradas, ¿cómo incidiría eso sobre las conclusiones? O para los efectos de este texto, si el determinismo escalonado yacente en la pirámide kelseniana no fuese la premisa, ¿cómo afectaría en la tutela normativa de los derechos humanos? La respuesta a esta pregunta se desarrollará mediante la implementación de la *inversión estructural de la pirámide kelseniana* como consecuencia de la lógica latente en el control de convencionalidad.

¹⁴ Kelsen, *supra* n.3, p.124.

¹⁵ *Ibid.*, p. 125.

3. LA INVERSIÓN ESTRUCTURAL DE LA PIRÁMIDE KELSENIANA: ACERCA DE LA ELABORACIÓN DE UN MODELO DE TUTELA DE LOS DERECHOS HUMANOS

La lógica escalonada merkliana,¹⁶ marcó las pautas que han estructurado al ordenamiento jurídico, sentando así la plataforma sobre la que se erigió la pirámide kelseniana, que como modelo vigente hasta la actualidad estima que *“Una ciencia normativa no puede admitir contradicción entre dos normas que pertenecen al mismo sistema...”*,¹⁷ toda vez que *“...una contradicción entre la norma inferior y el primer término de la alternativa planteada por la norma superior sólo existe a partir del momento en que ha sido comprobada por la autoridad competente, siguiendo el procedimiento prescrito. Si un simple particular pretende que hay una contradicción, ésta no tiene ninguna importancia en el sistema del derecho...”*,¹⁸ dejando de lado posibilidades desde las cuales representaciones de particulares puedan promover contradicciones entre sistemas normativos internos con finalidades reivindicativas de los derechos humanos, propósito de la *inversión estructural de la pirámide kelseniana*, por ende, tal inversión se erige como un atentado directo contra la concepción imperante del sistema jurídico.

Este apartado se avocará a la explicación de la *inversión estructural de la pirámide kelseniana*, tanto desde su perspectiva teórica como modelo viable, como acerca de la plataforma institucional necesaria para su efectividad.

3.1. LA INVERSIÓN ESTRUCTURAL DE LA PIRÁMIDE KELSENIANA: EXPLICACIÓN DE UN MODELO PARA GOBERNAR DESDE ABAJO

La *inversión estructural de la pirámide kelseniana*, podría ser definida incipientemente como un modelo que permite repensar el funcionamiento del orden jurídico/normativo, de manera tal que las normas prevalecerán no por su rango jerárquico tal y como lo concibe el esquema positivista, sino más bien por su mayor compatibilidad con el derecho internacional de los derechos

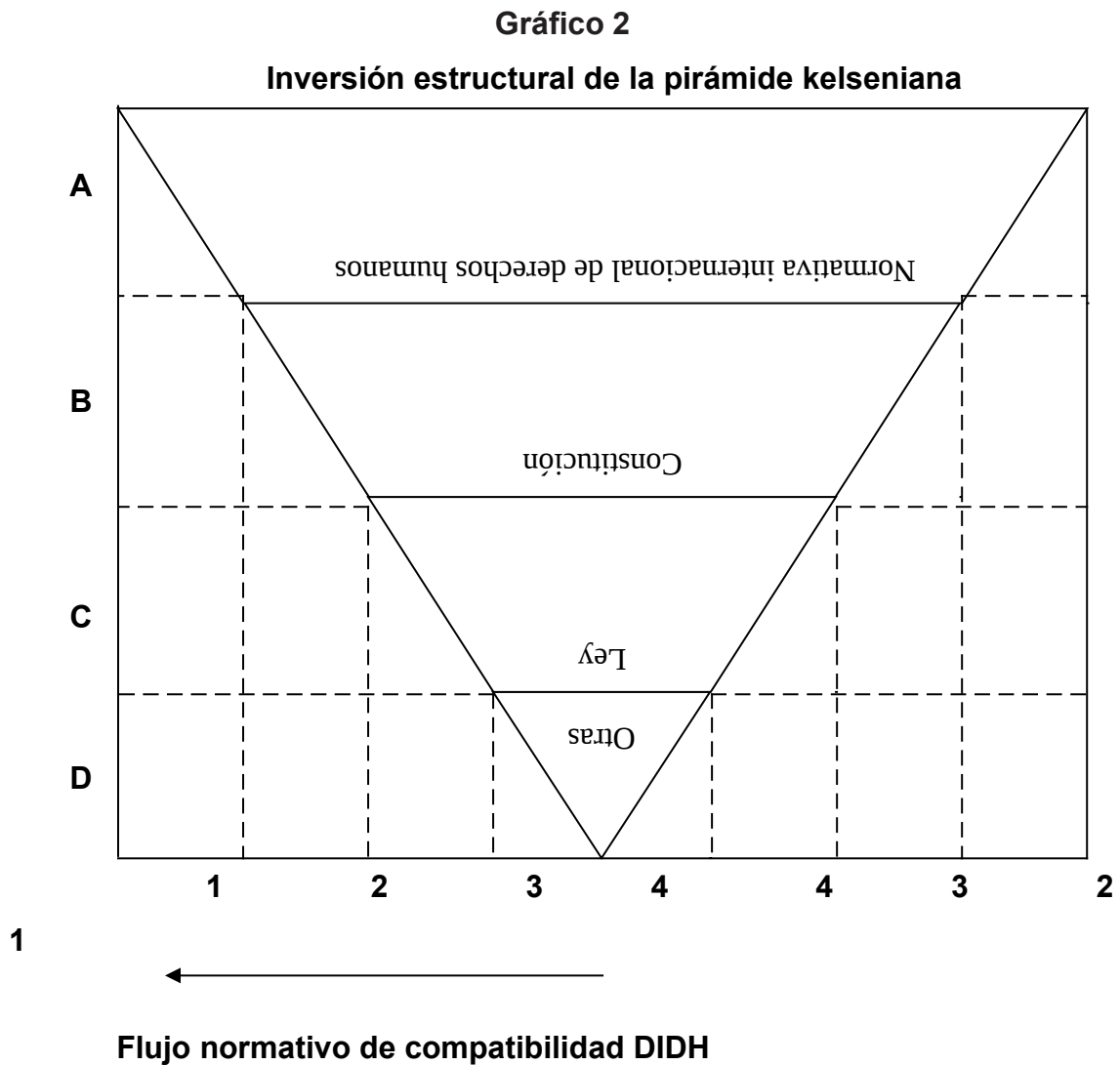
¹⁶ Merkl, *infra* n. 8, p. 301-324.

¹⁷ Kelsen, *supra* n.3, p. 126.

¹⁸ *Ibid.*, p.126.

humanos, asimismo, la dinámica de determinación de la norma superior sobre la inferior, podrá darse tal y como acontece en la pirámide kelseniana, no obstante, permite la posibilidad de que la norma inferior sea materialmente más amplia que la superior –nacional- y concordante con el derecho internacional de los derechos humanos, pues en el modelo invertido la norma superior no sólo abarca los posibles contenidos de la inferior, sino que también los supera, de tal suerte que la norma inferior bien puede superar los alcances de su predecesora inmediata en el tanto coincida con la delimitación de la norma antecesora de aquella. Esta definición amerita una explicación más minuciosa.

La inversión piramidal, puede graficarse de la siguiente manera:



La *inversión estructural de la pirámide kelseniana*, además de encontrar sus bases en el principio de progresividad de Nikken¹⁹ y en el control de convencionalidad creado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos²⁰, posee particularidades que brindan a la tutela y promoción de los derechos humanos posibilidades hasta ahora inéditas, en tal sentido, el modelo propuesto aborda los conflictos del derecho como una suerte de restauración rectificadora.

3.1.1) EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y EL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD: LAS BASES JURISDICCIONALES Y EPISTÉMICAS PARA LA INVERSIÓN ESTRUCTURAL DE LA PIRÁMIDE KELSENIANA

La posibilidad de que se construyan normas cuya jerarquía formal sea de las más inferiores y que, pese a ello, puedan tener un valor constitucional o supraconstitucional –según sea el caso-²¹ por su compatibilidad con el derecho internacional de los derechos humanos, no surge de manera espontánea, no es obra de una labor creacionista, antes bien posee bases en dos figuras previas

¹⁹ P. Nikken, “El concepto de derechos humanos”, 1 *Estudios básicos de derechos humanos* (1994), pp. 25-27.

²⁰ Corte IDH (Sentencia) 26 de septiembre de 2006, *Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*, párr. 124. En igual sentido Corte IDH (Sentencia) 24 de noviembre de 2006, *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú*, párr. 128.

²¹ La calificación de constitucional o supraconstitucional, dependerá esencialmente del valor que en el ordenamiento jurídico nacional se le otorgue al derecho internacional de los derechos humanos. Así, por ejemplo, en el caso de Argentina, según se deriva del artículo 75 inciso 22 de su Constitución, en el caso de los tratados internacionales indicados en tal numeral, los mismos tendrán valor constitucional, ya sea por referir lo que estipula la Constitución o bien por complementarla, pero siempre en el mismo rango, distinto sucede en países como Costa Rica, donde se ha indicado que “... los instrumentos de Derechos Humanos vigentes en Costa Rica, tienen no solamente valor similar a la Constitución Política, sino que en la medida en que otorguen mayores derechos o garantías a las personas, priman por sobre la Constitución...”. Así en Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica (Sentencia) 2313-1995 de las 16:18 horas del 09 de mayo de 1995. En igual sentido Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica (Sentencia) 3435-1992 de las 16:20 horas del 11 de noviembre de 1992 y su aclaración 5759-1993 de las 14:15 horas del 10 de noviembre de 1993. Posteriormente, la misma Cámara Constitucional, de manera progresiva ha ampliado los alcances internos de la tutela de los derechos humanos ejercida desde el derecho internacional, indicando lo siguiente: “En este aspecto hay que rescatar la referencia específica que hoy la Constitución hace de los “instrumentos internacionales”, significando que no solamente convenciones, tratados o acuerdos, formalmente suscritos y aprobados conforme al trámite constitucional mismo (tal el caso que ahora nos ocupa), sino cualquier otro instrumento que tenga la naturaleza propia de la protección de los Derechos Humanos, aunque no haya sufrido ese trámite, tiene vigencia y es aplicable en el país”. Así en Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica (Sentencia) 9685-2000 de las 14:56 horas del 01 de noviembre de 2000.

que, pese a dotarle fértilmente de la posibilidad de existir, no le consideraron tal cual. Estas figuras son el control de convencionalidad y el principio de progresividad de Nikken.

En el fallo del Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, dictado el 26 de septiembre de 2006, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, refirió lo siguiente:

“124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato 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. En otras palabras, 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”²²

Nació así el control de convencionalidad, visto desde del prisma del control que al respecto debía ejercer el Poder Judicial; una compatibilidad normativa nacional con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de tal manera, esta figura elaborada determinaba tres cuestiones específicas con respecto a su ejercicio mismo:

1. Órgano encargado de ejercer el control: Poder Judicial.
2. Objeto desde el cual se ejerce el control: primeramente Convención Americana sobre Derechos Humanos, pero, tal y como precisa Sagüés, podría extenderse a “...un tratado como la Convención Americana”... se

²² Corte IDH (Sentencia) 26 de septiembre de 2006, *Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*, párr. 124. En igual sentido Corte IDH (Sentencia) 24 de noviembre de 2006, *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú*, párr. 128.

*aplicaría con relación a cualquier tratado; el Pacto de San José de Costa Rica sería solamente un ejemplo de material normativo controlante.”*²³

3. Objeto sobre el cual se ejerce el control: normas jurídicas internas.

Lo anterior quedó ratificado en el fallo del Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú, donde la Corte IDH consideró que *“...los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” ex officio entre las normas locales y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes....”*²⁴, no obstante, este fallo aclaró que tal control debe ejercerse aun de oficio. Asimismo, deberá considerarse que los efectos del control de convencionalidad –dada la aproximación realizada por la Corte IDH– poseerá diversos efectos según el sistema judicial en el que se aplicó, así, análogamente con el control de constitucionalidad, en caso de darse en un sistema difuso, los efectos deberán ser entre las partes, pero ante el supuesto de un control concentrado –de manera similar a como sucede en sistemas judiciales como el de Costa Rica– lo resuelto podría ser vinculante *erga omnes*. El alcance de sus efectos podría variar según la normativa de cada país, esto dada la ya citada proximidad al control de constitucionalidad, no obstante, la *“...Corte Interamericana de Derechos Humanos no ha aclarado este subtema.”*²⁵

²³ N. Sagüés, “El “control de convencionalidad”, en particular sobre las constituciones nacionales”, 35 *La Ley* (2009), p. 2. En este mismo sentido, se ha referido el Juez Sergio García Ramírez en su voto razonado a la sentencia del caso Trabajadores Cesados del Congreso Vs. Perú, indicando que *“...al referirse a un “control de convencionalidad” la Corte Interamericana ha tenido a la vista la aplicabilidad y aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José. Sin embargo, la misma función se despliega, por idénticas razones, en lo que toca a otros instrumentos de igual naturaleza, integrantes del corpus juris convencional de los derechos humanos de los que es parte el Estado: Protocolo de San Salvador, Protocolo relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, Convención para Prevenir y Sancionar la Tortura, Convención de Belém do Pará para la Erradicación de la Violencia contra la Mujer, Convención sobre Desaparición Forzada, etcétera. De lo que se trata es de que haya conformidad entre los actos internos y los compromisos internacionales contraídos por el Estado, que generan para éste determinados deberes y reconocen a los individuos ciertos derechos.”* Así en Corte IDH (Voto razonado del Juez Sergio García Ramírez) 24 de noviembre de 2006, *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú*, párr. 2.

²⁴ Corte IDH (Sentencia) 24 de noviembre de 2006, *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú*, párr. 128.

²⁵ Sagüés, *infra* n.22, p.2.

El control de convencionalidad, tal y como lo concibió la Corte IDH, tenía marcadas implicaciones judiciales –como deriva directamente de la lectura de los párrafos jurisprudenciales destacados precedentemente–, no obstante, justo como lo refiere Néstor Sagüés, existen otras implicaciones, que pueden ser calificadas como implícitas no solamente que “... *el Pacto está jurídicamente por encima de la Constitución...*”²⁶, sino que además

*“...la norma subconstitucional que efectivice un derecho emergente del Pacto, es jurídicamente válida, aunque colisione con una regla constitucional que impida la vigencia del derecho emergente del Pacto... el “control de convencionalidad” se perfila a la postre, en los veredictos que citamos, como un “control de supraconstitucionalidad”...”*²⁷

Hasta este punto del recuento de las implicaciones del control de convencionalidad, además de resultar innovadoras, parten de una premisa evidente y, como suele suceder, de consecuencias insospechadas. Así, esta premisa está constituida por la normativa nacional sobre la que recaerá el control de convencionalidad, considerada como existente *a priori*, sin cuestionarse ni su origen, ni su rango normativo, ni tampoco los motivos que decidieron que tal norma naciera a la vida jurídica. Es sobre esta premisa que trabaja *la inversión estructural de la pirámide kelseniana*.

Desde el control de convencionalidad, al considerar que las normas nacionales son *válidas* por su compatibilidad con el Pacto de San José e interpretaciones que de tal texto ha realizado la Corte IDH, aun cuando tales normas sean contrarias a otras superiores a ella dentro del orden jurídico nacional, se parte de la idea de su eficacia, toda vez que, tal y como aseveraba Kelsen, “... *La eficacia de una norma es, pues, una condición de su validez.*”²⁸ Así, la consideración de una norma válida también presupone su dictado – mediante un proceso definido al respecto– por parte de un órgano debidamente autorizado para ello, así como su ubicación en un rango jerárquico dentro del orden jurídico.

La estimación de que una norma jurídica interna es válida por su compatibilidad con normas derivadas del derecho internacional de los derechos

²⁶ Ibid., p. 3.

²⁷ Ibid., p. 3.

²⁸ Kelsen, *supra* n.3, p. 32.

humanos, o, en el caso del control de convencionalidad, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, implica que tal norma pueda ser de rango infraconstitucional –inclusive infralegal- y, pese a ello, pueda tener una validez superior jerárquicamente por alguna disposición que respecto a sus normas nacionales superiores presente alguna de las siguientes particularidades:

1. Que el contenido de la disposición de la norma compatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, no lo posean sus normas nacionales superiores, sin que por ello estas últimas sean contrarias a tal instrumento internacional. En este caso, se podría referir a la validez de la norma inferior por **omisión** de la normativa nacional superior con relación a la Convención Americana sobre Derechos Humanos.
2. Que el contenido de la disposición de la norma compatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, no lo posean sus normas nacionales superiores y además estas últimas sean contrarias a tal instrumento internacional. En este caso, se podría referir a la validez de la norma inferior por **contraposición** de la normativa nacional superior con relación a la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Más adelante, se analizarán las implicaciones de la existencia de uno u otro supuesto,²⁹ no obstante, por ahora importa que la norma validada por el control de convencionalidad pudiera ser dictada a sabiendas no solo de tal compatibilidad, sino también con conocimiento de la posible omisión o incompatibilidad del resto de normativa nacional con la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Esta elaboración normativa, dotaría de un nuevo espectro de posibilidades para la tutela de derechos humanos “desde abajo”, en el tanto se abre la posibilidad de que normas no derivadas de una Asamblea Constituyente ni del poder legislativo, puedan tener una validez constitucional o supraconstitucional, eventualidad que es el objetivo mismo de la *inversión estructural de la pirámide kelseniana*.

²⁹ Ver apartado 3.1.3 de este texto.

Las incipientes opciones normativas derivadas para la fundamentación de la *inversión estructural de la pirámide kelseniana*, no hacen que esta última adeude su objeto de aplicación –los derechos humanos- al control de convencionalidad, sino más bien al principio de progresividad como particularidad propia de los derechos humanos, principio que delimita el universo de aplicación del modelo invertido exclusivamente a los derechos humanos.

El principio de progresividad elaborado por Nikken, estima que a partir de una disposición compartida por varios órdenes constitucionales, “...según la cual la enunciación de derechos contenida en la Constitución no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ella...”³⁰, resulta inviable “...hacer distinciones en cuanto al tratamiento y régimen jurídico de los derechos de la naturaleza apuntada con base en el solo criterio de que figuren expresamente o no en la Constitución...”³¹, de tal manera, para determinarles solo se requiere que tal derecho “...pueda ser considerado como “inherente a la persona humana”...”³². Una de las importante conclusiones de Nikken, de suma relevancia para la *inversión estructural de la pirámide kelseniana*, es que el criterio de inherencia para la determinación de los derechos humanos conlleva a que “...los derechos internacionalmente reconocidos deben tener supremacía jerárquica de los derechos constitucionales y estar bajo la cobertura de la justicia constitucional”,³³ corolario al que valdría agregar que, sentada la progresividad característica de los derechos humanos, cuando exista una tutela más amplia o efectiva de los mismos en tratados internacionales respecto a las constituciones nacionales, deberá de optarse por la aplicación de los primeros sobre los segundos, constituyéndose así su mayor rango jerárquico.

Dado que la *inversión estructural de la pirámide kelseniana* procura dar un mayor rango a normas con independencia del nivel que ostentaran en el esquema clásico positivista del orden jurídico, solo las normas referentes a los derechos humanos poseen la versatilidad para tal labor, ello en virtud de que la progresividad como característica esencial les otorga no solo la tutela de la

³⁰ Nikken, *infra* n. 18, p. 25.

³¹ *Ibid.*, p. 26.

³² *Ibid.*, p. 26.

³³ *Ibid.*, p. 26.

justicia constitucional, sino que también abre el portillo de su validez supraconstitucional. Es esta particularidad la que sirve de punto de convergencia entre el modelo invertido y los derechos humanos.

Del análisis conjunto del control de convencionalidad y del principio de progresividad, pueden derivarse los siguientes puntos de importancia fundamental para la *inversión estructural de la pirámide kelseniana*:

1. Que las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos –o normativa del derecho internacional de los derechos humanos en el caso del modelo invertido- deben poseer mínimamente una tutela y control institucional internos.
2. Que tal tutela, por el carácter progresivo de los derechos humanos, puede llegar a otorgar a las normas en derechos humanos un rango constitucional o supraconstitucional.
3. Que el rango de las normas en derechos humanos, deberá determinarse desde el principio de progresividad, lo que significa que desde una perspectiva constitucional y del derecho internacional de los derechos humanos, tal rango jerárquico será constitucional o supraconstitucional.
4. Que el control ejercido sobre las normas internas, se vislumbrará desde su compatibilidad con la Convención Americana sobre Derechos Humanos –o normativa del derecho internacional de los derechos humanos en el caso del modelo invertido-, en el tanto la disposición del caso sea la más garante del derecho humano correspondiente.

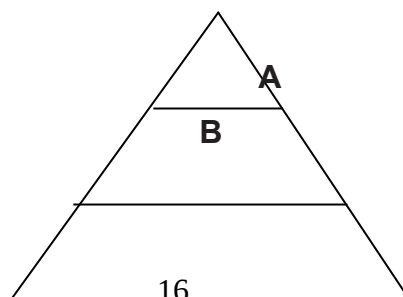
El que el control que se ejerza sobre las normas nacionales se realice desde el prisma de las normas más garantes de los derechos humanos, y que tales normas coincidan con el derecho internacional de los derechos humanos, no solamente brinda una novedad ya anunciada por el control de convencionalidad, sino que además otorga una importante oportunidad para la elaboración vinculante de normas válidas cuya compatibilidad con el derecho internacional de los derechos humanos hará que las mismas deban ser legítimas y eficaces aun y cuando el resto del orden jurídico interno se les contraponga.

La compatibilidad indicada en el párrafo precedente, no puede ser explicada por el modelo clásico positivista, según el cual la norma superior

determinaba –en ocasiones de forma trágica- a su inferior jerárquica. El sistema escalonado merkliano empleado en la pirámide kelseniana, hubiese implicado que la norma inferior fuera anulable por exceder la determinación de su superior, aun y cuando fuese más compatible con la norma superior –posiblemente internacional- a aquella que le precedía de forma inmediata. Nótese que el posible argumento de la anulabilidad de la norma superior nacional, podría no ser tal al contemplar la posibilidad de que quizá la misma no fuera contraria a su superior determinante, sino omisa en algún extremo y que fuera precisamente tal extremo el que regulara la norma inferior nacional.

La posibilidad recién descrita posee dos implicaciones inmediatas. Primeramente, no podría ser explicada adecuadamente por la pirámide kelseniana y el sistema escalonado. En segundo lugar, tal falta de explicación limita nuestra posibilidad para desarrollar la creación de normas estructurales cuyo rango superior-inclusive supraconstitucional- no dependa de otro parámetro que su compatibilidad con el derecho internacional de los derechos humanos. Así, supóngase que existen tres normas, A, B y C (véase gráfico 3), donde A es una norma del derecho internacional de los derechos humanos –norma fundamental en el esquema kelseniano-³⁴ la cual determina a B –Constitución- y esta última delimita a C. En tal esquema, C no podría exceder la determinación de B, salvo que lleve sobre sí el destino de la anulabilidad, e igualmente C no podría ser más compatible con A que B, pues el esquema no contempla esta eventualidad, inviable desde el oasis positivista. Sin embargo, tal y como las implicaciones del control de convencionalidad lo vislumbran, sí existe la posibilidad de que C y A sean compatibles, aun y cuando B pueda no serlo, sin que por ello niegue a A –omisión normativa de B respecto a la determinación de A-. Esta posibilidad no es contemplada por el esquema positivista.

Gráfico 3

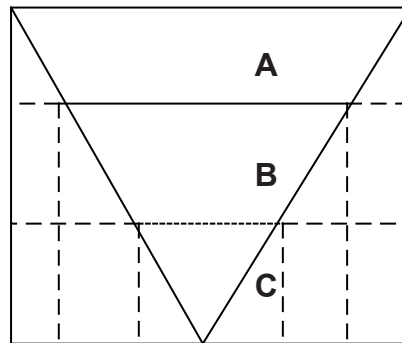


³⁴ Kelsen, *supra* n.3, p. 117.

C

La posibilidad insospechada por el positivismo, indicada en el párrafo antecedente, debe ser así analizada desde otra perspectiva, igualmente deben considerarse sus posibles implicaciones. Al estimar que la norma C es compatible con A, excediendo para ello la determinación realizada por B –en el tanto supera las limitaciones de tal determinación-, el esquema positivista no logra dar una idea de tal eventualidad, en el tanto, empleando la metáfora del sistema escalonado, tal compatibilidad da cuenta una especie de salto escalonado. Se necesitaría un modelo en el que exista la posibilidad apuntada, de tal forma que la compatibilidad entre C y A no conlleve la anulabilidad de B – toda vez que B no niega a A, sino que existe algún punto no regulado por B, que sí regulan A y C-. Este modelo es precisamente la *inversión estructural de la pirámide kelseniana*, y para este ejemplo puede graficarse de la siguiente manera:

Gráfico 4



Este modelo, no omite la posibilidad de que normas inferiores al derecho internacional de los derechos humanos puedan ser más garantes que sus superiores, sino que le contempla como excepción explicable desde el principio *pro hominen* como regla para resolver conflictos entre normas, en particular porque el modelo invertido no solo explica las posibilidades ya apuntadas, sino que también sirve para promover la creación de normas estructurales, es decir,

normas inferiores con validez constitucional o supraconstitucional por su compatibilidad con el derecho internacional de los derechos humanos.

La *inversión estructural de la pirámide kelseniana*, además de servir para graficar la compatibilidad entre normas jerárquicamente inferiores con el derecho internacional de los derechos humanos; más allá de la posible determinación de sus superiores nacionales inmediatas, y aparte de explicar algunas de las implicaciones del control de convencionalidad a la luz del principio de progresividad, también posibilita analizar un corolario ya mencionado anteriormente, sea el de crear normas no derivadas de una Asamblea Constituyente ni del poder legislativo, pese a lo cual puedan ostentar una validez que puede llegar a ser supraconstitucional, posibilidad que incidirá no solamente sobre la concepción del orden jurídico, sino que va más allá e incursiona en el funcionamiento del Estado y la gobernabilidad por parte de grupos desfavorecidos –grupos desaventajados-,³⁵ extremos que si bien no pueden ser abarcados plenamente en este artículo, deben ser estimados como alcances de la implementación del modelo invertido.

Corresponde a los siguientes subapartados, explicar las nociones fundamentales y funcionales de la *inversión estructural de la pirámide kelseniana*.

3.1.2) LA INVERSIÓN ESTRUCTURAL DE LA PIRÁMIDE KELSENIANA: SUS NOCIONES FUNDAMENTALES

Acorde con lo indicado hasta aquí, el modelo invertido replantea nociones básicas de la pirámide kelseniana para una mejor tutela de los derechos humanos por parte de grupos desaventajados, en tal sentido, la inversión piramidal estima que las normas, independientemente de su rango jerárquico, deberán prevalecer en el tanto sean más compatibles con el derecho internacional de los derechos humanos, así, normas internas inferiores –por ejemplo un estatuto- bien podría tener prevalencia supraconstitucional, esto en el tanto posea disposiciones que alcancen –flujo normativo de

³⁵ El concepto de grupos desaventajados es entendido en el sentido que le ha dado Owen Fiss en “Groups and the Equal Protection Clause”. *Philosophy and Public Affairs* (1976), p. 148. Recuperado el 20 de noviembre de 2011 de la siguiente dirección electrónica: <http://www.law.yale.edu/faculty/fisspublications.htm>

compatibilidad DIDH- al espectro de tutela del derecho internacional de los derechos humanos y que ninguna otra norma nacional superior tuviese regulaciones que alcanzaran tal espectro.

La *inversión estructural de la pirámide kelseniana*, posee nociones fundamentales que la particularizan y colaboran a explicar su funcionamiento, siendo estas nociones el objeto específico por desarrollar en esta sección.

3.1.2.1) MODELO ESTRUCTURAL EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

La *inversión estructural de la pirámide kelseniana*, al permitir la creación de normas con validez constitucional o supraconstitucional por su compatibilidad con alguna otra perteneciente al derecho internacional de los derechos humanos, aun y cuando el resto de la normativa nacional fuera contraria o no compartiese las disposiciones de la norma en cuestión, da cuenta de un modelo cuyo abordaje e implicaciones inciden en el manejo estructural del derecho correspondiente.

Tal y como ha referido Saba a propósito del principio de igualdad, para un abordaje estructural “... resulta relevante la incorporación de datos históricos y sociales que dé cuenta del fenómeno de sometimiento y exclusión sistemática a la que se encuentran sometidos amplios sectores de la sociedad. Esta segunda concepción del principio de igualdad ante la ley, relativamente ausente de la discusión constitucional local..., se apoya en la idea de que el derecho no puede ser completamente “ciego” a las relaciones existentes en un determinado momento histórico entre diferentes grupos de personas...”³⁶. En concordancia con tal enfoque, el modelo invertido es calificable de estructural desde dos perspectivas complementarias:

1. Es estructural porque acontece ante situaciones derivadas de dominaciones estructurales, toda vez que solo desde el prisma sociohistórico se pueden originar las confabulaciones para que la normativa nacional no logre alcanzar la tutela propia del derecho internacional de los derechos humanos o, aun más, le contraríe de

³⁶ R. Saba, “(Des)igualdad estructural”, en M. Alegre y R. Gargarella (eds.), *El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario* (Buenos Aires, Lexis Nexis 2007), p. 166.

manera explícita, posibilidad que sin duda alguna resulta fértil para perjudicar sistemáticamente a quienes sean destinatarias y destinatarios del derecho conculcado.

2. Es estructural porque al permitir la posibilidad de que desde los grupos perjudicados se originen normas legítimas compatibles con el derecho internacional de los derechos humanos, ya sea como complemento o como emancipación del resto de normativa nacional y superior, logra incidir de manera directa sobre la dominación estructural respectiva. En este supuesto la norma creada es una norma estructural y procura una emancipación estructural.

La característica estructural de la *inversión estructural de la pirámide kelseniana*, encuentra su complemento teórico al considerar que solamente puede ser creada desde quienes son los sujetos de dominación sistemática.

3.1.2.2) LA NORMA ESTRUCTURAL SE DESTINA A LOS GRUPOS DESAVENTAJADOS

La noción de grupo desaventajado, tal y como le ha definido Owen Fiss, no se delimita solamente por la mera colectividad o suma de sujetos, sino como un grupo social que debe presentar otras dos características. Primeramente, el grupo desaventajado constituye una *entidad*, en el tanto el grupo posee una existencia distinta de la de los miembros que le componen, teniendo así su propia identidad. En segundo lugar, existe una *interdependencia* entre el grupo y sus miembros, de tal manera que la identidad y bienestar de ambos están conectados.³⁷

Las particularidades propias de los grupos desaventajados, son precisamente las que permiten explicar primeramente las formas en cómo se ha desarrollado sistemáticamente su dominación,³⁸ pero es también sobre la base de tales características que se puede plantear la emancipación. En este último sentido, la *inversión estructural de la pirámide kelseniana*, desde una

³⁷ Fiss, *infra* n. 34, p. 148.

³⁸ Un ejemplo de esto es expuesto por Fiss en relación con los afroamericanos como grupos desaventajado en Estados Unidos. Así en Fiss, *infra* n. 34, pp. 150-177.

lógica contrahistórica,³⁹ propicia que la norma estructural emane de los grupos desaventajados, ya sea desde una modalidad representativa del grupo o desde un sistema directo de democracia participativa,⁴⁰ en tal sentido, el modelo invertido permite el gobierno desde abajo, tanto desde la base de la estructura del orden jurídico, como desde los estratos que por cuestiones estructurales han sido dominados y desposeídos de un poder de cambio, dotándoles así de una mayor capacidad de agencia. Igualmente, tal y como la práctica normativa lo demuestra, también existe la posibilidad de que la norma estructural no emane desde los grupos desaventajados, pero necesariamente les tendrá como destinatarios, eventualidad que no menoscaba la opción del gobierno desde abajo sustentado en la inversión piramidal.

3.1.2.3) CRITERIO DE COMPATIBILIDAD SUSTANCIAL CON OTRAS NORMAS SUPERIORES EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

En el modelo invertido, para que la norma tenga un valor constitucional o supraconstitucional, se requiere que tanto dicha norma como el orden jurídico nacional presenten las siguientes condiciones respecto al derecho internacional de los derechos humanos:

Condición 1. Que las normas superiores a la norma estructural sean omisas o contrarias a una disposición determinada del derecho internacional de los derechos humanos.

Condición 2. Que la norma –estructural- sea plenamente compatible con la norma del derecho internacional de los derechos humanos en los extremos omitidos o contrariados por el resto de la normativa nacional.

³⁹ En relación con la noción contrahistórica, se ha referido lo siguiente: “...A esta historia –la oficial- comenzó a oponerse otra: una contrahistoria que es la de la servidumbre oscura, la decadencia, la de la profecía y la promesa; la contrahistoria, también, del saber secreto que hay que recuperar y descifrar y, por último, la de la declaración paralela y simultánea de los derecho y la guerra...”, cuyo propósito “...será mostrar que las leyes engañan, que los reyes se enmascaran, que el poder genera una ilusión y que los historiadores mienten. No será, entonces, una historia de la continuidad, sino una historia del desciframiento, del develamiento del secreto, de la inversión de la artimaña, de la reapropiación de un saber tergiversado o enterrado. Será el desciframiento de una verdad sellada.” M. Foucault, *Defender la sociedad*. (México, Fondo de Cultura Económica 2008) pp. 74 y 73, respectivamente.

⁴⁰ Tal es el caso de la Comunidad Potae Napocná Navogoh, pueblo originario que habita en la provincia de Formosa, Argentina, que ha dictado su Estatuto-Ley Qom, cuya compatibilidad con el Convenio 169 de la OIT, es más afín que el resto de la normativa nacional. Al respecto, puede consultarse el Blog Oficial de tal comunidad originaria desde el siguiente enlace: <http://comunidadlaprimavera.blogspot.com/2011/07/un-momento-historico-para-nuestra.html>

Las particularidades recién referidas, son imprescindibles para la existencia de la norma estructural. De no presentarse la primera condición, la norma estructural carecería de utilidad, de no darse la segunda, no sería una regulación estructural.

3.1.2.4) ESPECTRO DE TUTELA DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

El espectro de tutela del derecho internacional de los derechos humanos (espectro DIDH o simplemente espectro de tutela), es precisamente el contenido normativo emitido desde el derecho internacional y que no es compartido –o bien es contrariado- por la normativa nacional superior a la norma estructural. En la *inversión estructural de la pirámide kelseniana*, el espectro de tutela se circunscribe a toda la columna 1 (casillas A1, B1, C1 y D1) y constituye la meta de la norma en el sentido de la condición 2 indicada en el apartado precedente.

3.1.2.5) FLUJO NORMATIVO DE COMPATIBILIDAD DIDH

El flujo normativo de compatibilidad DIDH, es el movimiento que permite a la norma llegar al espectro de tutela DIDH, así, independientemente de la casilla de la que parta la norma estructural, deberá llegar a la columna 1, solo así habrá conseguido convertirse en norma estructural. De esta manera, en el modelo invertido, en el caso de las normas denominadas como *Otras*, este trayecto se daría si su contenido normativo logró alcanzar el espectro de tutela DIDH, siendo su flujo de compatibilidad el recorrido desde D4 hasta D1 (ver gráfico 2).

3.1.3) EL CONTROL DIDH: ACERCA DE LAS CONSECUENCIAS DE LA NORMA ESTRUCTURAL Y DEL APARATO INSTITUCIONAL PARA LA LEGITIMACIÓN DE LA *INVERSIÓN ESTRUCTURAL DE LA PIRÁMIDE KELSENIANA*

La norma estructural, iniciará su existencia simbólica una vez que haya sido creada acorde con los parámetros de la *inversión estructural de la pirámide kelseniana*, pero solo nacerá a la vida jurídica cuando haya sido legitimada y para ello amerita un soporte institucional inédito.

El sustento institucional requerido para la legitimación de la norma estructural, tendrá como función primordial determinar la compatibilidad DIDH de la regulación respectiva, lo que además conlleva excluyentemente a una de las siguientes implicaciones:

1. Que la normativa nacional superior es omisa respecto al espectro de tutela respectivo. En tal supuesto, la norma estructural correrá una suerte de complemento del orden jurídico nacional, por ende, no será necesario pronunciarse respecto a la anulabilidad de alguna otra disposición.
2. Que la normativa nacional superior sea contraria a lo dispuesto en el espectro de tutela DIDH correspondiente. En tal caso, la norma estructural será enmendadora de los yerros del orden jurídico nacional, resultando necesario pronunciarse acerca de la anulabilidad de la normativa respectiva.

La función e implicaciones del control DIDH, podrán realizarse dentro de la organización estatal, o fuera de ella, lo cual dependerá de estructura normativa e institucional de cada Estado, no obstante, acá se brindan en sentido amplio hipótesis acerca del funcionamiento de ambas posibilidades.

La eventualidad de que el andamiaje normativo e institucional estatal permita que el control DIDH se ejerza en el ámbito nacional, requiere primeramente un órgano necesariamente marcado por su transparencia y compromiso con la protección de los derechos humanos. Siendo el control DIDH propio del modelo invertido y, por ende, basado en antecedentes tales como el control de convencionalidad, sería necesario que tal órgano ostentase carácter jurisdiccional. Las especificaciones orgánicas de tal entidad, serán objeto de regulación propia de cada país, de manera tal que los objetivos del control de supraconstitucionalidad puedan lograrse, adaptándose a las variaciones correspondientes.

En el caso de que el control DIDH pueda ser ejercido fuera del Estado, dado que se requiere de un órgano de carácter jurisdiccional, el control DIDH debería realizarlo un Tribunal Internacional. Las particularidades normativas e institucionales de cada uno de estos tribunales, deberán ser analizadas para contextos específicos, acá tan solo se abarcará el ejemplo del Sistema Interamericano de Derechos Humanos –también nombrado como SIDH-, analizándole como ejemplo viable para el control DIDH supraestatal.

En el SIDH, son dos los órganos principales desde los cuales se podría analizar el posible control DIDH: la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos –también referida como CIDH-, ambas poseen el germen normativo desde el cual sería posible control de supraconstitucionalidad, no obstante, también existen puntos débiles que resulta necesario superar.

En el supuesto de que la Corte IDH ejerciera el control de DIDH de la norma estructural, el mismo podría fundamentarse en el artículo 64.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el cual dispone lo siguiente:

“... 2. La Corte, a solicitud de un Estado miembro de la Organización, podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales.”⁴¹

La disposición recién transcrita, en palabras de Ledesma Fáundez “... *autoriza para emitir su opinión –la de la Corte IDH- sobre la compatibilidad de leyes internas con esos tratados, opinión que en todo caso, por emanar del órgano del cual emana, tampoco puede considerarse como una mera asesoría, carente de obligatoriedad para un Estado parte en la Convención, o para un Estado miembro de la OEA que está considerando ratificar la Convención. En este último caso, la “opinión” recae sobre la legislación interna; pero el pronunciamiento sobre la compatibilidad o incompatibilidad de esa legislación con las obligaciones asumidas por el Estado en el marco de la Convención, tiene un carácter definitivo y concluyente, que el Estado no puede ignorar...”*⁴² De tal forma, la opinión derivada del numeral 64.2 de la Convención, abre un

⁴¹ Convención Americana sobre Derechos Humanos, 22 de noviembre de 1969, 144 U.N.T.S. 123.

⁴² H. Ledesma Fáundez, *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos: aspectos institucionales y procesales* (San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos 2004) p. 991.

portillo para que la Corte IDH ejerza el control DIDH respecto a la norma estructural, no obstante, presenta un problema medular: la consulta debe realizarla el Estado.

La exigencia de que la consulta sea efectuada por el Estado, se erige como un óbice difícilmente esquivable para la efectividad de los propósitos de la *inversión estructural de la pirámide kelseniana*, toda vez que uno de los atractivos del modelo invertido, precisamente consiste en que organizaciones que representen intereses de grupos desaventajados puedan, de manera rápida y efectiva, promover la creación de normas ante la omisión o resistencia estatal, por ende, pese a que la disposición del numeral 64.2 de la CADH sea materialmente compatible con los propósitos de la inversión piramidal, resulta inviable por tal medio promover la legitimación de normas estructurales tal y como son concebidas por el modelo de marras.

En el artículo 41 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, existe otra estipulación con base en la cual se podría plantear el control DIDH desde la CIDH. Tal disposición es la siguiente:

“Artículo 41... La Comisión tiene la función principal de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos, y en el ejercicio de su mandato tiene las siguientes funciones y atribuciones:

...

b. formular recomendaciones, cuando lo estime conveniente, a los gobiernos de los Estados miembros para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos dentro del marco de sus leyes internas y sus preceptos constitucionales, al igual que disposiciones apropiadas para fomentar el debido respeto a esos derechos.”⁴³

La disposición recién indicada, sí permite desde la CIDH promover recomendaciones que ambicionen el ejercicio del control DIDH. En este sentido, el inciso b del artículo 41 de la Convención, posibilita que la CIDH recomiende aspectos propios de compatibilidad de normas estructurales con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esta disposición se termina de perfilar en el numeral 18.b del Estatuto de la CIDH, donde refiere

⁴³ Convención Americana sobre Derechos Humanos, *supra* n. 40..

que las recomendaciones dadas a los gobiernos de los Estados para la adopción progresiva de medidas en favor de los derechos humanos se realicen “...dentro del marco de sus legislaciones, de sus preceptos constitucionales y de sus **compromisos internacionales**...”.⁴⁴

La posibilidad de que el control DIDH se realice desde la CIDH, posee la ventaja de que desde la Convención misma se abre un portillo que permite legítimamente realizar tal función. En tal sentido, correspondería como deber de la CIDH recibir las solicitudes de interpretación normativa por parte de las organizaciones que hayan creado la norma estructural, esperando así la legitimación respectiva. El proceso específico que regule el control DIDH a cargo de la CIDH, debería ser reglamentado –objetivo que excede los alcances de esta investigación-, no obstante, resulta de suma importancia para ello precisamente la base normativa hallada en el artículo 41 de la Convención.

Un posible obstáculo para que el control DIDH sea ejercido directamente por la CIDH, es precisamente el carácter de recomendación estipulado en el artículo 41 inciso b de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pues podría ser interpretado como no vinculante, de tal manera, los Estados podrían ofrecer una resistencia a la legitimación de la norma estructural y, por ende, a su eficacia.

Tanto la Corte IDH como la CIDH, poseen fortalezas y debilidades con relación al ejercicio del control DIDH, de tal suerte que ninguna de las dos, de manera independiente, puede fehacientemente realizarlo, pese a ello, existe una tercera alternativa, la cual se puede ilustrar con dos opiniones consultivas que sirven de antecedentes para evidenciar las posibilidades práctico/institucionales de que el control DIDH sea efectuado en el seno del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Este ejemplo es provisto por la Opinión Consultiva OC-3/83 referente a las Restricciones a la pena de muerte y la Opinión consultiva acerca de la Responsabilidad Internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994), ambas solicitadas por la CIDH.

En el caso de la Opinión consultiva acerca de la Responsabilidad Internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención

⁴⁴ Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, octubre de 1979, art. 18 (resaltado añadido).

(OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994), la CIDH basó su competencia en el artículo 64.1 de la Convención, de tal forma, planteó la consulta a la Corte IDH en sentido amplio, pero hacía referencia a una reforma que se había realizado a la Constitución peruana que ampliaba los casos de aplicación de la pena de muerte. Así, la Corte IDH estimó como competente a la CIDH para realizar la consulta, puesto que no se refería directamente a la declaratoria de compatibilidad de dicha reforma con las normas convencionales.⁴⁵ En tal oportunidad, razonando que “...en ejercicio del mandato que le encomienda el art. 41 de la Convención, la Comisión puede, inter alia, “formular recomendaciones, cuando lo estime conveniente, a los Gobiernos de los Estados miembros para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos dentro del marco de sus leyes internas y sus preceptos constitucionales”, la Corte consideró que, en tales circunstancias, recurrir a su competencia consultiva, podía y debía, resultar un valioso apoyo para el cumplimiento de las funciones de la Comisión.”.⁴⁶ Este criterio había sido desarrollado poco más de 11 años antes, en la Opinión Consultiva OC-3/83 referente a las Restricciones a la pena de muerte, en la cual la CIDH realizó la consulta de manera genérica, pero haciendo referencia a una reforma normativa según la cual el gobierno de Guatemala ampliaba los casos de aplicación de la pena de muerte, en este caso la Corte IDH estimó que el supuesto planteado por la CIDH era incompatible con la Convención –vía artículo 64.1 del mismo instrumento internacional-, y con base en ello, “... Guatemala amoldó su comportamiento a lo dicho por la Corte en su opinión consultiva sobre las restricciones de la pena de muerte...”.⁴⁷ De estos antecedentes, deriva fluidamente la tercera posibilidad para el ejercicio del control DIDH, basta para ello estructurarlo de la siguiente manera:

a) Una vez elaborada la norma estructural, con base en el artículo 41 de la CADH, se enviará una solicitud a la CIDH para que analice la compatibilidad de tal norma con el derecho internacional de los derechos humanos sobre el resto de la normativa nacional.

⁴⁵ Corte IDH (Opinión consultiva) 9 de diciembre de 1994, OC-14/94, Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (Arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos)

⁴⁶ Ledesma Fáundez, *supra* n. 40, p. 971.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 991.

b) De estimar que efectivamente la norma estructural es más compatible con el derecho internacional de los derechos humanos que el resto de la normativa nacional –ya sea por omisión o contradicción de esta última con tal rama del derecho internacional-, la CIDH, para elaborar la recomendación respectiva, con base en el artículo 64.1 de la Convención, realizará una opinión consultiva a la Corte IDH –tal y como lo realizó en los antecedentes referidos de previo-, en el sentido de si dicha compatibilidad es compartida por tal tribunal.

* El objetivo primordial de esta opinión consultiva, será superar el posible obstáculo del calificativo de “recomendación” de la CIDH, pues al mediar de manera directa un criterio de la Corte IDH, su criterio no podrá estimarse simplemente como asesor, máxime que en la práctica de estas opiniones consultivas los Estados han acostumbrado su acatamiento.

c) Una vez recibida la Opinión Consultiva propiamente dicha, con base en el criterio de la Corte IDH, corresponderá a la CIDH emitir su criterio formal y específico acerca de la compatibilidad DIDH de la norma estructural, dotada ahora sí de una mayor vinculación por basarse el control DIDH en la opinión de la Corte IDH.

La opción recién planteada como posible instancia desde la cual se puede ejercer el control DIDH, ofrece como ventaja el que se podría realizar con base en las normas ya existentes y, además, que la legitimación de la norma estructural emanaría de autoridades internacionales cuyo reconocimiento estatal ya existe. Sin embargo, tal y como la práctica lo ha demostrado, los trámites efectuados tanto en la CIDH como en la Corte IDH, suelen verse agobiados por el paso del tiempo, situación que conllevaría la postergación de eficacia de la norma estructural, constituyendo así una desventaja de tal instancia.

El que el control DIDH se pueda ejercer dentro o fuera de la organización estatal, dependerá de cada caso en particular, pero en cualquiera de ellos, se deberá velar porque la legitimación de la norma estructural sea lo más pronta posible, evitando así que dentro del aparato estatal se maximicen las violaciones a derechos humanos por el desamparo normativo.

La inversión estructural de la pirámide kelseniana, brinda una nueva herramienta para que desde la producción normativa se promueva un sistema que facilite “gobernar desde abajo”, con este modelo no se pretende incentivar una especie de reduccionismo jurídico, como si desde la sola creación de una norma se pudiese cambiar a la realidad entera, no obstante, tampoco se desconoce la importancia que para las democracias de los pueblos representan sus ordenamientos jurídicos y es precisamente respecto a tal relevancia que la inversión piramidal aporta una nueva manera de pensar el derecho. En este artículo se ha implementado al modelo invertido desde un sistema normativo positivo, no obstante, no se desconocen otras realidades normativas distintas, como podrían serlo ciertas normas consuetudinarias de los Pueblos Originarios, pese a ello, se estima que el mismo modelo podría aplicarse a tales posibilidades, no sólo desde su concepción interna, sino también –y quizá de manera más resguardada y protectora de los derechos humanos de las comunidades indicadas- con relación a su interacción normativa desde contextos interculturales, no obstante, tal precisión deberá ser analizada en otro estudio, pues excede los alcances del presente artículo.

El pensamiento kelseniano ha atravesado nuestras formas de ver el cosmos de lo jurídico, desde que la Teoría Pura del Derecho conoció al mundo han acontecido muchas cosas, la humanidad ha sido golpeada por la Segunda Guerra Mundial, por crisis económicas, varias dictaduras han nacido y otras tantas han muerto, ante nuestros ojos han emergido nuevos sistemas económicos, nuevas formas de comunicarnos y de acceder a la información, muchas y muchos han abierto los ojos y los han cerrado para siempre, y dentro de todos estos cambios la estructura del ordenamiento jurídico, tal y como la describió Kelsen, sigue vigente. Lo propuesto en estos párrafos, no pretende de manera ilusa acabar drásticamente y categóricamente con aquello que ha permanecido incólume durante el paso de tanto tiempo, pero tampoco cierra la posibilidad de pensar de otra forma, inclusive tampoco abandona la esperanza de que herramientas como la acá sugerida puedan aplicarse y mejorar la realidad, después de todo, como anunciaba Nietzsche, *“los pensamientos que estremecen al mundo llegan a paso de paloma...”*.

4. CONCLUSIONES

El control de convencionalidad, tal y como ha sido concebido por la Corte IDH, ha brindado no sólo una nueva herramienta de control normativo, sino que ha abierto un innovador espectro con relación a la producción de las normas, caminos plasmados en el centro duro del SIDH cuyo caminos recién se comienzan a transitar.

Una de las aristas prácticas del control de convencionalidad, es presentada por la posibilidad de que normas nacionales de los rangos más bajos de la estructura del ordenamiento jurídico, puedan ser compatibles con tratados internacionales de derechos humanos –justo como la CADH- pese a que el resto de normas nacionales superiores no tengan tal compatibilidad, dotando así de un valor constitucional o supraconstitucional –según sea el caso- a dicha norma, la cual es calificada acá como estructural. Esta posibilidad, respaldada en la lógica del control normativo creado por la Corte IDH, se denomina *inversión estructural de la pirámide kelseniana*, ello no solo por las implicaciones que presenta para el esquema kelseniano tradicional, sino también por la capacidad emancipatoria que otorga a grupos desaventajados en el sentido de Owen Fiss, una capacidad para “gobernar desde abajo”.

El modelo de *inversión estructural de la pirámide kelseniana*, requiere de un aparato institucional para poder ser aplicado. Este aparato, necesariamente jurisdiccional, podrá ser nacional o internacional y su objetivo principal será la legitimación de la norma estructural. El andamiaje nacional para la creación de un tribunal que legitime a la norma estructural, deberá plantearse desde las posibilidades normativas internas correspondientes, en el caso de que sea internacional igualmente deberá tomar en cuenta las posibilidades institucionales y normativas que brinden un andamiaje apto para la aplicación del modelo invertido, por ejemplo, en el SIDH dicha estructura estaría dada por un trámite que se origine desde la CIDH en asocio con la Corte IDH – especialmente fundamentados en el artículo 64 de la CADH-, de manera tal que la Corte IDH pueda referirse a la compatibilidad de la norma estructural y su criterio sea retransmitido por la CIDH. Tal proceso es denominado control DIDH –derecho internacional de los derechos humanos-.

