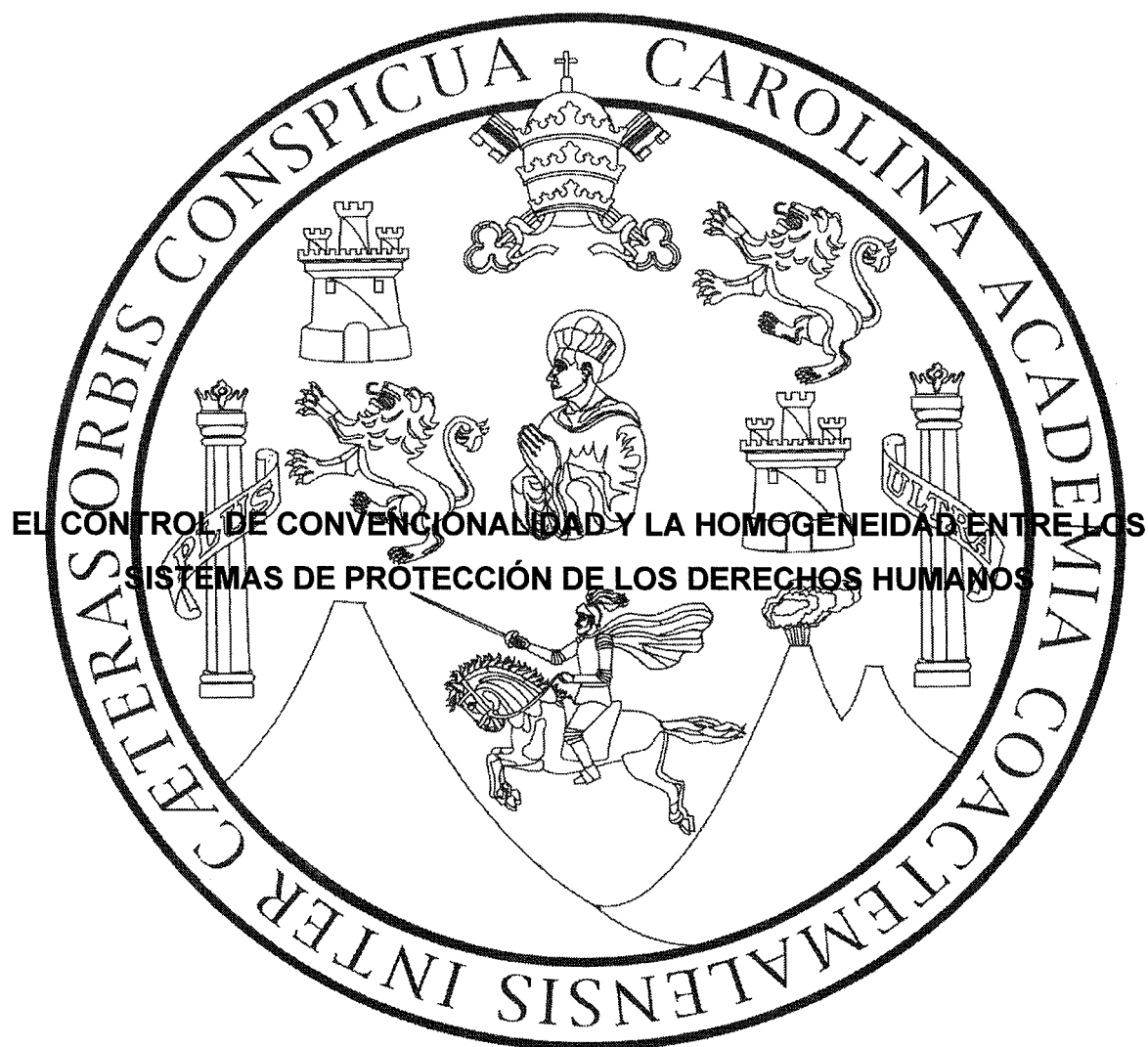


**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

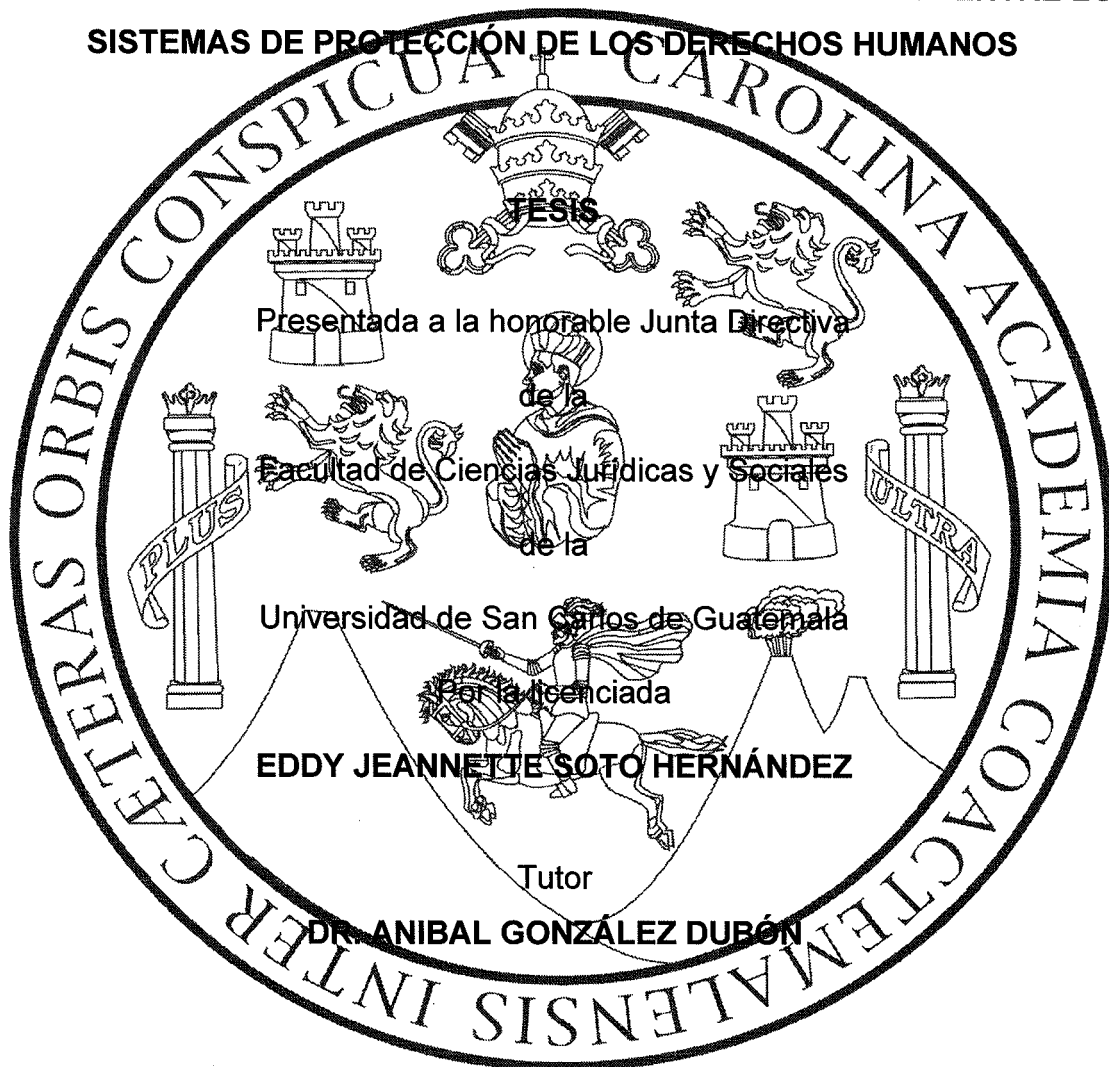


LCDA. EDDY JEANNETTE SOTO HERNÁNDEZ

GUATEMALA, FEBRERO DE 2024

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL**

**EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y LA HOMOGENEIDAD ENTRE LOS
SISTEMAS DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS**



Previo a conferírsele el Grado Académico de

**MAESTRA EN DERECHO CONSTITUCIONAL
(Magister Scientiae)**

Guatemala, febrero de 2024

**HONORABLE JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

DECANO:	M.Sc.	Henry Manuel Arriaga Contreras
VOCAL I:	Lcda.	Astrid Jeannette Lemus Rodríguez
VOCAL II:	Lic.	Rodolfo Barahona Jácome
VOCAL III:	Lic.	Helmer Rolando Reyes García
VOCAL IV:	Br.	Javier Eduardo Sarmiento Cabrera
VOCAL V:	Br.	Gustavo Adolfo Oroxom Aguilar
SECRETARIA:	Lcda.	Evelyn Johanna Chevez Juárez

CONSEJO ACADÉMICO DE ESTUDIOS DE POSGRADO

DECANO:	M.Sc.	Henry Manuel Arriaga Contreras
DIRECTOR:	Dr.	Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
VOCAL:	Dr.	Nery Roberto Muñoz
VOCAL:	Dr.	Carlos Estuardo Gálvez Barrios
VOCAL:	Dr.	William Enrique López Morataya

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN PRIVADO DE TESIS**

PRESIDENTE:	Dr.	Luis Ernesto Cáceres Cabrera
VOCAL:	Dr.	Saúl González Cabrera
SECRETARIO:	Dr.	Anibal González Dubón

RAZÓN: «El autor es el propietario de sus derechos de autor con respecto a la tesis sustentada». (Artículo 5 del Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, Escuela de Estudios de Posgrado).

Guatemala, 6 de noviembre de 2023

Doctor:
Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
Director de la Escuela de Estudios de Posgrado
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
-USAC-

Distinguido doctor Cáceres Rodríguez:

Con base en su solicitud expresa en la carta a mi persona con fecha veintitrés de agosto de dos mil veintitrés, en donde se me pide dictamen gramatical; y, según los Artículos 7, 9 y 21 del Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado de la Escuela de Estudios de Posgrado, de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

Le informo que la licenciada: **EDDY JEANNETTE SOTO HERNÁNDEZ**, de la **Maestría en Derecho Constitucional**, ha realizado las correcciones y recomendaciones de ortografía, redacción y estilo, a su trabajo de tesis, cuyo título final es: **EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y LA HOMOGENEIDAD ENTRE LOS SISTEMAS DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS**.

Asimismo, manifiesto que se ha utilizado un léxico adecuado a los requerimientos de una investigación científica, que llene las exigencias de la técnica jurídica y los principios exegéticos y hermenéuticos de la ciencia del Derecho. Esto, en consonancia con las normas, consideraciones y recomendaciones de la Real Academia Española, para utilizar el lenguaje de manera actualizada y como primera fuente teleológica idónea para el conocimiento.

Dicho trabajo presenta las partes mínimas requeridas en el instrumento legal *supra* anotado, según lo establece la Escuela de Estudios de Posgrados. De esta forma, la sustentante, ha referido con el modelo de la Asociación Americana de Psicología -APA- en su séptima edición, las fuentes bibliográficas, para dejar los créditos de las teorías que han fundamentado la investigación.



USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSGRADOS

La metodología, técnicas y doctrinas que la estudiante y su parte tutora presentaron, fueron respetadas en su totalidad y ningún planteamiento fue conculcado para mantener el fundamento teórico original del documento presentado.

De esta manera se procedió con la revisión, exclusivamente en lo que corresponde a la gramática, ortografía, redacción y estilo, para comprobar que el cuerpo capitular contenga los requerimientos y extensión mínimos; con ello, se adecuó la diagramación pertinente y cotejaron las referencias del índice, los títulos y subtítulos, la parte conceptual introductoria y la conclusión, según los enlaces externos que se describen en la bibliografía consultada.

En virtud de lo anterior, se emite: **DICTAMEN FAVORABLE**, a efecto de continuar con el trámite correspondiente.

Cordialmente.

"ID Y ENSEÑAD A TODOS"


Dr. William Enrique López Morataya
Revisor de Gramática
Cul. 6/144

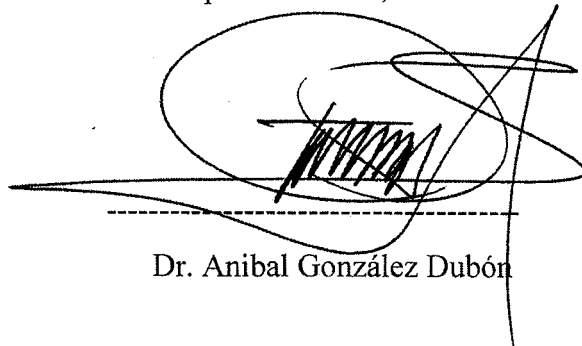
Guatemala, 13 de febrero del año 2023.

Dr. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
Director
Escuela de Estudios de Postgrado
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala

Estimado Dr. Cáceres Rodríguez:

Respetuosamente me permito manifestarle que he revisado el plan de investigación de la **Licenciada EDDY JEANNETTE SOTO HERNÁNDEZ**, con número de **carne 100017826**, titulado **“EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y LA HOMOGENEIDAD ENTRE LOS SISTEMAS DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS ”**, de la **Maestría en Derecho Constitucional**, y después de realizada la revisión y hechas las modificaciones correspondientes, a mi juicio llena los requisitos que establece el Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado de la Escuela de Estudios de Postgrado por lo que emito dictamen favorable al mismo para que continúe con el trámite respectivo.

Me suscribo de usted respetuosamente,



Dr. Anibal González Dubón



USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala

D.E.E.P. ORDEN DE IMPRESIÓN

**LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA,**
Guatemala, 12 de febrero del año dos mil veinticuatro.-----

En vista de que la Licenciada Eddy Jeannette Soto Hernández, aprobó examen privado de tesis en la **Maestría en Derecho Constitucional** lo cual consta en el acta número 46-2023 suscrita por el Tribunal Examinador y habiéndose cumplido con la revisión gramatical, se autoriza la impresión de la tesis titulada **"EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y LA HOMOGENEIDAD ENTRE LOS SISTEMAS DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS"**. Previo a realizar el acto de investidura de conformidad con lo establecido en el Artículo 21 del Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado.-----

"ID Y ENSEÑAD A TODOS"

Dr. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
DIRECTOR DE LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO



DEDICATORIA

- A DIOS TODOPODEROSO:** Por darme la vida, la fortaleza y sabiduría para culminar esta meta.
- A LA VIRGEN MARÍA:** Por interceder en cada uno de mis proyectos y estar siempre conmigo.
- A MI MADRE (Q. E. P. D.):** Marina Hernández Chávez, a quien llevo siempre en mi corazón.
- A MI PADRE:** Arturo Soto López, por sus consejos y amor infinito.
- A MIS HERMANOS:** David Alexander y Luis Arturo, por su apoyo y estar siempre a mi lado.
- A MIS SOBRINOS:** Johan André y María Fernanda, por su cariño y comprensión.
- A LAS PERSONAS ESPECIALES:** Por su apoyo y comprensión y que siempre llevaré en mi corazón.
- A MIS DEMÁS FAMILIARES:** Por su apoyo y cariño a lo largo de toda mi vida.
- A MIS AMIGAS Y AMIGOS:** Por sus muestras de cariño al incentivarme y motivarme para seguir adelante y culminar con este objetivo.
- A MI TUTOR Y ASESOR DE TESIS:** Por hacer posible culminar esta meta de tesis de maestría.

A:

La Universidad de San Carlos de Guatemala.
Especialmente a la Escuela de Estudios de
Posgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y
Sociales, templo de sabiduría que llevaré con
mucho orgullo.



ÍNDICE

Introducción	i
--------------------	---

CAPÍTULO I

1. El control de convencionalidad: antecedentes y características	1
1.1. Antecedentes	1
1.1.1. La génesis del control de convencionalidad	1
1.1.2. El desarrollo del control de convencionalidad	2
1.1.3. La internalización del control de convencionalidad	5
1.1.4. Extensión y límites del control de convencionalidad	6
1.2. Características del control de convencionalidad	8
1.2.1. Características conceptuales	8
1.2.2. Características sustantivas	9
1.2.3. Características procesales	10

CAPÍTULO II

2. Fundamentación, principios y desarrollo del control de convencionalidad	15
2.1. La fundamentación del control de convencionalidad	15
2.2. Los principios aplicables en el control de convencionalidad	18
2.3. La distinción entre principios y normas	18
2.4. La fundamentación principialista del derecho internacional de los derechos humanos	21
2.5. El desarrollo y la innovación de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos	21
2.6. Etapas	22
2.6.1. Primera etapa	22
2.6.2. Segunda etapa	24
2.6.3. Tercera etapa	25
2.6.4. Cuarta etapa	27
2.7. Extensión y estructura del control de convencionalidad	28



2.8. La aplicación del control de convencionalidad a casos de la experiencia jurídica	32
2.9. Problemas en la aplicación del control de convencionalidad	36
2.10. Clases de control de convencionalidad	41

CAPÍTULO III

3. Tipología del control de convencionalidad.....	43
3.1. Control de convencionalidad abstracto y concreto	43
3.1.1. Analogía entre control de constitucionalidad y control de convencionalidad	43
3.1.1.1. De acuerdo con el titular	43
3.1.1.2. De acuerdo con el objeto	43
3.1.2. El control de convencionalidad centralizado o abstracto	45
3.1.3. Control abstracto normativo	45
3.1.4. La violación <i>per se</i> de la Convención Americana y su adecuación a casos contenciosos	46
3.2. El control convencional de las reformas constitucionales	47
3.3. El control abstracto en materia contenciosa	49
3.3.1. El control abstracto en el ámbito contencioso por violación <i>per se</i> de la Convención en las reformas legislativas	51
3.3.2. El control abstracto en el ámbito contencioso por violación <i>per se</i> de la Convención, debido a impunidad por decreto de amnistías e indultos	52
3.3.3. El control abstracto en el ámbito contencioso por violación <i>per se</i> de la Convención, por impunidad en crímenes de paramilitares y ejército de Colombia	53
3.4. El control de convencionalidad difuso	55
3.5. El ámbito de competencia para el ejercicio del control de convencionalidad .	57
3.6. Jurisdicción y competencia en el control de convencionalidad	58



3.6.1. Ámbitos de competencia para el ejercicio del control de convencionalidad	59
--	----

CAPÍTULO IV

4. La homogeneidad entre el sistema interamericano y los sistemas domésticos.....	61
4.1. Criterios hermenéuticos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que limitan la restricción de los derechos fundamentales	61
4.1.1. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos .	61
4.1.2. La relación entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional público	63
4.1.3. El modelo clásico de la interpretación jurídica	65
4.1.4. El modelo interpretativo hermenéutico del derecho internacional de los derechos humanos	72
4.2. El principio pro persona, como herramienta interpretativa de armonización entre las reglas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el ordenamiento jurídico interno	78
4.2.1. El principio pro persona	78
4.2.2. Fundamento normativo del principio pro persona	78
4.2.3. La función hermenéutica del principio pro persona	79
4.3. Alcances y límites del principio pro persona en la jurisprudencia de la Corte IDH	82
4.3.1. La preferencia interpretativa	83
4.3.2. La preferencia de normas	90
4.3.3. La integridad del sistema	91
4.4. Jurisprudencia de la Corte IDH en relación al principio pro persona	98
4.5. La aplicación del principio pro persona en el ámbito interno: control de convencionalidad	101
CONCLUSIÓN	105
BIBLIOGRAFÍA	109



INTRODUCCIÓN

En este exordio, es importante indicar que dentro del Sistema Interamericano confluyen los Estados que, en ejercicio de su soberanía, adoptan los instrumentos internacionales; las Instituciones previstas en el Artículo 53 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos (OEA), donde se incluyen, entre otros, la Asamblea General, el Comité Jurídico y la Comisión interamericana; y, como órgano judicial independiente, la Corte Interamericana.

En este sentido, el origen de la conformación del sistema está en la ratificación de instrumentos internacionales, proceso que debe surtirse a nivel interno y con la participación deliberativa de las entidades estatales (Legislativo, Judicial y Ejecutivo) de conformidad a su régimen jurídico.

Posteriormente, debe seleccionarse el correspondiente delegado como embajador ante la Misión Permanente, quien, junto con las demás Delegaciones de todos los Estados Miembros, conformarán la Asamblea General de la OEA. Esta Asamblea, entre otras labores, tendrá a su cargo la escogencia de los miembros de la Comisión Interamericana y de la Corte Interamericana.

Adicional a esta etapa de conformación, debe desarrollarse el cumplimiento de las labores propias de las entidades, para lo cual deberá tenerse en cuenta que no todos los Estados que han ratificado la Carta de la OEA y forman parte de la organización, aceptan la competencia de la Corte Interamericana.



Ello. puede ser por un lado, porque no han aceptado la competencia, en cuyo caso la Comisión mantiene competencia de conocimiento respecto de los tratados o convenios ratificados o, por otra parte, por haber denunciado la Convención, como Trinidad y Tobago y Venezuela, en cuyo caso la Corte IDH mantiene competencia de hechos ocurridos en el período en que estuvo vigente la Convención para los Estados.

Para aquellos Estados que hubiesen reconocido la competencia de la Corte Interamericana, la Convención Americana supone una triada integrada por el Estado de derecho, la democracia y los derechos humanos. Por ello, solo en el marco de un Estado constitucional y democrático de derecho es posible el respeto, la garantía y la protección efectiva de los derechos humanos.

Por ello, el único régimen compatible con la garantía efectiva de la protección de los derechos humanos es la democracia. Sin embargo, aun en las democracias ocurren violaciones a los derechos humanos, ya sea puntuales o estructurales (leyes, políticas públicas). En ese sentido, la Declaración Americana manifiesta en su preámbulo, el propósito de los Estados Americanos de "consolidar en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre".

De ahí la importancia que los Estados organicen sus sistemas de justicia conforme a los estándares internacionales en particular: la reglamentación adecuada de los recursos procesales para proteger los derechos humanos; el acceso a los recursos y a los tribunales, los procedimientos que garanticen el debido proceso, las decisiones en planos razonables y oportunos, la doble instancia -especialmente en materia penal-; la



asistencia jurídica a las personas que no puedan proveérsela con sus propios medios; jueces independientes e imparciales, mecanismos adecuados de nombramiento y estabilidad de los jueces; y presupuesto judicial adecuado, entre otros.

El imperativo de implementar las obligaciones internacionales sobre derechos humanos, le compete a todos los órganos del Estado, ya sean legislativos, ejecutivos, judiciales, electorales o fiscales, tanto a nivel nacional como en los niveles inferiores como departamentos, provincias, municipios, etc. Esta obligación es *absoluta* en el sentido que abarca a todos los órganos del Estado y a todos sus actos, incluyendo la Constitución, la ley, el reglamento, las sentencias, los actos administrativos, las políticas públicas, etc.

Para ello, los órganos del Estado deben aplicar el ordenamiento jurídico, el cual incluye a los tratados y a los demás instrumentos sobre derechos humanos. Al hacerlo, los Estados deben guiarse por el *principio de progresividad* y por el *principio pro persona* (el derecho internacional de los derechos humanos es un piso, no un techo); un Estado debe consagrar, respetar, garantizar y proteger los derechos humanos *al menos* en los términos reconocidos internacionalmente, pero siempre puede ir a una mayor protección en su derecho interno. De ahí que, tanto la Constitución como la Convención, deben ser interpretados por los tribunales como *instrumentos vivos*, en evolución, que no se terminan con sus palabras y que están sujetos a evolución progresiva.

Es relevante considerar, entonces, al control de convencionalidad como el instrumento idóneo para la homogeneidad en los sistemas de protección de los derechos humanos,



sobre todo porque, lamentablemente, en las primeras dos décadas del presente siglo, especialmente en Latinoamérica, se ha observado el regreso de las dictaduras, cuyos regímenes violan flagrantemente los derechos humanos.

Así, el problema investigado se planteó de la siguiente forma: ¿cómo debe realizarse la armonización entre las reglas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el ordenamiento jurídico interno?; y, ¿quiénes deben realizar el control de convencionalidad y sobre qué normas debe realizarse?

La hipótesis se formuló de la siguiente manera:

«La armonización entre las reglas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el ordenamiento jurídico interno, debe realizarse tratando de establecer la compatibilidad de la Convención Americana con la Constitución Política de la República, las normas legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter, para ello, se debe tener en cuenta, no solamente el texto de la Convención, sino también la interpretación que de ella ha realizado la Corte Interamericana en su jurisprudencia. Esta armonización debe realizarse utilizando principios interpretativos como el de *interpretación conforme*, *progresividad*, y *pro homine*, a manera de evitar la oposición contradictoria entre las reglas del sistema interamericano y las reglas del ordenamiento jurídico interno».

«El control de convencionalidad debe realizarse de manera concentrada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aunque de manera subsidiaria (control secundario), y de manera difusa por los jueces nacionales y por el resto de órganos del Estado -Legislativo y Ejecutivo- (control primario). Las normas sobre



las que debe realizarse el control de convencionalidad son, no solo la Convención Americana, sino, el resto de tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Estado y las normas del ordenamiento jurídico interno, incluyendo la jurisprudencia obligatoria que emiten las Cortes superiores para los tribunales inferiores. Es importante adicionar que la responsabilidad del Estado nace desde el momento mismo en que se emiten normas inconvencionales, aunque estas no hayan sido aplicadas».

El presente informe de investigación consta de cuatro capítulos. En el capítulo uno, se analiza el tema de los antecedentes y características del control de convencionalidad; en el capítulo dos, se desarrolla el tópico de los fundamentos, los principios y desarrollo del control de convencionalidad; en el capítulo tres, se trata la tipología del control de convencionalidad; y, en el capítulo cuatro, se desarrolla el tema de la homogeneidad entre el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos con los Sistemas de Protección Domésticos.

Por último, se trató de inferir una conclusión cuyo contenido, después de realizar una confrontación objetiva, sea verosímil con las hipótesis formuladas en el diseño de la investigación.



CAPÍTULO I

1. El control de convencionalidad: antecedentes y características

1.1. Antecedentes

1.1.1. La génesis del control de convencionalidad

“El control de convencionalidad es de reciente desarrollo en la dogmática de los derechos fundamentales y el constitucionalismo, con un incipiente tratamiento en la jurisprudencia de las Cortes nacionales” (Castilla, 2011, p. 597). Su aparición en el escenario jurídico está estrechamente relacionada con las obligaciones que impone la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y el desarrollo progresivo de los estándares de derechos humanos, en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Lo anterior, con una clara inspiración en la institución del *control de constitucionalidad*, ampliamente desarrollado en el ámbito interno de los Estados y en el concepto de *control internacional*.

En la actualidad, ya no basta con la mera incorporación formal de los tratados internacionales de derechos humanos, sino que, para dar cumplimiento a sus imperativos, se requiere de un esfuerzo interpretativo mayor por parte de las jurisdicciones nacionales, que incorpore el desarrollo de estándares a nivel internacional. De ahí que sea relevante plantearse la pregunta *¿cuál es el alcance de la institución del control de convencionalidad a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos?*



El control de convencionalidad es la *concreción jurisdiccional de la obligación de garantía* de los derechos humanos en el ámbito interno. Su particularidad es que marca un punto de convergencia robusto entre los sistemas de protección nacional e internacional.

Dicho de otro modo, se está ante una institución que la Corte IDH ha tenido que desarrollar, no porque esté aportando una nueva obligación a las ya existentes, sino que surge del déficit que es posible constatar en los múltiples casos que llegan al sistema de protección de derechos humanos.

Esto es especialmente evidente en los casos que llegan ante la Corte IDH donde el problema se produce porque las autoridades locales, principalmente del Poder Judicial, no aplican las obligaciones contraídas por el Estado e incorporadas a la legislación nacional. Es decir, se trata una institución que viene a clarificar una obligación ya existente y la dota de contenido y especificidad.

1.1.2. El desarrollo del control de convencionalidad

Como se mencionó *supra*, el control de convencionalidad es una institución perteneciente al Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, implementada desde el conjunto de precedentes articulado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el cumplimiento de la tarea de efectivizar la vigencia, garantía y promoción de los derechos humanos en la región.

Se trata de una institución propiamente regional, articulada en cumplimiento de las funciones impuestas a la Corte Interamericana por los Artículos 61 a 69 de la



Convención Americana sobre Derechos Humanos. Como lugar común de referencia del nacimiento de la expresión y la figura, se suele citar el voto concurrente del juez García Ramírez a la sentencia de fondo del *Caso Myrna Mack Chang contra Guatemala*. Como noción conceptual y operativa, la Corte ha dicho que el control de convencionalidad es una actividad por la cual los jueces internos de los distintos Estados partes tienen la obligación al fallar los casos de su competencia, de aplicar la Convención Americana, así como las interpretaciones de la Corte Interamericana sobre esos derechos. (Hitters, 2009, p. 109)

El control de convencionalidad tiene como punto inicial de referencia la institución de la *violación per se de la Convención*, dispuesta en la Opinión Consultiva 04 de 1994, y examina los casos fallados por la Corte Interamericana, en los que realizó control de convencionalidad sobre las leyes, la Constitución y las políticas públicas de los Estados partes. La finalidad de este examen era evidenciar las declaratorias de responsabilidad internacional de esos Estados partes, por no haber sometido su derecho interno al derecho convencional.

La Corte toma como referencia el *uso* específico de la expresión control de convencionalidad en los fallos de fondo proferidos por la Corte Interamericana. El punto de partida es la sentencia emitida en el *Caso Almonacid Arellano contra Chile*, que es la referencia común en esta clase de reconstrucciones.

Se desarrolla así el sistema de precedentes referidos explícitamente al control de convencionalidad, involucrando tanto casos de control sobre normas, como control



sobre hechos. En este examen resulta decisiva la consideración del voto razonado del juez Ferrer Mac-Gregor, contenido en la sentencia proferida en el *Caso Cabrera García y Montiel Flores contra México*.

Una discusión corriente alrededor de expresiones como *jurisprudencia*, *pretender* y *línea jurisprudencial*, está relacionada con el tipo de metodología que debe ser usada para trabajar un precedente, presentar una *cadena de precedentes* o para articular una *línea jurisprudencial*. Dentro de esa misma discusión, se refieren como antecedentes metodológicos y como lugar común, que en el caso de los sistemas internos, al manejar precedentes entran en contacto prácticas del derecho común, junto a prácticas del derecho legislado.

En este sentido, se ha afirmado:

El usuario por un lado, tiene que moverse entre las perspectivas y metodologías de análisis de precedentes del *Common Law* y aquellas de estudio jurisprudencial del derecho codificado; y, por otro lado, es una reflexión que debe articular y retroalimentar consideraciones filosóficas con construcciones dogmáticas conceptuales y la clarificación de las llamadas *sub-reglas* de decisión de casos particulares, que permitan la elaboración y crítica de las líneas jurisprudenciales de las altas cortes, y en todo ello conviene fundarse en formas de jurisprudencia comparada. (Fuentes et al, 2006, p. 16)

Como maneras analíticas de tratar el precedente y la línea jurisprudencial, algunos autores han diferenciado entre el “análisis dinámico” de jurisprudencia y el “análisis estático” de jurisprudencia. El primero se refiere a los elementos



individuales que integran el análisis o el estudio de un fallo judicial, que pueden ser utilizados como precedente. Es justo en este contexto en el que se diferencia entre el problema jurídico y las nociones de *ratio decidendi*, *el obiter dicta* y el *decisum*. (López, 2000, p. 56)

El segundo de los análisis se refiere propiamente a la cadena de precedentes o la línea jurisprudencial, es decir, a la posibilidad metodológica de poder vincular distintos fallos dentro de un relato consistente.

El criterio de articulación de la línea jurisprudencial está relacionado con el desempeño de la regla judicial según la cual, los jueces locales están obligados a ejercer control jurídico en los casos de sus competencias usuales, desde los enunciados de la Convención Americana y sus tratados concurrentes, así como desde las interpretaciones hechas por la Corte Interamericana en sus sentencias. (Quinche Ramírez, 2016, p. 30)

1.1.3. La internalización del control de convencionalidad

Durante los últimos años, en la región latinoamericana se ha dado del desarrollo de una creciente interacción entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) y el derecho interno de los Estados. Esta relación se manifiesta, por un lado, en la incorporación formal de tratados internacionales y sustantiva de estándares del derecho internacional al derecho interno y, a su vez, existe una integración de estándares, desde los sistemas nacionales hacia el sistema internacional, como por ejemplo, en la influencia que tiene el derecho interno en dar contenido y alcance a los derechos consagrados internacionalmente.



De esta forma:

Se vive un proceso de internacionalización del Derecho nacional que implica que los sistemas de protección de derechos fundamentales, están vinculados de forma tal que constituyen un solo cuerpo jurídico de garantía y que el principio fundamental para explicar dicha unidad es el principio de interacción, que es un vínculo de retroalimentación entre ambos sistemas normativos. (Nash Rojas, 2013, p. 190)

Un ejemplo de esta interacción es el control de convencionalidad, que se constituye como un punto de convergencia que permite el diálogo jurisprudencial a la luz de las experiencias nacionales, e influye en generar una articulación y estándares en materia de protección de los derechos humanos.

1.1.4. Extensión y límites del control de convencionalidad

El control de convencionalidad puede ser desarrollado en dos ámbitos: en el ámbito nacional y en el ámbito internacional. En el ámbito interno, el control de convencionalidad es realizado por los agentes del Estado y principalmente por los operadores de justicia (jueces, fiscales y defensores) al analizar la compatibilidad de las normas internas con la CADH.

En el ámbito internacional, es la Corte IDH quien ejerce el control de convencionalidad como tal, esto es, un control que permite la expulsión de las normas contrarias a la CADH a partir de los casos concretos que se someten a su conocimiento. Se debe destacar que esto se hace efectivo, por ejemplo, a través de la supresión de normas



locales opuestas a la CADH como ha ocurrido con la declaración de incompatibilidad de *leyes de amnistía* con las obligaciones que impone la CADH.

Sin embargo, las consecuencias de este análisis dependen de las funciones de cada agente estatal y, por tanto, esto no implica necesariamente la facultad de expulsar normas del sistema interno. Un modelo determinado de control de constitucionalidad o convencionalidad no podría ser impuesto por la Corte IDH.

Se puede afirmar entonces que:

Lo que sí están obligados a hacer los jueces y todos los funcionarios del Estado es a interpretar las normas internas de forma tal que sean compatibles con las obligaciones internacionales del Estado y le den efectividad a los derechos consagrados interna e internacionalmente, sea por vía de preferencia de la norma internacional, mediante un ejercicio hermenéutico o por otras vías que pudiera establecer el derecho interno. (Nash Rojas, 2013, p. 192)

Considerando los dos ámbitos en que se puede realizar el control de convencionalidad, se puede sostener que esta es una institución que viene a concretar la obligación de garantía, mediante un ejercicio hermenéutico que consiste en la verificación que realiza la Corte IDH y todos los agentes estatales, de la adecuación de las normas jurídicas internas en la CADH y a los estándares interpretativos desarrollados en la jurisprudencia de dicho tribunal, aplicando en cada caso, obligaciones internacionales del Estado y otorgando efectividad a los derechos consagrados convencionalmente.



1.2. Características del control de convencionalidad

El componente sustantivo determina la noción del control de convencionalidad, identifica sus antecedentes, enumera sus características, enuncia los principios que lo rigen, precisa su marco normativo, individualiza su objeto y presenta su clasificación. El elemento procedimental determina quién es el titular de ese control, precisa la competencia para su ejercicio y anuncia las relaciones existentes entre el control de legalidad, el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad.

1.2.1. Características conceptuales

El control de convencionalidad es, propiamente, una actividad que debe ser ejercida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la totalidad de los jueces y autoridades públicas locales de los distintos Estados Partes en la Convención Americana, encaminada a la protección y efectividad de los derechos humanos en la Región. Dicho control se ejerce sobre las leyes y los enunciados normativos que profieren los distintos Estados partes, sobre los hechos violatorios de los derechos humanos que en ellos acontecen, y sobre las políticas públicas que los distintos Estados implementan.

En la base de este control, se encuentra la pretensión explícita de hacer efectivo el carácter normativo de la Convención Americana y de los otros tratados concurrentes al Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos. La noción de lo que sea el control de convencionalidad puede ser desplegada en dos dimensiones: en sentido sustantivo y en sentido instrumental.



1.2.2. Características sustantivas

La formulación explícita del control de convencionalidad por la Corte Interamericana es relativamente reciente, aconteciendo con los casos contenciosos decididos desde 2006, cuando la Corporación plantea explícitamente la obligación que tiene los jueces de los distintos Estados, de ejercer control jurídico desde la Convención Americana y los tratados concurrentes, en los asuntos de sus competencias ordinarias.

Desde esta noción integral, pueden ser identificados los siguientes tres elementos constitutivos de este control, que han sido mantenidos y precisados como jurisprudencia constante:

- a) Los jueces y tribunales internos de los distintos Estados están sometidos al ordenamiento jurídico local, lo que además de ser obvio, implica que ellos ejercen en las órbitas de sus competencias, el control de legalidad y el control de constitucional.
- b) Esos mismos jueces y tribunales, por el hecho de la ratificación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de sus tratados concurrentes, se encuentran también obligados a cumplir y hacer cumplir las normas contenidas en ellos, lo que implica que junto a los controles de legalidad y de constitucionalidad deben ejercer también el control de convencionalidad.
- c) El control de convencionalidad tiene como referente normativo y se ejerce, no solo respecto de las normas contenidas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y sus tratados concurrentes, sino que también involucra las reglas



contenidas en las interpretaciones que de la Convención y sus tratados hacen la Corte Interamericana, como intérprete última de esos instrumentos internacionales.

Con posterioridad a 2006, la Corte Interamericana ha venido refinando el elemento conceptual del control de convencionalidad, haciéndolo expansivo, para considerar ahora que, no solo los jueces y tribunales de los distintos Estados tienen la obligación de aplicar y defender la Convención Americana, sino que dicha obligación involucra también a las autoridades administrativas y legislativas.

Más aún, la Corte Interamericana, dentro de la tendencia mundial de entender que los jueces son también sujetos activos de la democracia en la defensa de los derechos de las minorías, ha vinculado el ejercicio del control de convencionalidad a la realización misma de la democracia en los Estados miembros de la Convención.

En ese sentido, se debe entender que la Corte concita al lado de la dimensión jurídica de los derechos fundamentales y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la dimensión política de su defensa, que involucra a los jueces, merced al ejercicio de los tres controles que están obligados a ejercer en el Estado constitucional democrático: el control de legalidad, de control de constitucionalidad y el control de convencionalidad.

1.2.3. Características procesales

Además de la consideración sustantiva, también es posible la comprensión instrumental del control de convencionalidad, que puede ser comprendido como un conjunto de instrumentos y de instituciones procesales, implementadas para mantener



la vigencia y efectividad de los derechos vertidos en los tratados públicos sobre derechos humanos, que integran el Sistema Interamericano de Protección.

De esta manera, los derechos contenidos en los distintos tratados ratificados, así como las reglas contenidas en las interpretaciones que sobre esos derechos hace la Corte Interamericana, operarían como derecho vigente en cada uno de los Estados, realizando del compromiso internacional de defensa y promoción de los derechos humanos.

Este despliegue instrumental del control de convencionalidad y su garantía, se corresponde en el órgano que ejerce la competencia de ese control, la que acontece en cuatro gradas o niveles así:

a) Control de convencionalidad ejercido por los órganos del Sistema Interamericano de Protección

Si se considera que los órganos de dicho sistema son la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se tiene entonces que, en sentido instrumental, el control de convencionalidad comprende la aplicación de las reglas de procedimiento previstas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.



b) Control de convencionalidad ejercido por los órganos de los Estados partes

En este segundo nivel instrumental, los órganos que ejercen el control son las cortes, salas o tribunales constitucionales, según el modelo adoptado por cada Estado. Adicionalmente, a cada uno de esos órganos le corresponderá una norma que establezca las reglas que rigen los trámites y las actuaciones ante ellos.

c) Control de convencionalidad ejercido por los jueces de los Estados partes

En el *Caso Juan Gelman contra Uruguay*, la Corte manifestó:

(...) los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia *en todos los niveles* están en la obligación de ejercer *ex officio* un 'control de convencionalidad' entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. (s. p.)

Dentro de esta comprensión, los diversos procedimientos ordinarios y especiales (civiles, penales, laborales, administrativos, etc.), constituyen el espacio instrumental de aplicación de este control.

d) Control de convencionalidad ejercido por autoridades que ejercen jurisdicción y por otras autoridades públicas

La Corte Interamericana ha dispuesto que el ejercicio del control de convencionalidad no se circunscribe únicamente a los jueces, en sentido contrario, ha señalado que todas las personas que ejerzan jurisdicción (como pueden serlo los árbitros, algunos



funcionarios administrativos y los particulares que por excepción decidan el derecho (impartan justicia) tienen la obligación de hacer control de convencionalidad.

Así fue señalado y reiterado en la sentencia de fondo proferida en el *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas contra República*, donde se volvió a decir que, si bien los jueces locales están sometidos al principio de legalidad:

Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, están en la obligación de ejercer *ex officio* un control de *convencionalidad* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. (s. p.)

Insistiendo además para el caso concreto, que: “Finalmente, esta Corte considera pertinente recordar, sin perjuicio de lo ordenado, que en el ámbito de su competencia ‘todas las autoridades y órganos de un Estado Parte en la Convención tienen la obligación de ejercer un ‘control de convencionalidad’ (Corte IDH, 2014, párr. 471).





CAPÍTULO II

2. Fundamentación, principios y desarrollo del control de convencionalidad

2.1. La fundamentación del control de convencionalidad

Para poder profundizar en el análisis del control de convencionalidad, se requiere precisar cuál es el origen de su obligatoriedad, es decir, sus fundamentos. La mención de estos elementos es fundamental para entender la importancia de realizar dicho control, así como para señalar que su ausencia implica que los Estados pueden comprometer su responsabilidad internacional. El control de convencionalidad encuentra su fundamento en las fuentes normativas, de las cuales emanan las obligaciones de los Estados, a través de la lectura conjunta de los Artículos 1.1, 2 y 29 de la CADH.

El Artículo 1.1 de la Convención dispone:

Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio de toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional, social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

El Artículo 2 dispone:

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el Artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los



Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

El Artículo 29 dispone:

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido: a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

De la lectura integrada de dichos Artículos, se desprende que la protección de los derechos humanos debe ser guía en la actuación de los Estados y que estos deben tomar todas las medidas para asegurar el respeto, protección y promoción de dichos derechos. En este sentido, desde esta interpretación se ha concebido el concepto de control de convencionalidad, entendido como la obligación que tienen los jueces de cada uno de los Estados Partes de efectuar no solo un control de legalidad y de



constitucionalidad en los asuntos de su competencia, sino de integrar en el sistema sus decisiones las normas contenidas en la CADH y los estándares desarrollados por la jurisprudencia.

Este control es, por tanto, la concreción interpretativa y especialmente jurisprudencial de la obligación de garantía consagrada en la CADH (Artículos 1.1 y 2). Esta obligación de garantía, se traduce en la obligación que asume el Estado de organizar todo el aparato de poder público para permitir el pleno y efectivo goce y ejercicio de los derechos y las libertades que se les reconocen en la CADH. Es decir, “el Estado está obligado a crear condiciones efectivas que permitan el goce y ejercicio de los derechos consagrados en la Convención. Finalmente, se trata de que haya conformidad entre los actos internos y los compromisos internacionales contraídos por el Estado” (Mariño, 2005, p. 76).

Asimismo, la necesidad de realizar un control de convencionalidad de las normas emana de los principios del derecho internacional público. En particular, los principios de *ius cogens* y *pacta sunt servanda*, consagrado en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados como “la obligación que tienen los Estados de dar cumplimiento a los tratados de los que son parte” (Artículo 26), da cuenta del compromiso que deben tener los Estados que han suscrito la CADH, de realizar un control de convencionalidad con el propósito de cumplir con el mandato de protección de los derechos fundamentales. Este imperativo de derecho internacional público debe ser cumplido de buena fe por parte de los Estados.



Emana también de los principios del derecho internacional público, el hecho de que los Estados no pueden invocar disposiciones de derecho interno como fundamento para dejar de cumplir compromisos internacionales. En este sentido, la Corte IDH ha reafirmado que la obligación de tomar todas las medidas necesarias para dar un goce pleno y efectivo a los derechos y libertades consagradas en la Convención, incluye la de adecuar la normatividad no convencional existente.

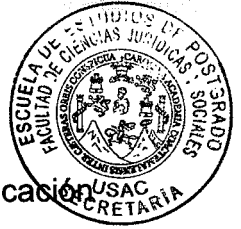
El hecho de que el fundamento de la institución del control de convencionalidad se base tanto en normas convencionales, como en principios del derecho internacional público, otorga un poderoso respaldo jurídico que permite salvar las objeciones que se pueden plantear en torno a la posible restricción a la soberanía de los Estados, que supondría la obligación de realizar un control de convencionalidad.

2.2. Los principios aplicables en el control de convencionalidad

Dentro de la categoría de principios jurídicos, tienen cabida tanto los establecidos en el orden interno de los distintos Estados, como los que le corresponden el derecho internacional. Adicionalmente, cabría diferenciar entre los principios jurídicos del derecho internacional “clásico” y los principios jurídicos del derecho internacional de los derechos humanos, donde se encuentran propiamente los principios que fundamentan el control de convencionalidad.

2.3. La distinción entre principios y normas

De conformidad con las tendencias del Derecho Internacional y del constitucionalismo contemporáneo, los principios jurídicos ya no son enunciados



normativos secundarios, sino que han pasado a ser normas de aplicación directa, que solucionan toda clase de asuntos, especialmente los casos complejos o difíciles. (Dworkin, 1984, p. 163)

“De hecho, los principios son hoy el componente central de soluciones jurídicas en distintos escenarios, y muy especialmente en los casos en que se encuentran involucradas normas de derecho constitucional y de derechos humanos, por ser ellas mismas, principios” (Alexy, 1993, p. 122). Más aún, el poder y la importancia de los principios está hoy tan extendida, que la comprensión y aplicación tanto del derecho interno como del derecho internacional, está medida por la existencia de principios aceptados por la comunidad internacional.

La expresión “principio jurídico” ofrece distintos sentidos, todos ellos aplicables a la solución de los casos complejos, siendo los más usuales: los principios como norma jurídica de aplicación directa en los casos concretos; los principios como normas generales que regulan casos de propiedades generales; los principios como normas que expresan los valores superiores de un ordenamiento jurídico; los principios como norma programática o directriz, es decir, como norma que establece la obligación de perseguir determinados fines; o los principios como *regula juris*, es decir, como un enunciado general que permite sistematizar el ordenamiento jurídico.

De forma estipulativa, se presenta la noción y características que de los principios jurídicos hace Alexy, según lo indica Ruíz (2000), extendida en la Región,

(...) para quien los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales



existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado, según posibilidades jurídicas y reales. (p. 151)

Como características generales de los principios jurídicos se señalan:

- a) Son verdaderas normas que contienen mandatos obligatorios y exigibles de modo inmediato. Sobre el punto, Alexy (1993) ha precisado que *"toda norma es o bien una regla o bien un principio"* (s. p.).
- b) Son normas de carácter general. Esto significa que son aplicables sin restricción a un universo muy grande de casos y en todas las especialidades jurídicas. Así por ejemplo, el principio *pro homine*, el de buena fe, *pacta sunt servanda* o el principio de distinción, son exigibles a la totalidad de las personas y a la totalidad de los Estados, independientemente de su configuración política.
- c) Son las normas concurrentes en toda clase de conflictos jurídicos pero, muy especialmente, permiten decidir los casos difíciles o complejos. Más aún, operan en todos los casos en los que las simples reglas resultan insuficientes o contradictorias.
- d) Sus conflictos son resueltos por ponderación, es decir, por una operación en la que puestos en tensión varios principios, se determina cuál de ellos tiene mayor peso específico en la circunstancia concreta (Alexy, 1993).



2.4. La fundamentación principialista del derecho internacional de los derechos humanos

Tradicionalmente, los autores han diferenciado entre los principios del derecho internacional y los principios generales del derecho, reconocidos por las naciones civilizadas, referidos desde el sistema de fuentes consignado en el Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

Esa distinción que, con ajustes, se mantiene más o menos vigente, asiste en la actualidad a dos lecturas: una conservadora y tradicional y otra más contemporánea, concurrente con las transformaciones actuales de ese derecho.

2.5. El desarrollo y la innovación de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La jurisprudencia de la Corte IDH ha pasado por varias etapas en el desarrollo del concepto *control de convencionalidad*. Analizar esta evolución es fundamental para entender el actual sentido y alcance de esta institución.

Cuando el exmagistrado Sergio García Ramírez, en su voto razonado del caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, hace por primera vez alusión al control de convencionalidad, se pone de relieve la importancia que tiene para el cumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados, el analizar el funcionamiento del Estado en su conjunto y que, en este análisis, la Corte IDH realice un control de convencionalidad de las actuaciones del Estado:



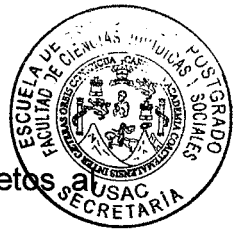
Para los efectos de la Convención Americana y del ejercicio de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, el Estado viene a cuentas en forma integral, como un todo. En este orden, la responsabilidad es global, atañe al Estado en su conjunto y no puede quedar sujeta a la división de atribuciones que señale el Derecho interno. No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte solo a uno o algunos de sus órganos, entregar a éstos la representación del Estado en el juicio –sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto– y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuales fuera del “control de convencionalidad” que trae consigo la jurisdicción de la Corte Internacional. (Corte IDH, 2003, párr. 27)

2.6. Etapas

2.6.1. Primera etapa

En una primera fase de la jurisprudencia de la Corte IDH, se delinearon los aspectos generales de la institución del control de convencionalidad. En esta, se señala que el Poder Judicial debe realizar una *especie* de control de convencionalidad, lo que parece una posición prudente y clarificadora de la naturaleza diversa que tiene esa institución de aquel ejercicio propio del derecho constitucional.

Asimismo, se avanza en indicar que este control incluye la interpretación que hecho la Corte IDH de las obligaciones internacionales del Estado, lo que es un dato relevante ya que en muchos sistemas internos esta es una cuestión debatida:



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. (Corte IDH, 2006, párr. 124)

En síntesis, aquí están expresados los elementos centrales del control de convencionalidad:

- a) Existe una obligación del Poder Judicial de cumplir con la normativa internacional, que el Estado ha aceptado internamente y que, por tanto, ha pasado a ser parte del sistema normativo interno.
- b) Este es un ejercicio hermenéutico que debe buscar la efectividad de los derechos consagrados convencionalmente y, así, evitar que el Estado incurra en responsabilidad internacional.



- c) Las normas contrarias a la Convención no pueden tener efectos en el ámbito interno, toda vez que dichas normas incompatibles con las obligaciones internacionales constituyen un ilícito internacional que hace responsable al Estado.
- d) Para realizar dicho ejercicio interpretativo, el juez debe tener en consideración la jurisprudencia de la Corte IDH.

2.6.2. Segunda etapa

Avanzando en la evolución de su jurisprudencia, la Corte IDH estableció que el control debe ejercerse incluso de oficio por la magistratura local y aclara que este se debe hacer dentro del ámbito de competencias y funciones de la magistratura. Esta aproximación de la Corte IDH es relevante, desde el punto de vista de la legitimidad del sistema, ya que toma en consideración la organización interna del Estado y permite un funcionamiento coherente de las instituciones. La Corte IDH no impone un sistema, pero sí establece cuáles son las obligaciones que tiene el intérprete, en cualquiera sea el sistema constitucional nacional:

Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no solo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes.



Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones. (Corte IDH, 2006, párr. 128)

2.6.3. Tercera etapa

En una tercera fase en el análisis del control de convencionalidad por la Corte IDH, esta va más allá y señala que este control compete a cualquier juez o tribunal que materialmente realice funciones jurisdiccionales, incorporando lo que se había señalado anteriormente acerca de la importancia de que este control se realice en el ámbito de competencias de cada magistratura.

Esta apertura hacia los órganos competentes para realizar el control, permite la inclusión de los Tribunales Constitucionales y reafirma la idea de que todo juez debe realizar este control con independencia de las características particulares de la organización de sus funciones. (Sagüés, 2010, p. 117)

Es relevante destacar que este control difuso no puede imponerse por la Corte IDH:

Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a



aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un *control de convencionalidad* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos judiciales vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana. (Corte IDH, 2010, párr. 225)

Asimismo, en esta sentencia se clarifica cualquier duda que pudiera surgir sobre la naturaleza de esta institución y los alcances propiamente interpretativos de la institución del control de convencionalidad:

De tal manera, como se indicó en los Casos Radilla Pacheco, Fernández Ortega y Rosendo Cantú, es necesario que las interpretaciones constitucionales y legislativas referidas a los criterios de competencia material y personas de la jurisdicción militar en México, se adecuen a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal que han sido reiterados en el presente caso y que aplican para toda violación de derechos humanos que se alegue hayan cometido miembros de la fuerzas armadas. Ello implica que, independientemente de las reformas legales que el Estado deba adoptar, en el presente caso corresponde a las autoridades judiciales, con base en el control

de convencionalidad, disponer inmediatamente y de oficio el conocimiento de los hechos por el juez natural, es decir el fuero penal ordinario. (Corte IDH, 2010, párr. 233)

2.6.4. Cuarta etapa

En su jurisprudencia más reciente, la Corte IDH incorpora como órgano competente para realizar el control de convencionalidad a toda autoridad pública. Es decir, se amplía el espectro desde el Poder Judicial a todos los órganos públicos, a propósito del análisis de la compatibilidad de una ley de amnistía aprobada democráticamente, con las obligaciones que impone la CADH:

La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo “susceptible de ser decidido” por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un “control de convencionalidad”, que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no solo del Poder Judicial (...). (Corte IDH, 2011, párr. 239)



2.7. Extensión y estructura del control de convencionalidad

Analizada la evolución de la jurisprudencia de la Corte IDH en torno al control de convencionalidad, es importante resolver algunas cuestiones relativas al contenido y alcance de la institución, así como su forma de implementación:

- a) El desarrollo de las interacciones a que se ha hecho referencia, tiene como base una interpretación de los estándares interamericanos sobre derechos humanos desde una mirada normativa y no meramente programática. Por tanto, todo agente del Estado para el cumplimiento de sus labores deberá tomar en consideración las normas y jurisprudencia interamericana sobre derechos humanos.

Un ejemplo de la forma concreta en que se da el análisis de control de convencionalidad es el caso *Boyce y otros vs. Barbados* (2007). En este caso, la Corte IDH observa que la jurisdicción interna había hecho un análisis solo constitucional, donde no se consideraron las obligaciones del Estado en relación a la CADH. Se señaló que la jurisdicción interna no se debió limitar a evaluar si la norma era constitucional o no, sino también se debía analizar si la ley esgrimida violó o no la Convención:

El análisis del CJCP no debería haberse limitado a evaluar si la LDGP era inconstitucional. Más bien, la cuestión debería haber girado en torno a si la ley también era “convencional”. Es decir, los tribunales de Barbados, incluso el CJCP y ahora la Corte de Justicia del Caribe, deben también decidir si la ley de Barbados restringe o viola los derechos reconocidos en la Convención (...).
(Corte IDH, 2007, párr. 77-78)

Otro ejemplo es el caso *Radilla Pacheco vs. México* (2009), donde la Corte señala que el Estado, al interpretar una norma conforme a los estándares convencionales, aunque pueda haber dudas en el texto mismo acerca de la convencionalidad de dicha norma, no se incurre en responsabilidad internacional.

En concreto la Corte dispone:

De tal manera, es necesario que las interpretaciones constitucionales y legislativas referidas a los criterios de competencia material y personal de la jurisdicción militar en México, se adecuen a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal, los cuales han sido reiterados en el presente caso (...). Bajo ese entendido, este Tribunal considera que no es necesario ordenar la modificación del contenido normativo que regula el Artículo 13 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. (Corte IDH, 2009, párr. 114-115)

En resumen, lo que pide la Corte es que al momento de resolver un caso o tomar cualquier decisión estatal lo que debe hacerse es determinar los hechos relevantes sobre los cuales debe tomarse una cierta decisión; luego, analizar el sistema normativo a utilizar, y es aquí donde tiene un primer impacto del control de convencionalidad, ya que se amplía o robustece el sistema normativo aplicable pues no solo queda limitado a las normas de origen interno (constitucionales, legales y reglamentarias), sino que también aquellas de origen internacional que han sido aceptadas por el Estado parte internamente (en este caso la CADH).



Asimismo, lo que procede es hacer un ejercicio interpretativo para aplicar dichas normas a la situación concreta, y en dicha interpretación se debe tener en consideración el contenido y alcance que la jurisprudencia de la Corte IDH ha dado a las normas convencionales (tanto obligaciones generales como derechos específicos).

b) El control de convencionalidad incorpora en el análisis de la adecuación de la normativa y actos del Estado a la CADH, también la interpretación que ha realizado la Corte IDH de las normas de la Convención. Para el cumplimiento de buena fe de las obligaciones internacionales del Estado el rol de la jurisprudencia interamericana es determinante, puesto que las pautas interpretativas que emanan de dicha jurisprudencia, son la guía que podrán utilizar los agentes del Estado para cumplir con sus funciones. Asimismo, permite un diálogo jurisprudencial (entre la jurisdicción internacional e interna) que enriquece los estándares de protección de los derechos fundamentales.

En este sentido, el control de convencionalidad permite que la regulación interamericana sobre derechos humanos sea un complemento eficaz de la legislación interna del Estado. En los sistemas normativos relativos a derechos humanos pueden existir lagunas y antinomias.

Las lagunas pueden ser absolutas y relativas; las primeras serían aquellos casos en que el sistema interno no contempla un derecho que sí se contempla en el ámbito interamericano; las relativas, serían aquellos casos en que exista una cierta norma, pero está planteada en términos incompletos y esto impide su aplicación en la realidad. Las antinomias hacen referencia a las contradicciones

entre las normas internas y los compromisos internacionales del Estado. (Nash, 2009, p. 203)

Rojas, 2009, p. 203)

Mediante las normas y la jurisprudencia interamericana, se pueden superar las lagunas absolutas, incorporando al ordenamiento normas que están reguladas en la CADH. También se superan lagunas relativas, dando concreción a las normas redactadas como principios generales que requieren aplicación concreta, tanto recurriendo a las normas interamericanas como a la jurisprudencia de la Corte IDH.

Asimismo, las normas y jurisprudencia interamericana incorporadas al sistema normativo interno permiten tener una base normativa para aplicar dichas normas y no las internas, que se encuentran en contradicción con la normativa internacional, sin apartarse de la obligación que tienen las autoridades nacionales de aplicar las normas jurídicas vigentes en el Estado.

De esta forma, la institución del control de convencionalidad aclara que en caso de lagunas o antinomias, las autoridades deben hacer un ejercicio hermenéutico en el ámbito de sus competencias para preferir la normativa de origen internacional, que permite una mejor protección de los derechos humanos.

- c) El control de convencionalidad debe ser realizado de oficio por toda autoridad pública. La oficialidad del control implica que, además de la petición de parte, los jueces deben realizar el control de convencionalidad por iniciativa propia. Esto es de suma importancia para dar pleno cumplimiento a las obligaciones internacionales, sin embargo, esta oficialidad siempre debe concordarse con las capacidades procesales que tenga cada juez en el ámbito de sus competencias.



No podrían excusarse las autoridades en el hecho que no ha existido una solicitud explícita de realizar dicho ejercicio de compatibilidad.

- d) El control se realiza dentro del ámbito de competencias y regulaciones procesales de la autoridad pública. En esto, la Corte IDH ha sido prudente y ha señalado que no es posible imponer desde el control internacional un tipo particular de control de derechos humanos en el ámbito interno.

Lo que sí es claro es que la elección del Estado en este sentido no es discrecional, sino que el diseño institucional por el que opte debe permitir cumplir con las obligaciones internacionales del Estado y dar efectividad a los derechos en el ámbito interno. La contracara de esta libertad de diseño institucional es que el Estado no puede excusar un incumplimiento de sus obligaciones internacionales en la normativa interna.

2.8. La aplicación del control de convencionalidad a casos de la experiencia jurídica

El desarrollo jurisprudencial del control de convencionalidad ha sido extenso en el sistema interamericano y en los ámbitos nacionales aún es incipiente. Sin embargo, se analizarán algunos casos interesantes en la jurisprudencia regional para ilustrar cómo se desarrolla una interacción cada vez mayor entre ambos sistemas, y que permite observar cómo en el ámbito interno de los Estados se ha utilizado el control de convencionalidad, con el objeto de dar cumplimiento a la obligación de garantías.

México, en su más reciente jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha desarrollado un interesante análisis del control difuso de convencionalidad,



a propósito de la sentencia emitida por la Corte IDH en el caso *Radilla Pacheco* México.

Los demás jueces (los que no pertenecen al Poder Judicial de la Federación) en los asuntos de su competencia podrán desaplicar las normas que infrinjan la Constitución Federal y/o los tratados internacionales que reconozcan derechos humanos, solo para efectos del caso concreto y sin hacer una declaración de invalidez e las disposiciones (...). Todos los jueces del Estado Mexicano a partir de este momento y de conformidad con el Artículo 1º constitucional, están facultados para inaplicar las normas generales que a su juicio consideren transgresoras de los derechos humanos contenidos en la propia Constitución Federal y en los tratados en materia de derechos humanos. (Corte IDH, 2009, s. p.) (sic)

Las afirmaciones de la Corte Suprema mexicana dan cuenta íntegramente de cómo se ha desarrollado una viva interacción entre los sistemas nacionales y el sistema internacional, a facultar a los jueces nacionales a inaplicar normas que infrinjan tratados internacionales. De esta forma, se avanza en el objetivo de lograr un pleno y efectivo goce de los derechos humanos.

Otro ejemplo se refiere a la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana, donde se destaca la fijación dialógica de estándares judiciales en materia de derechos humanos. En la jurisprudencia de este tribunal, hay un compromiso jurisprudencial dirigido a incorporar estándares interamericanos en los fallos nacionales.



La Corte Constitucional ha señalado:

Solo es posible (i) fundir ambas normas (la nacional y la internacional) y (ii), acoger la interpretación que las autoridades competentes hacen de las normas internacionales e integrar dicha interpretación al ejercicio hermenéutico de la Corte. Por ello esta Corte ha señalado, en varias oportunidades, que la jurisprudencia de las instancias internacionales de derechos humanos constituye una pauta relevante para interpretar el alcance de esos tratados y por ende de los propios derechos constitucionales. (Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-1319/2001. Considerando 13)

Costa Rica es otro ejemplo relevante de la interacción permanente que existe entre los sistemas nacionales e internacionales. La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica ha sostenido la posibilidad de dotar de un contenido normativo concreto en el ámbito interno de un derecho fundamental, el cual surge de un principio consagrado en instrumentos internacionales de los derechos humanos. En concreto, es posible que los derechos fundamentales tengan su fuente no solo en el catálogo constitucional, sino que también en los principios internacionales sobre derechos humanos.

Al respecto, la Sala Constitucional ha señalado:

(...) debe advertirse que si la Corte Interamericana de Derechos Humanos es el órgano natural para interpretar la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), la fuerza de su decisión al interpretar la Convención y enjuiciar leyes nacionales a la luz de esta normativa, ya sea en caso contencioso o en una mera consulta, tendrá –de principio– el



mismo valor de la norma interpretada. No solamente valor ético o científico como algunas han entendido. Esta tesis que ahora sostenemos, por lo demás, está receptada en nuestro derecho, cuando la Ley General de la Administración Pública dispone que las normas no escritas –como la costumbre, la jurisprudencia y los principios generales de derechos– servirán para interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento escrito y tendrán el rango de la norma que interpretan, integran o delimitan (Artículo 7.1). (Corte Suprema de Costa Rica. Sentencia 2313/1995. Considerando 7)

En definitiva, debe destacarse el alcance que tiene esta aplicación sustantiva del DIDH en el ámbito interno y en particular la normativa y jurisprudencia interamericana.

El principal efecto de la incorporación de la normativa y jurisprudencia internacional como parte del cuerpo normativo de derechos fundamentales, es el cumplimiento de las diferentes funciones de los derechos fundamentales con base en la construcción internacional, esto es, servir de principios que orientan la actividad del Estado e irradian a todos los poderes del mismo (función objetiva) y servir como derechos subjetivos exigibles respecto de las autoridades (función subjetiva) (Nash Rojas, 2010, p. 159)

De esta forma, es interesante la legitimidad que adquiere el derecho internacional de los derechos humanos por vía de su incorporación formal y sustantiva en el ámbito interno.

En este sentido, si los Estados no solo incorporan las normas de derechos humanos en sus sistemas normativos, sino que hacen un uso práctico de las mismas y adoptan el



razonamiento expresado en la jurisprudencia internacional, lo que se está haciendo es legitimar por vía de la praxis constitucional el sistema internacional de derechos humanos, adoptando una mirada unitaria de los sistemas de protección.

2.9. Problemas en la aplicación del control de convencionalidad

La evolución que se ha visto en la conceptualización de la institución del control de convencionalidad, trae consigo importantes desafíos para su aplicación en el ámbito interno de los Estados. Por ejemplo, es posible distinguir entre países que tienen un control difuso de constitucionalidad y países que tienen un control concentrado. Para estos últimos aparece la dificultad y la interrogante: ¿puede un órgano de la jurisdicción ordinaria “inaplicar” una ley interna en virtud del control de convencionalidad si ésta no ha sido declarada inconstitucional?

Para resolver en parte estas interrogantes hay que recalcar algunas cuestiones fundamentales a tener en cuenta.

- a) El control de convencionalidad debe desarrollarse en el marco de las competencias internas de cada operador de justicia, como ha recalcado la Corte IDH en su jurisprudencia. Esto permite descomprimir la discusión en torno a la legitimidad del sistema y respecto a los alcances del control de convencionalidad, que no supone siempre y, en todo caso que la autoridad *expulse* una norma del sistema normativo interno.

Aclarado esto, se evita caer en el error de pensar que el agente del Estado que realiza el ejercicio de convencionalidad necesita una base normativa especial para realizar



dicho proceso y no le basta el hecho de que el Estado haya incorporado la normativa interamericana en su ordenamiento jurídico interno.

b) Otra posible confusión es entre dos cuestiones vinculadas, pero distintas.

Una cosa es el control de convencionalidad tal como se ha descrito, y otra distinta es la obligación de cumplir con las sentencias que dicta la Corte respecto de un Estado. En este caso, se está ante una obligación especial fundada en el Artículo 68.1 de la CADH.

Puede ser, tal como lo ha dispuesto la Corte, que el control de convencionalidad sea una garantía de no repetición, pero eso tiene que ver con la concreción de la obligación de garantía y no con el cumplimiento de lo ordenado la Corte a modo de medidas de restitución u otras (actuación en el ámbito interno).

c) También podría plantear algunas dudas cuál es el límite entre la obligación de los jueces de implementar el control de convencionalidad, para evitar que el Estado incurra en responsabilidad internacional y la obligación del Poder Legislativo de superar antinomias graves entre la legislación interna y los compromisos internacionales del Estado. El problema es una cuestión de límites y entraña un peligro.

Si bien el ejercicio del control de convencionalidad es interesante, porque da un sentido concreto y eficaz a la obligación general consagrada en los Artículos 1.1 y 2 de la CADH, en orden a que una de las medidas efectivas (dentro de las “otras medidas” que



establece la norma) que debe tomar el Estado en materia de derechos convencionales es la labor hermenéutica de los jueces.

Por otra parte, señalar que una norma es válida en la medida que sea interpretada de acuerdo a ciertos estándares, es plausible. El peligro está en trazar la línea divisoria entre aquellas normas que deben ser expulsadas del sistema a través de una reforma legislativa y aquellas que pueden sobrevivir mediante una interpretación adecuada. La posición de la Corte parece ser que, según el juicio de convencionalidad, el juez siempre debiera interpretar el sistema normativo nacional conforme a las obligaciones internacionales y, por tanto, siempre por vía interpretativa se podría salvar la responsabilidad del Estado.

El punto es que este criterio se hace imposible en el caso de normas abiertamente contrarias a la Convención, las que deben ser modificadas. Parece ser prudente sostener que, frente a una norma que fomenta o permite interpretaciones contrarias a la Convención, debiera preferirse su expulsión del sistema a través de la adecuación legislativa de la misma, si lo que se quiere es un sistema de derechos humanos eficazmente preventivo; sin perjuicio de lo que el juez haga como parte del control de convencionalidad en el caso concreto que deba resolver.

Para que esto sea posible, se debiera privilegiar derechos normativos que abran espacio para que el poder jurisdiccional pueda no solo expulsar normas contrarias a las obligaciones del Estado, sino que también permitan la activación del sistema legislativo vía jurisdiccional.



- d) Otra cuestión que puede ocasionar problemas es determinar cuál jurisprudencia de la Corte IDH aplicable. El criterio, fundado en el Artículo 29 de la CADH, debiera ser que en caso de haber más de un pronunciamiento de la Corte, debe preferirse aquel que de mejor manera proteja los derechos humanos en el caso concreto. Si el intérprete llega la conclusión que una norma interna o una interpretación distinta a la dada por la Corte es una mejor interpretación, es posible preferir la protección nacional, pero el intérprete deberá explicar de qué forma se da esta mejor protección.
- e) Existe el riesgo de que la figura del control de convencionalidad abra un espacio a la doctrina del *margen de apreciación* nacional, para salvar las dificultades operativas que trae consigo la aplicación del control de convencionalidad en el ámbito interno de los Estados. La peligrosidad radica en que la utilización de esta doctrina puede llevar a la desnaturalización de las obligaciones de los Estados (y por consiguiente puede incrementar el riesgo de incurrir en responsabilidad internacional), además, desde el punto de vista de la seguridad jurídica parece poco plausible aplicar esta doctrina cuando el desarrollo del control de convencionalidad puede estar sujeto a los vaivenes políticos de los Estados.
- f) Finalmente, hay que destacar, como desafío de la implementación, el que en el derecho interno se debe ir avanzando hacia la aplicación directa de las normas del DIDH y su jurisprudencia. En los sistemas constitucionales donde se han constitucionalizado las normas internacionales, su aplicación puede ser más fácil desde el punto de vista de los principios de jerarquía, coherencia interna y unidad del sistema jurídico codificado. En aquellos en que la cuestión jerárquica ha sido



resuelta de otra forma a la constitucionalización, la doctrina del *bloqueo de constitucionalidad* puede ser un buen instrumento para razonar en el ámbito interno y permitir que las normas internacionales y su interpretación jurisprudencial sean utilizadas en casos concretos.

Sea vía constitucionalización o bloqueo de constitucionalidad, a juicio de la propia Corte IDH, se debe incluir tanto las normas de los tratados internacionales de derechos humanos, como la jurisprudencia de la Corte IDH.

A manera de síntesis, hay algunas cuestiones que parecen fundamentales para entender la relevancia del control de convencionalidad. En primer lugar, hay que reafirmar la importancia de que todo el análisis del control de convencionalidad es una pieza clave para evitar el riesgo de que los Estados incurran en responsabilidad internacional.

Esto se realiza mediante la incorporación de estándares, aplicación directa de normas internacionales y análisis de la compatibilidad de las normas internas con la CADH por parte de los órganos públicos llamados a dar cumplimiento a las obligaciones internacionales, principalmente, aunque no exclusivamente, en la labor jurisdiccional. Esta afirmación se funda en la consideración de que el control de convencionalidad si tiene un sustrato jurídico que se encuentra en la conjugación normativa de los Artículos 1.1, 2 y 29 de la CADH y en los principios del derecho internacional público.

Es importante destacar la importancia de la obligación de garantía como función fundamental en el actuar del Estado, y aquí es donde el control de convencionalidad es



clave para asegurar que se dé pleno goce y ejercicio de los derechos consagrados en la Convención en conformidad a los estándares internacionales.

En este sentido:

El control de convencionalidad no viene a ser una obligación nueva sino más bien la concreción jurisdiccional de la obligación de garantía de los derechos humanos en el ámbito interno de los Estados. En este contexto, deviene entendible que el control de convencionalidad se implementa en cada Estado conforme a su regulación interna, sin que la Corte IDH imponga un determinado sistema de control de constitucionalidad. (Nash Rojas, 2013, p. 211)

En resumen, cuando el control de convencionalidad se perfila como un instrumento relevante para la protección de los derechos fundamentales y legitima el actuar del Estado, el diálogo jurisprudencial se constituye en herramienta fundamental al momento de desarrollar estándares comunes que tiendan a la efectividad del sistema.

2.10. Clases de control de convencionalidad

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha desarrollado un criterio de clasificación de dos tipos de control de convencionalidad, el control abstracto, cuya competencia es exclusiva de la misma Corte, y el control concreto o difuso, que en dicha jurisprudencia es competencia de todos los órganos del Estado.

Una cuestión determinante es la de determinar la clasificación del control de convencionalidad, la que depende a su vez del diseño que tenga cada uno de los Estados para el ejercicio interno del control de constitucionalidad. En este sentido, los



criterios de clasificación son válidos y operativos para las dos clases de control
(Quinche Ramírez, 2016).

CAPÍTULO III

3. Tipología del control de convencionalidad

3.1. Control de convencionalidad abstracto y concreto

3.1.1. Analogía entre control de constitucionalidad y control de convencionalidad

El control de convencionalidad puede ser clasificado de modo análogo a como se clasifica el control de constitucionalidad. En este sentido y utilizando los criterios usuales se tiene:

3.1.1.1. De acuerdo con el titular

De acuerdo con su titular, el control de convencionalidad se divide en:

- a) Control concentrado de convencionalidad, que es el ejercido por un único órgano especializado, para el caso, la Corte Interamericana en el nivel regional, y las cortes supremas o los tribunales constitucionales de los países que tienen control concentrado de constitucionalidad, como acontece en los casos de Ecuador, Panamá y Uruguay.
- b) Control difuso de convencionalidad, que es el ejercido por la totalidad de los jueces y tribunales del Estado como acontece con Argentina y su régimen constitucional y muy especialmente de la acción de tutela.

3.1.1.2. De acuerdo con el objeto

De acuerdo con este criterio, el control se divide en:



- a) Control abstracto de convencionalidad, que es el control que recae sobre normas

En el nivel regional la Corte Interamericana confronta las normas internas de los distintos Estados partes, con la Convención Americana, para afirmar su conformidad, o la violación de la Convención. En el plano interno, el ejercicio del control abstracto de convencionalidad le corresponde a la Corte Suprema o al Tribunal Constitucional respectivo, quienes conocen de las acciones de inconstitucionalidad, como sucede en Perú o en Colombia, o de las cuestiones de constitucionalidad, como sucede en otros países.

- b) Control concreto de constitucionalidad. En este evento, la actividad de jueces y tribunales recae sobre hechos y personas, más que sobre normas. es el control que acontece con ocasión del ejercicio de la acción de tutela y de la excepción de inconstitucionalidad.

El control de convencionalidad fue ejercido en sus comienzos como control concentrado, bajo la actividad de un único órgano (la Corte Interamericana), que ejercía sus competencias sobre las leyes y otras normas emitidas en los distintos Estados partes.

Sin embargo, y con el paso del tiempo, dicho control comenzó a extenderse, hasta ser hoy *control difuso de convencionalidad*, en la medida en que debe ser ejercido por cualquier autoridad pública, así como por los jueces de cualquiera de las jurisdicciones y niveles internos en los Estados partes.



3.1.2. El control de convencionalidad centralizado o abstracto

En la fase inicial de ejercicio de la competencia contenciosa por la Corte Interamericana, aconteció por primera vez, en América Latina, que un órgano judicial le ordenara a un Estado que modificara su legislación interna.

Esto fue todo un suceso, en la medida en que para los años 80 del siglo XX imperaban en el continente tres cuestiones: una lectura muy fuerte de la soberanía nacional, que legitimaba todo tipo de arbitrariedades en los Estados; el derecho internacional era reducido a su versión *clásica*, como derecho de los tratados y de las relaciones entre los Estados; y se creía y se confiaba ciegamente en la soberanía de los parlamentos, de modo tal que nadie, ni siquiera una corte internacional de justicia, tenía la virtualidad de influir en las decisiones normativas de un *Estado soberano*.

Fue justamente dentro de esa atmósfera, que la Corte Interamericana comenzó a trabajar y a declarar la responsabilidad internacional de los Estados por la violación del derecho convencional, por la expedición de leyes contrarias a la Convención, o con ocasión de hechos ilícitos internacionales concretos.

3.1.3. Control abstracto normativo

La competencia consultiva de la Corte Interamericana fue prevista en el Artículo 64 de la Convención Americana de la siguiente manera:

Artículo 64.

1. Los Estados miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la



protección de los derechos humanos en los Estados americanos. Asimismo, podrán consultarla, en lo que les compete, los órganos enumerados en el capítulo X de la Carta a la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires.

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

Lo importante aquí es que, en ejercicio de esa competencia, la Corte hizo dos contribuciones capitales para el control concentrado sobre leyes y normas, en el sentido de construir la figura de la “*violación per se de la Convención*” y de opinar en un caso concreto, la incompatibilidad entre la expedición de una norma local (nada menos que la reforma constitucional de un Estado Parte) frente a la Convención Americana.

3.1.4. La violación *per se* de la Convención Americana y su adecuación a casos contenciosos

Como se expuso anteriormente, la Corte Interamericana la estableció la Opinión Consultiva 014 de 1994, *Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (Artículos 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, siendo decisiva para la comprensión del control concentrado de convencionalidad. Por su importancia, se vuelve a plantear el resultado de dicha Opinión Consultiva.



La parte consultante fue la Comisión Interamericana, que solicitó la interpretación de los párrafos 2 y 3 del Artículo 4 de la Convención Americana, en referencia al establecimiento del Artículo 140 de la Constitución peruana de 1993.

La institución de la *violación per se de la Convención*, fuente misma del control de convencionalidad, fue establecida al modo de una regla, que es el eje central de la regla de proscripción de la impunidad por la concesión de amnistías, indultos y perdones, que la Corte Americana ha venido construyendo de modo consistente, sistemático y continuo desde el año 2000. El enunciado normativo es el siguiente:

- a) La declaratoria de responsabilidad internacional de los Estados partes por *violación per se de la Convención*, en casos singulares de condena, con órdenes de modificar la legislación interna de un país.
- b) La declaratoria de responsabilidad internacional de los Estados partes por *violación per se de la Convención*, en los casos de concesión de amnistías e indultos generales por crímenes atroces y violaciones graves del derecho internacional de los derechos humanos.
- c) La declaratoria de responsabilidad internacional del Estado, por *violación per se de la Convención*, en los casos de condenas proferidas por crímenes internacionales.

3.2. El control convencional de las reformas constitucionales

El control concentrado de convencionalidad por la vía del ejercicio de la competencia consultiva, tuvo un momento fundacional determinante con ocasión de la Opinión Consultiva 04 de 1984, *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa*



Rica relacionada con la naturalización. Este pronunciamiento es muy importante, pues evidencia, desde casos concretos, la manera de hacer control de convencionalidad, aún sobre la Constitución Política de un país, por medio de opiniones consultivas.

La parte consultante fue el Estado de Costa Rica, que solicitó a la Corte manifestara si había incompatibilidad entre la Convención Americana y el proyecto de reforma de los Artículos 14 y 15 de la Constitución de ese país, relacionados con la naturalización de extranjeros. Adicionalmente, ese Estado preguntó si las reformas proyectadas afectaban los Artículos 20 (derecho a la nacionalidad) y 17.4 (igualdad entre cónyuges) de la Convención Americana.

Al resolver las consultas, la Corte Interamericana consideró que las modificaciones propuestas no afectaban el derecho a la nacionalidad, y que tampoco se afectaba el derecho a la igualdad al establecer condiciones más favorables de naturalización a centroamericanos, iberoamericanos y españoles por nacimiento.

Sin embargo, y en relación con una diferencia de trato basada en sexo, señaló: “Que sí constituye discriminación incompatible con los Artículos 17.4 y 24 de la Convención estipular en el Artículo 14.4 el proyecto condiciones preferentes para la naturalización por causas de matrimonio a favor de uno solo de los cónyuges” (Corte IDH, 1984, párr. 5).

Como argumento central de su decisión, la Corte dijo:

En consecuencia, la Corte Interpreta que no se justifica y debe ser considerada como discriminatoria la diferencia que se hace entre los cónyuges en el párrafo 4



del Artículo 14 del proyecto para la obtención de la nacionalidad costarricense en condiciones especiales por razón del matrimonio. (Corte IDH, 1984, párr. 67)

El hecho concreto es que, debido a la opinión emitida por la Corte Interamericana, Costa Rica se abstuvo de incluir dicha cláusula dentro de su Constitución. En sentido contrario, su inclusión habría implicado la violación de la Convención y eventualmente, la declaratoria de responsabilidad internacional.

3.3. El control abstracto en materia contenciosa

La segunda competencia de la Corte Interamericana es la contenciosa, que fue regulada en el Artículo 62 de la Convención, especialmente en lo previsto en el numeral tercero:

Artículo 62.

1. Todo Estado parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención.
2. La declaración puede ser hecha incondicionalmente, o bajo condición de reciprocidad, por un plazo determinado o para casos específicos. Deberá ser presentada al Secretario General de la Organización, quien transmitirá copias de la misma a los otros Estados miembros de la Organización y al Secretario de la Corte. (sic)



3. La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados Partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial, como se indica en los incisos anteriores, ora por convención especial.

Con ocasión del intento de Fujimori de repudiar la competencia de la Corte Interamericana en los años noventa, el Tribunal fijó el alcance de la aceptación de la competencia contenciosa así:

La competencia de la Corte no puede estar condicionada por hechos distintos a sus propias actuaciones. Los instrumentos de aceptación de la cláusula facultativa de la jurisdicción obligatoria (Artículo 62.1 de la Convención) presuponen la admisión, por los Estados que la presentan, del derecho de la Corte a resolver cualquier controversia relativa a su jurisdicción. Una objeción o cualquier otro acto interpuesto por el Estado con el propósito de afectar la competencia de la Corte es inocuo, pues en cualesquiera circunstancias la Corte retiene la *compétence de la compétence*, por ser maestra de su jurisdicción. (Corte IDH, 1999, párr. 33)

Para los efectos de esta sección, se evidencia el ejercicio de su plena jurisdicción bajo tres modalidades del control de convencionalidad derivadas de la figura de la *violación per se de la Convención*, dispuesta por la Opinión Consultiva 014 de 1994, advirtiendo que la competencia contenciosa asume otras formas de actuación.



3.3.1. El control abstracto en el ámbito contencioso por violación *per se* de la

Convención en las reformas legislativas

Estos casos fueron toda una novedad en el Sistema Interamericano en la década de los años 90 del siglo XX. Lo importante en ellos es que, debido al principio de soberanía nacional, los Estados de América Latina, fundados a su vez en el principio de soberanía parlamentaria o en el poder *de facto* que daban las dictaduras militares o las dictaduras constitucionales, expedían alguna legislación arbitraria, sin atender al hecho de que habían suscrito normas imperativas de derecho internacional que los obligan a someter su legislación interna a los instrumentos internacionales que han firmado y ratificado.

Para el caso, el Artículo 2 de la Convención Americana según el cual "(...) los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otros carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades". Sin embargo, y en contra de esa comprensión autoritaria, represiva y violatoria del derecho internacional de los derechos humanos, la Corte Interamericana comenzó a expedir fallos condenatorios en los que se incluían tres elementos concurrentes:

- a) Se declaraba la *violación per se de la Convención* debido a la expedición de una ley, un decreto o de una reforma constitucional.
- b) Se declaraba la responsabilidad internacional del Estado parte por la violación de los derechos humanos y de la Convención, con ocasión de la expedición de la norma interna.



- c) Se le ordenaba al Estado parte modificar su legislación interna de conformidad con lo expuesto por la Corte Interamericana en la sentencia.

Como evidencia de esta modalidad del control de convencionalidad, suelen ser referidos dos fallos emblemáticos proferidos por la Corte: el *Caso Suárez Rosero contra Ecuador*, en el que bajo la tesis contenida en la Opinión Consultiva 014 de 1994, se declaró la responsabilidad objetiva del Estado por la expedición de una ley contraria a la Convención; y el *Caso "La Última Tentación de Cristo" contra Chile*, que declaró la responsabilidad del Estado, por tener en su Constitución una norma violatoria de la Convención Americana.

3.3.2. El control abstracto en el ámbito contencioso por violación *per se* de la Convención, debido a impunidad por decreto de amnistías e indultos

La mejor evidencia del ejercicio de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana por *violación per se de la Convención*, es la articulada en la línea decisonal dispuesta alrededor de la regla que proscribe la impunidad en los casos de amnistías, indultos y leyes de perdón.

Esa línea está constituida por una secuencia fácilmente reconstruible desde las sentencias de fondo proferidas en: *Caso Barrios Altos contra Perú*; *Caso Almonacid Arellano contra Chile*; *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilla do Araguaia) contra Brasil* y en el caso *Gelman contra Uruguay*.



3.3.3. El control abstracto en el ámbito contencioso por violación *per se* de la Convención, por impunidad en crímenes de paramilitares y ejército de Colombia

Las condenas proferidas por la Corte Interamericana en contra del Estado colombiano, por las acciones conjuntas de los paramilitares y el Ejército en contra de la población civil, en general han sido asumidas como el resultado de la realización de hecho ilícitos internacionales, directamente causados por esos dos agentes.

En estos casos, de análoga forma a como la existencia de una norma contraria a la Convención acarrea *per se* la responsabilidad internacional del Estado, de la misma manera, la falta de adopción de medidas de protección por parte del Estado, acarrea *per se* la violación de la Convención.

Para el caso, pueden ser reseñadas múltiples evidencias contenidas indistintamente en las sentencias de fondo proferidas en los casos de *La Masacre de Mapiripán contra Colombia*, *La Masacre de Pueblo Bello contra Colombia*, *La Masacre de La Rochela contra Colombia* y otras más.

En el primero de estos dos casos, de acuerdo con los hechos, el 12 de julio de 1997, cien sujetos de las Autodefensas Unidas de Córdoba y Urabá (AUC) aterrizaron en el aeropuerto de San José de Guaviare, provenientes de Necoclí y Apartadó (Antioquia). Estos fueron recogidos por el Ejército colombiano y transportados en sus camiones. Posteriormente, se unieron con paramilitares del Meta y Casanare y se ubicaron en Charras, un caserío situado frente a Mapiripán, mediado por el Río Guaviare.



El 15 de julio de 1997, tras rodear el pueblo, los sujetos penetraron en Mapripán usando armas y prendas de uso privativo del ejército. Una vez allí, ocuparon el pueblo y las oficinas públicas, secuestrando a las personas que posteriormente serían torturadas y asesinadas, bien en el matadero municipal, en la plaza central o en las calles de la población.

Según los testimonios recaudados, los perpetradores llegaron con una lista de 27 personas que fueron torturadas y descuartizadas, hasta completar un total de 49 víctimas, siendo arrojados la mayoría de los cuerpos a las aguas del río San José. Como consecuencia de los hechos, además de las torturas, degollamientos y descuartizamientos, sobrevino un gran desplazamiento de la población que aún hoy continúa.

El Estado colombiano aceptó su responsabilidad internacional, siendo condenado por la violación de múltiples derechos. En este fallo, la Corte Interamericana retomó el relato que sobre el paramilitarismo venía articulando desde fallos anteriores, con dos elementos nuevos: el primero, normativo, consistente en la expedición del Decreto 3030 de 1990, sobre rebaja de penas; el Decreto 2535 de 1993, sobre el “régimen de servicios de vigilancia y seguridad privada”, que permitió el otorgamiento de armas a particulares por el ejército; y el Decreto 356 de 1994, “por el cual se expide el estatuto sobre vigilancia y seguridad privada”, que permitió la creación de unas cooperativas llamadas *Convivir*, que fueron uno de los brazos armados de los paramilitares; y el segundo, relacionado con la expedición de las normas de lo que hoy se llama “legislación de justicia y paz” (Corte IDH, 2005, párr. 96.1 a 96.20).



Respecto de la *violación per se de la Convención*, un voto razonado fue que:

Así como la existencia de una ley manifiestamente incompatible con la Convención Americana acarrea *per se* una violación de ésta (bajo el deber general de su Artículo 2, de armonización con la Convención de la normativa del derecho interno), la falta de la toma por el Estado de medidas positivas de protección –inclusive de carácter preventivo– ante una situación reveladora de un patrón consistente de violencia y flagrantes y graves lesiones de derechos humanos acarrea *per se* una violación de la Convención Americana (bajo el deber general de garantía del Artículo 1(1), o sea, de respetar y asegurar el respeto de los derechos protegidos). (Corte IDH, 2005, párr. 6)

3.4. El control de convencionalidad difuso

El ejercicio del control concentrado de convencionalidad por la Corte Interamericana, significó un gran avance para el derecho en América Latina, erigiéndose en el más notable de los mecanismos existentes para la defensa, promoción y enseñanza de los derechos humanos en la Región.

Al ejercerlo, la Corte comenzó a hacer lo que hasta entonces era impensable:

- a) Que los Estados, los presidentes de los países y los políticos entendieran que la firma y ratificación de los tratados públicos es un asunto serio, que da lugar al nacimiento de normas y de obligaciones jurídicas plenamente exigibles.

- b) Que los políticos, los jueces y las personas corrientes entendieran también, que las normas jurídicas y las obligaciones contenidas en los tratados públicos son derecho pleno, vigente y exigible, como lo es el resto del ordenamiento jurídico.
- c) Que los tratados públicos son normas plenas de derecho internacional, que en el caso específico del derecho internacional de los derechos humanos, someten al derecho interno de los distintos Estados partes, debido a dos razones: por haberlo aceptado así expresamente los Estados al ratificar las Convenciones; y por la materia específica de este derecho, relacionado con normas de garantía sobre derechos.

Ahora bien, respecto de los jueces internos de los distintos Estados, la vigencia plena del derecho convencional da lugar a la obligación de ejercer control de convencionalidad y, más precisamente, entender que:

El “control difuso de convencionalidad” convierte al juez nacional en juez interamericano: en un primer y auténtico guardián de la Convención Americana, de sus Protocolos adicionales (eventualmente de otros instrumentos internacionales) y de la jurisprudencia de la Corte IDH que interpreta dicha normatividad. Tienen los jueces y órganos de impartición de justicia nacionales la importante misión de salvaguardar no solo los derechos fundamentales previstos en el ámbito interno, sino también el conjunto de valores, principio y derechos humanos que el Estado ha reconocido en los instrumentos internacionales y cuyo compromiso internacional asumió. (Corte IDH, 2010, párr. 24)

La actividad del control difuso de convencionalidad al interior de los Estados partes es uno de los retos más importantes del Sistema Interamericano de Protección, e implica toda clase de esfuerzos que tienen como punto de partida una nueva comprensión del derecho internacional y del papel de los tratados sobre derechos humanos, de modo tal que se entienda que:

No son tratados multilaterales de tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derecho, para el beneficio mutuo de los estados contratantes; por el contrario, cuando los Estados aprueben un tratado sobre derechos humanos quedan sometidos a un ordenamiento legal dentro del cual asumen diversas obligaciones en relación con los individuos bajo su jurisdicción y no frente a otros Estados. (Bazán, 2012, p. 636)

Adicionalmente, es necesaria la implementación y desarrollo de actividades concretas, entre las que se cuentan la inclusión del derecho internacional de los derechos humanos, del derecho procesal constitucional y del sistema Interamericano de Protección, dentro de los planes de estudio de las facultades de derecho de América Latina; la inclusión de estas mismas materias y temas en los cursos de capacitación, promoción y ascenso de jueces y magistrados de los países de la región; y el uso por parte de los litigantes sobre derechos humanos y de las reglas fijadas por la Corte Interamericana en sus sentencias.

3.5. El ámbito de competencia para el ejercicio del control de convencionalidad

El derecho al “juez natural”, o más técnicamente, el derecho al juez o tribunal competente, es un derecho reconocido tanto por el derecho internacional de los



derechos humanos, como por el derecho interno de los distintos Estados. De esta manera, la Convención Americana establece en el numeral 1 del Artículo 8, destinado a las *Garantías Judiciales*, que “1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial (...)”, principio que generalmente recogen también las constituciones contemporáneas.

3.6. Jurisdicción y competencia en el control de convencionalidad

El concepto de “jurisdicción” ha sido usado como el presupuesto para definir el concepto de “competencia”. En sentido tradicional, la jurisdicción es la facultad general que tiene el Estado para administrar justicia en los casos concretos, o para decidir el derecho, por medio de los órganos judiciales establecidos. En sentido complementario, la competencia ha sido entendida como una *medida de jurisdicción* que es distribuida entre los diferentes jueces.

La competencia también ha sido entendida como la porción, la cantidad o el grado de jurisdicción que corresponde a cada juez o tribunal específico, de acuerdo con ciertos factores que la determinan, como son la naturaleza o materia del proceso y la cuantía (factor objetivo); la calidad de las partes que intervienen en el proceso (factor subjetivo); la naturaleza de la función que desempeña quien debe resolver el proceso (factor funcional); el lugar donde debe transitarse el proceso (factor territorial), y el factor de conexidad. (Quinche Ramírez, 2016, p. 166)



Algunos autores consideran insuficiente la noción tradicional de jurisdicción, por esta referida únicamente al acto de la sentencia.

En sentido más técnico e integral, se dice de la jurisdicción, que se trata “de la actividad jurisdiccional consistente en procesa, eventualmente sentenciar y, también eventualmente, ejecutar lo sentenciado” (Quinche Ramírez, 2016, p. 166).

Otro tanto ocurriría con la noción de competencia, la que según algunos autores, no puede ser reducida al grado o medida de la jurisdicción. Este autor dice que la competencia debe ser entendida como la atribución de funciones que efectúa la ley y/o la convención a ciertas personas, que actúan en carácter de autoridad respecto de otras personas que actúan como particulares para, desde allí, entender específicamente por competencia judicial “la aptitud que tiene una *autoridad* (juez) para procesar, juzgar y, en su caso, ejecutar la decisión que resuelva un litigio y un *particular* (árbitro) para procesar y laudar” (Quinche Ramírez, 2016, p. 167).

3.6.1. Ámbitos de competencia para el ejercicio del control de convencionalidad

Se ha señalado de forma reiterada que el control de convencionalidad consiste, básicamente, en una actividad de acuerdo con la cual, los jueces y los funcionarios de los distintos Estados partes tienen la obligación de aplicar el *corpus iuris interamericano*, conformado por los distintos tratados que son objeto de competencia contenciosa por la Corte, así como por las reglas contenidas en las interpretaciones que de las normas convencionales hace la Corte Interamericana.



El despliegue y ejercicio del control de convencionalidad acontece cuando menos en tres escenarios diferenciales y concurrentes, que tienen como presupuesto una competencia específica. El primero de estos escenarios es internacional y allí el órgano competente es la Corte Interamericana de Derechos humanos. Los otros dos escenarios son locales y están referidos a los órganos judiciales (jueces y tribunales) que ejercen control constitucional, y a todas las autoridades públicas de cualquiera de los Estados partes de la Convención, en sus distintos niveles. (Quinche Ramírez, 2016, p. 167)

Como se puede inferir de lo expuesto, el control de convencionalidad se ejerce de forma distinta a como se ejerce el control de constitucionalidad, y aunque existan puntos de conexión no es lo mismo controlar la convencionalidad que controlar la constitucionalidad, en ese sentido, resulta un contrasentido afirmar que las convenciones sobre derechos humanos forman parte y tienen la misma jerarquía de la Constitución, aunque en esta última se hiciera una incorporación por referencia a dichas convenciones, se trata de distintos instrumentos normativos, provenientes de distinta fuente.

CAPÍTULO IV

4. La homogeneidad entre el sistema interamericano y los sistemas domésticos

4.1. Criterios hermenéuticos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que limitan la restricción de los derechos fundamentales

4.1.1. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) es un órgano judicial de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), el cual fue creado en el año 1959, y que entró en vigencia en 1978. Esta Corte tiene como función principal, interpretar la CADH y otros instrumentos respecto de los cuales se le haya otorgado competencia, según lo establece el Artículo 62(1):

Todo Estado parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención.

Dentro de sus facultades jurisprudenciales se encuentra la de resolver casos contenciosos sobre presuntas violaciones a la Convención por parte de un Estado miembro, siempre que haya finalizado el procedimiento ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Por otro lado, la Corte tiene competencia no contenciosa para emitir opiniones consultivas, para lo cual debe aplicar e interpretar la



Convención y otros tratados de derechos humanos, partes del Sistema Interamericano de Protección.

Para realizar sus funciones, la CIDH utiliza algunos métodos hermenéuticos en la interpretación de las diversas normas del sistema de protección. Esta interpretación posee características particulares, respecto de la interpretación que se utiliza en el derecho internacional público, y uno de sus principios en particular desempeña una función importantísima dentro del sistema del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH): el *pro homine*.

El DIDH tiene particularidades, y dentro de este sistema, el principio *pro persona* cumple variadas funciones como: a) Preferencia interpretativa, y; b) Preferencia normativa, pero además, tiene un límite; pues no puede ser interpretado de tal forma que afecte el equilibrio del sistema. (Nash Rojas, 2013, p. 504)

Si bien el objetivo es llegar a una interpretación integral, que permita el pleno goce y ejercicio de los derechos para casos difíciles, donde los titulares presentan características particulares o el contexto es determinante, esta interpretación no puede afectar la coherencia del sistema.

Elementos importantes para analizar son:

- a) Las diferencias entre el Derecho Internacional Público (DIP) y el DIDH, en lo referente a su especial naturaleza y los diversos objetos y fines de cada uno.
- b) El problema que presenta el modelo de interpretación derivado del derecho privado clásico, en relación con la invisibilización de diversos derechos de grupos sociales.



- c) El modelo hermenéutico del DIDH y su objetivo: superar el paradigma neutral del titular de derechos, y lograr la efectividad de los derechos.
- d) La aplicación de distintos criterios dentro del DIDH, como la utilización del sistema de interpretación de tratados contemplado en la Convención de Viena de 1969, y el sistema contemplado en la propia Convención, es decir, la aplicación de los métodos de unidad, sistematicidad y teleológico.
- e) El principio *pro persona*, y cómo este tiene un rol trascendental que permite controlar la interpretación, asegurando el pleno goce y ejercicio de los derechos fundamentales.
- f) La aplicación del principio *pro persona* en la jurisprudencia de la Corte Interamericana.
- g) La relevancia de este criterio en el ámbito interno a partir del control de convencionalidad al que están obligados los Estados parte de la CADH.

4.1.2. La relación entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional público

Es un lugar común que el desarrollo del DIDH ha marcado ciertas diferencias con el Derecho Internacional Público tradicional. Estas diferencias tienen especial relevancia en el tema de las fuentes, en particular, en el derecho de los tratados.

Por regla general en el DIP, los tratados y convenciones tienen por *objeto* y *fin* regular intereses recíprocos entre los Estados; mientras que en materia de Derechos Humanos



aunque los tratados se celebren entre Estados, no emergen de ellos solo obligaciones y derechos entre estos, sino que debido a su *especial naturaleza*, de ello surgen principalmente derechos para los individuos, y obligaciones para los Estados, porque su *objetivo y fin*, es dar una efectiva protección a las personas sujetas a su jurisdicción.

La Corte interamericana ha destacado el carácter especial de los tratados sobre derechos humanos, así por ejemplo en el Caso Masacre Mapiripán vs. Colombia (2005), la sentencia sobre Excepciones preliminares señala:

Dicha Convención (Americana), así como los demás tratados de derechos humanos, se inspiran en valores comunes superiores (centrados en la protección del ser humano), se aplican de conformidad con la noción de garantía colectiva, consagran obligaciones de carácter esencialmente objetivo, y tienen una naturaleza especial, que los diferencian de los demás tratados, los cuales reglamentan intereses recíprocos entre los Estados Partes. (Corte IDH, 2005, párr. 104)

Respecto de la especial naturaleza de los Tratados de Derechos Humanos, la Corte ha emitido su opinión respecto al *objeto y fin* de estos, en asuntos no contenciosos. Al respecto, la Opinión Consultiva OC-2/82 dispone:

La Corte debe enfatizar, sin embargo, que los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales de tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de



los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción. (Corte IDH, 1982)

En definitiva, se reconoce la particular naturaleza de los tratados sobre derechos humanos, y que su *objeto* y *fin* es diferente al contemplado en el Derecho Internacional Público, pues no puede considerarse que la finalidad del DIDH “sea equilibrar recíprocamente los intereses entre los Estados, sino que persigue el establecimiento de un orden público común a las partes, que no tiene por beneficiario a los Estados, sino a los individuos” (Nash Rojas, 2009, p. 81). Esto resulta relevante a los efectos de los tratados sobre derechos humanos, pues derivará en todo un sistema de interpretación respecto al contenido y alcance de las obligaciones generales del Estado, que se irá alejando de la interpretación clásica, presente en las primeras aproximaciones del sistema de derechos humanos.

4.1.3. El modelo clásico de la interpretación jurídica

El modelo interpretativo clásico, tiene su origen en el derecho privado tradicional, específicamente en el proceso de codificación, y suele ser vista como una orientación hermenéutica de tipo voluntarista; de este modo, se entiende que “interpretar es dar efectividad operativa o teórica al contenido de una voluntad legislativa” (Vernengo, 1977, p. 95). Lo que esta interpretación persigue es utilizar ciertos mecanismos que



permiten develar la voluntad del legislador; y en el proceso hermenéutico, lo que el juez debe hacer es descubrir esta voluntad “cuasi divina y aplicarla al caso concreto” (Vernengo, 1977, p. 252), de este modo “el juez produce una sentencia que traduce y expresa su interpretación de los hechos y del Derecho” (Vernengo, 1977, p. 1126).

Este sistema interpretativo se sustenta en dos ideas centrales para la época:

Sistematicidad, es decir, que toda interpretación debe ser coherente con los principios inspiradores del sistema, y que se traduce en que los derechos reconocidos en ese momento –libertad, igualdad, propiedad– se reflejan en todas y cada una de las instituciones legales de la época, las que no podían ser contradictorias con dichos postulados esenciales; y la idea de *jerarquía*, que se refleja en un sistema piramidal donde las normas tienen jerarquías que marcan pautas de preeminencia. (Nash Rojas, 2010, p. 30)

El modelo clásico funciona de la siguiente manera: la interpretación que hace el juez, tiene fuerza obligatoria relativa exclusivamente al litigio en cuestión en las causas sometidas a su conocimiento, y esta debe sujetarse a las normas de interpretación de ciertos Códigos, que se encuentran consagradas sus Artículos iniciales.

La finalidad de la interpretación, es averiguar el sentido de la ley, para lo cual cuenta con una serie de elementos: *gramatical, lógico, histórico, sistemático y la equidad*. Todos ellos deberán ser ponderados conjuntamente por el juez al momento de interpretar. (Nash Rojas, 2013, p. 508)



La interpretación gramatical señala, por ejemplo: *cuando el sentido de la ley es claro, no se desalentará su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu*. Se refiere al análisis de la semántica y sintaxis del precepto, para eso debe considerarse lo siguiente:

- a) Dada la importancia que tiene el significado de las palabras en la interpretación, el legislador ha establecido que estas se entenderán en su sentido natural y obvio. Esto se refiere al sentido que se le atribuye en el medio en que se emplea el vocablo, según su uso general.
- b) Las palabras que el legislador ha definido expresamente para ciertas materias se les dará su significado legal.
- c) Las palabras técnicas de toda ciencia o arte, se tomarán en el sentido que les den los que profesan esa ciencia o arte, a menos que aparezca claramente que se han tomado en un sentido diverso.

Sin embargo, no se debe extremar esta disposición, ya que no significa la primacía absoluta de la aplicación de la ley de acuerdo al tenor literal; el principio, se refiere a la claridad del sentido de la ley, no del tenor literal. El tenor literal se aplica en cuanto refleje ese sentido. “El punto de partida de la interpretación es este elemento, pero no se reduce puramente a un análisis gramatical, pues este es uno de los criterios, pero no el único” (Ducci, 2010, p. 111).

La interpretación histórica: se refiere a la historia fidedigna del establecimiento de la ley, y sirve para fijar la intención o espíritu de la ley, es decir, sus objetivos. Es un



elemento supletorio para fijar el alcance de la ley que no esté claramente manifestado en ella misma.

Para el profesor Alessandri, “este elemento *tiene por objeto la indagación del estudio del derecho existente sobre la materia a la época de la confección de la ley y el estudio de los antecedentes que tomó en cuenta el legislador ante de dictarla*” (Citado por Nash, 2013, p. 509).

La interpretación lógica se refiere a la concordancia que debe existir entre las diversas partes de la ley; pues es natural que estas no sean contradictorias. Este criterio se funda en que todas las partes de una ley forman una unidad y responden a una misma intención, o espíritu, y es natural, entonces, que guarden armonía y no contradicción.

Por tanto, si en un Artículo de una determinada ley cierta expresión puede ser tomada en dos sentidos y en todos los demás Artículos se considera uno de dichos sentidos, a la expresión ambigua habrá que atribuirle este sentido que demuestra ser el de la voluntad de la ley. (Vodanovic, 1998, p. 66)

Otra pauta de la interpretación lógica que contribuye a precisar la voluntad de la ley es *la regla del contexto*. “Por contexto en general se entienden *el conjunto del texto que rodea una frase citada, y del que depende la verdadera significación de ésta*” (Lalande, 1953, p. 237). Al respecto, algunos Códigos disponen que *el contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía*.



La interpretación sistemática se refiere a la correspondencia de la legislación que se busca más allá de la propia ley interpretada, analizando otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto.

Considerando que todas las leyes de un país forman un sistema y se hermana por obedecer a ciertos principios superiores, algunos Códigos disponen que: *los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto.* (Vodanovic, 1998, p. 67)

La interpretación según la equidad:

El espíritu general de la legislación es el principio o idea central de toda ella, o de todas las normas que integran cada institución. *La equidad* es el sentimiento seguro y espontáneo de lo justo y lo injusto que deriva de la sola naturaleza humana, con prescindencia del Derecho positivo. (Vodanovic, 1998, p. 67)

Estos no son solo elementos supletorios. El espíritu general de la legislación, se encuentra implícito en el elemento sistemático, y la equidad no puede estar ausente en ningún criterio de interpretación. Pero "el juez no puede dictar una resolución basada únicamente en la equidad, a eso se refiere con que es solo supletorio" (Vodanovic, 1998, p. 66).

Estos criterios, o elementos que establece el legislador como normas de interpretación de la ley, no son meros consejos dados al juez sino criterios obligatorios que debe seguir para desentrañar la voluntad de la ley. Este modelo, inspirado en los principios

clásicos del modelo interpretativo, se ha aplicado más allá de la legislación civil y han traducido estos mismos criterios a la interpretación constitucional.

Así, el modelo hermenéutico clásico, no solo presenta problemas por estar centrado en la búsqueda de la voluntad del legislador, ignorando otros criterios interpretativos fundamentales para el pleno goce y ejercicio de los derechos en tanto límites, precisamente, a las mayorías, sino que este modelo ha tenido un problema en su implementación, ya que se ha aplicado sobre la base de un sujeto de derechos con características particulares muy limitado.

Por tanto, resulta ser un modelo de interpretación claramente *restrictivo*, pues posee ciertos supuestos de *neutralidad*, es decir, es una interpretación que funciona sobre la lógica de que la norma, y los titulares de derechos, son neutrales; y además no se considera como relevante el contexto, sino solo se considera como un elemento circunstancia; y se traduce en que el rol del juez o intérprete de la voluntad del legislador termina siendo neutral y pasivo respecto de la realidad.

“Estos supuestos de neutralidad suelen ser contradictorios con los principios de igualdad y de no discriminación” (Nash Rojas y Davis, 2010, p. 74), consagrados en el Artículo 1.1 de la CADH, en el sentido de que:

Anulan o menoscaban el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad de los derechos humanos y libertades fundamentales de determinados grupos de la población, que por complejas prácticas sociales, culturales e institucionales son víctimas de violaciones a sus derechos, que terminan siendo



justificadas por la sociedad, haciendo posible mantener su vigencia. (Corte IDUSAC 2009, párr. 401)

Sin embargo, existen otros sujetos que son discriminados *estructuralmente*, grupos a los cuales se les acaba invisibilizando en temas trascendentales como acceso a la justicia, a la educación, a la participación política, a la dirección de asuntos públicos, etc. Es lo que el Comité de Derechos Humanos ha denominado “discriminaciones indirectas”, y que las describe básicamente como “el trato igualitario a personas que se encuentran en situaciones desiguales, y que puede llegar a producir efectos discriminatorios” (Nash Rojas y Davis, 2010, p. 82).

Por tanto, la interpretación tradicional derivada del derecho privado puede resultar insuficiente, y generadora de problemas serios en sociedades complejas y democráticas, por lo que surge la necesidad de corregir estas prácticas en atención a la realización del principio de universalidad, y así lograr la efectividad del sistema de protección de derechos humanos. De ahí que el modelo hermenéutico o interpretativo, utilizado en el Sistema Internacional de Derechos Humanos por la Corte Interamericana, se relaciona con este punto de partida: la superación de estas neutralidades.

Para trascender a este paradigma de titular neutral, existen una serie de medidas que se han ido tomando desde el punto de vista normativo y jurisprudencial, que busca la superación de este esquema tradicional de interpretación clásico.



4.1.4. El modelo interpretativo hermenéutico del derecho internacional de los derechos humanos

“El Derecho Internacional de Derechos Humanos utiliza una serie de medidas, tanto de carácter normativo como jurisprudencial, para superar el paradigma de titular neutral sobre el cual se construyó el Derecho Privado” (Nash Rojas, 2013, p. 513).

Desde el punto de vista normativo, es necesario tener en consideración los Tratados específicos sobre derechos humanos, pues buena parte de ellos, buscan lograr esta efectiva universalización en el goce y ejercicio de derechos. Así, por ejemplo, entre las convenciones en la materia, encontramos: Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (1965); Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (1987), Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (1994); la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer “Convención Belém do Pará” (1994); Convención sobre los Derechos del Niño (1989), Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (1999), entre otras.

Cada uno de estos tratados se hace cargo de aspectos en los cuales la normativa general, pero principalmente, la interpretación que de ella se ha hecho no ha dado cuenta de la igualdad en el goce de los derechos.

Desde el punto de vista de la interpretación esto se complejiza, pues para superar esta mirada neutral, en la cual el intérprete lee los tratados desde la perspectiva de un titular de derechos universal, los órganos de protección



requieren instrumentos que le permitan, en cumplimiento del objetivo de la efectividad, acercar las realidades que son distantes a la norma. (Nash Rojas, 2013, p. 313)

Para sustentar el proceso interpretativo, recurre a las normas que rigen la hermenéutica en materia de tratados en el derecho internacional público, pero ajustado a las demás características que tiene este sistema de tratados en materia de derechos humanos. De este modo, la base normativa de interpretación que utiliza el DIDH es el Artículo 31 de la Convención de Viena sobre derechos de los Tratados (en específico, el numeral primero).

Artículo 31. Regla general de interpretación.

1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.
2. Para los efectos de la interpretación de un tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado:
 - a) Todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado:
 - b) Todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado;



3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:
 - a) Todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones.
 - b) Toda práctica ulterior seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado.
 - c) Toda forma pertinente de Derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.
4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes.

Esta es la fuente de todo el sistema de interpretación en materia de tratados de derechos humanos, a partir de la cual se diseñan los criterios hermenéuticos que hacen directa la relación con la interpretación de las normas de derechos humanos. De ella derivan diversos criterios hermenéuticos propios del sistema interpretativo DIP, como son: la buena fe en la interpretación del tratado, atender a su objeto y fin, conforme al tenor literal y el contexto.

El punto de partida del proceso hermenéutico es el principio de buena fe. En efecto, “cuando los Estados se comprometen internacionalmente, la primera obligación que emana de esos compromisos es el cumplimiento de buena fe, es decir, su observancia con la voluntad real y cierta de hacerlos efectivos” (Nash Rojas, 2009, p. 148).



Este deber de cumplimiento de sus obligaciones, en el ámbito de los derechos humanos, adquiere ciertas características particulares, toda vez que el objeto de los compromisos internacionales en esta materia no es la regulación de intereses recíprocos entre Estados, sino la protección de los derechos individuales.

A partir de este principio surge una serie de criterios de interpretación que permiten concretar el sentido de los términos del tratado, en el contexto de este, considerando su objeto y fin.

a) Primer criterio hermenéutico: **la interpretación unitaria o sistemática**

En virtud de este criterio, es que no se permite hacer distinciones o jerarquías entre los distintos elementos de análisis, sino que deben tenerse armónicamente en cuenta todo, cuando se busque determinar el contenido y alcance de una norma internacional de derechos humanos.

b) Segundo criterio hermenéutico: **integralidad en la interpretación**, (Artículo 21 a y b)

Toma en consideración que las diversas fuentes del derecho internacional se influyen recíprocamente; los principios generales del derecho, el derecho consuetudinario, los actos unilaterales del Estado y las resoluciones de las organizaciones internacionales preceden o suceden a las normas de los tratados.

Por ello, no es posible intentar aplicar un tratado con desconocimiento, por ejemplo, lo de los principios generales de derecho, del derecho consuetudinario que lo precede o



complementa, como tampoco lo es ignorar las otras fuentes del derecho que pueden haberlo sucedido, aclarándolo o complementándolo.

Así, cuando se interponen normas o tratados internacionales, se debe tener en consideración todo otro instrumento que se refiera a las materias propias del tratado; y todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración de este, y aceptado por las demás como instrumento referente a él (por ejemplo: el preámbulo y los anexos o protocolos).

Esto es básico cuando se interpretan convenciones, ya que son variadas las fuentes complementarias que ayudan a fijar el contenido y alcance de las normas. De esta forma, la interpretación de cada derecho o libertad debe hacerse teniendo en consideración todo el acervo normativo y jurisprudencial que determina el contenido y alcance de los mandatos normativos contenido en los instrumentos internacionales de derechos humanos.

c) Tercer criterio hermenéutico: **teleológico**, esto es, **interpretar buscando el cumplimiento del objeto y fin del tratado**

Si se considera que los tratados de derechos humanos tienen como objeto y fin la consagración de derechos y libertades de los individuos respecto de los Estados y, en muchos casos, además establecen un sistema de protección de estos derechos, es evidente que esto repercute de manera significativa a la hora de interpretación de sus normas.



Esto implica que, cada vez que sea necesario determinar el contenido y alcance de un derecho o libertad respecto de un titular concreto, se debe orientar la interpretación a la mejor forma de dar eficacia al mandato normativo, de forma tal que el individuo lo pueda gozar y ejercer considerando sus particularidades personales, colectivas y situacionales.

d) Cuarto criterio hermenéutico: **carácter dinámico o evolutivo de la interpretación.**

Se refiere a la obligación que tiene el intérprete, en cada caso, de buscar aquella lectura de la norma que le permita al titular gozar y ejercer sus derechos humanos, frente a nuevas realidades que pudieran estar fuera del imaginario de los Estados, al momento de consagrar los derechos en instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

Así ha sido destacado por la Corte Interamericana:

En otras oportunidades, tanto este Tribunal como la Corte Europea de Derechos Humanos, han señalado que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación consagradas en el Artículo 29 de la Convención Americana, así como las establecidas por la Convención de Viena sobre el Derechos de los Tratados. (Corte IDH, 2005, párr. 66)



Esta técnica, por tanto, exige interpretar las normas sobre derechos humanos de modo que estas se adapten a las nuevas realidades y puedan ser efectivas en el momento que se les interpreta. Como es posible inferir, lo único que hace el DIDH es tomar los criterios del derecho internacional público y aplicarlos a partir de las particularidades de las obligaciones convencionales en materia de derechos humanos.

4.2. El principio *pro persona*, como herramienta interpretativa de armonización entre las reglas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el ordenamiento jurídico interno

4.2.1. El principio *pro persona*

Los tratados principales de derechos humanos, además de regirse por estos criterios de interpretación, han acuñado un principio particular de interpretación: el principio *pro persona*.

4.2.2. Fundamento normativo del principio *pro persona*

Este principio se encuentra consagrado en las normas específicas sobre interpretación de los tratados de derechos humanos, y consagra la interpretación acorde a los objetivos y fines de los tratados, de dinamismo e integralidad.

En el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Artículo 5.3, se señala:

No podrá admitirse restricción alguna o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado parte en virtud de

leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado.

Por su parte, el Tratado regional americano recoge en su Artículo 29 estos criterios hermenéuticos:

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

- a) Permitir a alguno de los Estados partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella.
- b) Limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados.
- c) Excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa del gobierno, y
- d) Excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derecho y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

4.2.3. La función hermenéutica del principio pro persona

Si se toman en consideración las herramientas interpretativas del derecho internacional, en especial el criterio que establece que se debe interpretar la norma



internacional en consideración del objeto y fin del tratado, la esencia y base sobre la cual se construye el derecho internacional de los derechos humanos es justamente la efectividad en la protección de los derechos fundamentales, se puede afirmar que la interpretación debe ser siempre a favor del individuo.

En palabras de la Corte Constitucional colombiana:

El principio *pro homine* es un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos, e inversamente, a la norma o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos, e inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o a su suspensión extraordinaria. (Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-284/06. Párrafo 3.2.4)

La idea del principio *pro persona* es que le entrega al intérprete una guía, en el sentido de que se deben interpretar los derechos de la manera más amplia posible, para dar efectividad a su concreción en el caso, y las restricciones deben ser interpretadas de una manera lo más estricta posible, de forma tal que no sean desproporcionadas en el tiempo, en cuanto al objetivo legítimo para hacer convivir dos derechos o intereses que están en contraposición.

La anterior afirmación se deduce claramente del Artículo 29 de la Convención, que contiene las normas de interpretación, cuyo literal b) indica que:

Ninguna disposición de la Convención, puede ser interpretada en el sentido de limitar el goce o ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados.

En consecuencia, si a una misma situación son aplicables la Convención Americana y otro tratado internacional, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana.

Si la propia Convención establece que sus regulaciones no tienen efecto restrictivo sobre otros instrumentos internacionales, menos aún podrán traerse restricciones presentes en esos otros instrumentos, pero no en la Convención, para limitar el ejercicio de los derechos y libertades que ésta reconoce. En su jurisprudencia la Corte IDH ha ido más allá de esta enunciación y ha ido concretando este principio.

En el caso de la masacre de Mapiripán (2005), señaló:

Esta especial naturaleza de dichos tratados y su mecanismo de implementación colectiva conllevan la necesidad de aplicar e interpretar sus disposiciones, de acuerdo con su objeto y fin, de modo a asegurar que los Estados Partes garanticen su cumplimiento y sus efectos propios (*effect utile*) en el plano de sus respectivos derechos internos. Este principio se aplica no solo en relación con las normas sustantivas de los tratados de derechos humanos (es decir, las que contienen disposiciones sobre los derechos protegidos), sino también en relación con las normas procesales. (Corte IDH, 2005, párr. 105)

De esta forma, la Corte IDH reitera lo que señaló en la Opinión Consultiva No. 5, y aplica al caso concreto dándole un sentido más amplio. En el Caso González y otras. “Campo Algodonero vs. México” (2009), donde el Estado planteó una excepción preliminar sobre la competencia de la Corte para conocer violaciones a la “Convención de Belém do Pará”, pues esta no entrega competencia específica a la Corte para conocer dicho instrumento, como sí lo hace respecto de la Comisión, la Corte IDH tuvo que interpretar si tenía competencia y para resolver toma nuevamente este principio y utilizándolo en este caso concreto señala:

Párrafo 33: La interpretación de las normas se debe desarrollar entonces también a partir de un modelo basado en valores que el Sistema Interamericano pretende resguardar, desde el “mejor ángulo” para la protección de la persona. En este sentido, el Tribunal, al enfrentar un caso como el presente, debe determinar cuál es la interpretación que se adecua de mejor manera al conjunto de las reglas y valores que componen el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Concretamente, en este caso, el Tribunal debe establecer los valores y objetivos perseguidos por la Convención Belém do Pará y realizar una interpretación que los desarrolle en la medida. Ello exige la utilización en conjunto de los elementos de la norma de interpretación del Artículo 31 citado.

4.3. Alcances y límites del principio pro persona en la jurisprudencia de la Corte IDH

“Dentro de los alcances de este principio se encuentran dos manifestaciones principales: a) preferencias interpretativas y b) preferencia de normas” (Rodríguez Huerta, 2009, p. 8).

4.3.1. La preferencia interpretativa

La primera aplicación del principio *pro persona*, la preferencia interpretativa, y que se refleja en la Opinión Consultiva No. 5:

La anterior conclusión se deduce claramente del Artículo 29 de la Convención, que contiene las normas de interpretación, cuyo literal b) indica que ninguna disposición de la Convención, puede ser interpretada en el sentido de: Limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados. En consecuencia, si a una misma situación son aplicables la Convención Americana y otro tratado internacional, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana. Si la propia Convención establece que sus regulaciones no tienen efecto restrictivo sobre otros instrumentos internacionales, menos aún podrán traerse restricciones presentes en esos otros instrumentos, pero no en la Convención, para limitar el ejercicio de los derechos y libertades que ésta reconoce. (Corte IDH. 1985, párr. 52)

“Esta preferencia interpretativa tiene dos manifestaciones: a) la interpretativa de los derechos y b) la interpretativa restringida de los límites” (Rodríguez Huerta, 2009, p. 8).

La interpretación extensiva tiene tres manifestaciones. En primer lugar, que el principio *pro persona* debe ser una guía en el sentido de que los derechos deben ser interpretados de la manera más amplia posible, para dar efectividad a su concreción en

el caso en cuestión y dotar a la norma de un *efecto útil*, para que logre garantizar el goce y ejercicio de los derechos de las personas. Ejemplo de esta interpretación extensiva, se encuentra en la sentencia de la Corte IDH en el caso de censura previa en la película “La última Tentación de Cristo”, donde se condena al Estado de Chile por violar el Artículo 13 de la CADH “Derecho a la libertad del pensamiento y de expresión”.

En su fallo, la Corte Interamericana estableció los alcances del Artículo 13 y dictaminó la incompatibilidad de la censura previa con la Convención Americana Sobre Derechos Humanos señalando que: “Quienes están bajo la protección de la Convención tienen no solo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir información e ideas de toda índole” (Corte IDH, 2001, párr. 37).

“La Corte amplía la concepción del Derecho a libertad de expresión, haciendo una interesante distinción: por un lado comprende una dimensión individual y por otro una social” (Nash Rojas, 2010, p. 62).

Párrafo 65. Sobre la primera dimensión del derecho consagrado en el Artículo mencionado, la individual, la libertad de expresión no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir, sino que comprende además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios. En este sentido, la expresión y la difusión del pensamiento y de la información son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de divulgación

representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho expresarse libremente.

Párrafo 66. Con respecto a la segunda dimensión del derecho consagrado en el Artículo 13 de la Convención, la social, es menester señalar que la libertad de expresión es un medio para el intercambio de ideas e informaciones entre las personas; comprende su derecho a tratar de comunicar a otras sus puntos de vista, pero implica también el derecho de todas a conocer opiniones, relatos y noticias. Para el ciudadano común tiene tanta importancia el conocimiento de la opinión ajena o de la información de que disponen otros como el derecho a difundir la propia.

A juicio de la Corte, ambas dimensiones poseen igual importancia y deben ser garantizadas en forma simultánea para dar *efectividad total* al derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, en los términos previstos por el Artículo 13 de la Convención.

Otro caso de interpretación extensiva que realiza la Corte IDH para dar efecto útil a la norma se encuentra en el *Caso penal Miguel Castro Castro vs. Perú (2006)*, donde supera la interpretación de un parámetro formal del principio de igualdad y no discriminación, presuntamente neutral, pero profundamente masculino, para dar pie a otro parámetro, que reconoce las diferencias legítimas entre las personas y que demanda acciones positivas por parte del Estado. (Nash Rojas, 2010, p. 235)



Así, la Corte interpretó el Artículo 5 de la Convención a la luz del Principio *pro persona* al momento de determinar el contenido y alcance del derecho a la *integridad personal* de las víctimas de la violencia en el caso penal Miguel Castro Castro vs. Perú, para ampliar el derecho y de este modo darle efectividad. Para lo cual estableció que, tratándose de mujeres embarazadas, situaciones que se presentan neutras, como exigir en un hombre arrastrarse sobre su vientre, no era una conducta igualable a exigirselo a ellas, pues para estas resultan particularmente gravoso.

La Corte estima que la violación del derecho a la integridad personal de las señoras: Eva Chalco, Sabina Quispe Rojas y Vicenta Genua López se vio agravada por el factor de que se encontraban embarazadas, de forma tal que los actos de violencia les afectaron en mayor medida. (Corte IDH, 2006, párr. 293)

La segunda manifestación de esta interpretación extensiva son aquellos casos en que existe más de una interpretación posible de un texto. En este caso, debe preferirse aquella que de mejor manera respeta y garantice el pleno goce y ejercicio de derechos.

Como ejemplo de esta segunda manifestación, se puede señalar el caso sometido a la Corte IDH, "Claude Reyes y otros vs. Chile" (2006), donde se alega la violación al derecho de acceder a información bajo el control del Estado, y donde la discusión se enfoca en el contenido y alcance del derecho a la Libertad de Expresión contenido en el Artículo 13 de la CADH, ya que por un lado se sostiene una interpretación (la del Estado de Chile), que no reconocía el derecho a acceder a la información como un elemento integrante de este, sino como "un elemento que expresa el interés general del principio de publicidad y de probidad" (Corte IDH, 2006, párr. 59).



La Corte resolvió:

Párrafo 76. (...) *que, de acuerdo a la protección que otorga la Convención Americana, el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión comprende “no solo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole”*. Al igual que la Convención Americana, otros instrumentos internacionales de derechos humanos, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establecen un derecho positivo a buscar y a recibir información.

Una tercera manifestación de la interpretación extensiva serían aquellos casos en los cuales la norma es contraria a la CADH y no es posible su interpretación conforme al tratado. En dichos casos, de acuerdo con el principio *pro persona*, la norma podría ser inaplicable en el asunto en concreto.

Ejemplo de esta manifestación de la aplicación extensiva del principio *pro persona*, es el razonamiento utilizado por la Corte en el caso *Barrios Altos vs. Perú* (2001). Allí declaró que las leyes de amnistía No. 26479 y No. 26492 violaban los Artículos 8 (Garantías Judiciales), 25 (Protección Judicial) y 13 (Libertad de Pensamiento y de Expresión) de la Convención Americana.

Al respecto señaló:

42. La Corte, conforme a lo arreglado por la Comisión y no controvertido por el Estado, considera que las leyes de amnistía adoptadas por el Perú impidieron



que los familiares de las víctimas y las víctimas sobrevivientes en el presente caso fueran oídas por un juez, conforme a lo señalado en el Artículo 8.1 de la Convención; violaron el derecho a la protección judicial consagrado en el Artículo 25 de la Convención; impidieron la investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y sanción de los responsables de los hechos ocurridos en Barrios Altos, incumplimiento el Artículo 1.1 de la Convención, y obstruyeron el esclarecimiento de los hechos del caso. Finalmente, la adopción de las leyes de auto-amnistía incompatibles con la Convención incumplió la obligación de adecuar el derecho interno consagrada en el Artículo 2 de la misma.

43. (...) Este tipo de leyes impide la identificación de los individuos responsables de violaciones a derechos humanos, ya que se obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia e impide a las víctimas y a sus familiares conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente.

De este modo declara que *las leyes de amnistía No. 26479 y No. 26492 son incompatibles con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, en consecuencia, carecen de efectos jurídicos, haciéndolas inaplicables.*

En cuanto a la interpretación restringida de los límites, la Convención de Viena (1969) dispone que uno de los elementos para interpretar los tratados lo constituye el *fin* y el *objeto*, (que en el caso de los tratados del DIDH, apunta a la protección de los derechos humanos), como consecuencia la interpretación de dichos convenios siempre debe hacerse a favor del individuo.

Así, los límites legítimos de las obligaciones del Estado (básicamente suspensiones o restricciones de derechos) siempre deben interpretarse de manera taxativa. “El equilibrio de la interpretación se obtiene orientándolo en el sentido más favorable al destinatario y respetando el principio de proporcionalidad en la afectación de los derechos” (Rodríguez Huerta, 2009, p. 8).

Así manifestó la Comisión Interamericana en el caso sobre censura previa al libro *Inmunidad Diplomática*, escrito por Francisco Martorell, donde los peticionarios alegaron una violación al Artículo 13 de la CADH, que garantiza: el derecho de buscar, recibir y difundir informaciones de toda índole a través de cualquier medio de su elección, garantizando de este modo, no solo la libertad de pensamiento, sino también reconociendo el derecho colectivo a estar informado, el derecho a réplica a expresarse y a que exista una diversidad de fuentes de información:

Como consecuencia de esta amplia interpretación del concepto de libertad de pensamiento y de expresión, se han contemplado limitaciones estrictas a las restricciones que pueden aplicarse a esos derechos. La Convención contiene normas generales que prevén las posibles restricciones a los derechos que garantiza. Sin embargo, en el caso de la libertad de pensamiento y de expresión, estas normas deben interpretarse de acuerdo con los límites específicos establecidos por el Artículo 13 de la Convención. (Comisión IDH, 1996, párr. 40)

Otro punto que hay que tener en consideración es que este principio se aplica no solo en relación con las normas sustantivas de los tratados de derechos humanos (es decir, las que contienen disposiciones sobre los derechos protegidos), sino también en

relación con las normas procesales, pues siempre se debe preferir aquella interpretación que mejor garantice un efecto útil, es decir, que sea una eficaz garantía de los derechos de las personas tanto en el ámbito sustantivo como procedimental.

4.3.2. La preferencia de normas

El segundo uso que tiene este principio se refiere a la preferencia de normas, que a su vez tiene dos manifestaciones: a) preferencia de la norma más protectora y b) la conservación de la norma más favorable.

La preferencia normativa aporta una solución práctica de gran importancia normativa, aporta una solución práctica de gran importancia respecto al supuesto de colisión de normas, ya que desplaza la tradicional discusión del conflicto entre las normas de origen internacional y las de origen interno, superando con ello el debate doctrinal entre tradiciones monistas, dualistas o coordinadoras.

Asimismo, ayuda a superar otro tradicional debate relacionado con la jerarquía de las normas, pues teniendo como fin último la protección de los derechos de la persona, lo que importa es la “aplicación de la norma que mejor dé vigencia a los derechos humanos sin importar la posición que ocupe en el entramado jurídico” (Castilla, 2011, p. 284).

Por ejemplo, según se indicó en el Caso Ricardo Canese vs. Paraguay (2001):

Párrafo 181. Es preciso recordar que la Corte en diversas ocasiones ha aplicado el principio de la norma más favorable para interpretar la Convención Americana, de manera que siempre se elija la alternativa más favorable para la tutela de los

derechos protegidos por dicho tratado. Según lo ha establecido este Tribunal, si a una situación son aplicables dos normas distintas, debe prevalecer la norma más favorable para la persona humana.

Cuando el principio se manifiesta de la primera manera, mediante la *aplicación de la norma más protectora*, permite al juez seleccionar de entre varias normas concurrentes o al menos de entre dos normas, aquella que su contenido ofrezca una protección más favorable a la persona, o aquella que contenga de manera más especializada la protección que se requiere para el individuo o víctima en relación con sus derechos humanos.

Y cuando el principio se manifiesta mediante la *conservación de la norma más favorable*, se añade un elemento de temporalidad, ya que se trata de casos en los que una norma posterior puede dejar sin aplicación o incluso derogar una norma anterior de igual o inferior jerarquía, ya sea de manera expresa o tácita con el fin de proteger de mejor manera los derechos humanos. (Castilla, 2011, p. 293) (sic)

4.3.3. La integridad del sistema

Se debe aclarar que el principio pro persona no se puede utilizar ilimitadamente, pues tiene un límite: la integridad del sistema. Así lo estableció la Corte en el *Asunto Viviana Gallardo y otras vs. Costa Rica (1981)*, donde afirma: “En consecuencia, el equilibrio de la interpretación se obtiene orientándola en el sentido más favorable al destinatario de la protección internacional, siempre que ello no implique una alteración del sistema”.

En esta sentencia la Corte señala que la interpretación no es *ilimitada*, que si bien se debe interpretar ampliando el sentido de la norma, para tomar en consideración las particularidades del titular de derechos y el contexto, y de esta forma lograr un fallo que permita la efectividad del Derecho; ésta no debe extremarse.

Por ejemplo, la Comisión ha señalado que se afecta la integridad y coherencia del sistema, si se amplía la protección de tal forma, que se considere a las personas jurídicas como sujetos de derechos humanos. Así, queda asentado en la práctica de la Comisión Interamericana, en cuanto a la interpretación del Artículo 1.2 de la Convención, en los Informes No. 10/91 del 22 de febrero de 1991 Banco de Lima- Perú, y No. 39/99 del 11 de marzo de 1999 Mevopal, S.A. Argentina.

Que el Preámbulo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos así como las disposiciones del Artículo 1.2 proveen que “para los propósitos de esta Convención, “persona” significa todo ser humano”, y que por consiguiente, el sistema de personas naturales y no incluye personas jurídicas (...) consecuentemente, en el sistema interamericano, el derecho a la propiedad es un derecho personal y la Comisión tiene atribuciones para proteger los derechos de un individuo cuya propiedad es confiscada, pero no tiene jurisdicción sobre los derechos de personas jurídicas, tales como compañías o, como en este caso, instituciones bancarias. (Comisión IDH. Informe No. 10/31. 1991)

De acuerdo al segundo párrafo de la norma transcrita [Artículo 1], la persona protegida por la Convención es “todo ser humano” (...) y por ello, la Comisión considera que la Convención otorga su protección a las personas físicas o



naturales, excluyendo de su ámbito de aplicación a las personas jurídicas o ideales, por cuanto éstas son ficciones jurídicas sin existencia real en el orden material. (Comisión IDH. Informe No. 39/99. 1999. Párrafo 17)

Exceder el límite en la interpretación del principio, ocasiona justamente el efecto adverso al buscado con su aplicación, pues si consideramos que el sentido del *principio* es orientar la interpretación de la norma en el sentido más favorable a la persona humana, ya sea interpretando los derechos de la forma más amplia posible, o interpretando de manera restringida los límites.

Un ejemplo de una interpretación que excede los límites de la interpretación *pro persona*, sería justificar con base en este, incluir a las personas jurídicas en el goce y ejercicio de derechos humanos, lo que podría significar, dejar vulnerables a las personas naturales con el objeto de sostener una interpretación como esta.

El modelo hermenéutico clásico, presentaba graves problemas por estar centrado en la búsqueda de la voluntad del legislador, ignorando otros criterios interpretativos fundamentales para lograr el pleno goce y ejercicio; también el modelo tenía un grave problema en su implementación, ya que se ha aplicado sobre la base de un sujeto de derechos muy limitado. (Nash Rojas, 2013, p. 530)

Esto da la equivocada impresión de estar basada la interpretación en un paradigma neutral, lo que termina invisibilizando a otros titulares de derechos, anulando o menoscabando el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad de derechos humanos y libertades fundamentales.



En este sentido, el modelo hermenéutico del DIDH utilizado por la Corte ha logrado ampliar el reconocimiento, goce y ejercicio de los derechos a aquellos titulares, que habían quedado fuera de la interpretación tradicional, es decir de los sujetos que por diversas prácticas sociales, culturales, históricas, etc., han sido invisibilizados, viendo sus derechos vulnerados de manera estructural.

Las comunidades indígenas son ejemplos de titulares cuyos derechos han sido invisibilizados en forma estructural, ya que por un factor cultural preponderante, sumado a la situación de vulnerabilidad, reflejada en la pobreza y situación de marginación social, son grupos marginados. Para subsanar esta situación, la Corte IDH, asegurando la correcta aplicación del principio de igualdad y no discriminación, ha debido ampliar la interpretación para asegurar el goce y ejercicio efectivo de los derechos de los pueblos indígenas.

El tema de la propiedad indígena es ilustrativo de la evolución que ha realizado la Corte IDH en su interpretación. Parte en un primer momento interpretando progresivamente el derecho involucrado. Así, por ejemplo, en el caso Caso Mayagna Awas Tingni vs. Nicaragua (2001), se alegó que el Estado no había demarcado las tierras comunales de la comunidad indígena, ni había tomado medidas efectivas para asegurar los derechos de propiedad de dicha comunidad en sus tierras ancestrales y recursos naturales, además que el Estado había otorgado en concesión las tierras sin consentimiento, y no había garantizado un recurso efectivo para responder a las reclamaciones de la Comunidad. La Corte finalmente resolvió que, dentro del Artículo 21 CADH (derecho de propiedad), se comprende también la protección a la "*propiedad comunal*". Interpretó de este modo a la luz de las necesidades del caso concreto.

Ampliando el contenido tradicional de derecho de propiedad, desde un derecho típicamente individual a una concepción que permitiera comprender dicho derecho a la luz de las instituciones indígenas sobre el derecho de propiedad, como uno de ejercicio colectivo y con implicaciones culturales particulares. (Nash Rojas, 2009, p. 171)

El último caso que ha tenido la oportunidad de resolver la Corte IDH, demuestra la etapa actual en que se encuentra desarrollo de los derechos de las comunidades indígenas, pues ya considerados sujetos especiales de derechos, ahora se les reconoce derechos colectivos; lo que posibilita el pleno goce y ejercicio de sus derechos en condiciones de igualdad.

Al respecto, en el Caso Sarayaku vs. Ecuador (2012), donde la comunidad alegó la violación de los derechos a la consulta, a la propiedad comunal indígena y a la identidad cultural por haber permitido que una empresa petrolera privada realizara actividades de exploración en su territorio, desde finales de la década de los años 1990, sin haberle consultado previamente.

Por su parte la Corte observó que:

Los hechos probados (...) permiten considerar que el Pueblo Kichwa de Sarayaku tiene una profunda y especial relación con su territorio ancestral, que no se limita a asegurar su subsistencia, sino que integra su propia cosmovisión e identidad cultural y espiritual. (párrafo 55)

Diferente es la situación en el caso de las personas jurídicas, en lo que se refiere al reconocimiento de derechos humanos: la primera solución que se ha dado es normativa. En efecto, en el ámbito europeo, el Protocolo Adicional al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales del año 1952, dispone:

Artículo 1. Protección de la propiedad. Toda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la Ley y los principios generales del derecho internacional.

Las disposiciones precedentes se entienden sin perjuicio del derecho que poseen los Estados de poner en vigor las leyes que juzguen necesarias para la reglamentación del uso de los bienes de acuerdo con el interés general o para garantizar el pago de los impuestos u otras contribuciones o de las multas.

Una segunda solución es interpretativa. Así, es posible ampliar vía jurisprudencia el reconocimiento de derechos humanos a los socios de las personas jurídicas, así por ejemplo, en el Caso Chaparro Álvarez y otro vs. Ecuador (2007), donde se alega vulneración al derecho de propiedad, debido a que el Estado de Ecuador privó arbitrariamente de sus bienes a la empresa Plumavit; empresa donde el Señor Chaparro era accionista mayoritario, lo que significó que también afectara el derecho de gozar de su propiedad, pues entendió que el derecho de percibir utilidades, es también una manifestación del derecho de propiedad.

214. La Corte considera que el Estado es responsable, por estos daños, toda vez que los bienes estuvieron bajo su custodia. Consecuentemente, declara que violó el derecho a la propiedad privada establecido en el Artículo 21.1 de la Convención Americana, en relación con el Artículo 1.1 de la misma, en perjuicio del señor Chaparro, puesto que, como consecuencia de la mala administración de la fábrica y los deterioros de la misma, señor Chaparro fue privado arbitrariamente de la posibilidad de continuar percibiendo las utilidades que recibía con ocasión del funcionamiento de la empresa.

También se puede citar otro caso que altera el sistema: el reconocimiento de derechos humanos a personas jurídicas de derecho público. A pesar de que es posible alegar que la vulneración de derechos a una persona jurídica, afecta a la vez, a algún derecho reconocido a un titular, este criterio interpretativo extensivo, no debe extraponerse, en el sentido de reconocer derechos humanos a personas jurídicas de derecho público, pues esto implica una alteración al sistema, que afecta su integralidad y coherencia.

Al respecto, se puede señalar lo resuelto por la Corte Suprema de Santiago de Chile en torno a la procedencia de un recurso de nulidad deducido por el Ministerio Público, invocando la causal prevista en el Artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, es decir, por vulneración sustancial a derechos o garantías fundamentales, en específico, vulneración al debido proceso.

Al respecto, Tavorlari (2003) señala:

La consecuencia obvia y manifiesta, consiste en que la exigencia de recibir una sentencia basada en un procedimiento justo y racional, SE DISPENSA a todo



aquel que hace valer pretensiones ante los órganos jurisdiccionales y no solamente, al que ocurre a dicho órgano en defensa de su vida, libertad, honra o propiedad. (p. 99)

A nuestro entender, esto es un exceso que desnaturaliza la coherencia y armonía del sistema, pues sabemos que el Sistema Internacional de Derechos Humanos persigue “el establecimiento de un orden público común a las partes, que no tiene por beneficiario a los Estados, sino a los individuos” (Nash Rojas, 2010, p. 30).

4.4. Jurisprudencia de la Corte IDH en relación al principio pro persona

En los párrafos siguientes se describen ejemplos donde la Corte IDH ha resuelto tanto las cuestiones del fondo como procedimentales, aplicando el principio *pro persona*:

Caso Ivcher Bronstein vs. Perú (2001). Frente a este caso, la Corte se encuentra con un problema de carácter procesal y no de fondo, se trata del retiro de competencia que hace Perú a la Corte Interamericana para conocer y resolver casos contenciosos, “retiro” que fue declarado inadmisible por la Corte por ir en contra del objeto y fin de la Convención.

Párrafo 41: El Artículo 29.a de la Convención Americana establece que ninguna disposición de la misma puede ser interpretada en el sentido de permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella. Una interpretación de la Convención Americana en el sentido de permitir que un Estado Parte pueda retirar su reconocimiento de

la competencia obligatoria del Tribunal, como pretende hacerse en el presente caso, implicaría la supresión del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la Convención, iría en contra de su objeto y propósito como tratado de derechos humanos, y privaría a todos los beneficiarios de la Convención de la garantía adicional de protección de tales derechos por medio de la actuación de su órgano jurisdiccional.

Caso Blake vs. Guatemala (1999). La Corte utiliza los criterios hermenéuticos ya señalados del derecho internacional, en específico, *“la interpretación de buena fe, tomando en cuenta el objeto y fin del Tratado”* para atribuirse competencia y conocer las violaciones a los Artículos 8.1 y 1.1 de la Convención Americana, en relación con la desaparición y muerte del ciudadano norteamericano Blake (1985), acaecida con anterioridad a la fecha en que el Estado de Guatemala otorga competencia a la Corte (9 de marzo de 1987) por considerar que la competencia en razón del tiempo *“no se aplica a los delitos continuados”*, pues desde su detención el año 1985, el señor Blake tuvo la calidad de desaparecido hasta el 14 de junio de 1992, fecha en que se encontraron sus restos.

Párrafo 21: El estado, en su alegato afirmó que, de acuerdo al Artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, constituye una regla general *“la interpretación de los términos conforme al sentido corriente que estos tengan”*. La Corte observa que el Artículo mencionado por Guatemala no establece un único criterio de interpretación, pues fundamentalmente los tratados deben interpretarse *“de buena fe conforme al sentido corriente que*

haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin”.

Caso “González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México (2009). En este caso, la discusión que se somete a la Corte Interamericana es acerca de la capacidad de esta para conocer violaciones a la Convención Belem do Pará, pues este instrumento no entrega competencia específica a la Corte para reconocer dicho tratado, como si lo hace respecto de la Comisión; y para esto la Corte toma el principio pro persona y lo utiliza en la interpretación no de normas sustantivas, sino procedimentales.

Párrafo 33: La interpretación de las normas se debe desarrollar entonces también a partir de un modelo basado en valores, que el Sistema Interamericano pretende resguardar, desde el “mejor ángulo” para la protección de la persona. En este sentido, el Tribunal, al enfrentar un caso como el presente, debe determinar cuál es la interpretación que se adecua de mejor manera al conjunto de las reglas y valores que componen el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Concretamente, en este caso, el Tribunal debe establecer los valores y objetivos perseguidos por la Convención Belém do Pará y realizar una interpretación que los desarrolle en la mayor medida. Ello exige la utilización en conjunto de los elementos de la norma de interpretación del Artículo 31 citado.

En esta interpretación, la Corte amplía y reitera lo que viene señalando, es decir, una interpretación que le dé un efecto útil a los derechos y garantías de las personas, y no solo en el ámbito sustantivo, sino que también en el procesal, y de este modo la ampliación sirve para atraer a la Convención de Belem do Pará a su competencia.



Caso Ricardo Canese vs. Paraguay (2004). Este es otro asunto en que la Corte utiliza el principio *pro persona*, pero esta vez para marcar cual es la interpretación que debe preferirse cuando existe colisión de normas de aplicar.

Párrafo 180: De conformidad con el Artículo 29.b) de la Convención, si alguna ley del Estado Parte u otro tratado internacional del cual sea Parte dicho Estado otorga una mayor protección o regula con mayor amplitud el goce y ejercicio de algún derecho o libertad, éste deberá aplicar la norma más favorable para la tutela de los derechos humanos.

Párrafo 181: Es preciso recordar que la Corte en diversas ocasiones ha aplicado el principio de la norma más favorable para interpretar la Convención Americana, de manera que siempre se elija la alternativa más favorable para la tutela de los derechos protegidos por dicho tratado. Según lo ha establecido este Tribunal, si a una situación son aplicables dos normas distintas, “debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana”.

Los ejemplos anteriores ilustran la variedad de usos que la Corte IDH le ha dado al principio *pro persona* en la solución de casos en distintas materias, pues esta aplicación no se agota en otorgar respuesta a cuestiones sustanciales o materiales, sino que incluso en lo que se refiere a cuestiones procedimentales.

4.5. La aplicación del principio *pro persona* en el ámbito interno: control de convencionalidad

En la práctica, la Corte IDH ha vinculado estos criterios con la interpretación interna, subrayando la preferencia interpretativa a la que se hizo referencia.

Párrafo 105: Esta especial naturaleza de dichos tratados y su mecanismo de implementación colectiva conllevan la necesidad de aplicar e interpretar sus disposiciones, de acuerdo con su objeto y fin, de modo a asegurar que los Estados Partes garanticen su cumplimiento y sus efectos propios (*effect utile*) en el plano de sus respectivos derechos internos. (Corte IDH, 2005)

Esta discusión es relevante en el ámbito interno, porque la Corte IDH ha planteado que todas las autoridades del Estado y, en particular, las del Poder Judicial deben hacer un control de convencionalidad de las normas a aplicar en el ámbito interno. Este control de convencionalidad es la herramienta que permite a los Estados concretar la obligación de garantía de los derechos humanos en el ámbito interno, a través de la verificación de la conformidad con la CADH y su jurisprudencia, de las normas y prácticas nacionales, y que se traduce básicamente un ejercicio hermenéutico, es decir, “interpretar las normas incompatibles con la CADH (o en algunos casos expulsarlas del ordenamiento jurídico) de manera que sean armónicas con las obligaciones del Estados” (Nash Rojas, 2010, p. 56).

Siendo la base del control de convencionalidad un ejercicio de interpretación, es fundamental la aplicación del principio pro persona y así cumplir con los compromisos internacionales y dar efectividad a los derechos humanos.

A modo de síntesis, se puede afirmar que la interpretación en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos tiene particularidades: existe un modelo hermenéutico que es diferenciado, porque el objeto y fin es distinto. Los principios de buena fe, objeto y fin, tenor literal y atención al contexto rigen plenamente.



Existen métodos que son los propios del Sistema Internacional Público, como integralidad, unidad, sistematicidad, elemento teleológico y elemento evolutivo: dentro de estos hay un principio modular que emana del cumplimiento de buena fe que es el *pro persona*. “Este se traduce en dos manifestaciones o reglas principales: a) preferencia normativa, b) preferencia interpretativa, y que tiene un límite: la no afectación del sistema como unitario y coherente” (Rodríguez Huerta, 2009, p. 7).

Los ejemplos expuestos, demuestran esta amplia gama de usos del principio *pro persona* y el desafío parecer ser lograr una interpretación de casos, donde las características de los casos particulares sean relevantes al momento de decidir el asunto, sin que eso signifique resolver, sin base sustantiva ni procedimental, pues, el objetivo por muy encomiable (la mejor protección de los derechos) no permite cualquier tipo de interpretación. Debe respetar ciertos límites de coherencia y sustentabilidad.





CONCLUSIÓN

El término *diálogo* se usa, habitualmente, para hacer referencia al discurso orientado al entendimiento o al consenso, según los términos de la filosofía social de Jürgen Habermas. Haciendo analogía de tal concepto, el sentido del *diálogo* en cuanto al control de convencionalidad de los sistemas de derechos humanos, puede decirse que, entre órdenes jurídicos diversos, especialmente en el plano de problemas constitucionales, el diálogo apunta a comunicaciones transversales, que implican la posibilidad de aprendizaje recíproco.

No obstante, el transconstitucionalismo, entre diversos órdenes jurídicos, no se reduce al diálogo entre Cortes. En realidad, los problemas transconstitucionales emergen y son enfrentados fuera de las instancias jurídicas de naturaleza judicial, desarrollándose en el plano jurídico de la administración, del gobierno y del Poder Legislativo, así como en el ámbito de los organismos internacionales y supranacionales no judiciales, de los actores privados transnacionales e, inclusive, especialmente en América Latina, en el dominio normativo de las *comunidades tribales*.

En el seno de los sistemas de protección y su interrelación, cada vez con más frecuencia surgen cuestiones que pueden involucrar instancias estatales, internacionales, supranacionales y transnacionales, así como a instituciones jurídicas locales y nativas, en la búsqueda de la solución de problemas típicamente constitucionales.

En el caso de Guatemala, el ordenamiento jurídico es monista, por lo que los tratados internacionales en materia de derechos humanos, en los cuales el Estado sea parte,



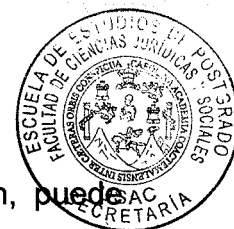
forman parte del ordenamiento jurídico interno y por lo consiguiente, son ley y deben ser obedecidos y aplicados.

En el sentido anterior, estando Guatemala bajo la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el deber de los tribunales nacionales es la revisión de su propia jurisprudencia a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Ahora bien, no se trata simplemente de una imposición de las decisiones de la Corte Interamericana, sino de la existencia de un *diálogo* entre tribunales referente a cuestiones comunes en cuanto a la protección de los derechos humanos, de tal modo que se amplía la aplicación del derecho convencional por los tribunales domésticos.

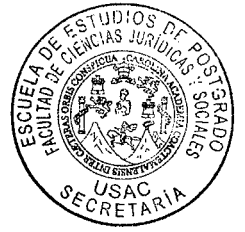
En ese sentido, puede hablarse de un *jus commune constitutionale* en materia de derechos humanos que homogeniza el ordenamiento internacional y los ordenamientos nacionales, de manera que la protección de los derechos humanos sea más eficaz y armonice ambos órdenes.

Las herramientas para producir tal homogenización existen y las proveen tanto el sistema internacional como nacional, y tienen la finalidad de eliminar las posibles contradicciones que pudieran surgir entre ambos órganos y que constituyen obstáculos para lograr la plena armonización de los ordenamientos.

En ese sentido, el control de convencionalidad tanto concentrado como difuso, constituyen medios e instrumentos de importancia vital para lograr la finalidad de ambos sistemas, que es el pleno respeto y la total garantía de los derechos humanos.



Así, por lo expuesto en el contenido del presente informe de investigación, puede afirmarse que se comprueba la verosimilitud de las hipótesis formuladas en el diseño de la investigación.





BIBLIOGRAFÍA

- Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales.
- Bazán, V. (2012). Control de convencionalidad, aperturas dialógicas e influencias jurisdiccionales recíprocas. *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, (18), 63-104. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3906378>
- Castilla, K. (2011). El control de convencionalidad: un nuevo debate en México a partir de la sentencia Radilla Pacheco. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 11, 593-624. https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-46542011000100020
- Ducci Claro, C. (2010). *Derecho civil. Parte general* (4.^a ed.). Editorial Jurídica de Chile.
- Dworkin, R. (1984). *Los derechos en serio*. Editorial Ariel.
- Fuentes, A. et al. (2006). *Libertad de prensa y derechos fundamentales*. Editorial de Justicia.
- Hitters, J. (2009). *El control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación*, 7(2), 109-128. https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002009000200005
- Lalande, A. (1953). *Vocabulario técnico y crítico de la filosofía*. El Ateneo.
- López, D. (2000). *El derecho de los jueces*. Editorial Legis.
- Mariño, F. (2005). *Derecho internacional público. Parte general*. Editorial Trotta.
- Nash Rojas, C. y Davis, V. (2010). Igualdad y no discriminación en el sistema interamericano de derechos humanos. En I. Mujica Torres y C. Nash Rojas



- (Eds.). *Derechos humanos y juicio justo* (pp. 159–212). Colegio de las Américas (COLAM) y Organización Universitaria Interamericana.
- Nash Rojas, C. (2009). *El Sistema Interamericano de Derechos Humanos en acción: aciertos y desafíos*. Editorial Porrúa.
- Nash Rojas, C. (2010). *La concepción sobre derechos fundamentales en Latinoamérica: tendencias jurisprudenciales*. Editorial Fontamara.
- Nash Rojas, C. (2013). *Control de convencionalidad. De la dogmática a la implementación*. Editorial Porrúa.
- Quinche Ramírez, M. (2016). *El control de convencionalidad*. Editorial Ubijus.
- Rodríguez Huerta, G. (2009). *Deberes de los Estados y derechos protegidos. Capítulo IV. Suspensión de Garantías, interpretación y aplicación*. En Prensa.
- Ruíz, J. (2000). *Principios jurídicos*. Editorial Trotta.
- Sagüés, N. (2010). Obligaciones internacionales y control de convencionalidad. *Revista de Estudios Constitucionales*, 8(1), 117-136. https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002010000100005
- Tavolari, R. (2003). Informe en derecho: la garantía del debido proceso como causal de nulidad a invocar por el Ministerio Público. *Boletín del Ministerio Público*, (15).
- Vernengo, R. (1977). *La interpretación jurídica. Serie G. Estudios Doctrinales, Número 19*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Vodanovic, A. (1998). *Manual de Derecho civil. Tomo I. Parte General y Preliminar*. Editorial Jurídica de Chile.

Jurisprudencia:

Informe No. 10/31. (1991). Comisión IDH.



Informe No. 39/99. (1999). Comisión IDH.

Convención de Viena de Derechos de los Tratados (Artículo 26), 1969.

Sentencia C-1319/2001. Considerando 13. (2001). Corte Constitucional Colombiana.

Asunto Viviana Gallardo y otras vs. Costa Rica. Comunicado de fecha 16 de noviembre de 1981. Corte IDH.

Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Sentencia. (2006, 26 de septiembre). Corte IDH.

Caso Barrios Altos vs. Perú. Sentencia. (2001, 14 de marzo). Corte IDH.

Caso Blake vs. Guatemala. Sentencia. (1999, 22 de enero). Corte IDH.

Caso Boyce y otros vs. Barbados. Sentencia. (2007, 20 de noviembre). Corte IDH.

Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Sentencia. (2010, 26 de noviembre). Corte IDH.

Caso Claude Reyes y otros vs. Chile. Sentencia. (2006, 16 de septiembre). Corte IDH.

Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana. Sentencia. Serie C No. 282. (2014, 28 de agosto). Corte IDH.

Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú. Sentencia. (2006, 25 de noviembre). Corte IDH.

Caso Gelman vs. Uruguay. Sentencia. (2011, 24 de febrero). Corte IDH.

Caso González y otras (Campo Algodonero) vs. México. Sentencia. (2009, 16 de noviembre). Corte IDH.

Caso La última tentación de Cristo vs. Chile. Sentencia. (2001, 5 de febrero). Corte IDH.



Caso Masacre de Mapiripán vs. Colombia. Sentencia. (2005, 15 de septiembre). Corte IDH.

Caso Radilla Pacheco vs. México. Sentencia. (2009, 23 de noviembre). Corte IDH.

Caso Ricardo Canese vs. Paraguay. Sentencia. (2004, 31 de agosto). Corte IDH.

Voto Razonado del juez Antonio Cancado Trindade. Caso De La Masacre De Mapiripan vs. Colombia. Sentencia. Serie C No. 134, párrafo 6. (2005, 15 de septiembre). Corte IDH.

Voto razonado del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor en la sentencia del caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Sentencia. Serie C No. 220, párrafo 24. (2010, 26 de noviembre). Corte IDH.

Voto razonado del Juez Sergio García Ramírez. Caso Myrna Mack vs. Guatemala. Sentencia. (2003, 25 de noviembre). Corte IDH.

Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. Sentencia. (2001, 6 de febrero). Corte IDH.

Sentencia 2313/1995. Considerando 7. (1995). Corte Suprema de Costa Rica.

Sentencia T-284/06. (2005). Corte Constitucional Colombiana.