



**Máster en Estudios Avanzados en Derechos Humanos  
Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”  
Curso Académico 2015-2017**

**Trabajo Fin de Máster**

**“Modalidades de aplicación del Control Nacional de Convencionalidad  
conforme a alguna jurisprudencia nacional relevante de América Latina.”**

**Luis Manuel Lasso Lozano**

**Tutor:**

**Profesor Dr. Don Felipe González Morales**

**Getafe, 31 de enero de 2017**

*Palabras clave:* Corte Interamericana de Derechos Humanos, Control de Convencionalidad, Control Nacional de Convencionalidad, Cortes Nacionales, Cortes Domésticas, Derecho Interno, Derecho Internacional, Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Juez Nacional.

*Resumen.* El trabajo estudia el Control Nacional de Convencionalidad, tal como es ejercido y valorado conforme a alguna jurisprudencia de tribunales de América Latina. Para ello elabora una tipología de varias sentencias de tribunales de América Latina, tomando en consideración los **Alcances**, los **Efectos** y los **Conflictos** a los que da lugar el Control Nacional de Convencionalidad sobre las normas del Derecho Interno. Con ello, se pretende mejorar la comprensión sobre el tema permitiendo apreciar la repercusión del fenómeno en los sistemas constitucionales respectivos.

Esta obra se encuentra sujeta a la licencia Creative Commons  
Reconocimiento - No Comercial – Sin Obra Derivada

A Mónica,  
Matías y Félix;  
ellos saben bien por qué.

## Tabla de Contenido

Tema	Página
Introducción.....	6
1. Primera parte. El entorno.....	8
1.1. Definición y justificación del concepto “Control Nacional de Convencionalidad (CNC).....	8
1.2 Caracterización del CNC según la Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	10
1.3 Contexto judicial y teórico que sirve de marco al CNC.....	25
1.4. Alcances, Efectos y Conflictos del CNC.....	44
2. Segunda Parte. Alcances del CNC.....	46
2.1. El CNC en sentido estricto.....	47
2.2. El CNC en sentido intermedio.....	55
2.3. El CNC en sentido amplio.....	62
3. Tercera Parte. Efectos del CNC.....	69
3.1. El CNC aprobatorio de la norma nacional.....	70
3.2. El CNC que invalida la norma nacional.....	76
3.3. El CNC que inaplica la norma nacional.....	86
3.3.1. Inaplicación en un proceso judicial ordinario.....	88
3.3.2. Inaplicación en un proceso de protección de derechos fundamentales...	91
3.3.3. Inaplicación en un proceso judicial de constitucionalidad.....	93
3.4. El CNC condicionante de la norma nacional.....	99
3.5. El CNC que invalida una línea interpretativa de la jurisprudencia nacional.....	

102	
3.6. El CNC que revoca una decisión judicial nacional.....	107
3.7. El CNC relativo a temas probatorios.....	110
4. Cuarta Parte. Los Conflictos a los que puede dar lugar el CNC.....	118
4.1. Conflictos entre normas del Derecho Internacional.....	120
4.2. Conflictos entre normas del Derecho Internacional y del Derecho Interno...	123
5. Conclusiones.....	135
Bibliografía.....	137

### **Abreviaturas**

ADI	Asociación de Derecho Internacional
CADH	Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica
CCC	Corte Constitucional Colombiana
CE	Constitución Española
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
CNC	Control Nacional de Convencionalidad
CrIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CSJNA	Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina
CVDT	Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados
DESC	Derechos Económicos, Sociales y Culturales
DIH	Derecho Internacional Humanitario
DNUDPI	Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas
OEA	Organización de los Estados Americanos

OIT	Organización Internacional del Trabajo
SCCSJES	Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador
SCJNM	Suprema Corte de Justicia de la Nación de México
SCJU	Suprema Corte de Justicia del Uruguay
STFB	Supremo Tribunal Federal de Brasil
TASP	Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de Costa Rica
TCP	Tribunal Constitucional del Perú
TFM	Trabajo Final de Máster
TSJV	Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela

## Introducción

Este documento pretende dar cuenta de la forma como el Control Nacional de Convencionalidad (CNC) ha impactado los sistemas jurídicos domésticos a partir de alguna jurisprudencia relevante de tribunales de América Latina.

Con ese objetivo, propone una clasificación de las sentencias que son objeto de estudio, tomando en consideración tres aspectos o niveles de análisis del Control Nacional de Convencionalidad: (i) sus **Alcances**, (ii) sus **Efectos** sobre la **norma nacional** y respecto de la **decisión judicial doméstica**, y (iii) los **Conflictos de normas** a los que puede dar lugar.

La indagación sobre los **Alcances** del CNC pretende calibrar el peso específico que en realidad tiene la norma internacional sobre la resultante, que es la decisión judicial doméstica.

Con el estudio respecto de los **Efectos** del Control Nacional de Convencionalidad, exploraremos las consecuencias de este sobre la **norma interna**; y sobre las **decisiones judiciales** internas, que también pueden ser susceptibles del Control mencionado.

Finalizaremos con una aproximación a los **Conflictos** que puede suscitar el CNC **entre normas internacionales**, de una parte; y entre **normas internacionales y normas del Derecho Interno**, de otra.

Este documento se inscribe en la reflexión académica generada por la **aplicación del Derecho Internacional por las cortes nacionales**, aspecto que será abordado en la Primera Parte del presente trabajo, así como algunas consideraciones preliminares sobre **el concepto de Control Nacional de Convencionalidad** y sobre la forma como **la Corte Interamericana de Derechos Humanos** ha perfilado dicha institución jurídica.

Agradezco al Profesor Dr. Don Felipe González Morales su orientación en el desarrollo del Trabajo Final de Máster (TFM). Su conocimiento y experiencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, en particular, así como su amabilidad y paciencia han sido una guía inestimable.

Del mismo modo, tengo una deuda de gratitud para con la Universidad Carlos III, el Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, el Máster de Investigación en Estudios Avanzados en Derechos Humanos, sus directivos, profesores y mis compañeros, también los del Máster en Derechos Fundamentales, de tantas nacionalidades y disciplinas. Todos han sido un valioso estímulo personal y académico.

Los errores, desaciertos e insuficiencias sólo pueden ser atribuidos al autor de estas líneas.

Esperamos hacer un aporte al estudio del tema.

## **1. Primera Parte. El Entorno.**

### **1.1. Definición y justificación del concepto “Control Nacional de Convencionalidad” (CNC)”**

El Control de Convencionalidad ha generado una amplia reflexión académica en el ámbito latinoamericano (García, 2008; Sagués, 2010; Castañeda, 2012; Castilla, 2012; Bazán, 2013; Nogueira, 2013; Miranda, 2015; et. al), especialmente enfocada a sistematizar la forma como dicha figura ha sido estructurada por la CrIDH. Como era de esperarse, dicha reflexión ha ido acompañada de importantes planteamientos encaminados a precisar en términos conceptuales la materia a la que se refieren los estudiosos e investigadores del tema.

Uno de tales planteamientos (Ferrer, 2011, 2013) ha consistido en distinguir entre las expresiones **Control Concentrado de Convencionalidad** y **Control Difuso de Convencionalidad**.



Se ha entendido por el primero de ellos la función que cumple la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuando en el marco de procesos contenciosos examina hechos de los Estados (comportamientos de sus agentes, de personas privadas y actos jurídicos de sus autoridades) con el fin de verificar el cumplimiento de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (o Pacto de San José de Costa Rica) y de otros tratados.

Por su parte, el **Control Difuso de Convencionalidad**, según la concepción a la que se alude, es el que ejercen las cortes nacionales de los Estados Parte del Pacto de San José de Costa Rica, cuando vigilan respecto de los actos jurídicos elaborados por sus autoridades (Constitución, ley, reglamento, acto administrativo) el cumplimiento del aludido tratado internacional, así como de otros instrumentos internacionales.

Creemos, por nuestra parte, que resulta más adecuado mantener la noción de **Control de Convencionalidad** para el que ejerce la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto de los hechos de los Estados parte del Pacto de San José (comportamientos de sus agentes, de personas privadas y actos jurídicos de sus autoridades), cuando en el marco de un proceso contencioso verifica el cumplimiento de dicho convenio y de otros tratados de derechos humanos.

El motivo para ello es que la expresión Control de Convencionalidad es la que resulta más ortodoxa conforme al tratamiento que a la materia confiere el Derecho Internacional, para aludir a la función que ordinaria y habitualmente cumplen las cortes y otros órganos de vigilancia de los tratados <sup>1</sup>, cuya competencia surge de estos mismos convenios para asegurar el cumplimiento de los cánones internacionales por los Estados parte.

---

<sup>1</sup> En efecto, en la sentencia Almonacid Arellano Vs Chile (2006, párr. 124) cuando la CrIDH se refiere a la competencia de los jueces nacionales consistente en asegurar la compatibilidad de las normas internas con el Pacto de San José de Costa Rica, utiliza la expresión “especie de control de convencionalidad”, en nuestro criterio, para preservar la expresión “control de convencionalidad” en cabeza de la que ejerce el tribunal interamericano en mención.

Ahora bien, para el desarrollo del presente TFM hemos preferimos la expresión **Control Nacional de Convencionalidad**, que será de frecuente utilización a lo largo de este documento y que también utilizaremos bajo el acrónimo **CNC**, para aludir al medio o recurso procesal a través del cual las cortes nacionales estudian la compatibilidad de los actos jurídicos de sus autoridades con el Pacto de San José de Costa Rica y otros instrumentos internacionales.

La razón para escoger el término **CNC** como el concepto central en torno al cual girará nuestro TFM tiene que ver con la necesidad de distinguirlo del concepto **Control de Convencionalidad**, reservado para las actuaciones de la CrIDH; y, además, porque nos permite agregar un elemento o matiz (el elemento nacional) que da cuenta de la especificidad de la actuación de los jueces **domésticos** cuando resuelven, bien sea oficiosamente o a petición de parte, sobre cuestionamientos relacionados con la congruencia de normas nacionales frente al Derecho Internacional.

En suma, entenderemos por Control Nacional de Convencionalidad el examen de compatibilidad que hacen los jueces nacionales de una norma interna frente al Pacto de San José y otros instrumentos internacionales de Derechos Humanos, en el marco de las competencias que les atribuyen las normas procesales nacionales.

## **1.2. Caracterización del Control Nacional de Convencionalidad según la Corte Interamericana de Derechos Humanos**

A continuación presentaremos los diferentes elementos que integran el Control Nacional de Convencionalidad, según el entendimiento que sobre el particular ha tenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos (la Corte Interamericana o la CrIDH), para cuyos efectos tomaremos como fuente la jurisprudencia desarrollada por este organismo.

Es importante precisar que estas líneas no se ocuparán del Control de Convencionalidad que puede ejercer la CrIDH sobre hechos atribuidos a los Estados parte (comportamientos de los agentes del Estado, personas privadas y actos jurídicos de las autoridades); sino del **Control Nacional de Convencionalidad**, tal como lo concibe la CrIDH, es decir, del que aplican los jueces nacionales que consiste en examinar la compatibilidad de la norma interna respectiva con el Pacto de San José y otros instrumentos internacionales.

La Corte Interamericana ha desarrollado una línea jurisprudencial que explica cuál es su planteamiento sobre lo que deben hacer los jueces domésticos cuando ejercen el CNC. Dicha línea parte del párrafo 124 de la sentencia Almonacid Arellano Vs. Chile de 26 de septiembre de 2006<sup>2 3</sup>, que constituye el hito central en este campo de estudio:

“124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.”.

Con el fin de hacerla más comprensible, desarrollaremos la explicación sobre esta materia a partir de seis interrogantes y sus respectivas respuestas. De este modo, esperamos abordar los siguientes aspectos que en nuestro criterio caracterizan a nuestro objeto de estudio: sus **fundamentos**, los **órganos responsables** de aplicar el CNC, los **parámetros** que sirven de referente para ejercer el CNC, el

---

<sup>2</sup> Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154.

<sup>3</sup> Cabe matizar esta afirmación por cuanto desde el voto razonado del juez Sergio García Ramírez en la sentencia de 25 de noviembre de 2003, caso Mirna Mack Chang Vs. Guatemala ante la CrIDH, el citado jurista ya plantea como hipótesis la figura del CNC.

**material normativo** que es objeto de CNC, los aspectos **procesales** del CNC y los **efectos** que se derivan para la norma que es objeto de CNC.

¿Cuáles son los fundamentos del CNC?

La CrIDH ha considerado que el CNC tiene origen en normas **convencionales**; a partir de ellas ha construido, mediante su jurisprudencia, los elementos principales de la institución de que se trata; e, igualmente, se ha apoyado en el dicho de algunos tribunales nacionales que han tenido una actitud receptiva hacia el CNC.

Con respecto a las normas de origen **convencional**, la CrIDH ha dicho que el CNC se fundamenta en los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (CVDT), según los cuales las obligaciones que esta impone deben ser cumplidas de buena fe y no pueden invocarse disposiciones del Derecho Interno para justificar su incumplimiento (Almonacid Arellano, 2006, párr. 125<sup>4</sup>).

Por lo tanto, como el CNC tiene fundamento en normas del Derecho de los Tratados, la comprensión de la Corte Interamericana es que cuando el juez nacional aplica el CNC en realidad está honrando el cumplimiento de obligaciones internacionales del Estado como órgano integrante del mismo.

Igualmente, ha estimado que el artículo 2 del Pacto de San José da fundamento al CNC. Dado que dicha norma estipula como obligación de los Estados Parte expedir “las medidas legislativas **o de otro carácter**” “necesarias para hacer efectivos” los derechos y libertades previstos en el Pacto; dentro de esas medidas se encuentran comprendidas las sentencias de las cortes domésticas y, por ello, el CNC no hace otra cosa que plasmar en medidas judiciales concretas los alcances del Pacto de San José y de otros instrumentos internacionales (Caso J, 2013, párr.

---

<sup>4</sup> Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154.

407<sup>5</sup>).

Como señalamos más arriba, la CrIDH ha precisado los alcances de la figura a través de varios fallos que fijan una línea jurisprudencial sobre el tema, que desarrollaremos en los párrafos subsiguientes bajo los tópicos de: los **órganos responsables** para aplicar el CNC, los **parámetros** que sirven de referente para ejercer el CNC, el **material normativo** que es objeto de CNC, los aspectos **procesales** del CNC y los **efectos** que se derivan para la norma que es objeto de CNC.

Sin embargo, antes de proseguir con ello, estimamos del caso indicar que la Corte Interamericana se ha apoyado, también, en la opinión de algunas cortes domésticas, especialmente de tribunales constitucionales y de tribunales supremos, para dar respaldo a los jueces nacionales en el proceso de aplicación del CNC.

Sobre el particular, hay que señalar que en varias decisiones la CrIDH ha citado sentencias de tribunales constitucionales o supremos de Costa Rica, Bolivia, República Dominicana, Perú, Argentina, Colombia y México, para manifestar que dichas cortes han acogido con distintos grados de aceptación la idea del CNC en cabeza de los jueces nacionales (Cabrera, 2010, párrs. 226 a 232<sup>6</sup>; Chocrón Chocrón, 2011, párrs. 165 a 171<sup>7</sup>; López Mendoza, 2011, párr. 227<sup>8</sup>; Atala Riffo, 2012, párr. 283<sup>9</sup>; y Furlán, 2012, párr. 304<sup>10</sup>).

---

<sup>5</sup> Corte IDH. Caso J. Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2013. Serie C No. 275.

<sup>6</sup> Corte IDH. Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220.

<sup>7</sup> Corte IDH. Caso Chocrón Chocrón Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2011. Serie C No. 227.

<sup>8</sup> Corte IDH. Caso López Mendoza Vs. Venezuela. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2011. Serie C No. 233.

<sup>9</sup> Corte IDH. Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239.

<sup>10</sup> Corte IDH. Caso Furlán y familiares Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246.

Esta metodología citacional tiene, en nuestro criterio, el propósito de mostrar al conjunto de los jueces nacionales que la idea del CNC es acogida en las cortes supremas de los Estados y que, en esa medida, todos los demás jueces también deben entenderse involucrados en el cumplimiento de la obligación convencional.

¿Sobre qué **órganos** recae la responsabilidad de hacer efectivo el CNC?

Desde sus primeras sentencias (Velásquez Rodríguez, 1988, párr. 160 y ss <sup>11</sup>; y Godínez Cruz, 1989, párr. 169 y ss <sup>12</sup>) la CrIDH ha sostenido que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de **cualquiera** de sus poderes u órganos, de donde se deriva la idea que más adelante desarrolla en el sentido de que la totalidad de los órganos del Estado están obligados a ejercer un CNC en el ámbito de sus competencias.

Sin embargo resulta claro, a raíz de la sentencia Almonacid Arellano (2006, párr. 124 <sup>13</sup>), que los **jueces domésticos** tienen una responsabilidad central en la aplicación del CNC pues estos tienen la obligación de velar porque los efectos de las disposiciones de la convención no se vean mermados por leyes contrarias al objeto y fin de la Convención Americana, mediante un ejercicio de compatibilidad entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y el Pacto de San José así como la interpretación que del mismo ha hecho la CrIDH.

También se ha destacado el papel del juez en la aplicación del CNC desde el punto de vista de la interpretación de la norma nacional. En la sentencia Lori Berenson (2012, párr. 18 <sup>14</sup>), la CrIDH sostuvo que de conformidad con la CADH también se requiere el desarrollo de prácticas estatales conducentes a la

---

<sup>11</sup> Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4.

<sup>12</sup> Corte IDH. Caso Godínez Cruz Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 20 de enero de 1989. Serie C No. 5.

<sup>13</sup> Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154.

<sup>14</sup> Corte IDH. Caso Lori Berenson Mejía Vs. Perú. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de junio de 2012.

observancia efectiva de los derechos y libertades reconocidos en la misma y que como la existencia de una norma no garantiza por sí misma que su aplicación sea adecuada, es necesario que la aplicación de las normas o su interpretación, en tanto prácticas jurisdiccionales y manifestaciones del orden público estatal, se encuentren ajustadas al mismo fin que persigue el artículo 2 de la Convención Americana.

Igualmente, ha señalado que el CNC es un deber que pesa sobre toda clase de jueces, los del nivel supremo o los de niveles inferiores; así como los del fuero federal y los del fuero local, en los países en los que dicha distinción existe (Gelman, 2011, párr. 193 <sup>15</sup>; Chocrón Chocrón, 2011, párr.164 <sup>16</sup>; Furlán, 2012, párr. 303 <sup>17</sup>; Mendoza, 2013, párr. 221 <sup>18</sup>; y Caso J, 2013, párr. 407 <sup>19</sup>).

De otro lado, con respecto a la actividad del **Legislador** debe indicarse que según la CrIDH la expedición de una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado al ratificar o adherir a la CADH constituye una violación de esta y en la medida en que afecte derechos y libertades respecto de individuos determinados genera la responsabilidad internacional del Estado (Opinión Consultiva OC-14 de 1994 p. 11, párr. 1 <sup>20</sup>).

Así mismo, en relación con el comportamiento del poder **Ejecutivo** y de la **Administración** la CrIDH ha destacado que el tratado internacional obliga a todos

---

<sup>15</sup> Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221.

<sup>16</sup> Corte IDH. Caso Chocrón Chocrón Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2011. Serie C No. 227.

<sup>17</sup> Corte IDH. Caso Furlán y familiares Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246.

<sup>18</sup> Corte IDH. Mendoza y otros Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2013. Serie C. No. 260.

<sup>19</sup> Corte IDH. Caso J. Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2013. Serie C No. 275.

<sup>20</sup> Corte IDH. Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (Arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-14/94 de 9 de diciembre de 1994. Serie A No. 14.

los órganos del Estado, incluido el poder Ejecutivo, y que el cumplimiento del CNC implica que las “interpretaciones administrativas” se apliquen adecuándose a los principios establecidos en la jurisprudencia de la CrIDH (López Mendoza, 2011, párr. 228 <sup>21</sup>; Furlán, 2012, párr. 305 <sup>22</sup>; Atala Riffo, 2012, párr. 284 <sup>23</sup>; y Mendoza, 2013, párr. 221 <sup>24</sup>).

En suma, la obligación de asegurar el cumplimiento de la norma internacional a través del CNC recae sobre la totalidad de órganos del Estado, incluidos el Legislador, el Ejecutivo y la Administración; pero en la jurisprudencia de la CrIDH hay una interpelación central hacia el papel que tiene el juez nacional a este respecto.

### ¿Cuál es el **parámetro** que sirve de referente al juez nacional para ejercer el CNC?

En esta sección nos vamos a referir a los materiales normativos que debe tomar en consideración el juez nacional con el fin de determinar la compatibilidad de la norma interna con el Derecho Internacional aplicable al caso.

Según la jurisprudencia de la CrIDH las normas jurídicas internas deben respetar la **Convención Americana sobre Derechos Humanos** y la **interpretación** que de la misma haya hecho la CrIDH “intérprete última de la Convención Americana”, lo cual significa que tanto el tratado internacional aludido como la jurisprudencia del tribunal en mención constituyen el primer parámetro que debe ser atendido por el juez nacional al momento de realizar el CNC.

---

<sup>21</sup> Corte IDH. Caso López Mendoza Vs. Venezuela. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2011. Serie C No. 233.

<sup>22</sup> Corte IDH. Caso Furlán y familiares Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246.

<sup>23</sup> Corte IDH. Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239.

<sup>24</sup> Corte IDH. Mendoza y otros Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2013. Serie C. No. 260.



Cabe señalar que el criterio anterior ha sido sostenido desde la sentencia “hito” Almonacid Arellano (2006, párr. 124 <sup>25</sup>) y se ha mantenido en los años sucesivos (Boyce, 2007, párr. 78 <sup>26</sup>; Radilla Pacheco, 2009, párr. 339 <sup>27</sup>; Comunidad Xakmok, 2010, párr. 331 <sup>28</sup>; Gelman, 2011, párr. 193 <sup>29</sup>; Atala Riffo, 2012, párr. 282 <sup>30</sup>; Caso J, 2013, párr. 407 <sup>31</sup>; Personas Dominicanas y Haitianas, 2014, párr. 311 <sup>32</sup>; y López Lone, 2015, párr.307 <sup>33</sup>, entre otros).

De otro lado, en cuanto a la **jurisprudencia** que podría considerarse como vinculante, la CrIDH en la sentencia de Supervisión del caso Gelman (2013, párr. 68 <sup>34</sup>) introdujo una distinción entre las sentencias en las cuales el Estado era parte en la controversia y aquellos eventos en los que ello no ocurría. Sobre las primeras dijo que se trataba de “cosa juzgada internacional” por lo que el Estado estaba obligado a cumplir y aplicar la sentencia.

Sobre las segundas dijo que los Estados que son parte del Pacto de San José “deben tener en cuenta tales precedentes o lineamientos jurisprudenciales” y afirma que “deben tomar en consideración las posibles implicaciones que las

---

<sup>25</sup> Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154.

<sup>26</sup> Corte IDH. Boyce y/o Vs. Barbados. Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. 20 de noviembre de 2007. Serie C. No. 169.

<sup>27</sup> Corte IDH. Caso Radilla Pacheco Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C No. 209.

<sup>28</sup> Corte IDH. Caso Comunidad Xakmok Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. 24 de agosto de 2010. Serie C. No. 214

<sup>29</sup> Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221.

<sup>30</sup> Corte IDH. Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239.

<sup>31</sup> Corte IDH. Caso J. Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2013. Serie C No. 275.

<sup>32</sup> Corte IDH. Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 282.

<sup>33</sup> Corte IDH. López Lone y otros Vs. Honduras, 5 de octubre de 2015. Serie C. No. 302.

<sup>34</sup> Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 20 de marzo de 2013.

sentencias pronunciadas en otros casos puedan tener en sus propios ordenamientos jurídicos y prácticas legales” (Gelman, 2013, párr. 69 <sup>35</sup>), lo que permite concluir que si bien no son vinculantes -pues no son partes del caso- si son jurídicamente relevantes <sup>36</sup>. Sin embargo, el lenguaje que aquí utiliza la Corte Interamericana contrasta con el empleado en otros casos (Radilla Pacheco, 2009, párr. 340; Fernández Ortega, 2010, párr. 237; y Cantú, 2010, párr. 220) en los cuales resulta imperativa la cuestión de que los jueces nacionales deben ajustar sus interpretaciones al precedente de la CrIDH.

De otro lado, la CrIDH ha señalado otros dos parámetros que deben tenerse en cuenta al ejercer el CNC. **Tratados distintos** de la CADH y “**estándares internacionales aplicables**”. Sobre los primeros ha dicho que el CNC también comprende a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer (Río Negro, 2012, párr. 262 <sup>37</sup>).

Cabe precisar que si bien la CrIDH hace una mención de los referidos tratados en la sentencia que se comenta, ello ocurre en el sentido de que el CNC debe cumplirse, en general, respecto de los tratados en relación con los cuales sea parte el Estado respectivo, con lo cual la “lista” que establece la CrIDH en la sentencia Río Negro (2012) no es limitativa sino enunciativa. La consecuencia que se deriva, por lo tanto, es que el CNC debe ejercerse sobre la totalidad de los tratados de Derechos Humanos del sistema interamericano con respecto a los cuales el Estado tenga la calidad de “Estado parte”.

Sobre los “estándares internacionales aplicables” sostiene que estos también deben tenerse en cuenta al momento de aplicar el CNC (Garífuna de Punta de

---

<sup>35</sup> Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 20 de marzo de 2013.

<sup>37</sup> Corte IDH. Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012. Serie C No. 250.

Piedra, 2015, párr. 211 y 216 <sup>38</sup>). Según el contexto de la sentencia en la que sostiene esto, que alude al Convenio 169 de la OIT, puede entenderse por “estándares internacionalmente aplicables” a otros convenios que si bien no han sido ratificados por el Estado, suministran elementos pertinentes y de reconocida aceptación para la resolución del caso.

En suma, la CrIDH ha indicado que los parámetros que debe tener en cuenta el juez nacional para el ejercicio del CNC son los siguientes: 1) la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en tanto instrumento ratificado; 2) otras convenciones interamericanas de Derechos Humanos respecto de las cuales sea parte el Estado correspondiente; 3) la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en tanto intérprete del Pacto de San José; y 4) otros estándares internacionales aplicables.

#### ¿Cuál es el **material normativo** sobre el que recae el CNC?

Nos referiremos aquí a la clase de textos jurídicos sobre los cuales se lleva a cabo el examen de CNC por parte del juez doméstico; son ellos, la **norma nacional** y su **interpretación**.

Sobre el primero de los puntos mencionados, según se afirma en la sentencia Almonacid Arellano (2006, párr. 124 <sup>39</sup>), el objeto primario sobre el cual recae el CNC son las “**normas jurídicas internas** (que los jueces) aplican en los casos concretos”. Posteriormente, en la sentencia Trabajadores Cesados (2006, párr. 128 <sup>40</sup>) estimó que dicho control se efectuaría por los jueces nacionales “en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales

---

<sup>38</sup> Corte IDH. Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros Vs. Honduras, 8 de octubre de 2015. Serie C. No. 304.

<sup>39</sup> Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154.

<sup>40</sup> Corte IDH. Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 154.

correspondientes.”.

Lo anterior, permite concluir que la CrIDH no distingue el tipo de normas sobre las cuales se debe cumplir la obligación del CNC por parte de los jueces domésticos, de donde se infiere que desde las normas constitucionales, pasando por las de rango legal, hasta aquellas que representan el menor nivel de jerarquía normativo dentro del Estado son susceptibles de CNC.

De otro lado, la CrIDH ha dicho que no sólo las normas nacionales sino también las **interpretaciones** de los jueces domésticos deben ajustarse al Pacto de San José. Este planteamiento ha sido defendido, por ejemplo, con respecto a la interpretación sobre los alcances del fuero penal militar en el orden interno (Radilla Pacheco, 2009, párr. 340 <sup>41</sup>; Fernández Ortega, 2010, párr. 237 <sup>42</sup>; y Cantú, 2010, párr. 220 <sup>43</sup>).

También esta inquietud se ha extendido a la interpretación de una ley de amnistía en el caso Gomes Lund Vs. Brasil (2010, párr. 177 <sup>44</sup>). Ese alcance, igualmente, comprende las “interpretaciones administrativas” (Atala Riffo, 2012, párr. 284 <sup>45</sup>; y Furlán, 2012, párr. 305 <sup>46</sup>). No obstante, el énfasis en la interpretación judicial es evidente (Gudiel, 2012, párr. 330 <sup>47</sup>; Mendoza, 2013, párr. 221 <sup>48</sup>; y Caso J, 2013,

---

<sup>41</sup> Corte IDH. Caso Radilla Pacheco Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C No. 209.

<sup>42</sup> Corte IDH. Caso Fernández Ortega y otros Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C No. 215.

<sup>43</sup> Corte IDH. Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216.

<sup>44</sup> Corte IDH. Caso Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219.

<sup>45</sup> Corte IDH. Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239.

<sup>46</sup> Corte IDH. Caso Furlán y familiares Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246.

<sup>47</sup> Corte IDH. Caso Gudiel Álvarez y otros ("Diario Militar") Vs. Guatemala. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 noviembre de 2012. Serie C No. 253.

<sup>48</sup> Corte IDH. Mendoza y otros Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2013. Serie C. No. 260.

párr. 407 <sup>49</sup>).

En conclusión, las **normas** respecto de las cuales se ejerce el CNC son todas las del Derecho Interno, toda vez que resulta indiferente que la norma que deba aprobar el CNC sea de un rango determinado, pues para la CrIDH es indistinto el Derecho Interno sobre el cual prevalecen los tratados internacionales. Del mismo modo, la **interpretación de las normas** internas hechas por los jueces puede ser objeto de CNC, así como las interpretaciones de la Administración.

¿Cuáles son los aspectos **procesales** que deben tenerse en cuenta para el ejercicio del CNC?

Sobre este tópico puede señalarse lo siguiente. De una parte, que el CNC debe cumplirse en forma **oficiosa** por el poder judicial; y, de otro lado, que dicho CNC debe efectuarse en el **marco de las competencias y de las regulaciones procesales de cada Estado** (Trabajadores Cesados, 2006, párr. 128 <sup>50</sup>).

Lo primero, implica que no es necesario que el CNC sea aducido por las partes o sujetos procesales, pues sobre el juez respectivo pesa la carga de efectuar dicho control. No queda claro si cuando ese control se efectúa deba explicitarse por el juez nacional en su sentencia. La práctica judicial interna enseña, en el caso del control de constitucionalidad -que en algunos sistemas debe hacer todo juez-, que no siempre es necesario hacer manifiesta dicha circunstancia. Se entiende que ella hace parte del razonamiento judicial que siempre debe tener presente la constitucionalidad de la norma aplicada. Por ende, sin que lo haga expreso se entendería que el juez interno realiza, también, el correspondiente CNC de manera implícita.

---

<sup>49</sup> Corte IDH. Caso J. Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2013. Serie C No. 275.

<sup>50</sup> Corte IDH. Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 154.

Ahora bien, si es uno de los sujetos procesales quien propone el CNC –para lo cual estaría legitimado- parece lógico que ello implique una carga argumental mínima que sirva de referente para que el juez se pronuncie sobre la cuestión de convencionalidad que en concreto se plantee. Si bien el asunto no puede tener el rigor de la “justicia rogada”<sup>51</sup>, si debe haber un marco mínimo de referencia que deba tomar el juez en consideración.

De otro lado, el punto de vista señalado por la CrIDH según el cual el CNC se ejerce en el marco de las competencias y de las regulaciones procesales domésticas, permite colegir que respecto de todo tipo de medios de control del Derecho Interno hay lugar a que los jueces ejerzan oficiosamente el CNC o a que este sea solicitado por la parte o sujeto procesal. Esto, por cuanto la fórmula que se emplea por la CrIDH es bastante amplia en cuanto hace a las materias procesales que sirven de entorno a la aplicación de la norma internacional en las regulaciones domésticas<sup>52</sup>.

Lo anterior permite colegir que se incluye dentro del tipo de medios de control susceptibles de CNC al recurso de inconstitucionalidad con efectos generales o

---

<sup>51</sup> Entendemos el principio de “Justicia rogada” en contraposición al principio “lura novit curia” (Dadme los hechos yo os daré el derecho), en el que basta con que el solicitante de justicia presente los elementos fácticos del caso para que el juez determine el derecho aplicable.

<sup>52</sup> Esta deferencia de la CrIDH a las regulaciones procesales domésticas no ha sido impedimento para que los tribunales nacionales apliquen el CNC cuando las normas procesales internas se convierten en obstáculos insalvables para asegurar el efecto útil de la norma internacional. El Consejo de Estado de Colombia nos da un buen ejemplo de ello en dos decisiones mediante las cuales inaplica la norma nacional que impedía la presentación de la demanda debido al transcurso del tiempo previsto en la ley (2 años). Uno de los casos corresponde a la retoma del Palacio de Justicia de Colombia en el año de 1985 por fuerzas de seguridad del Estado, para cuyo trámite el Consejo de Estado invocó la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad (1968) y señaló que el juez de lo contencioso administrativo no requería la declaratoria por parte de la jurisdicción penal de un delito de tales características para reparar, pues podía acudir a otros medios de prueba para calificar la conducta como crimen de guerra o de lesa humanidad, y en, ese sentido, inaplicar la norma nacional que establecía la caducidad de la acción, debido a la gravedad de las conductas (Expediente No. interno 45092) (17 de septiembre de 2013). El segundo, trata sobre la excepción a la misma norma de caducidad que impedía la presentación de la demanda de reparación directa; en esta ocasión, los argumentos que se adujeron tuvieron como base los siguientes elementos: 1) la víctima del caso era una niña, 2) pertenecía a una comunidad indígena, 3) el daño antijurídico consistió en actos atentatorios contra la integridad sexual de la niña, 4) la eventual incuria de los padres de la menor no tenía por qué perjudicarla, y 5) era pertinente el reconocimiento y protección del pluralismo cultural y jurídico de los grupos indígenas (Expediente No. interno 44586) (1 de diciembre de 2014).

erga omnes, al recurso de inconstitucionalidad con efectos particulares, a las acciones de protección de Derechos Fundamentales y toda la gama de acciones ordinarias en los campos penal, civil, comercial, contencioso administrativo, de familia, laboral y de la seguridad social, etc.; de donde resulta que el CNC tiene la pretensión de cobijar a la totalidad de las actuaciones judiciales.

En conclusión, dos de los aspectos procesales que se observan en relación con el CNC son que el mismo debe cumplirse en forma **oficiosa** por los jueces nacionales y que, además, la **totalidad de acciones judiciales** internas es susceptible de servir como marco jurídico para la aplicación de la figura que se comenta.

¿Cuáles son los **efectos** que se generan con motivo de la aplicación del CNC?

Sobre este tópico no encontramos ningún pronunciamiento especial de la CrIDH, pero podemos derivar algunas ideas acerca de las consecuencias de la aplicación del CNC, a partir de ciertas expresiones vertidas por la CrIDH y de la práctica que ha tenido con respecto a la invalidación de normas nacionales cuando ella lo ha hecho en el marco de sus competencias, o sea, lo que hemos llamado el Control de Convencionalidad propiamente dicho.

La expresión de la CrIDH según la cual el CNC se ejerce por los jueces nacionales “*en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes*”, permite afirmar que en el evento de que el CNC se lleve a cabo en el marco de un **recurso de inconstitucionalidad con efectos generales**; puede predicarse la cosa juzgada relativa de la norma interna que salga adelante frente a los argumentos de inconvencionalidad; pero si la norma no sale bien librada de la revisión judicial y resulta contraria al tratado internacional, el efecto será su expulsión definitiva del ordenamiento jurídico doméstico.

Ahora bien, si se trata de la mera inaplicación o recurso de inconstitucionalidad de

efectos particulares, entonces el CNC no dará lugar a la expulsión de la norma del sistema jurídico sino que ella sólo dejará de aplicarse en el caso concreto, manteniendo su validez para todos los demás efectos.

Esto es lo que generalmente puede ocurrir en los casos de CNC porque si la aplicación de dicho medio de control ocurre en las acciones de protección de Derechos Fundamentales o en el caso de acciones judiciales ordinarias (penal, civil, laboral, contencioso administrativa, etc.) estos jueces, en la gran mayoría de los casos, tienen la facultad de inaplicar la norma –una vez comprobada su inconventionalidad- pero no la competencia para expulsarla del orden jurídico nacional, atribución que ordinariamente corresponde a los tribunales constitucionales o tribunales supremos con función de control general de constitucionalidad.

De otro lado, es interesante observar cuál es el alcance temporal de una declaratoria de inconventionalidad. Como ya dijimos, tampoco en este asunto hay un pronunciamiento expreso de la CrIDH. Sin embargo, pueden servir de guía para los jueces nacionales decisiones que esta ha tomado en las cuales ha invalidado normas internas en el marco del Control de Conventionalidad propiamente dicho.

En los casos de autoamnistías o indultos encubiertos, la CrIDH ha optado por considerar inválidas las normas nacionales desde un principio. Esto es, que contrarían el Pacto de San José desde el momento en el que nacieron a la vida jurídica y no sólo desde cuando la CrIDH haya declarado su contrariedad frente a la Convención Americana.

Una explicación para el proceder de la CrIDH tiene que ver con el hecho de que versa sobre leyes que son manifiestamente contrarias al Pacto de San José; y, de otro lado, que resultaría absurdo invalidar sólo hacia el futuro, posibilitando que pervivan decisiones internas previas, por la fortuita circunstancia de haber sido



proferidas antes de la respectiva sentencia de la CrIDH.

Esto hace pensar que los efectos de las decisiones de CNC que invalidan **ciertas normas** deben producirse desde el mismo momento en el que nacen a la vida jurídica, pues sólo una invalidez de este tipo conduce a resultados razonables, pero esto no sería generalizable para la totalidad de los casos. Lo anterior parece confirmarse por el hecho de que después de expedida la sentencia Almonacid Arellano (2006 <sup>53</sup>), donde la CrIDH asumió la posición contundente de invalidar la norma de amnistía desde un inicio, profirió la sentencia del caso Trabajadores Cesados (2006 <sup>54</sup>) en la que parece adoptar un criterio distinto.

En esta última, pese a que la controversia es la misma de la sentencia Almonacid Arellano por cuanto se niega por las autoridades nacionales el acceso a la administración de justicia, la CrIDH no invalidó la norma desde un inicio, quizá porque la violación de derechos en la sentencia de Trabajadores Cesados (imposibilidad de interponer el recurso de amparo frente un **despido masivo**) no tenía la misma gravedad que entrañaba la denegación de justicia en **crímenes de lesa humanidad**, que fue lo ocurrido en el caso Almonacid Arellano.

Dicho de otro modo, si bien la CrIDH ha emitido una directriz clara en la dirección de que el CNC debe regirse por las leyes procesales internas (Trabajadores Cesados, 2006 <sup>55</sup>), no puede ser indiferente para los tribunales nacionales que en determinados casos el tribunal interamericano haya preferido conferir, dada la gravedad de la materia de que se trata, efectos *ex tunc* a sus decisiones y que en otras, tomando en consideración ese mismo factor, haya preferido los efectos *ex nunc*.

---

<sup>53</sup> Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154.

<sup>54</sup> Corte IDH. Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 154.

<sup>55</sup> Corte IDH. Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 154.

### **1.3 Contexto judicial y teórico que sirve de marco al CNC**

Después de haber señalado la definición y justificación del concepto “Control Nacional de Convencionalidad”, así como un breve caracterización del mismo según la CrIDH, creemos adecuado señalar que la práctica desarrollada al respecto por los tribunales latinoamericanos, a la cual nos referiremos en la Segunda, Tercera y Cuarta partes de este TFM, corresponde a un determinado contexto judicial y teórico al cual estimamos pertinente aludir en este capítulo, en la medida en que el fenómeno del cual nos ocuparemos hace parte de la dinámica contemporánea de las cortes y de la preocupación de los teóricos del derecho sobre dicho tópico.

En este orden de ideas, aludiremos a dos tipos de reflexiones.

De una parte, las provenientes del mundo anglosajón y norte europeo que se caracterizan, al menos en la bibliografía que hemos consultado, por un énfasis en la indagación de tipo sociológico judicial, por cuanto tales estudios se enfocan en el comportamiento de las cortes como estructura de poder, y en los efectos que se producen sobre la norma internacional como efecto de la interrelación entre el Derecho Internacional y las cortes domésticas.

De otro lado, planteamientos académicos producidos en lengua castellana dirigidos a desarrollar criterios de interpretación a partir del artículo 10.2 de la Constitución Española, que buscan armonizar los alcances de los tratados internacionales con el Derecho Interno. Esta norma constitucional ha tenido un influjo muy importante en la producción jurídica latinoamericana y, de contera, en la forma como las cortes domésticas de esa parte del mundo resuelven sus tensiones con el Derecho Internacional.

Nos parece que el conjunto de reflexiones a las que nos referiremos en las líneas

siguientes están animadas por la constatación sobre el creciente influjo del Derecho Internacional en las decisiones de las cortes domésticas, y por la posible capacidad de dichas cortes nacionales para proyectar, en alguna medida, su incidencia en la formación del Derecho Internacional. En consonancia con ello, la Asociación de Derecho Internacional (2016, párr. 6) ha sostenido en su reciente informe que las decisiones de las cortes domésticas podrían ser vistas como incluidas en el término “decisiones judiciales” al que se alude en el artículo 38 (1) (d) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, esto es, que servirían como criterio auxiliar en la determinación de la norma de Derecho Internacional.

No obstante, esa capacidad de las cortes domésticas para “determinar”, así sea como medio auxiliar (artículo 38 (1) (d) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia), las reglas del Derecho Internacional, dicha posición debe ser matizada con lo afirmado en el mismo reporte (párr. 7) acerca de que dicha capacidad de determinación de la regla internacional depende de que la decisión judicial nacional no sea rechazada por el Ejecutivo del respectivo Estado en el sentido de ser considerada como no representativa de la práctica del Estado sobre el problema de que se trate.

Empero, también se ha planteado la cuestión del efecto que se produce frente al Derecho Internacional por la circunstancia de que una decisión del Ejecutivo del Estado sea invalidada por una corte doméstica, en cuyo caso esa decisión del Ejecutivo no podría ser vista como *opinio juris* del Estado y, por lo tanto, también de ese modo, las cortes domésticas incidirían en la formación de la regla de Derecho Internacional.

Como puede verse, la cuestión que se abordará desde la perspectiva latinoamericana en la Segunda, Tercera y Cuarta partes del TFM es acuciante. Según parece, el papel de las cortes nacionales de justicia, que antaño era visto como marginal y anodino con respecto al Derecho Internacional, ha cambiado de manera significativa en el derecho contemporáneo y en ese orden de ideas es que

se desarrollan las reflexiones teóricas que examinaremos en las próximas líneas. Con el propósito de esquematizar los aportes teóricos anunciados, hemos agrupado las cuestiones correspondientes en cuatro niveles de análisis.

El primero, relacionado con las **condiciones** que hacen propicio o adverso el desarrollo del Derecho Internacional por parte de las cortes nacionales. El segundo, atinente al **tipo de comportamiento o actitud** que asumen las cortes nacionales frente a la incidencia del Derecho Internacional. El tercero, que versa sobre las **técnicas** a las que se acude por las cortes nacionales para amplificar o aminorar el efecto de la norma de Derecho Internacional. Y, finalmente, en cuarto orden, los **efectos** de esa “intervención” de las cortes nacionales en su relación con el Derecho Internacional.

### **Las condiciones**

La existencia o ausencia de ciertas condiciones de tipo político y legal que se encuentran en los Estados respectivos es el primero de los niveles de análisis que se observa en la bibliografía consultada como elemento que determina el tipo de relación que puede establecerse entre las cortes nacionales y el Derecho Internacional.

Para el desarrollo de este tópico nos apoyaremos en las investigaciones desarrolladas por Nollkaemper (2012) con base en prolijos estudios sobre la materia, para quien los elementos que hacen propicia o adversa la recepción de la norma internacional son la **Jurisdicción**, el grado de **Independencia** de los jueces, la **Ley aplicable** y el **Standing**.

En cuanto al primero de los puntos mencionados, la **Jurisdicción**, se valora en estos estudios el nivel efectivo de incidencia que tiene el poder o autoridad atribuida a los jueces nacionales para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.

Llama la atención el autor citado sobre el hecho de que la relación que se presenta entre el Derecho Internacional y las cortes nacionales es indirecta porque existe el principio de Unidad del Estado según el cual las cortes son uno entre los varios órganos del Estado, lo cual significa que la efectividad y supremacía del Derecho Internacional no sólo depende de las cortes nacionales sino, además, de la actuación de los demás órganos del Estado.

Expresado en otros términos, del modo en que se señaló más arriba, si bien las cortes nacionales pueden jugar un papel creciente en la determinación de la norma de Derecho Internacional porque, por ejemplo, pueden invalidar decisiones de las ramas políticas del Estado (Ejecutivo y Legislativo); esas mismas ramas, especialmente el Ejecutivo, bien pueden rechazar la decisión judicial como no representativa de la práctica del Estado.

Pero el centro de la discusión se encuentra balanceado con el **rol primario** que cumplen las cortes nacionales, es decir, que son ellas las encargadas de resolver los conflictos surgidos entre particulares y entre particulares y el Estado antes de proceder a una reclamación en el plano internacional. O sea, así lo creemos, que si bien el Ejecutivo puede rechazar una decisión judicial como no representativa lo cierto es que en ejercicio de ese rol primario serán los jueces quienes digan la última palabra<sup>56</sup> en el ámbito nacional para delinear esa posición en relación con sus pares y con los organismos intergubernamentales.

Esto también implica la existencia de **jurisdicciones concurrentes**, pues en muchos casos la existencia de un procedimiento internacional no precluye la capacidad de las cortes nacionales para seguir conociendo del asunto, como ocurre con las denuncias internacionales de Derechos Humanos que no enervan

---

<sup>56</sup> Reflexionando en torno a la legitimidad del juez, Barranco (2010) señala que la trascendencia del poder judicial en los sistemas constitucionales reside en que éste se caracteriza porque es la última palabra a propósito de cuándo la Constitución ha resultado vulnerada. De este modo, la eficacia directa de la Constitución –donde reside el Bloque de Constitucionalidad, añadimos nosotros- exige que la tutela de los derechos fundamentales se lleve a cabo en sede judicial tanto si el control de constitucionalidad es difuso como si es concentrado.

la capacidad de los tribunales domésticos para seguir conociendo en el marco de sus competencias.

Este poder o autoridad para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, por su parte, depende, en gran proporción, de las fuentes internacionales con las que cuenta el poder judicial doméstico para hacer valer ese poder o autoridad apoyado en la norma de Derecho Internacional. Especialmente en los tratados de derechos humanos se establece como obligación de los Estados la de proveer un remedio judicial nacional en caso de que se produzca un quebrantamiento del tratado internacional. O bien las cortes domésticas fundadas en el principio de interpretación y realización efectiva de las obligaciones internacionales suministran una base para apoderar (“empoderar”) a los jueces nacionales.

La segunda de las condiciones que hacen propicia o adversa la recepción de la norma internacional es el nivel de **Independencia** de los jueces nacionales, elemento que debe ser apreciado desde varias perspectivas.

En primer orden, porque el grado con el que se cuenta con este atributo amenaza o beneficia el rol de las cortes nacionales para asegurar la aplicación de la regla de Derecho Internacional, con base en criterios de decisión que sean ajenos a las presiones a las que se puede ver expuesto el juez. Así mismo, resulta destacable que en pocas áreas del Derecho Internacional, entre ellas el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, se cuenta con un fundamento normativo para que la independencia opere como elemento que respalda la actividad judicial en el cumplimiento de sus obligaciones internacionales <sup>57</sup>.

---

<sup>57</sup> Sobre el particular pueden verse las consideraciones de la CIDH en el informe “Garantías para la independencia de las y los operadores de justicia. Hacia el fortalecimiento del acceso a la justicia y el Estado de Derecho en las Américas.” (2013) párr. 22, en las que se afirma que en el ámbito del Derecho Internacional existen diversos instrumentos y pronunciamientos de organismos internacionales que se refieren a un serie de principios que deben observarse por parte de los Estados con el objetivo de garantizar un funcionamiento adecuado de los jueces; y que varios de dichos instrumentos consideran la relación que tiene la **actuación independiente** de las y los operadores de justicia a fin de garantizar un acceso efectivo a la justicia.

En este contexto, la independencia judicial debe ser vista como un incentivo para que los Estados contribuyan a su fortalecimiento, pues se convierte en una garantía de imparcialidad y neutralidad que los Estados que la observan pueden reclamar a los demás en sus relaciones de reciprocidad. Igualmente, debe ser apreciada como un aval frente a las instituciones internacionales, porque constituye un incentivo que para las mismas defieran en las cortes nacionales, debido a su confiabilidad, la solución de conflictos de distinto orden.

Por su parte, la **ley aplicable** es el tercero de los elementos que impulsa o detiene la posibilidad de realización de la norma del Derecho Internacional, pues la capacidad de la corte doméstica para aplicarla varía dependiendo de la circunstancia de que norma internacional haga parte del derecho aplicable por el tribunal nacional.

Sobre este aspecto, se destaca que el Derecho Internacional es neutral en la cuestión de si este debe ser parte o no del Derecho Interno, dado que esta es una definición que se deja a la voluntad de los Estados. Lo relevante para la efectividad del Derecho Internacional es que con independencia de las técnicas de transformación o incorporación los Estados cumplan con sus obligaciones en el plano internacional.

Sin embargo, resulta claro que en la práctica hay una dependencia de las cortes respecto de las decisiones que toman las ramas políticas de los Estados (Ejecutivo y Legislativo) en relación con las normas del Derecho Internacional, pues pese a la neutralidad predicada, el método monista de la incorporación es el que ofrece mejores garantías de aplicación judicial en tanto ofrece la posibilidad de la concreción directa de la norma internacional sin necesidad de esperar a su desarrollo por las ramas políticas del Estado.

Del mismo modo, resulta relevante que estas ramas políticas pueden contemplar previsiones constitucionales que moderan los efectos del Derecho Internacional,

de manera que en caso de conflicto entre una obligación internacional y una regla nacional hacen prevalecer la última de las mencionadas. En este sentido, el concepto de ley aplicable también opera respecto de las normas procesales debido a la existencia de disposiciones de este tipo que implican la existencia de barreras que evitan o limitan la presentación de reclamos internacionales.

Finalmente, el “**Standing**”, constituye la cuarta condición que asegura o diluye la posibilidad de aplicación del Derecho Internacional por las cortes domésticas. La lectura del texto de Nollkaemper nos permite entender dicho vocablo como la titularidad o la legitimación con la que se cuenta para hacer un reclamo fundado en el Derecho Internacional.

La cuestión polémica en relación con este tópico surge al momento de determinar los eventos en los cuales la tradicional relación entre Estados, propia del Derecho Internacional, se torna en un tipo de relación entre Estados y personas privadas, lo cual si bien puede resultar problemático en muchos campos del Derecho Internacional, no ocurre lo mismo cuando se trata del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Esta rama del Derecho Internacional representa el ejemplo que por antonomasia se trae para referirse al tipo de relación Estados-personas privadas, que puede ocurrir desde dos perspectivas: el procedimiento internacional que prevé la participación de personas privadas, de un lado; y, de otro, la obligación, surgida de instrumentos internacionales, que consiste en disponer de remedios nacionales para enmendar la violación del tratado correspondiente.

Sobre los cuatro elementos comentados en precedencia, a saber, la jurisdicción, la independencia, la ley aplicable y el standing, cabe plantear para la reflexión que desarrollaremos en nuestro TFM, lo siguiente.

En cuanto a la **jurisdicción**, podemos señalar que la actividad de los jueces



latinoamericanos en la aplicación de la ley internacional ha incrementado las posibilidades de participación de estos en la determinación de la regla de Derecho Internacional, especialmente en torno a la práctica del llamado “Diálogo jurisdiccional” (Bazán, 2013, p. 37 <sup>58</sup>). Por su parte, en cuanto hace a la **independencia judicial**, el contexto de modelos de Estado constitucional (Ansuátegui, 2013 <sup>59</sup>) que en general prima en la América Latina parece ser un elemento que favorece la aplicación de la norma internacional debido a las garantías que al menos formalmente se consagran a favor de la independencia judicial. No obstante, el contraste con la realidad puede desvirtuar esta afirmación en unos casos precisos.

De otro lado, sobre la **ley aplicable** hay que señalar que la expedición de modernas constituciones en varios países de América Latina desde finales de la década de los 80’ y el remozamiento de las más antiguas han sido factores determinantes para incluir en el nivel constitucional cláusulas que facilitan la aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (Dulitzky, 1997), con independencia de la posición monista o dualista de los Estados.

Finalmente, la **legitimación por activa** de los individuos (Standing) en el caso del Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha jugado, en general, un papel importante en pro de la participación de aquellos en la protección internacional así

---

<sup>58</sup> Si bien Bazán no es explícito en definir el concepto, se puede entender que el mismo consiste en la interacción entre las cortes internacionales y las cortes nacionales (diálogo vertical) así como entre cortes nacionales de distintos países (diálogo horizontal), en orden a enriquecer con una perspectiva crítica el contenido de los derechos.

<sup>59</sup> Vamos a entender Estado constitucional del modo como lo señala el autor referido (p. 242) en el sentido de que dicha forma de organización tiene dos rasgos: de un lado la posición privilegiada que ocupa la Constitución en el interior del sistema, pues se ubica en el plano superior de la jerarquía de las fuentes y definida por su carácter vinculante y obligatorio para todos, poderes públicos y ciudadanos, con específicos mecanismos de protección; así mismo, que la Constitución del Estado Constitucional incluye determinados contenidos, a través de los cuales se expresa la opción axiológica y sustancial del constitucionalismo contemporáneo. El mismo autor cita a Pérez Luño para aludir a un triple desplazamiento bastante gráfico en el que se muestra que el Estado Constitucional implica pasar de la primacía de la ley a la primacía de la Constitución, de la reserva de ley a la reserva de Constitución y del control judicial de la legalidad al control judicial de la constitucionalidad. Creemos que es en el último de los desplazamientos mencionados donde aparece más clara la vinculación del Estado Constitucional con el Derecho Internacional, pues el CNC se muestra como el medio más adecuado y propicio para lograr un trámite exitoso de la tensión frente al Derecho Interno.

como en la obtención de remedios nacionales, con la glosa de las limitaciones concretas en cuanto a la legitimación ante cortes internacionales (Corte Interamericana de Derechos Humanos) pero reconociendo la evolución favorable del Sistema Interamericano al respecto (González, 2013, p. 131).

Una vez presentados en forma sucinta los factores que en criterio de la doctrina coadyuvan o impiden la aplicación plena de la norma internacional, con el ánimo de ofrecer un marco de referencia a nuestra investigación, pasaremos a señalar, de acuerdo con la indagación desarrollada por especialistas en la materia, cuáles han sido los resultados de la interrelación entre la norma internacional y las cortes domésticas. Esto es, daremos una mirada breve a los tipos de reacción que se pueden advertir en los jueces nacionales como consecuencia de la encrucijada que genera para ellos el involucramiento de una norma internacional en los juicios que desarrollan.

### **Tipos de comportamiento o actitud de las cortes nacionales**

Este segundo nivel de análisis corresponde al **comportamiento** de los jueces nacionales frente al Derecho Internacional. Con el fin de esquematizar este aspecto en el estudio de la cuestión nos apoyaremos en el informe ya mencionado de la Asociación de Derecho Internacional (2016, párrafos 37 y s.s.) (ADI) que nos brinda una panorámica sobre los tipos de posturas o estrategias que adoptan las cortes nacionales en estas circunstancias, que son: la **elusión** del Derecho Internacional, el **alineamiento** frente al Derecho Internacional y la **refutación** del Derecho Internacional<sup>60</sup>.

---

<sup>60</sup> Quinche (2014, p. 130) desarrolla una clasificación similar agrupando las posiciones de los tribunales nacionales en Modelo de rechazo, Modelo de asunción parcial y Obligatoriedad total de las reglas y estándares; refiriéndose a la posición del juez doméstico frente a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de donde se puede ver que el CNC corresponde al marco general que se examina en este acápite. Nogueira (2016, p. 296), por su parte, ordena la recepción de los tribunales nacionales frente a la Corte Interamericana en cinco modalidades de interpretación: innovadora, extensiva, correctiva o receptiva, neutralizadora y francamente discordante.

El primer tipo de postura denominada **elusión** del Derecho Internacional consiste en que la cuestión del Derecho Internacional es evitada en su totalidad por las cortes nacionales; dentro de este enfoque el tribunal doméstico bien puede resultar **elusivo-evasivo** en la medida en que el Derecho Internacional no se aplica y tampoco se expresa ningún argumento relevante sobre dicho tópico, pese a que el asunto aparece dentro del panorama de problemas jurídicos por resolver; o también puede ocurrir que la corte doméstica opte por una actitud **elusivo-afirmativa** en la que se considera la aplicación de la norma internacional pero esta se rechaza explícitamente porque según el punto de vista de la corte nacional, la posición correcta es la solución que surge bajo el derecho doméstico.

El segundo tipo de postura es el **alineamiento** con el Derecho Internacional, que presenta cuatro modalidades. El **alineamiento simple**, que es la aceptación del Derecho Internacional en situaciones que no son políticamente problemáticas y que no tienen características especiales destacables, incluye ejemplos en los que el Derecho Internacional es citado explícitamente en apoyo de la norma doméstica relevante.

El **alineamiento prevaleciente**, que consiste en la aplicación del Derecho Internacional sobre el Derecho Interno. Se cita por la ADI, al respecto, el caso sudamericano donde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha llevado incluso a cambiar normas constitucionales. El **alineamiento consustancial** que es la aplicación por cortes domésticas de normas internas que son sustancialmente iguales a normas del Derecho Internacional. Y el **hiperalineamiento** que es una categoría especial en la cual las cortes domésticas van más allá de lo que el Derecho Internacional realmente requiere, encontrando obligaciones internacionales donde no las hay o donde al menos es debatible la existencia de estas obligaciones.

Por último, se encuentra la tercera modalidad de comportamiento de las cortes

nacionales ante el Derecho Internacional. Es la **refutación** (contestation <sup>61</sup>) frente a la norma del Derecho Internacional, que puede ser **afirmativa** cuando la corte nacional acepta la validez o aplicabilidad de la norma internacional pero le da un significado diferente del que generalmente se acepta; **negativa** que consiste en denegar la validez o aplicabilidad de la norma internacional, posiblemente debido a su contenido; y la **consustancial**, que a primera vista es una respuesta negativa, pero en realidad puede involucrar un alineamiento con una regla de Derecho Internacional buscando afectar el contenido de otra regla de Derecho Internacional, a saber, la regla cuya aplicación o contenido es refutado.

Como se podrá observar en su momento al abordar la Segunda y Tercera partes del TFM, donde examinaremos alguna jurisprudencia de cortes de América Latina en materia de CNC, varios de los comportamientos descritos por la ADI coinciden con los que desarrollan los jueces domésticos de estos países, razón por la cual estimamos del caso los siguientes comentarios.

El TFM mostrará varios ejemplos de **alineamiento** en tres de sus modalidades. Alineamiento **simple**, que llamamos en nuestro TFM Control Nacional de Convencionalidad en sentido **amplio**, y que caracterizamos porque el peso de la norma internacional es tenue; también hay muestras de alineamiento **prevaleciente**, denominado en el TFM como CNC en sentido **estricto**, cuyo rasgo predominante es la primacía del Derecho Internacional; y **consustancial**, al que aludimos en nuestra investigación como CNC en sentido **intermedio**, que consiste en la convergencia de las normas interna e internacional, cuyos contenidos son asimilables o complementarios. Por último, mostraremos en la parte Cuarta de este trabajo varias modalidades de **impugnación** (contestation) frente a la norma internacional, que abordaremos bajo el rubro de **conflictos** entre las normas del Derecho Internacional y entre estas normas y las del Derecho Interno, con motivo de la aplicación del CNC.

---

<sup>61</sup> “Contestation” es el vocablo que utiliza la Asociación de Derecho Internacional en el informe al que hemos aludido, redactado en lengua inglesa. Elegimos emplear la expresión “Refutación” como su equivalente en lengua castellana.

Estas consideraciones previas nos permiten advertir, desde ahora, que los jueces latinoamericanos, al abordar el tema del CNC en sus decisiones, se inscriben en una tendencia de la práctica judicial comparada, que cada vez toma más consideración la norma internacional y su efecto en los litigios tramitados en instancias del Derecho Interno. Una vez concluida esta sección en la que hemos pasado revista, en forma rápida, a la forma en que reaccionan las cortes nacionales frente a la posibilidad de aplicación de la norma internacional, estudiaremos de manera somera las técnicas de las que se valen las cortes nacionales para dar trámite a las posibilidades de aplicación de la norma internacional.

En este acápite, destacaremos los criterios de interpretación desarrollados por algunos autores españoles y latinoamericanos, a partir del artículo 10.2 de la Constitución de España. El interés en esta norma, se debe a que la misma ha sido replicada en numerosas constituciones de América Latina y a partir de la idea contenida en ese texto se han inspirado soluciones que se reflejan en la Segunda y Tercera partes de este TFM.

### **Las técnicas o prácticas para resolver la tensión entre el Derecho internacional y el Derecho Interno**

Vamos a enfocarnos en este acápite en la principal técnica o práctica, a saber, la interpretación conforme, que se remonta a la consagración de este principio en la Constitución de Portugal de 1976<sup>62</sup>. No obstante, ha sido el artículo 10.2 de la Constitución Española (CE) de 1978, la cláusula que ha tenido mayor repercusión en el ámbito latinoamericano:

---

<sup>62</sup> Artículo 16.2: “Los preceptos constitucionales y legales relativos a los derechos fundamentales deberán ser interpretados e integrados en armonía con la Declaración Universal de los Derechos del Hombre.”.

“Artículo 10.2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.”.

Esta disposición contiene tres elementos que cabe distinguir: 1) un **objeto** sobre el que recae el ejercicio interpretativo: “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce”; 2) un **criterio** de interpretación: la interpretación “conforme”; y 3) un **referente** desde el cual se realiza esa interpretación conforme: “los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.”.

Se ha señalado por la doctrina que esta cláusula opera conforme a una doble dimensión (Cuenca, 2010, pp. 11-12). En primer lugar, se erige en un **límite mínimo** y negativo que prohíbe que las interpretaciones internas puedan entrar en contradicción con los tratados de derechos humanos. En segundo lugar, funciona en un **sentido máximo** como guía interpretativa que orienta positivamente llevando a la comprensión que resulte más favorable al sentido y efectividad de las normas internacionales.

También cabe señalar que la aludida Constitución de España, junto al apogeo vivido por el sistema político de ese país en las dos décadas siguientes a su expedición, se convirtió en referente obligado para muchos de los procesos constitucionales vividos en América Latina, a partir de finales de la década de los 80'. Por tal motivo, el interés que suscitó el referido artículo 10.2 de la CE llevó a que su idea esencial se reprodujera casi de manera similar en las constituciones de Brasil <sup>63</sup> (1988), Colombia <sup>64</sup> (1991), Perú <sup>65</sup> (1993), Venezuela <sup>66</sup> (1999), Bolivia (2009) y México (reforma de 2011) <sup>67</sup>.

---

<sup>63</sup> Artículo 4. “La República Federativa de Brasil se rige en sus relaciones internacionales por los siguientes principios:

- I. independencia nacional;
- II. prevalencia de los derechos humanos;
- III. autodeterminación de los pueblos;

Esta cláusula de interpretación conforme tiene la virtud de que a partir de ella se desencadenan varias posibilidades de aplicación de la norma internacional, pues establece una habilitación especial para los jueces. Esto es, se brinda una base o

- 
- IV. no intervención;
  - V. igualdad de los Estados;
  - VI. defensa de la paz;
  - VII. solución pacífica de los conflictos;
  - VIII. repudio del terrorismo y del racismo;
  - IX. cooperación entre los pueblos para el progreso de la humanidad;
  - X. concesión de asilo político.

Artículo 5, numeral 76, 2º “Los derechos y garantías expresadas en esta constitución no excluyen otros derivados del régimen y de los principios por ella adoptados, o de los tratados internacionales en que la República Federativa de Brasil sea parte.”.

<sup>64</sup> Artículo 93, inciso2: “Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.”.

<sup>65</sup> Constitución del Perú. Cuarta disposición final y transitoria: “Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de derechos humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificadas por el Perú.”.

Código Procesal Constitucional del Perú (artículo V del Título preliminar):

“El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente código deben interpretarse de conformidad con la declaración universal de derechos humanos, los tratados sobre derechos humanos así como las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte.”.

<sup>66</sup> Artículo 19.- “El Estado garantizará a toda persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos. Su respeto y garantía son obligatorios para los órganos del Poder Público de conformidad con la Constitución, los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República y las leyes que los desarrollen.”.

<sup>67</sup> Se pueden agregar en ese sentido: Constitución de Bolivia, artículo 13. IV. “Los tratados y convenios internacionales ratificados por la Asamblea Legislativa Plurinacional, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los Estados de Excepción prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Constitución se interpretarán de conformidad con los Tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Bolivia.” Constitución de México, Artículo 1, párrafo 2: “Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.”.

norma de competencia para desplegar la hermenéutica del caso, teniendo un claro apoyo en el máximo nivel de la estructura normativa del Estado.

Sin embargo, el elemento que resulta crucial desde el punto de vista sustantivo es que la cláusula de interpretación conforme amplía para los jueces nacionales los contenidos existentes de los derechos <sup>68</sup>, ya porque los tratados prevén una redacción más amplia, ya porque la jurisprudencia de los órganos internacionales de aplicación así lo han previsto o porque los tratados consagran derechos que no están en las constituciones.

En la medida en que esa cláusula de interpretación conforme se fue ampliando para incluir tratados internacionales de Derechos Humanos en el orden interno y determinar la jerarquía normativa de los mismos, Dulitzky (1997) sostiene que puede efectuarse una clasificación de dichas cláusulas constitucionales en: 1) interpretativas, 2) reconocedoras de derechos implícitos no enumerados, 3) reguladoras de procedimientos especiales, 4) declarativas y 5) jerárquicas de la posición de los tratados de derechos humanos en el Derecho Interno; clasificación que permite observar, en forma esquemática, las posibilidades de interpretación que pueden desencadenarse.

Este conjunto de elementos ha llevado a algunos observadores de la realidad constitucional de América Latina (Sloss y Alstine, 2015, p. 39) a considerar que ejemplos de aplicación directa de los tratados lo constituyen las cortes domésticas en los países latinoamericanos respecto de los tratados de Derechos Humanos y de Derecho Internacional Humanitario, en donde no se requiere estatuto que los desarrolle para ser posible su aplicación nacional.

---

<sup>68</sup> En este sentido puede mencionarse, por ejemplo, el impacto del CNC en la jurisprudencia del Consejo de Estado colombiano en materia de reparación a víctimas de graves violaciones de los derechos humanos. Según Pérez, W. Zambrano, L. y Cepeda, E. (2016, p. 174) puede afirmarse que la figura del CNC ha generado impacto en la jurisprudencia del Consejo de Estado, al menos en tres aspectos: a) en la implementación del principio de reparación integral; b) en la creación de categorías de daños inmateriales, denominados como “daños a bienes constitucional y convencionalmente amparados”; y c) el contraste que se realiza entre las actuaciones u omisiones del Estado frente a las obligaciones convencionales que le eran exigibles para determinar si hubo o no una falla del servicio.



De otro lado, como ha sido señalado desde una perspectiva de Derecho Internacional General (Mariño, 2005, p. 585) en la actualidad más que elaborar teorías completamente coherentes (se alude al debate entre monistas y dualistas) importa sobre todo analizar los problemas concretos de relación entre el Derecho Internacional y los ordenamientos internos, a la luz de las soluciones concretas que los diferentes sistemas jurídicos nacionales hayan implementado.

También resulta destacable en el pensamiento del autor últimamente referido (Mariño, 2005, p. 600) que no sólo es oportuno sino conforme con la práctica internacional sostener que en todo ordenamiento interno está en vigor una norma de rango constitucional (explícita o implícita) que hace posible la adaptación del derecho interno a las normas generales del Derecho Internacional.

Así mismo, que existe una práctica jurídica general según la cual los órganos aplicadores buscan en cada caso una interpretación armonizadora de las normas generales del Derecho Internacional General con las normas de su Derecho Interno y, en particular, con las constitucionales, todo lo cual conduce –según apreciamos- al mismo criterio de interpretación conforme de los tratados internacionales de Derechos Humanos.

Finalmente, en una mirada de prevalencia de la norma internacional, se ha sostenido por Bidart (2004, p. 463) que la fuerza normativa de la Constitución no decae ni se hace laxa en virtud de la remisión que su texto efectúa a los principios y normas del Derecho Internacional, ya que es el propio poder constituyente, que dicta la constitución, el que concilia las dos fuentes –internacional e interna- en una unidad, que de acuerdo al Derecho Internacional ubica en su vértice al mismo Derecho Internacional.

Parece claro, según Bidart, que es la decisión y la voluntad de ese poder constituyente o si se quiere, dígame: del Estado para el cual se dicta esa

constitución el que consiente en situar el Derecho Internacional en el plano más alto del ordenamiento jurídico. En otros términos, la fuente externa o heterónoma de Derecho Internacional penetra en el Derecho Interno porque este le depara hospedaje jerárquicamente superior al propio desde su fuente primaria que es la constitución.

Podemos resumir lo dicho, señalando que los autores referidos enfocan sus reflexiones en la cuestión normativa que se suscita a raíz de la aplicación de la norma internacional por las autoridades nacionales en la dirección de que la aplicación de esta debe propender por la armonización de los sistemas jurídicos; del mismo modo, que la integración aludida se mueve en el sentido de procurar una mayor cobertura a los derechos; y que la jerarquía atribuida a los tratados de Derechos Humanos en el nivel constitucional –cualquiera que ella sea- es manifestación del poder constituyente de los Estados.

### **Los efectos de la aplicación del Derecho Internacional por las cortes domésticas: Fragmentación y De-Fragmentación**

La **fragmentación** es el más conocido e importante de los efectos que se generan con motivo de la aplicación del Derecho Internacional por las cortes domésticas. Si bien la Comisión de Derecho Internacional (2006, p. 176) lo ha entendido como la división del Derecho Internacional en una serie de esferas especializadas, el Derecho del Comercio Internacional, el Derecho del Mar, etc. lo que genera interpretaciones que pueden ser concurrentes pero también contradictorias sobre las materias del Derecho Internacional, dando lugar a inseguridad e indeterminación en la regla del Derecho Internacional aplicable, nos interesa otro aspecto de la Fragmentación para efectos del presente TFM.

Se trata de la aplicación de la norma internacional por las cortes nacionales, en la medida en que cada ejercicio de aplicación por estos tribunales implica una interpretación de la norma internacional que puede ajustarse a los cánones de la

jurisprudencia de la respectiva corte internacional o del organismo de supervisión del tratado. Pero bien puede ocurrir lo contrario, o puede ocurrir que la aplicación del juez nacional se produzca en casos nuevos no desarrollados por la jurisprudencia internacional y, en ese sentido, posiblemente las cortes nacionales entren a agregar sentidos de interpretación no previstos por la jurisprudencia internacional, aunque no necesariamente contrarios al tratado.

Para estos efectos nos apoyaremos en un sector de la doctrina (Fauchald y Nollkaemper, 2012) que aboga en su obra por la De-Fragmentación del Derecho Internacional, esto es, por desplegar esfuerzos tendientes a contrarrestar la Fragmentación del Derecho Internacional, que si bien no es vista por sí misma como un fenómeno negativo en la medida en que contribuye a ampliar los sentidos de interpretación de los tratados y hace parte de la práctica de los Estados frente al Derecho Internacional, tiene consecuencias que no siempre son las deseables.

De este modo, se ha planteado la existencia de dos tópicos o escenarios de los cuales se pueden derivar acciones de De-Fragmentación: son los métodos de interpretación y la dinámica de la comunicación entre las cortes. Del primero de ellos, se espera que cierta comunidad de métodos de interpretación sea un elemento de concurrencia en el sentido que finalmente se atribuya a la norma, especialmente si se parte de aceptar por las cortes nacionales los métodos de interpretación previstos en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

Por su parte, la dinámica de comunicación de las cortes proporciona uno de los instrumentos más útiles. Si las cortes nacionales dan efecto a las decisiones de los órganos internacionales en la interpretación del respectivo tratado contribuyen, en esa dirección, a evitar la Fragmentación<sup>69</sup>. De otro lado, si bien las decisiones

---

<sup>69</sup> Ha sido señalado por Abramovich V. (2007). Introducción: una nueva institucionalidad pública. Los tratados de derechos humanos en el orden constitucional argentino. En *La aplicación de los tratados de derechos humanos en el ámbito local*. Buenos Aires: Editores del Puerto. (Citado por Bazán, 2013, p.35.) que corresponde a los jueces nacionales señalar sus disidencias y

de los tribunales internacionales tienen efectos para las partes del litigio respectivo, es innegable que la jurisprudencia de estos genera un efecto notable sobre los demás Estados, pues se espera que las cortes internacionales ajusten sus futuras decisiones a los precedentes fijados.

Del mismo modo, se anota que también es posible que los tribunales internacionales incorporen prácticas domésticas en sus futuros juzgamientos. Sin embargo, sostienen los autores mencionados que este es un área llena de muchos interrogantes, que oscila entre el reconocimiento de la legitimidad de un “check and balance” por parte de las cortes nacionales respecto de los órganos del Derecho Internacional y una actitud que enfatiza en la jerarquía del Derecho Internacional.

En conclusión, podemos afirmar que la materia de la cual nos ocuparemos en las líneas siguientes, el Control Nacional de Convencionalidad, cuenta en su **entorno** con un importante conjunto de reflexiones académicas que se han enfocado hacia las **condiciones**, la **recepción**, las **técnicas de aplicación** y los **efectos** relacionados con la aplicación de la norma internacional en el Derecho Interno.

#### **1.4. Alcances, Efectos y Conflictos del Control Nacional de Convencionalidad**

Una vez concluidos los capítulos precedentes de esta Primera Parte del documento, donde nos hemos referido a la **noción** de Control Nacional de Convencionalidad, a la **concepción** que sobre el mismo tiene la Corte Interamericana de Derechos Humanos y a la **reflexión teórica** en torno a la

---

observaciones frente a las líneas jurisprudenciales de los órganos internacionales, que deben tomar debida nota de esas opiniones a fin de “ajustar y perfeccionar sus decisiones.”.

aplicación del Derecho Internacional por parte de las cortes domésticas; pasaremos a estudiar en la Segunda, Tercera y Cuarta partes del TFM la forma como algunos tribunales de América Latina han recibido en su jurisprudencia dicha figura.

Este ejercicio lo realizaremos teniendo como evidencia empírica del TFM las providencias dictadas por algunos tribunales nacionales, las cuales tendrán para nosotros un carácter ilustrativo sobre la forma como dicho fenómeno se ha ido asentado en la jurisprudencia de nuestro continente, es decir, no pretendemos arribar a conclusiones categóricas sino aportar al debate sobre la cuestión. Con este propósito, agruparemos las sentencias materia de análisis en una tipología que permita advertir los puntos más destacados de la recepción del CNC, según el criterio de algunos de los tribunales nacionales de América Latina en momentos precisos de su actividad judicial.

Debido a que la materia de la que nos ocuparemos implica el encuentro de jurisdicciones que gozan de lógicas y naturaleza propias, la Jurisdicción Internacional y la del Derecho Interno, nos interesa captar la forma como los tribunales nacionales entienden la asunción de compromisos internacionales por sus Estados, en cuanto tales compromisos inciden en la adopción de las decisiones judiciales. También llamará nuestra atención, la forma como esta figura se va imbricando paulatinamente en las estructuras del Derecho Interno, en qué medida potencializa las instituciones propias del Derecho Internacional, así como los desencuentros que se advierten y la manera en que estos han sido resueltos.

Entrando en materia, la tipología a la que hemos aludido pretende agrupar las decisiones judiciales materia de análisis conforme a una clasificación que busca destacar tres aspectos: los **Alcances** (Segunda Parte), los **Efectos** (Tercera Parte) y los **Conflictos** (Cuarta Parte) a los que da lugar el CNC.

En relación con el primer aspecto (los **Alcances**) examinaremos el grado o nivel de impacto que tiene la invocación de una norma internacional sobre el razonamiento del juez doméstico para adoptar la decisión. Con respecto al segundo (los **Efectos**), estudiaremos las consecuencias que se generan frente a la validez <sup>70</sup> de la norma del Derecho Interno. Y, finalmente, en cuanto hace al tercero (los **Conflictos**), nos aproximaremos a la confrontación que se produce entre normas del Derecho Internacional y entre normas de este ordenamiento con las del Derecho Interno.

## **2. Segunda Parte. Alcances del Control Nacional de Convencionalidad.**

La tipología que aquí desarrollaremos busca calibrar cuál es la carga efectiva que representa el CNC en la decisión del juez nacional. Dicha tipología se justifica: 1) por la necesidad de apreciar el poder de cambio del CNC, entendido como la incidencia real que tiene la norma internacional en la adopción de la sentencia por parte del juez doméstico; y 2) por la importancia que tiene observar las formas de interacción que se producen entre el Derecho Interno y el Derecho Internacional así como las sinergias a las que puede dar lugar dicha relación.

En algunas ocasiones, dicha incidencia es determinante, es decir, si no se cuenta con la norma internacional aplicable la decisión no podría producirse. En otras palabras, el impacto del tratado o la convención es decisivo. En estos eventos hablaremos de CNC en sentido **estricto**.

---

<sup>70</sup> Ansuátegui (2013, p. 247) señala que para Ferrajoli el positivismo tiene una concepción formal de la validez vinculada a ordenamientos jurídicos de estructuras elementales en los que el legislador es *legibus solutus* (obra sin ataduras), de manera que cualquier norma emanada por los sujetos y en las formas queridas por él es una norma válida. En contraste –dice Ansuátegui comentando a Ferrajoli- los Estados constitucionales están vinculados a una concepción de la validez más exigente pues la vertiente formal es complementada con una visión material; donde la validez de una norma no está en función exclusiva de exigencias formales, sino que, además, depende igualmente del significado de los enunciados normativos producidos y más exactamente de la valoración de la conformidad de su contenido con el deber ser jurídico establecido por normas superiores; de allí que el planteamiento de Ferrajoli conduzca a una redefinición del concepto de validez que es no sólo la regularidad del acto normativo sino también de sus significados o contenidos normativos. Sin que resulte concluyente, nos parece que esta concepción de validez explica mejor el comportamiento de los tribunales nacionales a los que se hará referencia en las partes Segunda y Tercera de este TFM.

Empero, no es esto lo que siempre ocurre, pues hay ocasiones en las que la norma internacional converge con otra del nivel nacional. En estos casos cabe distinguir los eventos en los cuales la norma internacional y la nacional se refuerzan en la producción del resultado, modalidad que denominaremos CNC en sentido **intermedio**; y aquellos en los que pese a la convergencia de ambos tipos de normas, la decisión podría adoptarse sólo con la norma nacional, que llamaremos CNC en sentido **amplio**.

## **2.1. El Control Nacional de Convencionalidad en sentido estricto**

Las sentencias que sirven de base empírica a esta investigación indican que esta forma de Control Nacional de Convencionalidad se presenta cuando no existe una cláusula del Derecho Interno que prevea la protección de la situación susceptible de amparo. En tales circunstancias, parece crucial acudir a la norma internacional porque de otro modo quedarían expósitos los sujetos de protección o bien habría que concluir sobre la carencia de salvaguarda bajo el ordenamiento interno.

Dichos eventos pueden ilustrarse con dos sentencias dictadas por la Corte Constitucional de Colombia y por el Tribunal Constitucional del Perú, en las cuales la invocación del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), que establece la consulta previa obligatoria a las comunidades étnicas, resultó decisiva para el sentido de la resolución judicial que se adoptó en cada caso.

Como se apreciará, estos eventos encuadran dentro de la tipología denominada Control Nacional de Convencionalidad en sentido **estricto** porque la aplicación de la norma internacional fue crucial para la sentencia dictada. Podemos afirmar, que de no haber sido involucrada la norma internacional en el debate jurídico, la decisión no habría sido la misma o sus fundamentos jurídicos habrían variado de modo sustancial.

Mediante la sentencia C-702 de 2010 la Corte Constitucional de Colombia (CCC)<sup>71</sup>, declaró inexecutable una reforma constitucional sobre materias electorales<sup>72</sup> porque las comunidades étnicas destinatarias de la misma no habían sido consultadas conforme al Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

La controversia versó sobre la Circunscripción Electoral Especial para minorías étnicas, figura prevista en la Constitución de Colombia, que le concede a estas un trato favorable con el doble propósito de mejorar la representatividad del Congreso de la República (órgano legislativo de Colombia) y reconocer y proteger la diversidad étnica y cultural.

La reforma constitucional, materia del Control Nacional de Convencionalidad, implicó una variación sobre las circunstancias en las cuales los partidos y movimientos políticos de minorías étnicas avalaban sus candidatos, por cuanto introdujo restricciones a las reglas de acceso de dichos candidatos al Congreso de la República.

La esencia de la decisión se encuentra en el razonamiento de la Corte según el cual pese a que la Consulta Previa no estaba prevista en ninguna norma de la Constitución ni en las disposiciones que regulan su reforma, como el Convenio 169 de la OIT hace parte del Bloque de Constitucionalidad previsto en el artículo

---

<sup>71</sup> Sentencia de 6 de septiembre de 2010, expediente D-7988

<sup>72</sup> El aparte de la reforma constitucional que se demandó es el siguiente:

“**ARTÍCULO 2o.** El artículo 108 de la Constitución Política quedará así:

“(…)

Los Partidos y Movimientos Políticos que habiendo obtenido su Personería Jurídica como producto de la circunscripción especial de minorías étnicas podrán avalar candidatos **sin más requisitos que su afiliación a dicho partido, con una antelación no inferior a un año respecto a la fecha de la inscripción.**

(…)” (Destacado fuera de texto).



93 de la Constitución <sup>73</sup>, el procedimiento de consulta previa debió ser llevado a cabo antes de promover en el Congreso de la República la reforma constitucional que se menciona.

La providencia de la Corte, en este sentido, tuvo la particularidad de haber reconocido un “vacío” en el texto constitucional colombiano dado que este, en sentido estricto, no consagra la figura de la Consulta Previa. Sin embargo, como la Constitución de Colombia, según la Corte, puede ser concebida en un sentido lato, esto es, integrando los tratados internacionales como parte de su texto, bajo la figura conocida como Bloque de Constitucionalidad, la Corte Constitucional entendió que tenía competencia para incluir al Convenio 169 de la OIT como parte del examen de compatibilidad entre la norma nacional y los tratados internacionales.

Esta línea de decisión en la que se mueve la Corte Constitucional de Colombia hace eco del planteamiento hecho por el Comité Tripartito encargado por el Consejo de Administración de la OIT de examinar el cumplimiento del Convenio 169 por México que afirmó que la categoría de medidas legislativas y administrativas en el sentido del artículo 6 del convenio también abarca las **reformas constitucionales** que en el caso bajo consideración del país norteamericano incluían alteraciones constitucionales sobre los derechos indígenas y la cultura indígena (Rodríguez, Morris y Orduz, 2010 p. 58).

Así mismo, la Corte Constitucional aludió a la Consulta Previa como un derecho que para las comunidades étnicas tiene el carácter de “Fundamental” e impuso al Gobierno el deber de promoverla en proyectos de ley o de reforma constitucional de su iniciativa o de terceros. Este aspecto resulta notable en términos de la

---

<sup>73</sup> “Artículo 93. Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.

Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia. (...).”.

configuración del Derecho Interno, dado que es un tratado internacional el que se toma como parámetro para agregar disposiciones en uno de los capítulos más sensibles del Estado Constitucional contemporáneo, a saber, el establecimiento de normas a las que se atribuye el carácter de Derecho Fundamental, con el elemento particular de que se hace titular a una colectividad (la comunidad étnica) y no a un individuo, como ocurre con la concepción clásica.

De este modo, la decisión se inscribe en la concepción del artículo 1 del Convenio 169 de la OIT, que ubica a los Pueblos indígenas o tribales como titulares, y de la jurisprudencia desarrollada por otros tribunales latinoamericanos en el sentido de ajustar las instituciones clásicas del derecho privado a la noción de sujeto colectivo preexistente a su reconocimiento jurídico (es decir la comunidad indígena), para la que cualquier otorgamiento de personalidad tiene carácter meramente declarativo y no constitutivo (Courtis, 2009, p. 63).

El corolario de esta decisión consiste en que a partir de la sentencia C- 702 de 2010 el Convenio 169 de la OIT, por virtud del Control Nacional de Convencionalidad establecido en este caso, integra el procedimiento de reforma a la Constitución de Colombia cuando se trate de asuntos que afecten en forma directa a las comunidades étnicas. Es decir, no sólo establece un nuevo Derecho Fundamental sino que lo fija en una de las áreas más importantes de todo ordenamiento constitucional -el trámite de reforma de la Constitución- instalando al Convenio 169 de la OIT como parte de la estructura constitucional colombiana.

Igualmente, la sentencia analizada nos permite observar el peso que puede tener el Control Nacional de Convencionalidad en las decisiones judiciales nacionales, pues el tratado internacional tuvo la capacidad de servir por sí solo como fundamento para la declaratoria de inexecutable de una norma de rango constitucional, con lo cual advertimos el impacto de dicha figura en la definición del Derecho Interno. Esto supone que, al menos en cuanto hace a la Corte Constitucional Colombiana, hay precedente en el sentido de que el Control

Nacional de Convencionalidad tiene la capacidad de invalidar normas del más alto nivel dentro de la jerarquía jurídica del Estado.

Por su parte, el Tribunal Constitucional del Perú (TCP) <sup>74</sup>, nos suministra un segundo ejemplo para observar el Control Nacional de Convencionalidad en sentido estricto. A través de la decisión mencionada, el TCP dispuso que un Decreto sobre titulación de predios a comunidades rurales no podía ser aplicado a las comunidades indígenas por cuanto estas no habían sido consultadas según la exigencia prevista en el Convenio 169 de la OIT.

Si bien el razonamiento central guarda similitud con el fallo de la Corte Constitucional de Colombia, en el sentido de que la norma internacional es el argumento central en el que se funda la decisión, el Tribunal Constitucional del Perú matizó tal aspecto. Dijo que conforme al Código Procesal Constitucional de ese país el tratado internacional en realidad “*complementa –normativa e interpretativamente- las cláusulas constitucionales sobre pueblos indígenas.*”, al parecer restando importancia con ello al efecto de la norma internacional.

Dicho en otras palabras, si bien el TCP no reconoció la ausencia de una norma constitucional que estableciera la Consulta Previa (lo que sí ocurrió con la Corte Constitucional de Colombia), el TCP salvó dicho vacío mediante la aplicación del tratado internacional (Convenio 169 de la OIT), **pero en el entendido de que este no suplía una omisión normativa de la Constitución**, sino que complementaba otras normas de la Constitución que estarían en armonía con ella, tales como el Derecho a la Identidad Étnica y Cultural (artículo 2, numeral 19 <sup>75</sup>) y el

---

<sup>74</sup> Sentencia de 9 de junio de 2010, expediente No. 0022-2009-PI/TC.

<sup>75</sup> “Artículo 2°.- Toda persona tiene derecho: (...) 19. A su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación.

Todo peruano tiene derecho a usar su propio idioma ante cualquier autoridad mediante un intérprete. Los extranjeros tienen este mismo derecho cuando son citados por cualquier autoridad.”.

reconocimiento de la tolerancia y la diversidad como valores constitucionales (artículo 2, numeral 2 <sup>76</sup>).

Sin embargo, una lectura de estas normas permite concluir que las mismas no contemplan la Consulta Previa, pues se trata de disposiciones que bajo el carácter de Derecho Fundamental establecen garantías relativas a la proscripción de la discriminación por motivos de raza y al reconocimiento y protección de la pluralidad étnica y cultural de la Nación peruana, pero no contemplan de modo expreso la Consulta Previa a las comunidades étnicas. De allí que se pueda afirmar que la aplicación del Convenio 169 de la OIT fue el que en realidad dio piso a la decisión que finalmente adoptó el TCP.

De otro lado, se puede observar que los **alcances** que dan los tribunales al Convenio 169 de la OIT pueden ser distintos dependiendo del cada país. Curtis (2009, p. 66) nos recuerda el caso de la Corte Constitucional de Colombia en la sentencia C-030 de 2008, que en lugar de declarar una constitucionalidad condicionada, como lo hizo el TCP <sup>77</sup>, prefirió declarar inconstitucional la totalidad de la Ley Forestal de ese país por haber omitido la Consulta Previa establecida en el artículo 6 del Convenio 169. Esto permite apreciar, a propósito de la preocupación por la Fragmentación del Derecho Internacional, mencionado más arriba, que los tribunales nacionales van construyendo en forma diferenciada aspectos como los que se menciona.

Conforme a lo expuesto, parece que la tendencia de los tribunales nacionales a decantarse por un Control Nacional de Convencionalidad en sentido estricto, que

---

<sup>76</sup> “Artículo 2°.- Toda persona tiene derecho: (...) 2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole. (...)”.

<sup>77</sup> La decisión del TCP sería un buen ejemplo de lo que De Asís (1995) denomina como el Criterio de la conservación y de la continuidad del Ordenamiento, que retomando palabras del Tribunal Constitucional de España traídas por dicho autor, consisten en que se deben operar todas las posibilidades de interpretar los preceptos de conformidad con la Constitución –o con el tratado, señalamos nosotros- y declarar tan sólo la derogación de aquellos cuya incompatibilidad resulta indudable por ser imposible llevar a cabo dicha interpretación.

se basa en la aplicación **plena** de la norma internacional como fundamento casi único de las decisiones judiciales, se explica por la combinación de dos factores. De un lado, la carencia de normas especiales en el Derecho Interno cuyos contenidos suministren respuestas satisfactorias y, de otro, el planteamiento judicial de controversias sociales y políticas como el pluralismo jurídico <sup>78</sup>, novedosas incluso en el campo de los Derechos Humanos <sup>79</sup>.

Este elemento tiene relevancia porque, en la práctica, las decisiones que se comentan habilitan, ambas, para que el Control Nacional de Convencionalidad opere, bajo determinadas condiciones, teniendo única y exclusivamente como base la norma internacional respectiva –desde luego como integrante del Bloque de Constitucionalidad-, sin necesidad de que concorra otra norma, por ejemplo constitucional, del Derecho Interno del país respectivo.

Esas “determinadas condiciones”, que hacen posible una aplicación autónoma de la norma internacional consistirían en: 1) la existencia de una norma nacional que habilite la aplicación de la norma internacional; 2) la ausencia de una norma nacional especial para brindar protección en la situación respectiva; y 3) la aplicabilidad de una norma internacional capaz de cubrir el vacío normativo existente.

También constituye un aspecto relevante, para los efectos de este documento, la distinción que establece el TCP entre los instrumentos internacionales que tienen

---

<sup>78</sup> Si bien Pérez de la Fuente (2012, p. 63) refiere su análisis a la cuestión de los delitos culturalmente motivados, creemos que es aplicable a este debate su consideración acerca de que los principios clásicos de Universalismo, Seguridad Jurídica e Igualdad ante la ley quedan en vilo con el enfoque del pluralismo jurídico; porque establecen tratamientos particulares en razón de la situación de grupos humanos determinados y eso suscita una reacción en la mirada tradicional de los derechos, que no encuentran justificable por qué hay estatutos especiales para, por ejemplo, las comunidades étnicas al abrigo del Convenio 169 de la OIT y de las disposiciones constitucionales y la jurisprudencia de países latinoamericanos que hacen eco del mismo.

<sup>79</sup> Sobre el particular debe mencionarse el pensamiento de Casal (2014, p.74), quien citando a Trabucco Zerán, señala que si bien la lucha por la reivindicación de los derechos de los pueblos indígenas frente a la ocupación colonial o a la discriminación, marginación o despojo de manos de los Estados nacionales que se independizaron de las respectivas metrópolis coloniales es de larga data, la vinculación de esta causa con el marco conceptual y normativo de los derechos humanos se remonta a las últimas décadas.

carácter obligatorio, por haber sido adoptados mediante convenciones, tratados o protocolos; y aquellos que como las declaraciones, según la posición generalizada de la doctrina, carecen de efectos obligatorios (Toro, 2016).

Sobre este particular, el TCP a propósito de la eventual aplicación al caso de la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas (DNUDPI) afirmó que si bien dicha Declaración no era vinculante -a diferencia del Convenio 169 de la OIT- ello no implicaba que careciera de efecto jurídico, pues su contenido representa un “*código de conducta*” sobre las “*metas y objetivos que la Comunidad Internacional*” se impone.

Esto es, se reconoce la distinción entre los instrumentos internacionales de Derecho “suave” (soft law) y las normas de Derecho “duro” (hard law), así como la diferente naturaleza que ostentan en el Derecho Internacional, situación que no resulta indiferente para el TCP, porque si bien a los primeros les reconoce un valor jurídico, dicho valor no implica que sean obligatorios, a diferencia de los segundos que con claridad los considera vinculantes en el Derecho Interno.

Desde luego que esta valoración sobre el papel que cumplen los instrumentos de Derecho “suave” (soft law) no es uniforme. Como veremos más adelante en otros “hallazgos” judiciales, si bien los tribunales no precisan la naturaleza del Derecho “suave” (soft law) frente al Derecho “duro” (hard law), dan a entender que debe conferirse al primero unos alcances mayores de los que tradicionalmente se le atribuyen.

Lo anterior, puede resultar complejo desde el punto de vista de las fuentes del Derecho Internacional donde los tratados, convenciones o protocolos son los instrumentos que constituyen, en principio, el núcleo duro del derecho positivizado obligatorio. Pero puede tener una explicación en el plano práctico, que está ligada a la necesidad de los tribunales de basar sus decisiones en normas que sean lo más aproximadas a la realidad que pretenden resolver.

Por su parte, el TCP, como una forma de respaldar el argumento sobre la aplicación del Convenio 169 de la OIT, acudió en este fallo a sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que aluden al especial concepto de propiedad sobre la tierra que tienen las comunidades indígenas y al tipo de relación de los miembros de tales comunidades con ella, que se alejan del concepto ortodoxo occidental de propiedad privada.

Esta clase de argumentos de tipo jurisprudencial interamericano, respaldan la corrección de la providencia porque demuestran cómo el tribunal nacional, en este caso a partir de una invocación del Convenio 169 de la OIT, responde a una misma lógica de regulación internacional de la materia, es decir, ofrece al Derecho Interno un elenco de proposiciones jurídicas convergentes en los sistemas de derecho de la OIT y de la Organización de los Estados Americanos (OEA), avanzando en una comprensión hermenéutica integral del Derecho Internacional de Protección de la Persona Humana.

En suma, las dos decisiones que se comentan reflejan la proyección que en criterio de algunos tribunales de América Latina puede darse a la norma internacional en el marco del Control Nacional de Convencionalidad. Se reconoció a dicha norma internacional la capacidad para servir por sí sola como fundamento único del juicio de constitucionalidad/convencionalidad y su capacidad para derogar normas jurídicas del más alto nivel en el Derecho Interno.

## **2.2. El Control Nacional de Convencionalidad en sentido intermedio**

A diferencia de la anterior modalidad de Control Nacional de Convencionalidad en el que la norma internacional se mostró crucial y suficiente para el razonamiento del tribunal doméstico; en los casos que examinaremos a continuación observamos la ausencia de una norma internacional que por sí misma contenga

los elementos para resolver la controversia. En tales circunstancias, la decisión judicial es el producto de una interacción entre las disposiciones nacional e internacional.

Ilustraremos esta modalidad de Control Nacional de Convencionalidad en sentido intermedio con dos sentencias. La primera, dictada por el Tribunal Estatal Electoral de Chihuahua, México <sup>80</sup>, mediante la cual se inaplicó una norma de la Constitución Local de Chihuahua. La segunda, de la Sala Penal Nacional del Perú <sup>81</sup>, relativa a la condena impuesta a líderes del grupo guerrillero Sendero Luminoso.

La decisión del Tribunal Estatal Electoral de Chihuahua permitió proteger a un grupo de ciudadanos afectados por una ley que de manera desproporcionada limitó sus derechos políticos por exigir un término de tres años de desvinculación del partido político al que pertenecían como prerrequisito para lanzar su candidatura como movimiento independiente, es decir, al margen del sistema de partidos.

En este caso, el Tribunal de Chihuahua inaplicó la norma de la constitución local <sup>82</sup> cuestionada por los demandantes, basándose para ello en dos clases de normas. Unas pertenecientes a la Constitución Federal de México y otras que hacen parte de tratados internacionales de Derechos Humanos.

---

<sup>80</sup> Sentencia de 15 de enero de 2016, expediente JDC-13/2015 y su acumulado JDC-14/2015)

<sup>81</sup> Sentencia de 13 de octubre de 2006, expediente acumulado No. 560-03, caso: Abimael Guzmán Reinoso y otros.

<sup>82</sup> "Artículo 21. Son derechos de los ciudadanos chihuahuenses:

(...)

II. Poder ser votados para todos los cargos de elección popular y nombrados para cualquier empleo o comisión, teniendo las demás cualidades que las leyes establezcan. El derecho de solicitar el registro de candidatos ante la autoridad electoral corresponde a los partidos políticos, así como a los ciudadanos que soliciten su registro de manera independiente y que acrediten no ser ni haber sido presidente del comité ejecutivo nacional, estatal, municipal, dirigente, **militante afiliado o su equivalente**, de un partido político, **en los tres años anteriores al día de la elección del proceso electivo en el que pretendan postularse**, ni haber participado como candidato a cualquier cargo de elección popular postulado por cualquier partido político o coalición en el proceso electoral inmediato anterior, y que reúnan los requisitos, condiciones y términos que determine la legislación;

(...)." (Destacado fuera de texto).



Dentro de las primeras, incluyó los artículos 1 y 35 de la Constitución Federal, que consagran, respectivamente, la obligación de las autoridades de interpretar los derechos conforme a los tratados de Derechos Humanos y la posibilidad de formular candidaturas independientes para aspirar a cargos de elección popular. Entre las segundas, citó algunas normas pertenecientes a tratados internacionales, a saber, los artículos 25 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 23 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y 1 a 7 de la Carta Democrática Interamericana.

Una lectura de tales normas permite concluir que las mismas no se refieren de manera expresa a la posibilidad de promover candidaturas independientes ni regulan tal régimen. Pero según la comprensión del Tribunal de Chihuahua dichas normas internacionales, que en nuestro criterio no prestan un fundamento específico, terminaron por brindar apoyo jurídico a la decisión en favor de las candidaturas independientes, circunstancia que puede tener sustento en que los tratados internacionales que se citan como cimiento de lo decidido, **abogan por el más amplio y pleno acceso a los cargos de elección popular**, aspecto que en criterio del Tribunal de Chihuahua había sido indebidamente restringido por la norma de la constitución local <sup>83</sup>.

En todo caso, cabe señalar que las normas internacionales invocadas también comprenden el derecho a la igualdad y que este aspecto en la reclamación de los demandantes fue acogido por el Tribunal de Chihuahua, que consideró el requisito de desvinculación de tres años para aspirar mediante una candidatura independiente como un tratamiento discriminatorio en las condiciones de acceso.

---

<sup>83</sup> Esta óptica consistente en preferir en materia electoral la norma que brinde una mayor cobertura o acceso a los cargos de elección popular resulta congruente con decisiones previas que en la materia habían sido adoptadas en México. Es el caso que nos recuerda Orozco (2014, p. 47) fallado por la Sala Superior del Tribunal Electoral, en la que se aludió al hecho de que la propia constitución local preveía un criterio de amplia participación en esas materias, lo que sumado a disposiciones internacionales condujo a revocar la decisión del tribunal local y a ordenar el registro de la candidatura de quien había sido excluido.

Este tratamiento discriminatorio era evidente, por cuanto afectaba sólo a las expresiones políticas independientes, pero no a aquellas provenientes de los partidos políticos, con lo cual se imponía una carga cuya razón de ser no tuvo una explicación satisfactoria dado que sólo debían cumplirla quienes en lugar de las candidaturas de los partidos políticos optaban por las independientes.

Según puede advertirse, ante la ausencia de una norma que de manera especial resolviera si el término de tres años de inhabilidad resultaba exagerado, un elemento que contribuyó a adoptar la decisión frente a la generalidad de la norma internacional fue una mixtura entre la norma de la Constitución Federal, sobre la legitimidad institucional de las candidaturas independientes, y el espíritu previsto en los tratados internacionales, que se decanta por un criterio generoso en el acceso a la participación política.

Ahora bien, pese a la convergencia de las dos normas –la interna de la Constitución Federal y la internacional de los tratados en materia del derecho a la igualdad y a los derechos políticos- que eran unívocas en la búsqueda de los estándares más garantistas para procurar el acceso a los cargos de elección popular, dicho agregado aún resultaba insuficiente frente a la necesidad de una norma especial que requiera el problema jurídico planteado.

Con tal propósito –así lo creemos- fue que el Tribunal de Chihuahua sumó al esfuerzo interpretativo un aporte relevante, a saber, la consideración sobre la violación del Principio de Razonabilidad, puesto que la exigencia de tres años de inhabilidad resultaba desproporcionada y terminaba por eliminar de modo significativo el derecho a ser elegido (voto pasivo) a través de una candidatura independiente.

De esta forma, se concluyó que una verdadera garantía de los Derechos Fundamentales, y entre ellos el de asociación, implicaba que en cualquier momento se pudiera renunciar a la militancia de un partido político, sin que ello

acarrear una sanción del sistema jurídico como la inhabilidad de tres años de que se trata. Por lo tanto, como la renuncia a la militancia de un partido político siempre ha sido considerada un acto lícito que hace parte del Derecho Fundamental de Asociación no tenía por qué producir perjuicio alguno, contrario a lo que establecía la norma impugnada al imponer una limitante como la reseñada para los candidatos independientes.

En este orden de ideas, el Control Nacional de Convencionalidad aparece como el recurso que permite al juez explorar tal clase de soluciones porque identifica la unidireccionalidad en la que se mueven la norma constitucional y la del tratado de derechos humanos. Pero dada la generalidad de ambas ante la exigencia de una respuesta concreta, es el Principio de Razonabilidad el que brinda un apoyo que permite cerrar el argumento a cuyo abrigo aparece desproporcionado el término de tres años al que nos hemos referido.

En conclusión, puede afirmarse que en este caso hubo una retroalimentación del espíritu que animaba a ambas normas –la Interna y la Internacional- y que tal confluencia fue la que inclinó el proceso de toma de decisiones con un apoyo relevante del Principio de Razonabilidad.

Por su parte, la Sala Penal Nacional del Perú, en la sentencia que se citó más arriba relativa a líderes del movimiento guerrillero Sendero Luminoso, debió resolver una serie de argumentos planteados por la defensa de miembros del grupo armado ilegal Sendero Luminoso.

Señaló la defensa de los procesados frente al delito de terrorismo y otras conductas conexas que se les imputaban que: 1) debían considerarse como atípicas las conductas endilgadas porque las acciones del grupo ilegal eran legítimas en tanto acciones militares al amparo del Derecho de la Guerra; y 2) el comportamiento desplegado por los miembros del grupo ilegal no se encuadraba en el delito de terrorismo ni en ninguna otra consagración legal típica penal del

Perú, por cuanto la denominada por la defensa “guerra popular”, adelantada por el grupo ilegal, no estaba comprendida bajo una descripción típica determinada.

El mencionado tribunal peruano rebatió los dos argumentos presentados por la defensa de los sindicados, acudiendo al Derecho Internacional Humanitario, específicamente al artículo 3 Común a los Convenios de Ginebra de 1949, tratados ratificados por el Estado del Perú. El concepto de “guerra popular” se consideró impropio de una regulación jurídica, sin embargo como el Derecho Internacional Humanitario (DIH) consagra disposiciones para la regulación de los conflictos armados no internacionales, la Sala Penal Nacional estimó que ese era el marco legal aplicable para contemplar el argumento de la defensa de los procesados.

Además de precisar que del conjunto del DIH era aplicable al conflicto armado interno peruano el artículo 3 Común y no el Protocolo II -porque no se cumplían ciertas condiciones materiales para su aplicación-, precisó que el artículo 3 Común no autorizaba ni disculpaba la realización de actos criminales, en particular de terrorismo, ni derogaba la legislación penal tendiente a garantizar esta clase de conductas; tampoco generaba para los miembros del grupo armado organizado ninguna calidad de “beligerantes”, ni les otorgaba un derecho a combatir ni la posibilidad de ser considerados como “prisioneros de guerra”.

Igualmente, que en un conflicto armado interno no podían considerarse como objetivo militar (sic) la población civil, trátense de personas comunes o funcionarios del Estado, miembros de las fuerzas armadas que no están en las operaciones militares y otras personas protegidas. Los actos de terrorismo –afirmó la Sala Penal- sean indiscriminados, relativamente indiscriminados o selectivos se encuentran prohibidos. De este modo, muy por el contrario, concluyó que el derecho que regula los conflictos armados, antes que ofrecer argumentos para exculpar su proceder, con el pretexto del desarrollo de una “guerra popular”, era

un marco jurídico adicional que había sido quebrantado por los procesados del grupo Sendero Luminoso, amén del régimen penal interno.

La conclusión a la que se arriba por la Sala Penal Nacional del Perú coincide con las consideraciones de la doctrina especializada sobre la materia. El derecho internacional humanitario nunca autoriza el uso irrestricto de cualquier forma imaginable de violencia contra la parte adversaria en un conflicto. Desde tiempo inmemorial, las normas internacionales han establecido una distinción entre los medios y métodos legítimos de hacer la guerra y los que no lo son. El recurso a medios y métodos ilícitos infringe el orden jurídico y, en circunstancias agravantes, puede ser enjuiciado como un crimen (Gasser, 2002)

La providencia judicial que se comenta corresponde a una forma de Control Nacional de Convencionalidad en sentido intermedio porque refuerza el marco jurídico penal peruano sobre la comisión del terrorismo y de otras conductas atentatorias contra la vida e integridad personal. Sirvió, además, de manera valiosa para precisar los ámbitos cobijados por el Derecho Internacional Humanitario de modo que no quedaran comprendidos dentro del mismo ciertos conceptos como los de “beligerancia”, “privilegio del combatiente” y “prisionero de guerra”, cuando este componente del Derecho Internacional se aplica a los conflictos armados no internacionales cubiertos bajo el régimen del artículo 3 Común a los Convenios de Ginebra de 1949.

Especialmente útil resultó la consideración en el sentido de que antes que derogar la legislación penal nacional, lo que hace la norma del DIH es complementar la actuación de la norma interna con lo que se pone de presente la interacción de disposiciones nacionales e internacionales que se advierten en esta modalidad de Control Nacional de Convencionalidad.

Según podemos apreciar, el Control Nacional de Convencionalidad en sentido **intermedio** se caracteriza porque permite un agregado de energías normativas,

provenientes de fuentes distintas, que se desarrolla en el marco de los siguientes elementos: 1) univocidad de los propósitos perseguidos por las disposiciones doméstica e internacional; 2) ausencia de una norma que predomine en la adopción de la respuesta; y 3) necesidad de una combinación de ambos tipos de disposición –doméstica e internacional- para generar una decisión judicial más adecuada.

La importancia de esta clase de Control Nacional de Convencionalidad en sentido **intermedio** estriba en que hace palmaria la utilidad de la relación que se establece entre el Derecho doméstico y la norma internacional. No se trata sólo del cumplimiento de una obligación derivada de las convenciones internacionales, sino que este medio procesal –el CNC- se constituye en fuente para la ampliación de los instrumentos normativos de la decisión permitiendo con ello cubrir lagunas, identificar elementos sustantivos de los derechos que pueden estar ausentes en la norma nacional y elaborar parámetros consistentes para la construcción de la sentencia.

### **2.3. El Control Nacional de Convencionalidad en sentido amplio**

El CNC en sentido amplio comprende las sentencias en las cuales la norma convencional afinca la estructura de argumentos de la providencia judicial pero no resulta crucial en la decisión que se toma, porque del raciocinio correspondiente participan normas del Derecho Interno que brindan el mismo nivel o un mayor nivel de protección que la norma internacional, y que por sí solas podrían fundamentar la sentencia. Esto haría pensar que las normas internacionales que se invocan con motivo del CNC en sentido amplio pueden considerarse repetitivas frente a las del derecho constitucional nacional y, por ello, el CNC sería inútil desde esta perspectiva.

Creemos que esta perspectiva es errónea. Pese a que el Control Nacional de Convencionalidad en sentido Amplio implica que la norma internacional juega un papel de reiteración del contenido que ya de por sí suministra el Derecho Interno, su presencia en la estructura de argumentos que expone el juez no se contrae a la mera formalidad de incorporar una nueva norma al debate, sino que entraña un peso jurídico específico, por dos razones

La primera de ellas, porque confiere a la decisión judicial una dimensión de validez sustantiva o, si se quiere, de racionalidad por el juicio que se emite, pues este – sea de compatibilidad o de incompatibilidad- resulta armónico con una norma que ha logrado consenso en el Derecho Internacional y que, desde ese punto de vista, goza del atributo de la corrección. La segunda, que el Control Nacional de Convencionalidad en sentido Amplio afianza la validez formal de la norma nacional. Si esta también supera el examen de convencionalidad, significa que se respetó la totalidad de niveles normativos a los que está obligado el Estado <sup>84</sup>.

Pasaremos a examinar ahora una sentencia que ejemplifica el Control Nacional de Convencionalidad en sentido amplio. Se trata de la providencia del Tribunal Administrativo de Norte de Santander, Colombia <sup>85</sup>, mediante la cual se ordenó el reintegro de un trabajador estatal en situación de discapacidad, que había sido despedido por la autoridad gubernamental. Es importante destacar que la autoridad omitió sustentar que el despido no tenía relación con la situación de discapacidad.

En esta decisión el Tribunal Administrativo de Norte de Santander se fundamentó en normas internacionales y en normas del Derecho Interno, destacando la

---

<sup>84</sup> Estas aseveraciones deben ser matizadas tomando en cuenta las reflexiones hechas por Schonsteiner (2016), quien llama la atención en un estudio sobre el Tribunal Constitucional chileno acerca de los riesgos que entraña la utilización de la norma internacional con propósitos meramente retóricos o lo que sería más grave fuera de contexto o en forma táctica, es decir, sólo para el afianzamiento de posiciones nacionales que niegan la interpretación dada a los tratados por los órganos de vigilancia, atribuyendo significados en una dirección que contraría los Derechos Humanos y que sólo se sirve de la norma internacional con fines que no corresponden a aquellos que la inspiran.

<sup>85</sup> Sentencia de 19 de febrero de 2015, expediente No.54-001-33-33-004-2012-00100-01.

referida corporación judicial, como punto de partida, que las interpretaciones efectuadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos “*resulta (n) de obligatorio cumplimiento en el ordenamiento jurídico colombiano y (son) aplicable (s) por sus jueces nacionales.*”.

Para tales efectos, tuvo como base la sentencia Almonacid Arellano (2006 <sup>86</sup>) en la que la Corte Interamericana estableció la obligación que pesa sobre los jueces nacionales en el sentido de asegurar el efecto útil del Pacto de San José, mediante una confrontación o cotejo entre las normas del Derecho Interno y la norma internacional concernida en el caso particular.

En concreto, el Tribunal Administrativo de Norte de Santander se apoyó en el Protocolo de San Salvador sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 6, que dispone que los Estados Partes se comprometen a adoptar las medidas que garanticen la efectividad del Derecho al Trabajo, en especial cuando se trata del pleno empleo, la orientación vocacional y el desarrollo de proyectos de capacitación técnico-profesional, destinados a los “minusválidos” (sic).

Del mismo modo, indicó que conforme al artículo 18 del mencionado Protocolo de San Salvador, toda persona afectada por una disminución de sus capacidades físicas o mentales tiene derecho a recibir una atención especial, con el fin de alcanzar el máximo desarrollo de su personalidad; y, en especial, tienen derecho a que se ejecuten programas específicos destinados a proporcionarles los recursos y el ambiente necesarios para alcanzar ese objetivo, incluidos programas laborales adecuados a sus posibilidades <sup>87</sup>.

Igualmente, se acudió por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander a la Resolución de Naciones Unidas No. 48 de 1996 sobre Igualdad de Oportunidades

---

<sup>86</sup> Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154.



para las Personas con Discapacidad. Respecto de dicha norma, si bien advirtió que no podía considerarse como un instrumento jurídicamente vinculante para los Estados, sostuvo que constituía una norma que delimitaba las políticas de estos. En tal sentido, destacó que según el artículo 7.5 de la citada resolución los Estados en su calidad de empleadores debían crear condiciones favorables para el empleo de personas con discapacidad en el sector público.

Así mismo, el Tribunal Administrativo puso de presente el caso Furlán (2012, párrafo 133 <sup>88</sup>) resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, providencia en la que luego de hacer un recuento sobre los instrumentos internacionales de protección de las personas en situación de discapacidad, apuntó que en tales instrumentos se destacaba como uno de los principales obstáculos para su desarrollo la existencia de un modelo social que generaba barreras o limitaciones que socialmente impedían que las personas pudieran ejercer sus derechos de manera efectiva.

De otro lado, en el plano de las disposiciones del Derecho Interno trajo como base de su providencia el artículo 26 de la ley 361 de 1997 <sup>89</sup>, norma aplicable a los trabajadores en condición de discapacidad del sector privado, según la cual ningún trabajador perteneciente a esta categoría podía ser despedido o su

---

<sup>88</sup> Corte IDH. Caso Furlán y familiares Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246.

<sup>89</sup> “Artículo 26. NO DISCRIMINACIÓN A PERSONA EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD. En ningún caso la limitación de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha limitación sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, **salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo.**

No obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su limitación, sin el cumplimiento del requisito previsto en el inciso anterior, tendrán derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren.” (Destacado fuera de texto).

contrato de trabajo terminado sino sólo con autorización del Inspector del Trabajo  
90 .

Esta disposición fue complementada por el Tribunal con las sentencias T-427 de 1992, T-441 de 1993 y C-531 de 2000 de la Corte Constitucional de Colombia, en las que se determinó que la protección prevista por la ley implicaba que en caso de despido de un empleado público afectado por una discapacidad, era necesario demostrar que la causa del retiro no hubiese estado relacionada con dicha situación. De este modo, con base en las sentencias de la Corte Constitucional se hizo extensiva a los empleados del Estado (caso del demandante) la protección prevista por la ley cuando se trata del despido o terminación del contrato de trabajo de las personas en situación de discapacidad del sector privado.

Esto es, quienes se encuentran bajo tal condición (discapacidad) como empleados del sector público sólo pueden ser desvinculados –aun cuando se trate de empleados de libre nombramiento y remoción- siempre y cuando se justifique debidamente que el despido no ha tenido relación alguna con la situación de discapacidad. De esta manera, la norma aplicable del Derecho Interno y las sentencias de la Corte Constitucional permitieron configurar para el Tribunal Administrativo, el presupuesto normativo suficiente con el fin de dictar sentencia.

En tales condiciones, concluyó el juez del caso que el empleado público en situación de discapacidad (el demandante) debía ser reintegrado a su empleo, pese a que tenía la condición de empleado de libre nombramiento y remoción, por cuanto la desvinculación no había sido justificada, esto es, porque no se había

---

<sup>90</sup> Como ha sido señalado por O'Reilly (2007, p.106) esta clase de leyes hace parte de las medidas para facilitar el trabajo y el empleo de las personas en situación de discapacidad, que igualmente se han adoptado en otros países con propósitos similares de protección, inspiradas bajo el criterio de que “las personas con discapacidad son capaces de competir por empleos por sus propios méritos, siempre y cuando el entorno no los discrimine por su discapacidad.”. También resulta llamativo en su comparación con el caso colombiano lo expresado por el mismo autor (2007, p. 115) sobre el modelo estadounidense donde es el sector público el que da los primeros pasos en la garantía contra la discriminación de las personas en situación de discapacidad. Esto a diferencia de Colombia donde es el sector privado el obligado y gracias a decisiones judiciales se ha hecho extensiva al sector público la protección frente al despido.

expuesto en el acto de retiro que el motivo de tal determinación era ajeno a su condición de discapacidad.

Según se observa de la lectura de la sentencia, la decisión que se comenta pudo haberse adoptado acudiendo únicamente a los elementos normativos del Derecho Interno, a saber, el artículo 26 de la ley 361 de 1997 más las sentencias de la Corte Constitucional que han exigido justificar el despido del empleado público en situación de discapacidad. No obstante lo anterior, la norma internacional cumplió la función de mostrar un entorno de disposiciones de Derecho Internacional que abogan por una mejor protección laboral de las personas en condición de discapacidad, sin distinguir la naturaleza de su empleador (público o privado).

Igualmente, se incorporaron al debate normas internacionales de *soft law* que son más específicas en la medida en que abordan el tema relativo a las condiciones para favorecer el empleo de las personas en situación de discapacidad del sector público, es decir, tienen un contenido más próximo al contexto fáctico del asunto, de donde se advierte una inclinación del juez nacional en el sentido de acudir a la norma internacional porque ella provee fórmulas específicas que se adecúan al caso y, por lo tanto, facilitan su labor interpretativa.

De otro lado, una faceta notable de esta clase de decisiones tiene que ver con la circunstancia de cómo el CNC permite que el Derecho Internacional amplíe las posibilidades de justiciabilidad de los tratados, pero en el Derecho Interno. González (2013, p. 410) sobre el particular, se refiere a los problemas de justiciabilidad de los Derechos Económicos Sociales y Culturales (DESC) derivados, entre otros aspectos, del escaso ámbito de competencia que se atribuye a la Comisión y a la Corte interamericanas de Derechos Humanos para asegurar la justiciabilidad del Protocolo de San Salvador.

Sin embargo estos problemas de justiciabilidad de los DESC, propios de las cortes internacionales, tienen los siguientes matices cuando se trata del Derecho Interno.

La primera de ellas se relaciona con la circunstancia de que las cortes domésticas no tienen las ataduras de limitación de competencia que se establecen en el artículo 19.6 del Protocolo de San Salvador. Es decir, para el juez nacional, como se pudo advertir en la sentencia analizada, el tratado internacional fue apreciado como legislación interna aplicable sin sujeción al Principio de Progresividad o a restricciones de competencia.

El carácter mandatorio de las normas del Protocolo de San Salvador invocado por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander; a saber, el artículo 6 cuando dice que los Estados partes (léase el Estado de Colombia) se compromete (n) a adoptar medidas que garanticen la plena efectividad del derecho al trabajo mediante el desarrollo de proyectos de capacitación técnico-profesional destinados a personas minusválidas (sic); y el 18, que versa sobre las modalidades para ejercer el derecho a recibir una atención especial con el fin de alcanzar el máximo desarrollo de la personalidad; no se ven debilitados por el mencionado artículo 19.6.

Dicho en otras palabras, el CNC permite derivar de un instrumento como el Protocolo de San Salvador sus mejores frutos sin tener que cargar con los rasgos debilitantes que afronta la justiciabilidad internacional de los DESC. De este modo, el Principio de Progresividad (artículo 26 del Pacto de San José), puede adquirir una connotación de ampliación de los derechos con repercusiones en el Derecho Internacional. Esto, en la medida en que como señalamos más arriba, al hablar sobre el impacto de los jueces nacionales en la configuración de la regla de Derecho Internacional, la decisión de la corte doméstica se convierte en un principio de posición estatal frente a la norma del tratado, con los siguientes efectos.

De una parte, hace justiciable en Derecho Interno lo que no era justiciable en Derecho Internacional porque, se repite, a la corte nacional no le vinculan las limitaciones de competencia del artículo 19.6 del Protocolo de San Salvador. De

otro lado, porque el Estado respectivo no podría retroceder frente al punto en el que la corte nacional ubicó el alcance de protección del DESC respectivo, porque así lo impone el Principio de Progresividad. Finalmente, porque ese mismo principio hace que los peticionarios puedan alegar durante el trámite internacional frente al Estado la obligación de no regresividad ante eventuales desmontes de conquistas obtenidas.

Si bien podría aducirse, como lo señala la Asociación de Derecho Internacional (2016, párr. 7), que la posición del juez doméstico puede ser impugnada por el Ejecutivo, a quien corresponde la representación internacional del Estado, también es cierto que por contrabalance los peticionarios del derecho pueden aducir el efecto vinculante de la cosa juzgada interna; el carácter del juez nacional como órgano del Estado generador de responsabilidad internacional, y esto no sólo en un sentido negativo sino también en el de eventual generador de compromisos internacionales; y el respeto al principio según el cual el Estado, por razón de otro principio, el de Unidad del Estado frente al Derecho Internacional, no podría ir contra sus propias razones o al menos tendría una carga de argumentación frente a esa cuasiposición internacional que se generaría con motivo de una sentencia nacional de amparo a los DESC.

Por último, cabe recordar que en esta sección que culmina hemos estudiado el CNC en cuanto a sus **alcances: en sentido estricto, intermedio y amplio**. Creemos que esto nos ha permitido aproximarnos a la incidencia o el peso efectivo que el CNC puede tener cuando se aplica una norma internacional en el marco del examen de compatibilidad de la norma del Derecho Interno.

Desde este punto de vista, analizamos una serie de casos en los cuales el CNC cumplió un papel decisivo en la adopción de la resolución judicial doméstica (CNC en sentido **estricto**). Con un grado menor de incidencia, se encuentran los eventos en que el CNC operó de forma concurrente con la norma nacional respectiva, jugando un papel de refuerzo mutuo (CNC en sentido **intermedio**). Y

también, aquellos en los que sirvió como un marco normativo, que no resultaba indispensable para la generación de la respuesta judicial, pero que le brindó otros elementos de respaldo (CNC en sentido **amplio**).

### **3. Tercera Parte. Efectos del Control Nacional de Convencionalidad**

Pasaremos a examinar el Control Nacional de Convencionalidad en relación con los **efectos** que genera frente a las **normas nacionales** y frente a las **decisiones judiciales nacionales**.

En relación con los **efectos** que se generan frente a las **normas nacionales** nos interesarán los siguientes tipos o categorías de efectos: 1) aprobación de la norma nacional; 2) invalidación de la norma nacional con efectos *erga omnes*; 3) inaplicación de la norma nacional con efectos particulares; y 4) condicionamiento de la validez de la norma nacional. De otro lado, con respecto a los **efectos** que se generan frente a las **decisiones judiciales nacionales** agruparemos las sentencias nacionales en las siguientes categorías: 1) invalidación de una interpretación judicial nacional; 2) invalidación de una decisión judicial nacional; y 3) invalidación de una apreciación probatoria hecha por un juez nacional.

De acuerdo con la clasificación anterior, pasaremos a desarrollar las categorías que se mencionan, indicando en cada rubro las sentencias y los fundamentos que nos sirven de base empírica para sustentar la “taxonomía” correspondiente.

#### **3.1. El Control Nacional de Convencionalidad aprobatorio de la norma nacional**

Esta modalidad de sentencia se caracteriza porque el Control Nacional de Convencionalidad aprobatorio mantiene la validez de la norma interna dentro del ordenamiento jurídico correspondiente, con la ventaja que respecto de la norma que ha sido objeto de escrutinio desde la perspectiva del CNC, se predica la

existencia de un examen de compatibilidad entre la norma del Derecho Interno y la norma internacional.

Una de las consecuencias relevantes de esta modalidad de Control Nacional de Convencionalidad aprobatorio es que la norma del Derecho Interno no podrá volver a ser cuestionada –al menos ante las cortes nacionales- con base en los mismos argumentos de orden normativo, esto es, le confiere seguridad jurídica frente a las razones con base en las cuales se planteó la demanda correspondiente, cosa juzgada vigente en el plano doméstico.

Sin embargo, se encuentra dentro de las posibilidades que plantea el llamado Diálogo jurisdiccional (Bazán, 2013, p. 33) que una corte internacional considere dentro de su análisis la interpretación dada a una norma convencional por un tribunal nacional. Sería un efecto previsible a raíz de la realidad consistente en que los jueces domésticos cada vez aplican con mayor frecuencia normas del Derecho Internacional y que dicho ejercicio entraña de manera ineludible una interpretación de la norma correspondiente.

Entrando en materia, nos referiremos a dos providencias para ilustrar esta modalidad de CNC. Se trata de las sentencias C-711 de 2011, dictada por la Corte Constitucional de Colombia <sup>91</sup>; y la que ya se comentó dictada por la Sala Penal Nacional del Perú en el caso de los líderes del grupo guerrillero Sendero Luminoso <sup>92</sup>, pero que analizaremos desde otro punto de vista.

Mediante la primera de las providencias mencionadas, la Corte Constitucional de Colombia estimó que se ajustaba parcialmente a los instrumentos internacionales –y también a la Constitución- una norma nacional de Justicia Transicional que otorgaba beneficios a los miembros de los grupos armados organizados al margen de la ley que se desmovilizaran, siempre no estuvieran sindicados de crímenes

---

<sup>91</sup> Sentencia de 13 de octubre de 2011, expediente D-8475.

<sup>92</sup> Sentencia de 13 de octubre de 2006, expediente acumulado No. 560-03.

contra los derechos humanos y hubiesen efectuado una declaración –llamada Acuerdo de Verdad Histórica- sobre los hechos de que hubieren tenido noticia mientras permanecieron al margen de la ley.

El aspecto que suscitó mayor polémica judicial fue que la información vertida por el ex combatiente en la declaración respectiva no podría ser utilizada en contra suya en el marco de un proceso judicial, y que dicha información tampoco sería utilizada contra terceros, dos aspectos que tienen elementos en común pero que a la postre se mostraron como situaciones objeto de un tratamiento distinto: una cosa es la inmunidad que puede recibir el declarante, en la medida en que ha contribuido con su verdad sobre los hechos; y otra es que esa inmunidad pueda abarcar a terceros, que no han hecho ningún esfuerzo de aproximación a la Justicia.

Lo cierto es que ante la ausencia de normas constitucionales que abordaran de manera expresa y especial los derechos a la Verdad, a la Justicia y a la Reparación de las víctimas de crímenes de Derecho Internacional, la Corte Constitucional se fundamentó en la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 8), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 2, numeral 3, literal a) y en la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes (artículo 4), disposiciones que en todo caso resultaban bastante genéricas como para extraer de ellas premisas normativas adecuadas.

Por ello, el centro de la estructura argumental, debido su especificidad como disposición, correspondió a un instrumento de Derecho “suave”, a saber, el “Conjunto de Principios para la Protección y la Promoción de los Derechos Humanos mediante la Lucha contra la impunidad”, que ya había sido catalogado por la Corte Constitucional como “un marco conceptual de gran valor como fuente de Derecho internacional.”, instrumento que es explícito en el reconocimiento de



los derechos de las víctimas y en particularizar de cada uno de tales derechos con contenidos precisos que permiten establecer categorías diferenciadas.

Basado en los instrumentos normativos anteriores, la Corte Constitucional dijo que el beneficio concedido a los ex combatientes amparados por dicha ley no constituía *per se* una afrenta contra los derechos de las víctimas dado que la declaración contribuía de manera importante al derecho a la verdad. Pero precisó la Corte Constitucional que si este beneficio comprendía a terceros era contrario a los instrumentos internacionales, porque esos terceros -que podrían ser incriminados con la declaración del ex combatiente- no habrían contribuido con los derechos de las víctimas.

En pocas palabras, la Corte Constitucional consideró ajustado a los instrumentos internacionales que la declaración del desmovilizado no pudiera ser utilizada para incriminarlo, pero estimó inaceptable que terceros que no habían hecho ningún aporte a la verdad, resultaran favorecidos de manera injustificada por la ley, pues esta preveía que dicha información no podría ser utilizada contra terceros, situación que contrariaba el “Conjunto de Principios para la Protección y la Promoción de los Derechos Humanos mediante la Lucha contra la impunidad.”.

Esto es, fue un instrumento de Derecho “suave” el que sirvió de base a la determinación de declarar la constitucionalidad parcial del caso, lo cual pone de presente que bajo determinadas condiciones los tribunales nacionales no parecen reparar en la naturaleza del instrumento internacional de que se trata –si este es vinculante o no-, siempre que en el estudio del asunto les ofrezca argumentos sólidos para resolver el problema jurídico que plantean los demandantes.

De alguna manera podría decirse que si bien los tribunales nacionales son conscientes acerca de la naturaleza diversa del carácter vinculatorio de los instrumentos internacionales, ya porque son explícitos en ello o porque al no serlo se asume por la comunidad jurídica que los tribunales saben la materia de la que

se ocupan, lo cierto es que acuden a ellos en la búsqueda de razones aceptables para resolver cuando no se cuenta con normas nacionales que suministren un nivel de especificidad suficiente.

En este sentido, resulta pertinente precisar la afirmación efectuada líneas atrás cuando tratamos el tema del CNC en sentido Amplio, acápite en el cual dijimos que, en ocasiones, la generalidad de los instrumentos internacionales hacía que estos sirvieran de contexto a la norma nacional, que era la que finalmente tenía el peso decisivo. Pues bien, dicha precisión consiste en que ese calificativo de vaguedad puede predicarse de ciertos instrumentos internacionales “generales”, pero no es procedente ante los “especializados” que se ocupan de grupos vulnerables y que pueden tener la forma de instrumentos de Derecho “duro” como el Convenio 169 de la OIT o de Derecho “suave” como el “Conjunto de Principios para la Protección y la Promoción de los Derechos Humanos mediante la Lucha contra la impunidad.”.

Sobre este particular, cabe señalar que la sentencia comentada, que hemos considerado como paradigmática del Control Nacional de Convencionalidad **aprobatorio** de la validez de una norma nacional, también se destaca porque corresponde al Control de Convencionalidad en sentido **estricto** dado que el instrumento internacional -en este caso el “Conjunto de Principios para la Protección y la Promoción de los Derechos Humanos mediante la Lucha contra la Impunidad”- fue el que suministró el contenido normativo específico para configurar la respuesta judicial.

La segunda de las sentencias mencionadas como ilustración de este tipo de CNC **aprobatorio** de la norma nacional, es la decisión de la Sala Penal Nacional del Perú, comentada unas líneas más arriba, pero ahora lo será desde otro aspecto, que contiene una nueva faceta de interés para nuestro TFM: la relacionada con el control aprobatorio de la norma nacional, veamos.

El tribunal aludido debió resolver la cuestión de si el tipo penal de terrorismo que se consagraba en la legislación peruana violaba el principio de legalidad en los términos del artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de la Constitución del Perú, pues la defensa de los procesados del grupo Sendero Luminoso lo consideró quebrantado porque el tipo penal no aludía en forma expresa a un bien jurídico y, por lo tanto, violaba el Principio de Legalidad; igualmente, se trajo el argumento de que la tipificación del delito de terrorismo violaba esta directriz del Pacto de San José –el Principio de Legalidad- porque se estaban criminalizando las ideas y los pensamientos de un grupo de personas.

La Sala Penal Nacional del Perú desestimó las razones expuestas esgrimiendo doctrina proveniente del Derecho Penal Comparado según la cual el tipo penal de terrorismo, por sí mismo, amparaba un bien jurídico, el de la tranquilidad pública, y, además, era un tipo penal de carácter pluriofensivo puesto que involucraba otros bienes, muchos de los cuales servían de medio para la realización típica, tales como la vida y la integridad personal. Sin embargo, el argumento que resultó categórico para la Sala Penal Nacional fue que el tipo penal había sido considerado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú* (párrafo 194 <sup>93</sup>), como ajustado al Principio de Legalidad.

Señaló la Corte Interamericana sobre este aspecto que *“En relación con el tipo penal básico de terrorismo establecido en el artículo 2 del Decreto Ley No. 25.475, es preciso indicar que este Tribunal no ha encontrado elementos para concluir que existe una violación del artículo 9 de la Convención, toda vez que dicho tipo penal fija los elementos de las conductas incriminadas, permite deslindarlas de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales y no contraviene otras normas de la Convención Americana. La Corte mantiene este mismo criterio respecto de*

---

<sup>93</sup> Corte IDH. Caso *García Asto y Ramírez Rojas Vs. Perú*. Sentencia de 25 de noviembre de 2005. Serie C No. 137.

*los artículos 319 y 320 del Código Penal de 1991, terrorismo y terrorismo agravado, respectivamente.”.*

El pronunciamiento de la Corte Interamericana sobre los tipos penales de terrorismo fue considerado por la Sala Penal Nacional como razón suficiente sobre el presunto quebrantamiento del Principio de Legalidad y del Pacto de San José, pues afirmó el tribunal peruano: *“La compatibilidad de los tipos penales de terrorismo y terrorismo agravado con el principio de legalidad contemplados en la Convención Americana de Derechos Humanos y la Constitución Política del Perú, nos releva de realizar un análisis con relación a la observancia de dicho principio.”.* Es decir, para la Sala Penal Nacional del Perú, lo dicho por la Corte Interamericana fue valorado en forma concluyente pues estimó innecesario efectuar una reflexión adicional ligada a la manera como el principio de legalidad era respetado por los tipos penales de terrorismo y terrorismo agravado.

La remisión hecha por la Sala Penal Nacional a lo resuelto por la Corte Interamericana -que tiene como elemento central la **distinción o diferenciación** de categorías (tipos penales)- es coincidente con el criterio de la doctrina internacional sobre el tema (O'Donnell, 2004, p. 450) para la que el principio de legalidad se vulnera no sólo cuando la legislación contiene tipos penales que no permiten distinguir entre conducta legal e ilegal, sino también cuando establece tipos penales que no permiten diferenciar entre un delito y otro; y lo que ocurrió con la legislación interna peruana fue justamente la constatación acerca de que este elemento de distinción permitía predicar la legalidad de los tipos penales cuestionados.

En las dos providencias judiciales que se analizaron, además de que constituyen paradigmas del Control Nacional de Convencionalidad **aprobatorio**, pues las normas domésticas salen avante en el examen judicial al cual fueron sometidas, es dicho Control el que en buena medida afianza la decisión de la corte nacional respectiva. Esto, por cuanto en el caso decidido por la Corte Constitucional de

Colombia, la norma internacional es el único fundamento normativo especializado; y en la decisión de la Sala Penal Nacional del Perú, se consideró que el pronunciamiento de la Corte Interamericana era en cierta medida irrefutable pues el juez nacional se excusó de proseguir con el análisis del asunto en lo atinente a dicho aspecto, en la medida en que el tribunal interamericano aludido ya se había referido en forma expresa al mismo tipo penal que se debatió ante la Sala Penal Nacional del Perú y lo encontró ajustado a la Convención Americana.

Del mismo modo, los casos analizados muestran que no siempre la norma “controlante”, o que sirve de referente en el Control Nacional de Convencionalidad, es una norma del derecho de los Tratados, sino que para las cortes nacionales examinadas bien puede ocurrir que el fundamento lo constituyan normas del *soft law* o desarrollos jurisprudenciales especializados de la corte internacional respectiva.

### **3.2. El Control Nacional de Convencionalidad que invalida la norma nacional**

Esta modalidad de CNC corresponde a aquellos eventos en los cuales algunos tribunales nacionales de América Latina se han apoyado en normas internacionales para expulsar del sistema jurídico, con efectos generales (efectos *erga omnes*), la norma nacional correspondiente. Es la modalidad de Control Nacional de Convencionalidad que produce un mayor efecto sobre el sistema normativo nacional, a diferencia de otras hipótesis en las cuales se mantiene la validez general de la norma, pero se inaplica en unos casos o, bien, se condiciona su validez a determinados sentidos de interpretación.

Por lo tanto, a través del Control Nacional de Convencionalidad que invalida una norma doméstica con efectos *erga omnes* se cumple a plenitud el cometido de asegurar el Efecto Útil de la norma internacional. Sin embargo, lo que acontece en muchos casos de declaratoria de invalidez de la norma nacional es que la norma internacional viene a llenar un vacío que existe en algunas constituciones de

América Latina, es decir, suple la necesidad de un marco jurídico aplicable en eventos determinados.

Dicho de otro modo, más que un ejercicio de desplazamiento de una norma doméstica por cuenta de una internacional, en la práctica el Control Nacional de Convencionalidad que invalida una norma nacional sirve en muchos casos para suministrar un marco jurídico constitucional aplicable donde hay ausencia del mismo, incluso, cuando dicha ausencia ocurre en la norma máxima del sistema jurídico interno. Esto resulta destacable, porque pese a que nos encontraremos en los ejemplos subsiguientes frente a constituciones relativamente novedosas, la colombiana de 1991 y la argentina remozada con la reforma constitucional de 1994, se trata de textos que acusan una cierta indiferencia normativa ante el tratamiento de cuestiones sensibles para estas sociedades que atraviesan procesos de Justicia Transicional.

En los casos que se explicará a continuación nos percataremos que el fundamento de las sentencias radica de manera predominante en normas de Derecho “suave” y en subreglas de carácter jurisprudencial desarrolladas por la Corte Interamericana, en especial sobre la base de los artículos 8 y 25 del Pacto de San José. De manera que si bien puede predicarse en el Derecho Internacional cierto nivel de anquilosamiento en los instrumentos internacionales del tipo Tratado y cierto desfase frente a las realidades contemporáneas, lo cual se explica por la complejidad del proceso de elaboración de un convenio internacional, hay otras vías mediante las cuales la norma internacional cobra actualidad. Estos dos medios que se reflejan en los casos subsiguientes son las regulaciones provenientes del Derecho “suave”, de un lado, y la jurisprudencia de los tribunales internacionales, por el otro.

Sobre el primer tipo de regulación hay que señalar que algunas de sus ventajas provienen de que ve la luz sin agotar el trámite engorroso de los tratados, y que surge de grupos especializados que abordan la materia de que se trata con un alto

grado de experiencia y conocimiento técnico. Sobre el segundo, que la jurisprudencia internacional, al igual que la de las cortes domésticas, tiene la virtud de refrescar la vigencia de la norma internacional por la claridad que ofrece al ocuparse de un caso determinado y por las novedades que dicho caso incorpora mediante la ampliación de las hipótesis de aplicación de la norma.

Los dos casos que desarrollaremos corresponden a sentencias de la Corte Constitucional de Colombia (CCC) y de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (CSJNA), que previamente merecen los siguientes comentarios de orden procesal. La sentencia colombiana, desde el punto de vista del procedimiento, se basa en una norma de la Constitución (artículo 241, numeral 4<sup>94</sup>), que ha sido concebida para procurar, por sí sola, la expulsión de la norma atacada, con efectos *erga omnes*, a partir de un juicio abstracto de constitucionalidad, o sea, sin alusión a un caso concreto.

A diferencia de lo anterior, el caso argentino se desarrolla en el marco de un juicio concreto -un proceso penal- en el que se pidió el examen de constitucionalidad de un decreto de indulto que impedía la continuación del trámite judicial. El argumento fue que dicho decreto favorecía a los sindicatos, pero a pesar de que se trataba de un juzgamiento concreto y no de un juicio abstracto de constitucionalidad la declaratoria de la corte argentina no fue de inaplicación de la norma sino de inconstitucionalidad de la misma.

Estas precisiones de orden procesal resultan pertinentes porque pese a las particularidades de los sistemas nacionales de control de constitucionalidad se muestra cómo ellos, a través de vías distintas, ya sean las demandas abstractas de inconstitucionalidad –en el caso colombiano- o del conocimiento de asuntos

---

<sup>94</sup> “Artículo 241. A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones:

(...)

4. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.”.

concretos –en el caso argentino-, es posible generar los mayores impactos que pueden esperarse de la intervención de la norma internacional sobre los ordenamientos jurídicos domésticos. Del mismo, modo se apreciará cómo los distintos sistemas de control de constitucionalidad pueden obrar como medios funcionales para la viabilidad del Control Nacional de Convencionalidad.

Pasaremos a conocer los casos que se menciona y a extraer algunas conclusiones sobre ellos.

El primero, el caso colombiano, se refiere a normas de Justicia Transicional aprobadas por el Congreso (órgano Legislativo) de ese país en el marco de una negociación con grupos armados ilegales. Se trata de la sentencia C-936 de 2010 de la Corte Constitucional de Colombia (CCC) <sup>95</sup> mediante la cual se declaró inexecutable una ley dirigida a beneficiar al grueso de la tropa que integraba esos grupos.

Según dicha ley los ex combatientes podían reintegrarse a la vida civil, luego de adelantar un trámite relativamente breve y sencillo. El requisito para obtener el beneficio era carecer de sindicación alguna por crímenes de guerra o de lesa humanidad. La ley, consideró la CCC, implicaba una renuncia por parte del Estado a la persecución penal contra tales personas en virtud del principio de oportunidad penal, que tiene consagración constitucional en Colombia <sup>96</sup> y que bajo ciertas

---

<sup>95</sup> Sentencia de 23 de noviembre de 2010, expediente D-8131.

<sup>96</sup> “ARTICULO 250. [Modificado por el art. 2, Acto Legislativo No. 03 de 2002](#). El nuevo texto es el siguiente: La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo. No podrá, en consecuencia, suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías. Se exceptúan los delitos cometidos por Miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio. (...).”.



condiciones justifica la abstención del deber del poder judicial de investigar los delitos <sup>97</sup>.

---

<sup>97</sup> “Código de Procedimiento Penal de Colombia. Artículo 324. Causales. <Artículo modificado por el artículo 2 de la Ley 1312 de 2009. El nuevo texto es el siguiente:> El principio de oportunidad se aplicará en los siguientes casos:

1. Cuando se tratara de delitos sancionados con pena privativa de la libertad cuyo máximo señalado en la Ley no exceda de seis (6) años o con pena principal de multa, siempre que se haya reparado integralmente a la víctima conocida o individualizada; si esto último no sucediere, el funcionario competente fijará la caución pertinente a título de garantía de la reparación, una vez oído el concepto del Ministerio Público.

Esta causal es aplicable, igualmente, en los eventos de concurso de conductas punibles siempre y cuando, de forma individual, se cumpla con los límites y las calidades señaladas en el inciso anterior.

2. Cuando a causa de la misma conducta punible la persona fuere entregada en extradición a otra potencia.

3. Cuando la persona fuere entregada en extradición a causa de otra conducta punible y la sanción imponible en Colombia carezca de importancia comparada con la impuesta en el extranjero, con efectos de cosa juzgada.

4. Cuando el imputado o acusado, hasta antes de iniciarse la audiencia de juzgamiento, colabore eficazmente para evitar que el delito continúe ejecutándose, o que se realicen otros, o cuando suministre información eficaz para la desarticulación de bandas de delincuencia organizada.

5. Cuando el imputado o acusado, hasta antes de iniciarse la audiencia de juzgamiento, se compromete a servir como testigo de cargo contra los demás procesados, bajo inmunidad total o parcial.

En este evento los efectos de la aplicación del principio de oportunidad quedarán en suspenso respecto del procesado testigo hasta cuando cumpla con el compromiso de declarar. Si concluida la audiencia de juzgamiento no lo hubiere hecho, se revocará el beneficio.

6. Cuando el imputado o acusado, hasta antes de iniciarse la audiencia de juzgamiento, haya sufrido, a consecuencia de la conducta culposa, daño físico o moral grave que haga desproporcionada la aplicación de una sanción o implique desconocimiento del principio de humanización de la sanción.

7. Cuando proceda la suspensión del procedimiento a prueba en el marco de la justicia restaurativa y como consecuencia de este se cumpla con las condiciones impuestas.

8. Cuando la realización del procedimiento implique riesgo o amenaza graves a la seguridad exterior del Estado.

9. En los casos de atentados contra bienes jurídicos de la administración pública o de la recta administración de justicia, cuando la afectación al bien jurídico funcional resulte poco significativa y la infracción al deber funcional tenga o haya tenido como respuesta adecuada el reproche institucional y la sanción disciplinaria correspondientes.

10. En delitos contra el patrimonio económico, cuando el objeto material se encuentre en tal alto grado de deterioro respecto de su titular, que la genérica protección brindada por la ley haga más costosa su persecución penal y comporte un reducido y aleatorio beneficio.

11. Cuando la imputación subjetiva sea culposa y los factores, que la determinan califiquen la conducta como de mermada significación jurídica y social.

12. Cuando el juicio de reproche de culpabilidad sea de tan secundaria consideración que haga de la sanción penal una respuesta innecesaria y sin utilidad social.

13. Cuando se afecten mínimamente bienes colectivos, siempre y cuando se dé la reparación integral y pueda deducirse que el hecho no volverá a presentarse.

14. Cuando la persecución penal de un delito comporte problemas sociales más significativos, siempre y cuando exista y se produzca una solución alternativa adecuada a los intereses de las víctimas. Quedan excluidos en todo caso los jefes, organizaciones, promotores, y financiadores del delito.”.

La aplicación del principio de oportunidad se justificó por el Legislador en que los delitos en que habrían incurrido la gran mayoría de los miembros de los grupos armados ilegales eran considerados como “leves” (a saber, “pertenencia a un grupo armado ilegal”, “porte de uniformes y armas de uso privativo de las Fuerza Armadas”) si se los compara con aquellos en los que habrían incurrido otros integrantes de los mismos grupos ilegales: crímenes de guerra y de lesa humanidad; y que a cambio del tratamiento penal benigno la sociedad iba a obtener el beneficio de la pacificación mediante la desmovilización y entrega de armas de los combatientes.

La Corte Constitucional de Colombia concedió la razón a los demandantes de la ley, quienes argumentaron que además de la forma ambigua como se trataba el principio de oportunidad, la norma constituía una amnistía encubierta, favorable a la impunidad, que violaba varias normas constitucionales de acceso a la Administración de Justicia así como los artículos 8 (Garantías Judiciales) y 25 (Protección Judicial) del Pacto de San José. O sea, que los interesados apoyaron su demanda en las dificultades, casi insalvables, que debían afrontar las víctimas para asegurar el reconocimiento y efectividad de sus derechos a la Verdad, a la Justicia y a la Reparación.

Para resolver los cargos de la acusación, la CCC sostuvo la existencia de una serie de “*estándares internacionales en materia de derechos de las víctimas de graves violaciones de los derechos humanos y de serias infracciones al derecho internacional humanitario*”, contruidos, en el entendimiento de dicho tribunal, a partir de tres elementos. A saber, los artículos 8 y 25 del Pacto de San José; la jurisprudencia pertinente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; y ciertas normas de “*soft law*” como el “Conjunto de Principios para la Protección y Promoción de los Derechos Humanos Mediante la Lucha contra la Impunidad”.

La CCC, estimó que la ley demandada consagraba una renuncia al deber de investigar conductas que podrían implicar violaciones graves a los derechos humanos e infracciones serias al derecho internacional humanitario. En efecto, no se exigía para el otorgamiento del beneficio de reincorporación a la vida civil ni la confesión sobre su conducta -mientras el ex combatiente hizo parte del grupo armado ilegal- ni actos de cooperación que contribuyeran al establecimiento de la responsabilidad del desmovilizado o a la desarticulación de la organización armada.

Es decir, además de un exceso en los beneficios otorgados a los ex combatientes, no se obtenía ningún tipo de colaboración para con la Administración de Justicia, por lo que se consideró que la inhibición de la persecución penal por parte del Estado no era debidamente recompensada. Estas conclusiones llevaron a la CCC a considerar que la norma demandada violaba los artículos 1 (Respeto de la Dignidad Humana), 93 (Bloque de Constitucionalidad) de la Constitución de Colombia; y 8 (Garantías Judiciales) y 25 (Protección Judicial) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; puesto que implicaba una renuncia al deber de investigar y sancionar a los responsables de hechos que podían involucrar graves violaciones de Derechos Humanos y graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario.

Esto supuso que gracias a la incorporación de normas de “*soft law*” (“Conjunto de Principios para la Protección y Promoción de los Derechos Humanos Mediante la Lucha contra la Impunidad”), que a la postre resultaron cruciales, fue posible develar figuras que pese a su alambicada construcción constituían en realidad formas encubiertas de amnistías o indultos. Esto puede ocurrir en procesos de Justicia Transicional en los que estas figuras no son abiertas debido a la censura internacional que acarrearán, pero pueden lograr su aprobación por el órgano Legislativo y pasar adelante si no se cuenta con un escrutinio realizado por el cuerpo judicial del Estado, que dotado de elementos del Derecho Internacional, permita una pesquisa minuciosa de la cuestión.

Resulta destacable de esta sentencia, el alto contenido de norma internacional que presta base a la decisión. Es el conjunto de tales disposiciones, en especial las de “soft law”, y de la jurisprudencia internacional el que sirvió de base a la CCC para desarrollar los derechos a la justicia y a la verdad, en tanto derechos de las víctimas. Si bien el fallo se basó en normas constitucionales, estas fueron o bien genéricas como el artículo 1 (Respeto de la Dignidad Humana <sup>98</sup>); o bien normas remisorias como el artículo 93 (Bloque de Constitucionalidad), que más que una cláusula sustantiva es una norma en blanco que remite al Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

En suma, la esencia del fallo se basó en los derechos de las víctimas, tal como han sido concebidos por el Derecho Internacional aplicable, particularmente por las normas de “soft law”, ante la ausencia de normas constitucionales que en forma expresa contemplaran la garantía y protección de tales grupos de personas. El efecto de la sentencia fue la expulsión del sistema jurídico, con efecto general, de las normas que consagraban tal modalidad de reinserción a la vida civil del desmovilizado, porque no establecían ningún tipo de exigencia en materia de verdad y justicia. La decisión anterior implica que en lo sucesivo dicha norma no puede ser invocada como parte del Derecho Interno aplicable y, de acuerdo con el sistema constitucional colombiano, tampoco podrá ser revivida por el órgano Legislativo y menos replicada por el Ejecutivo.

De otro lado, pero igualmente en un escenario de Justicia Transicional, se encuentra la sentencia de la justicia argentina ya anunciada. Consiste en el fallo dictado en el Caso Mazzeo Julio y otros <sup>99</sup>, mediante el cual la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (CSJNA) expulsó del ordenamiento jurídico,

---

<sup>98</sup> “**ARTICULO 1.** Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.”.

<sup>99</sup> Sentencia del 13 de julio de 2007, expediente No. 330:3248

mediante declaratoria de inconstitucionalidad, el decreto por el cual se indultó a un responsable de crímenes contra la humanidad, integrante de la dictadura militar que gobernó ese país entre los años 1976 y 1983.

Para ello, señaló el tribunal argentino que si bien una declaratoria de inconstitucionalidad es un acto de suma gravedad institucional que impone la mayor medida al tribunal que la adopta, también dijo la CSJNA que a través del mismo se cumple con el deber de ejercer el poder público de manera que sea compatible con el libre y pleno ejercicio de los Derechos Humanos.

Así mismo, en criterio de la CSJNA uno de los cimientos de la institución jurídica del recurso de inconstitucionalidad se encuentra en la sentencia Velásquez Rodríguez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuando en esta se señala la obligación que pesa sobre los Estados parte del Pacto de San José de organizar el ejercicio del poder público como garante de los Derechos Humanos.

Lo que indica que el Control Nacional de Convencionalidad, cuando se ejerce bajo la figura del control de constitucionalidad de alcance general, tiene la potencialidad de acomodar las estructuras del Estado en función de la garantía general de los derechos, es decir, este medio procesal constitucional cumple un papel crucial en asegurar el cumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado.

Por su parte, en el punto atinente a la incompetencia de la Justicia Penal Militar para juzgar crímenes contra los derechos humanos, la CSJNA recordó que la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (artículo 9) establece que tales delitos sólo pueden ser juzgados por las jurisdicciones de derecho común competentes en cada Estado, con exclusión de toda jurisdicción especial, en particular la militar. De este modo, la alta corte de justicia de la Argentina dio efectos a esta norma internacional que define en cabeza de la justicia ordinaria la competencia para el conocimiento del delito que se menciona. Este aspecto es destacable porque trae al Derecho Interno un elemento de

incidencia en los conflictos que se suscitan entre tribunales ordinarios y tribunales militares, que reclaman cada uno para sí competencia en el conocimiento de casos que versan sobre la investigación de violaciones de los derechos humanos.

Enfocados en la parte sustantiva del asunto, apreciamos que la CSJNA citó como base de su decisión la sentencia Barrios Altos de 14 de marzo de 2001<sup>100</sup>, dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que consideró inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendieran impedir la investigación y sanción de los responsables de violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas.

De la misma manera, trajo a colación la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura, ratificada por la Argentina en el año de 1986 -vigente al momento de expedición del indulto cuestionado-, para señalar que el Comité contra la Tortura también se había pronunciado contra medidas de impunidad que buscaban eludir la obligación de sancionar a las personas responsables de la comisión de ese delito, para concluir que a partir de los tratados internacionales de derechos humanos y la jurisprudencia de sus organismos interpretativos se colige el derecho a la verdad.

Así mismo, en esta sentencia, la CSJNA se pronunció respecto de la preeminencia de los tratados sobre las leyes, pues estimó que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos constituía una pauta de interpretación insoslayable para los poderes constituidos argentinos e invocó expresamente la

---

<sup>100</sup> Corte IDH. Caso Barrios Altos Vs. Perú. Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2001. Serie C No. 87.

obligación del Control Nacional de Convencionalidad establecida por la Corte Interamericana en la sentencia Almonacid Arellano (2006 <sup>101</sup>).

En suma, el Control Nacional de Convencionalidad que **invalida** la norma nacional con efectos generales se caracteriza porque: 1) se tiene como referente una disposición internacional, bien puede ser la norma de un tratado, una norma de *soft law* de tipo internacional o una subregla jurisprudencial proveniente de un órgano internacional; 2) hay una norma nacional cuyo contenido resulta contradictorio frente a la disposición internacional; y 3) se produce un efecto de invalidez general de la norma nacional, que consiste en la expulsión total y definitiva del sistema jurídico doméstico.

### **3.3. El Control Nacional de Convencionalidad que inaplica la norma nacional**

Esta modalidad guarda similitudes con la anterior, en la medida en que implica el desplazamiento de una norma nacional para aplicar, en su lugar, una norma internacional. La diferencia radica en que la situación que ahora pasaremos a analizar supone una salida temporal de la norma del orden jurídico, que se limita al caso concreto. Mientras que la estudiada en el acápite anterior consiste en una expulsión definitiva de la norma nacional, la cual no integrará en lo sucesivo el derecho aplicable.

La salida temporal de la norma nacional para dar paso a una internacional, también conocida como “inaplicación”, puede ocurrir bajo una cualquiera de tres modalidades: 1) con motivo de un procedimiento judicial, sea este penal, civil, contencioso administrativo, etc.; 2) en el marco de una acción o recurso judicial de amparo o tutela de los Derechos Fundamentales; o bien, 3) por un recurso de inconstitucionalidad con efectos particulares, es decir, cuando el sistema jurídico

---

<sup>101</sup> Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154.

respectivo sólo permite la inaplicación de la norma al caso concreto, pues dicho juicio de inconstitucionalidad no genera efectos generales.

Podemos citar como ejemplos de lo primero, a la sentencia dictada por la Corte Suprema de Chile, Sala Penal, mediante la cual se inaplicó la norma sobre prescripción del Código de Procedimiento Penal de ese país, con fundamento en los Convenios de Ginebra de 1949 y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

El segundo tipo de situaciones, es decir, cuando el desplazamiento de la norma nacional ocurre en el marco de un juicio de Derechos Fundamentales, se ilustrará con una sentencia de la Corte Constitucional de Colombia en la cual se inaplicó la Ley de Servicios Públicos Domiciliarios para impedir la ejecución civil de los habitantes de un barrio, usuarios del servicio de acueducto y alcantarillado.

El tercer caso o modalidad, esto es, cuando el recurso de constitucionalidad no produce efectos generales sino de inaplicación de la norma para el caso concreto, será ilustrado con la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del Uruguay, mediante la cual se exceptuó, para un caso particular, la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado.

Pasemos, entonces, al desarrollo de las modalidades de inaplicación comentadas

### **3.3.1. Inaplicación en un proceso judicial ordinario**



Mediante providencia que hizo lugar a un recurso de casación penal, la Corte Suprema de Chile <sup>102</sup> inaplicó los artículos 93, numeral 6, y 94 del Código Penal en relación con el artículo 433, numeral 7, del Código de Procedimiento Penal, que consagran la figura de la prescripción de la acción penal y que hacían, por consiguiente, jurídicamente imposible continuar con el juzgamiento de los presuntos responsables.

Cabe señalar que la decisión revocada por la sentencia de la Corte Suprema de Chile reconoció a los procesados la prescripción de la acción penal debido a que habían transcurrido más de quince (15) años entre la fecha de consumación del hecho (23 de diciembre de 1973) y la de procesamiento de los sindicados (28 de enero de 2002), en el caso relativo a la muerte de dos integrantes del Movimiento de Izquierda Revolucionaria por parte de integrantes del Cuerpo de Carabineros, organismo de seguridad del Estado chileno.

La Corte Suprema de Chile tuvo como fundamento de su decisión la circunstancia de que para la época de los hechos (23 de diciembre de 1973) se encontraban vigentes los decretos Nos. 3 de 12 de septiembre de 1973 y 5 de 18 de septiembre de 1973 según los cuales el artículo 418 del Código de Justicia Militar debía ser interpretado en el sentido de que el Estado de Sitio impuesto por la conmoción interna equivalía a estado o tiempo de guerra, para los efectos de la aplicación de la penalidad.

En este orden de ideas, la Corte Suprema de Chile consideró aplicables al juzgamiento sobre de la muerte de los dos miembros del Movimiento de Izquierda Revolucionaria los instrumentos del Derecho Internacional Humanitario, en concreto, los Convenios de Ginebra de 1949, en su artículo 3 Común, procedente para situaciones de conflictos armados no internacionales. Los convenios de que

---

<sup>102</sup> Decisión de 13 de diciembre de 2006; rol No.559-2004.

se trata habían sido ratificados por el Estado chileno y publicados en el Diario Oficial los días 17, 18, 19 y 20 de abril de 1951 <sup>103</sup>.

Al anterior razonamiento agregó la Corte Suprema de Chile que los crímenes de guerra no podían ser objeto de Prescripción de la Acción Penal conforme a la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad. Si bien Chile no había ratificado dicha convención para la época en que se dictó la sentencia, consideró el alto tribunal de la Justicia de ese país que *“nada obstaría al reconocimiento de una norma de derecho consuetudinario y de sello similar que sí pueda vincular al estado (...)”*.

A dicha conclusión llegó la Corte Suprema de Chile por considerar que la mencionada Convención sobre la Imprescriptibilidad obligaba al Estado de ese país, pues no hacía cosa distinta que afirmar, mediante su positivización, una norma que ya operaba como regla de Derecho Consuetudinario Internacional. En consecuencia, resultaba por tanto obligatoria para el Estado chileno, en tanto fuente del Derecho Internacional. Así las cosas, si bien razonó que la Convención sobre Imprescriptibilidad no era aplicable como norma convencional sí lo era como norma consuetudinaria.

Del mismo modo, señaló que la Corte Interamericana había tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad en numerosas sentencias como las recaídas en los casos Velásquez Rodríguez (1988 <sup>104</sup>), Godínez Cruz (1989 <sup>105</sup>), Blake (1988 <sup>106</sup>) y muy

---

<sup>103</sup> Según la sentencia que se cita, la muerte ocurrió mediante ametrallamiento, mientras los dos militantes del MIR se encontraban dentro de una casa en torno a una mesa ubicada en la cocina de la vivienda. De otro lado, hay que señalar que el MIR desarrolló acciones armadas en contra de las fuerzas de seguridad del Estado chileno, es decir, correspondería a la clase de grupo que desarrolla una “guerra de guerrillas.”

<sup>104</sup> Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4.

<sup>105</sup> Corte IDH. Caso Godínez Cruz Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 20 de enero de 1989. Serie C No. 5.

<sup>106</sup> Corte IDH. Caso Blake Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 24 de enero de 1998. Serie C No. 36.

especialmente Almonacid Arellano (2006 <sup>107</sup>). Especialmente en relación con la última de las mencionadas, puso de presente la corte chilena, que la penalización de los crímenes de lesa humanidad era obligatoria conforme al Derecho Internacional General.

Puntualizó, igualmente, que la mencionada Corte Interamericana en el caso Barrios Altos (2001 <sup>108</sup>) había dicho que son inadmisibles las disposiciones de prescripción que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos. Ratificando lo dicho por la Corte Interamericana en las sentencias aludidas, señaló la Corte chilena que la exoneración de responsabilidad en tal caso contravenía la Convención Americana sobre Derechos Humanos en sus artículos 1.1. y 2, que imponen como obligación de los estados parte las de garantía y respeto de los derechos y la de adoptar disposiciones de Derecho Interno que sean compatibles con dicho tratado internacional, pues con la aplicación de la prescripción de la acción penal se estaba faltando por el Estado chileno a su deber de investigar y sancionar los delitos mencionados.

Tal como se aprecia, la sentencia de la Corte Suprema de Chile que se comenta cumple con los elementos descritos para el Control Nacional de Convencionalidad de **inaplicación** de la norma del Derecho Interno, en la medida en que incorpora dentro del elenco normativo que sirve de base a la decisión varios tratados internacionales, en especial los Convenios de Ginebra de 1949 sobre Derecho Internacional Humanitario, y como efecto de ello se dejan de aplicar las normas del derecho nacional, a saber, el conjunto de disposiciones de los códigos penal y procesal penal sobre prescripción de la acción penal, sólo para el caso. Y como en toda inaplicación, las normas internas -penal y procesal penal- mantuvieron su validez en el orden jurídico chileno.

---

<sup>107</sup> Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154.

<sup>108</sup> Corte IDH. Caso Barrios Altos Vs. Perú. Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2001. Serie C No. 87.

### 3.3.2. Inaplicación en un proceso judicial de protección de Derechos Fundamentales

Ilustra la segunda modalidad de inaplicación de la norma nacional, la sentencia de tutela T-740 de 2011 de la Corte Constitucional de Colombia (CCC) <sup>109</sup> mediante la cual se inaplicó una norma de la Ley de Servicios Públicos Domiciliarios <sup>110</sup>. La Corte Constitucional consideró que una deuda por el servicio de agua potable era civilmente inejecutable debido a la precaria situación socio económica de los recurrentes <sup>111</sup>.

El razonamiento de la CCC se apoyó principalmente en la Observación General No. 15 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales <sup>112</sup>, órgano de interpretación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Dice la Observación que se comenta, que si bien el derecho al agua no está expresamente consagrado en dicho Pacto sí se encuentra en forma implícita

---

<sup>109</sup> Sentencia de 3 de octubre de 2011, expediente T-2.438.462.

<sup>110</sup> Nota. Cabe señalar que si bien no es expresa la inaplicación en la parte resolutive de la sentencia, en la parte motiva se dice: "(...) esta Sala de Revisión, entrará a esclarecer las condiciones personales de los afectados con la suspensión del servicio de acueducto efectuado por parte de la Junta Administradora del Acueducto Veredal Juan XXIII, con el objetivo de determinar si estos son sujetos de especial protección y si se encuentran bajo los supuestos establecidos por esta Corporación en la sentencia C-150 de 2003 para inaplicar el artículo 18 de la ley 689 de 2001 que modificó el artículo 130 de la ley 142 de 1994.". Y según puede verse en la sentencia de tutela es justamente **inaplicar** la norma en mención dado que se concede el amparo porque la comunidad afectada se encontraba en los supuestos de la sentencia C-150 de 2003.

<sup>111</sup> Creemos que el enfoque del que se sirve la CCC está relacionado con el de las Necesidades humanas. Ribotta (2010, pp. 280 y 285) quien ha reflexionado sobre el particular, entiende sobre el particular que son necesidades humanas básicas aquellas que presentan un carácter objetivable, universalizable, insoslayable e imprescindible. En efecto, dentro de estas la autora refiere la existencia de unas necesidades absolutas o estrictamente humanas que son las ligadas a la estricta subsistencia y supervivencia de los seres humanos. Si bien los satisfactores están siempre situados de manera histórica y cultural –sostiene la autora citada-, hay dos que tienen una vinculación en las que se confunde la necesidad con el satisfactor. Son el agua y el aire no contaminados y accesibles en términos reales y situados para el ser humano en cuestión, y precisa: "Agua y aire, por lo tanto, que sean accesibles en términos de disponibilidad real de las personas en calidad y cantidad y bajo un régimen que asegure el cuidado equilibrado de los mismos como recursos naturales finitos y el disfrute igualitario para todos los seres humanos y las necesidades futuras."

<sup>112</sup> Puede ser consultada en: <http://repositoriocdpd.net:8080/handle/123456789/794>. Recuperado el 17.01.17

en los derechos a una vida en condiciones adecuadas y a la salud (artículos 11 y 12, respectivamente, del citado Pacto).

Contribuyó en la misma línea de análisis la citación que hizo la CCC de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el caso Yakye Axa (2005 <sup>113</sup>) en la cual sostuvo que el Estado debía suministrar de manera inmediata y periódica agua potable suficiente para el consumo y aseo personal de los miembros de la comunidad. Igualmente, adujo la sentencia Sawhoyamaxa (2006 <sup>114</sup>), del mismo tribunal de Derechos Humanos, que condenó al Estado demandado por quebrantamiento del derecho a la vida en condiciones dignas (artículo 4.1 del Pacto de San José), debido a las limitaciones probadas a lo largo del proceso en el acceso y uso del agua potable.

Si bien la sentencia colombiana sirve para ilustrar la presente tipología, en la medida en que constituye un caso de inaplicación de la norma nacional, también supone un evento que puede ser caracterizado como de Control Nacional de Convencionalidad en sentido **intermedio**, porque las normas internacionales de que se trata concurren con otras del nivel doméstico para facilitar la producción de la decisión judicial. En efecto, la CCC había declarado en fecha anterior a la de la sentencia de tutela que se estudia, la constitucionalidad condicionada de la Ley de Servicios Públicos Domiciliarios <sup>115</sup>, en el entendido de que las empresas prestadoras del servicio de acueducto debían abstenerse de suspender el servicio cuando ello afectara “*gravemente las condiciones de vida de toda una comunidad.*” <sup>116</sup>.

---

<sup>113</sup> Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125.

<sup>114</sup> Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146.

<sup>115</sup> Sentencia C-150 del 25 de febrero de 2003, expediente D-4194 de la Corte Constitucional de Colombia, comentada en el pie de página anterior

<sup>116</sup> Este conjunto de planteamientos de la CCC se encuentra en sintonía con lo expresado por el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en la Resolución 21/11 “Los Principios rectores sobre la extrema pobreza y los Derechos Humanos”, en particular con el párrafo 78. a) en el que se indica que los Estados deben velar porque las personas que viven en la pobreza tengan acceso por lo menos a la cantidad esencial mínima de agua, que sea suficiente y apta para el uso personal y doméstico (incluida el agua para beber, para el saneamiento personal, para la colada,

Por lo tanto, si bien la propia Ley de Servicios Públicos Domiciliarios suministró elementos suficientes para resolver el recurso de amparo, las normas de los tratados internacionales contribuyeron a brindar argumentos sobre la razonabilidad de la medida en un marco legal complejo cuya controversia enfrentaba los derechos de los usuarios frente a la sostenibilidad financiera de las empresas de Servicios Públicos Domiciliarios.

### **3.3.3. Inaplicación en un proceso judicial de constitucionalidad**

Nos sirve para presentar esta modalidad de inaplicación la sentencia de 19 de octubre de 2009 dictada por la Suprema Corte de Justicia del Uruguay <sup>117</sup>, relativa a la desaparición y muerte de la señora Nibia Sabalsagaray, en la cual se resolvió declarar inaplicables para el caso los artículos 1, 3 y 4 de la Ley No. 15.848, denominada Ley de Caducidad sobre la Pretensión Punitiva del Estado.

La mencionada Ley estableció un procedimiento expedito para declarar la caducidad de la pretensión punitiva del Estado respecto de los delitos cometidos hasta el 1 de marzo de 1985 por funcionarios estatales “y asimilados” *“por móviles políticos o en ocasión del cumplimiento de sus funciones (con) ocasión de acciones ordenadas por los mandos que actuaron durante el período de facto.”*, siempre que tales delitos fuesen calificados por el Poder Ejecutivo como cobijados bajo dicha ley <sup>118</sup>.

---

para la preparación de alimentos y para la higiene personal y doméstica), y a un saneamiento que tenga en cuenta las necesidades de ambos sexos y sea seguro, físicamente accesible y económicamente asequible.

<sup>117</sup> Sentencia No. 365 del 19 de octubre de 2009, expediente No.97-397/2004.

<sup>118</sup> Ley 15.848. “Artículo 1. Reconócese que, como consecuencia de la lógica de los hechos originados por el acuerdo celebrado entre partidos políticos y las Fuerzas Armadas en agosto de 1984 y a efecto de concluir la transición hacia la plena vigencia del orden constitucional, ha caducado el ejercicio de la pretensión punitiva del Estado respecto de los delitos cometidos hasta el 1 de marzo de 1985 por funcionarios militares y policiales, equiparados y asimilados por móviles políticos o en ocasión del cumplimiento de sus funciones y en ocasión de acciones ordenadas por los mandos que actuaron durante el período de facto.

(...)

Artículo 3. A los efectos previstos en los artículos anteriores, el Juez interviniente en las denuncias correspondientes, requerirá al Poder Ejecutivo que informe, dentro del plazo perentorio de treinta

Debido a una particularidad del ordenamiento jurídico del Uruguay, la declaratoria de inconstitucionalidad –sea por vía de acción o de excepción– sólo produce efectos para el caso concreto, según el artículo 259 de la Constitución <sup>119</sup>. Esto ocurre a diferencia del caso chileno, expuesto líneas más arriba, en el que la inaplicación de una norma nacional no se hizo en cumplimiento de un juicio de constitucionalidad, sino que ello ocurrió en el marco de un procedimiento penal que, por su trascendencia, llegó a la más alta instancia de la justicia de ese país; y sólo tuvo alcances para el caso.

Pasemos a ver los fundamentos que tuvo la Suprema Corte de Justicia del Uruguay (SCJU) para inaplicar la ley 15.848. En esta decisión, la SCJU acudió a dos clases de referentes normativos; de un lado, los de tipo constitucional, enfocados en la violación del principio de separación de poderes, que suponía la vigencia de la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado; y, de otro, los previstos en los tratados internacionales de Derechos Humanos.

Sobre el primer aspecto puntualizó que ningún acuerdo político ni la lógica subsiguiente de los hechos contaba con respaldo constitucional para desconocer

---

días de recibida la comunicación, si el hecho investigado lo considera comprendido o no en el artículo 1 de la presente ley.

Si el Poder Ejecutivo así lo comunicare, el Juez dispondrá la clausura y el archivo de los antecedentes. Si en cambio, no contestare o informa que no se halla comprendido dispondrá continuar la indagatoria.

(...).”.

<sup>119</sup> “Artículo 256. Las leyes podrán ser declaradas inconstitucionales por razón de forma o de contenido., de acuerdo con lo que se establece en los artículos siguientes.

Artículo 257. A la Suprema Corte de Justicia le compete el conocimiento y la resolución originaria y exclusiva en la materia; y deberá pronunciarse con los requisitos de las sentencias definitivas.

Artículo 258. La declaración de inconstitucionalidad de una ley y la inaplicabilidad de las disposiciones afectadas por aquélla, podrán solicitarse por todo aquél que se considere lesionado en su interés directo, personal y legítimo: 1) Por vía de acción que deberá entablar ante la Suprema Corte de Justicia. 2) Por vía de excepción, que podrá oponer en cualquier procedimiento judicial. El Juez o el Tribunal que entendiere en cualquier procedimiento judicial, o el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, en su caso, también podrá solicitar de oficio la declaración de inconstitucionalidad de una ley y su inaplicabilidad, antes de dictar resolución. En este caso y en el previsto por el numeral 2), se suspenderán los procedimientos, elevándose las actuaciones a la Suprema Corte de Justicia.

Artículo 259. El fallo de la Suprema Corte de Justicia se referirá exclusivamente al caso concreto y sólo tendrá efecto en los procedimientos en que se haya pronunciado.”.

los artículos 4 y 82 de la Constitución como principio fundamental de la organización democrática <sup>120</sup>, por considerar que declarar la caducidad de las acciones penales excedía las facultades de los legisladores e invadía el ámbito de una función constitucionalmente asignada a los jueces; en consecuencia, el Legislador no podía atribuirse la facultad de resolver que había operado la caducidad de las acciones penales respecto de ciertos delitos.

Frente a la circunstancia de que la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado fue objeto de referéndum derogatorio en el año de 1989, que no prosperó contra dicha ley y que, por lo tanto, mantuvo su validez, trajo como argumento la tesis de que materias como los Derechos Fundamentales no podían estar sujetas al criterio de las mayorías, para cuyos efectos citó autores como Ferrajoli, Garzón Valdés y Bobbio, en tanto se trata de asuntos que pertenecen a la esfera de lo que no se puede decidir y por ello están sustraídos a la decisión política <sup>121</sup>.

---

<sup>120</sup> “Artículo 4. La soberanía en toda su plenitud existe radicalmente en la Nación, a la que compete el derecho exclusivo de establecer sus leyes, del modo que más adelante se expresará. Artículo 82. La Nación adopta para su Gobierno la forma democrática republicana. Su soberanía será ejercida directamente por el Cuerpo Electoral en los casos de elección, iniciativa y referéndum, e indirectamente por los Poderes representativos que establece esta Constitución; todo conforme a las reglas expresadas en la misma.”

<sup>121</sup> González (2013, p. 319) presenta una reflexión de interés sobre este punto, a propósito de las consultas ciudadanas a las que ha sido sometida por parte de gobiernos democráticos la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado del Uruguay. Sostiene el autor referido que desde una perspectiva amplia, un gobierno democrático no posee mejores títulos que uno dictatorial para dejar impunes graves violaciones a los derechos humanos, independientemente de que medie o no una consulta directa a los ciudadanos. La diferencia clave –afirma el autor– entre un gobierno democrático y uno dictatorial radica en otros aspectos, ya que mientras una dictadura es estructuralmente incompatible con los derechos humanos elementales, un gobierno democrático proporciona las bases para su respeto. Esta consideración –observamos de nuestra parte– mantiene su validez en el caso de las amnistías generales, pues como lo señala el mismo autor (p. 316) parece improcedente acudir en estos casos al balanceo de bienes jurídicos en aplicación del artículo 32.2 del Pacto de San José con el fin de explorar vías de limitación de los derechos de las víctimas, pues la generalidad de tales medidas de amnistía implican una afectación masiva y ocurren merced a presiones antidemocráticas de los perpetradores que producen distorsiones en el momento en el que se sientan las bases de un nuevo régimen democrático. Estimamos que como complemento a estas consideraciones, resulta pertinente el voto concurrente del juez García Sayán, al cual adhirieron cuatro jueces más, en el caso El Mozote, sentencia de 25 de octubre de 2012, ya que en esta opinión parte de la CrIDH se pronunció en el sentido de considerar aceptable el balanceo de derechos para un “juicio de ponderación en contextos en los que pudieran surgir tensiones entre las demandas de justicia con los requerimientos de una paz negociada en el marco de un conflicto armado no internacional”. Dicha ponderación, según el voto mencionado, incluye contemplar la aplicación de penas alternativas o la suspensión de penas de acuerdo con: 1) el grado de responsabilidad de los perpetradores, 2) el reconocimiento de responsabilidad por parte de estos, y 3) el aporte de información sobre lo ocurrido. La importancia del voto referido reside en



Cerró sus reflexiones sobre este aspecto señalando que la Ley de Caducidad condicionaba la actividad jurisdiccional a una decisión del Poder Ejecutivo, con eficacia absoluta, lo cual afectaba ostensiblemente las facultades de los jueces para establecer quiénes son o no responsables de la comisión de delitos comunes, tópico que es función del juez ordinario.

Como consecuencia de lo anterior, indicó que se le había otorgado a otro Poder del Estado una facultad que desplazaba la originaria del Poder Judicial, a través de la cual se decidió, con carácter vinculante, si el Juez de la causa podía o no continuar con las investigaciones en un expediente donde se había comprobado la existencia de un hecho con apariencia delictiva.

De otro lado, puso de presente que las normas impugnadas conculcaban lo dispuesto en los tratados internacionales de derechos humanos, para lo cual se refirió como punto de partida al artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, norma que dispone que un Estado Parte no podrá invocar las normas de su Derecho Interno como justificación del incumplimiento de un tratado.

Este argumento fue complementado con una alusión al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratificado por el Uruguay en 1969; a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ratificada por el Uruguay mediante ley de

---

el número de jueces que lo suscriben y en la circunstancia de que muestra una adaptación de la jurisprudencia interamericana a casos en los cuales se pretende asegurar los derechos de las víctimas en situaciones como las mencionadas. Tal parece que en dichas circunstancias la posición adoptada en casos emblemáticos como Barrios Altos (2001) o Almonacid Arellano (2006) cambia hacia la posibilidad de reconocer un balanceo de derechos, pero ello en el marco de circunstancias jurídicas distintas. Quizá la figura que más pueda acercarse a esta nueva perspectiva de la CrIDH corresponde a la fórmula de justicia y de reparación acordada para las víctimas por el Gobierno de Colombia y la guerrilla de las Farc. Esto, debido a las características del conflicto que precedió a la negociación y a la ponderación que se hizo en los acuerdos para el establecimiento de la Justicia Especial para la Paz, jurisdicción encargada de procesar a los responsables de crímenes de derecho internacional. Sobre el particular puede verse la regulación de la materia a partir de la página 127 de los Acuerdos de Paz (11 de noviembre de 2016) recuperado el 24.01.17 en <http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/procesos-y-conversaciones/Documentos%20compartidos/24-11-2016NuevoAcuerdoFinal.pdf>.

1985; y a la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, ratificada en el mismo año.

Agregó a lo anterior, que la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado había sido objeto de cuestionamientos por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en sus informes anuales sobre Uruguay y por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la opinión consultiva solicitada en 1993.

Recordó, igualmente, algunos fallos de este último tribunal en los cuales se declararon nulas leyes que impedían el castigo de los responsables de violaciones graves y que establecieron el deber de los jueces nacionales de velar por la aplicación de las normas internacionales frente a leyes contrarias al objeto y fin de tales tratados, tales como Barrios Altos (2001 <sup>122</sup>), Almonacid Arellano (2006 <sup>123</sup>) y La Cantuta (2006 <sup>124</sup>).

La sentencia de la Suprema Corte de Justicia del Uruguay muestra cómo el juicio de constitucionalidad en cuyo marco se produce el Control Nacional de Convencionalidad cumple un doble propósito. De una parte, desplaza la aplicación de la norma nacional para el caso –en este evento la Ley de Caducidad-; y, de otro, llama la atención en el sentido de que dicho Control Nacional de Convencionalidad ocurre merced a la convergencia de la norma del Derecho Interno –en este caso la relativa al principio de separación de poderes- y la norma internacional que proscribe la existencia y aplicación de normas que impidan la investigación y sanción de los responsables de crímenes contra la Humanidad.

---

<sup>122</sup> Corte IDH. Caso Barrios Altos Vs. Perú. Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2001. Serie C No. 87.

<sup>123</sup> Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154.

<sup>124</sup> Corte IDH. Caso La Cantuta Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162.

De esta forma, el juicio que conduce a la inaplicación de la norma nacional no se produce por un reforzamiento mutuo entre la norma del Derecho Interno y la norma internacional; sino porque ambas convergen para resolver, pero cada por su cuenta, problemas jurídicos específicos. Veamos. El principio sobre la separación de poderes, propio del Derecho Interno, resolvió la cuestión relacionada con la intromisión de los poderes Legislativo y Ejecutivo en una materia privativa del Poder Judicial; y la prohibición que hay en el derecho internacional sobre la expedición de normas de amnistía y asimilables se hizo cargo del impedimento que representa la Ley de Caducidad para el procesamiento de los responsables de delitos contra la Humanidad.

Podemos afirmar, en consecuencia, que el Control Nacional de Convencionalidad de inaplicación de la norma del Derecho Interno se muestra versátil en tanto puede obedecer a las distintas formas o estructuras que regulan los sistemas jurídicos nacionales, pues en algunas se presenta bien como efecto de un proceso judicial ordinario, de un juicio de protección de Derechos Fundamentales o de un juicio de constitucionalidad con efectos particulares.

Del mismo modo, esta modalidad de Inaplicación ofrece cierta facilidad para la puesta en marcha del Control Nacional de Convencionalidad, en la medida en que la decisión judicial no enfrenta los costos derivados de invalidar con efectos generales la norma nacional, expedida de ordinario por el Legislativo o por el Ejecutivo en funciones de Legislador.

#### **3.4. El Control Nacional de Convencionalidad condicionante de la norma nacional**

En las clasificaciones precedentes vimos la ocurrencia de dos fenómenos que tienen en común la salida –temporal o definitiva- de la norma nacional del sistema jurídico, con motivo de la aplicación de una norma internacional en el marco del CNC. Nos referimos en precedencia al Control Nacional de Convencionalidad que invalida con efectos generales (efectos *erga omnes*) la norma nacional; y al que inaplica la norma nacional (concediendo efectos particulares o para el caso concreto).

Ahora nos ocuparemos de un fenómeno particular -derivado de la actuación de los tribunales constitucionales o supremos con función de constitucionalidad- que consiste en que la norma nacional se mantiene en el orden jurídico nacional, pero siempre y cuando esta se aplique en determinados sentidos de interpretación, con exclusión de otros.

La justificación para ello es un principio de deferencia con el Legislador por el cual debe mantenerse, en lo posible, la validez de la norma. Así las cosas, en el juicio respectivo el tribunal nacional (generalmente el tribunal constitucional o el tribunal supremo) examina las hipótesis en las cuales la aplicación de la norma excedería los límites establecidos por el tratado internacional, condicionando su validez de esa forma.

La sentencia resuelta por el Tribunal Constitucional del Perú, ya comentada al referirnos al Control Nacional de Convencionalidad en sentido estricto, es un paradigma de este tipo de sentencias dado que se mantuvo la validez del decreto sobre predios rurales, con la condición de que el mismo no se aplicara a las comunidades étnicas, debido a que estas no habían sido consultadas según el procedimiento de consulta previa contemplado en el Convenio 169 de la OIT.

También veremos sobre el particular la sentencia del Supremo Tribunal Federal de Brasil (STFB) <sup>125</sup> mediante la cual se declaró ajustado a la Constitución Federal el artículo 287 del Código Penal de ese país, que consagra el crimen de Apología del Delito. Dijo el STFB que la norma podía ser considerada como constitucional siempre que excluyera cualquier interpretación en el sentido de considerar como apología del delito la defensa sobre la legalización de las drogas, inclusive a través de manifestaciones y eventos públicos. Para tales efectos, tuvo como fundamento el artículo 13.5 del Pacto de San José.

Razonó el STFB diciendo que como dicha norma internacional sólo excluía de la libertad de expresión hipótesis muy precisas dentro de las cuales no estaban las manifestaciones y eventos públicos en pro de la legalización de las drogas, sería contrario a la Convención Americana la criminalización de tales comportamientos.

Con tal fin, tuvo en cuenta informes de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en los que se criticó, fundamentada en tratados internacionales, las decisiones de algunos jueces brasileños de prohibir la realización de manifestaciones públicas contra la legislación antidrogas. Tales jueces sostuvieron que esas manifestaciones constituían apología del delito. En este sentido, resulta destacable que el STFB dio concreción a planteamientos que abogan por la aplicación de un test de proporcionalidad cuando se advierten tensiones entre el derecho a la libertad de expresión y la criminalización de determinados comportamientos (Rivera, 2006, p. 961).

De este modo, se ha sostenido la pertinencia de efectuar un juicio de proporcionalidad entre la medida adoptada y los fines perseguidos, uno de cuyos elementos a considerar es el de evaluar el efecto disuasivo (“*chilling effect*”) que la norma puede tener sobre las actividades expresivas de los ciudadanos

---

<sup>125</sup> Sentencia de 15 de junio de 2011, expediente No. 187/DF, Voto O Senhor Ministro Celso de Mello, Relator.

respetuosos de las leyes. Desde este punto de vista, son particularmente peligrosas las normas excesivamente vagas que impiden conocer qué clase de expresiones pueden ser sancionadas penalmente. Así mismo, que la capacidad de las personas de avalar los riesgos y hacer elecciones estando informadas es más importante para regular el uso de drogas que las leyes y políticas más humanas y eficientes <sup>126</sup>.

Según se deriva de la sentencia del STFB estos elementos se encuentran presentes como base de la decisión adoptada, pues el tribunal en mención expresamente cita el concepto de “*chilling effect*” como una consecuencia perniciosa que aniquila progresivamente el acto de la reflexión imponiendo comportamientos obsecuentes. El STFB vincula esta idea con el pensamiento del juez Oliver Wendell Holmes para quien la prohibición del disenso equivale a imponer un mandato de conformidad condicionando a la sociedad a la información oficial, es decir, una especie de mercado de las ideas institucionalmente limitado.

La modalidad que aquí se estudia sobre el condicionamiento de la validez de determinadas normas no es novedosa en el Derecho Constitucional contemporáneo. Sin embargo, resulta interesante que los tribunales constitucionales proyecten esta clase de técnicas en la perspectiva de abrir camino a la norma internacional de derechos humanos, manteniendo al propio tiempo la validez del derecho nacional.

La presente clasificación (a saber, el condicionamiento sobre la validez de la norma nacional) cierra un segundo conjunto de sentencias sobre el CNC que fueron analizadas haciendo hincapié en sus **efectos** sobre la validez de la norma

---

<sup>126</sup> Este planteamiento coincide –es nuestro criterio– con lo sostenido por Campoy (2004) cuando defiende que el elemento esencial para fundamentar la dignidad humana es el reconocimiento, respeto y protección del desarrollo de la vida conforme a lo que la persona considere que es lo más adecuado para la consecución de su idea de dignidad humana o, dicho de una manera más clara, lo que se trataría es de reconocer, respetar y proteger que la persona pueda desarrollar sus propios planes de vida. Lo que supone, necesariamente, que la persona pueda participar en la toma de todas aquellas decisiones públicas que vayan a afectar al desarrollo de sus planes de vida.

interna correspondiente. Así ocurrió en los casos ya expuestos: 1) cuando la norma nacional fue objeto de aprobación al cabo del Control Nacional de Convencionalidad; 2) cuando la norma nacional fue expulsada en forma definitiva del orden jurídico; 3) cuando la norma se inaplicó, pero sólo para el caso concreto; y 4) cuando la norma nacional quedó condicionada en su validez a determinados sentidos de interpretación.

Con las consideraciones precedentes, vamos a estudiar en los capítulos que siguen los **efectos** del Control Nacional de Convencionalidad, pero ahora con respecto a determinadas **decisiones judiciales nacionales** de tribunales de América Latina y no frente a normas internas. Esto es, examinaremos situaciones en las cuales unos jueces nacionales invalidan las decisiones adoptadas por otros, teniendo como marco del juicio el Control Nacional de Convencionalidad.

Para ello, estudiaremos tres situaciones en las que se presenta este fenómeno, a saber, cuando: 1) se inaplican líneas interpretativas nacionales (jurisprudencia), 2) se revocan decisiones judiciales puntuales, por resultar contrarias a las normas internacionales de Derechos Humanos, y 3) se revocan consideraciones probatorias realizadas por tribunales nacionales.

Pasaremos al estudio de los temas enunciados.

### **3.5. El Control Nacional de Convencionalidad que invalida una línea interpretativa de la jurisprudencia nacional**

La repercusión de esta modalidad de Control Nacional de Convencionalidad es significativa porque supone cuestionar una modalidad de interpretación del derecho nacional. Este tipo de actividad judicial generalmente es propia de la función que cumplen los tribunales constitucionales o los tribunales supremos, dado que a estos se atribuye la función de unificación de la jurisprudencia nacional respectiva y con ello de la interpretación de la norma doméstica. Sin

embargo, también se puede observar esta conducta en tribunales nacionales de inferior rango, que consideran que una línea de interpretación judicial puede ser inaplicada –aun cuando esta provenga del tribunal supremo o del tribunal constitucional- si la misma contraría una norma de Derecho Internacional.

Ilustra esta situación la sentencia de amparo dictada por el Juzgado Octavo del Distrito en Materia Administrativa del Distrito Federal de Ciudad de México <sup>127</sup>. El despacho judicial referido se apartó de la línea jurisprudencial fijada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México (SCJNM), Segunda Sala, según la cual no había lugar a recurrir la decisión de archivo de la queja disciplinaria presentada por una mujer en contra de su jefe por hostigamiento sexual.

La SCJNM consideró en su línea jurisprudencial que como el procedimiento disciplinario estaba orientado a la protección de la Función Pública más que a la reparación del daño que eventualmente se hubiere causado, los quejosos del hecho, posibles víctimas del mismo, carecían de legitimación para impugnar el archivo de la investigación administrativa disciplinaria.

Contrario a lo sostenido por la SCJNM, el Juzgado Administrativo encontró en los artículos 8 (Garantías Judiciales) y 25 (Protección Judicial) del Pacto de San José; así como 7.f de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer (Convención de Belém Do Pará); fundamento para inaplicar la tesis jurisprudencial del tribunal supremo de ese país.

Fue particularmente relevante para el Juzgado Administrativo la interpretación que con base en los artículos 8 y 25 del Pacto de San José efectuó la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Masacre de la Rochela (2007) cuando dijo que si bien las faltas disciplinarias remiten a la infracción de deberes funcionales y no a lesiones de derechos, de manera excepcional puede hablarse

---

<sup>127</sup> Sentencia de 24 de marzo de 2014, expediente de Amparo Indirecto: 1286/2013.



de víctimas de una falta disciplinaria cuando de esta surge de manera inescindible y directa una violación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Puntualizó la Corte Interamericana, en ese sentido, que las víctimas estaban legitimadas para intervenir en el proceso disciplinario para que en éste se esclarezca la verdad de lo ocurrido, es decir, para que se reconstruya con fidelidad la secuencia fáctica acaecida, y para que en ese específico ámbito de control esas faltas no quedaran en la impunidad, de manera que al cabo de una intensa actividad investigativa se hiciera Justicia Disciplinaria.

Esta violación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos también se vio reflejada -en el entendimiento del Juzgado Administrativo- en el quebrantamiento del artículo 7.f de la Convención de Belém Do Pará, que prevé como obligación de los Estados Partes la de establecer procedimientos legales, justos y eficaces para la mujer que ha sido sometida a violencia, que incluyan entre otras medidas el acceso efectivo a tales procedimientos, aspecto que se consideró vulnerado debido a que la víctima (la mujer afectada) no había podido cuestionar la decisión de archivo de la queja disciplinaria <sup>128</sup>.

No está demás señalar que si bien la decisión del Juzgado Administrativo consistió en inaplicar la tesis de la SCJNM -y con ello abrir la posibilidad para que la víctima pudiera impugnar el archivo de la queja disciplinaria-, tuvo cuidado en mantener las fronteras que ha fijado la jurisprudencia mexicana frente al Control Nacional de Convencionalidad. En efecto, sostuvo el Juzgado Administrativo que si bien se

---

<sup>128</sup> Sobre este particular, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2007, párr.33) ha puesto de presente que en los términos del artículo 7 de la Convención de Belém do Pará los Estados deben incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso; esto es, que dentro del repertorio de medidas que deben incluir los Estados para asegurar un debido cumplimiento de la Convención de Belém do Pará no se encuentran sólo las judiciales sino también las administrativas, término que comprende a las de tipo disciplinario, que tengan como propósito sancionar la violencia contra la mujer, de donde la imposibilidad legal de impugnar la decisión de archivo se mostraba como una disposición que impedía el cumplimiento de la convención por este aspecto.

apartaría de la línea jurisprudencial de la SCJNM, la posibilidad de cuestionar el archivo de la queja disciplinaria por parte de la víctima no implicaba desconocer que en caso de restricción constitucional expresa –lo que no ocurría en el caso particular- primaba esta (la constitución) sobre el tratado internacional respectivo. Esta es la tesis de la jurisprudencia mexicana para considerar aceptable la aplicación del CNC <sup>129</sup>.

Según puede verse, este es un evento en el que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como la aplicación de la norma internacional especializada (Convención de Belém do Pará), brindaron al juez doméstico una serie de elementos de respaldo a su decisión para inaplicar una línea jurisprudencial de la SCJNM.

Como podemos constatar, si bien los artículos 8 y 25 del Pacto de San José protegen a la persona humana en el plano de las Garantías Judiciales y de la Protección Judicial, dicho amparo puede tener dificultades al momento de ser implementado e interpretado en función del caso concreto en el derecho nacional, debido a su generalidad frente a los grupos vulnerables.

No obstante, la existencia de obligaciones jurídicas internacionales especiales (artículo 7.f Convención de Belém do Pará) frente a grupos que históricamente han sido objeto de desconocimiento en sus derechos, fue un factor que combinado con los clásicos derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial, permitió considerar -así fuera con un carácter excepcional- que las mujeres víctimas de hostigamiento sexual tienen derecho a recurrir determinadas decisiones, pese a que el derecho disciplinario no haya sido previsto para reparar a los afectados por una falta funcional del servicio.

---

<sup>129</sup> Sobre el particular puede verse la sentencia de Contradicción de Tesis 293/2011 (Expediente No. P./J. 20/2014 (10a)) de 30 de abril de 2014 de la SCJNM. Si bien es posterior a la decisión del Juzgado Administrativo, recoge en mejor forma la tesis sobre la “restricción constitucional expresa”.

Igualmente, el desarrollo del contenido de los derechos previsto en dichas normas, gracias a la reflexión jurisprudencial de la Corte Interamericana, permitió sostener que la Justicia Disciplinaria, bajo determinadas condiciones, se torna en una garantía de los derechos de las víctimas de violaciones de los Derechos Humanos, como se sostuvo en el citado caso de la Rochela (2007 <sup>130</sup>). También podemos señalar con respecto a esta decisión, que la misma puede ser calificada como de Control Nacional de Convencionalidad en sentido **estricto** porque en ella el papel de la norma y de la jurisprudencia internacionales fueron determinantes para la adopción del fallo.

Esto, por cuanto la norma nacional no aportaba la precisión que requería la solución del caso y la jurisprudencia nacional contravenía claramente lo pretendido por los tratados internacionales aplicables. Finalmente, como tuvimos oportunidad de indicarlo, la forma de Control Nacional de Convencionalidad que se estudia ofrece la posibilidad de apartarse de una línea jurisprudencial, lo cual resulta significativo en la definición del derecho nacional aplicable. Empero, no siempre en esto consiste la actividad judicial que invalida interpretaciones hechas por otros jueces.

En otras ocasiones -que en todo caso marcan un derrotero importante sobre la forma como puede utilizarse el CNC-, algunos jueces nacionales han invalidado decisiones adoptadas por otros, sin la pretensión de modificar una posición de la jurisprudencia, pero sí con el propósito de que la sentencia objeto de CNC salga del mundo jurídico por considerar inaceptable la interpretación allí prevista, frente a los tratados internacionales.

Se trata de la forma de Control Nacional de Convencionalidad que explicaremos a continuación.

---

<sup>130</sup> Corte IDH. Caso de la Masacre de La Rochela Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 163.

### **3.6. El Control Nacional de Convencionalidad que revoca una decisión judicial nacional**

Esta forma de aplicación de la norma internacional permite, al igual que la comentada en el acápite anterior, ejercer un control interno sobre las interpretaciones y las decisiones judiciales, de manera que las mismas no vayan a implicar un quebrantamiento del Pacto de San José y de otros tratados internacionales. Esto es destacable porque los jueces nacionales tienen en el Sistema Internacional de Protección de los Derechos Humanos la función de constituir el mecanismo principal y prioritario de protección de los derechos de las personas, de manera que uno de los objetivos centrales del CNC se endereza a evitar que el Poder Judicial infrinja las normas internacionales.

En suma, podemos hablar de una especie de “autocontrol” Nacional de Convencionalidad, donde los jueces se controlan así mismos o, mejor, los jueces son controlados por otros jueces con el propósito de asegurar el cumplimiento de la norma internacional, para cuyo propósito el recurso de alzada o de apelación cumple un importante papel. Aparece como un buen ejemplo de esta clase de decisiones, la providencia dictada por el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal (TASP) de San José de Costa Rica <sup>131</sup>.

Mediante esta providencia, el Tribunal de Apelación hizo lugar a la impugnación formulada contra la sentencia de primera instancia, que condenó a un ciudadano de ese país por el delito de Robo Agravado Consumado. El argumento del TASP fue que en lugar de imponer una pena privativa de libertad en penitenciaría, debió dictarse Prisión Domiciliaria con Seguimiento Electrónico.

---

<sup>131</sup> Sentencia del 26 de febrero de 2015, expediente: 09-010834-042-PE (7); Res: 2015-292.

Estimó el TASP que no se había reconocido en beneficio del condenado el Principio de Favorabilidad en materia penal, pese a que el monto de la pena impuesta, las condiciones objetivas del delito y las subjetivas del delinciente, lo hacían merecedor, en el marco de la Ley sobre Mecanismos Electrónicos de Seguimiento en Materia Penal, a la pena de Prisión Domiciliaria, en lugar del internamiento en penitenciaría, norma que desconoció el tribunal de primera instancia.

El TASP tuvo como fundamento de su decisión el artículo 12 del Código Penal de Costa Rica, que positivizó el Principio de Favorabilidad en Materia Penal; así como los artículos 9, in fine, del Pacto de San José y 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que con idéntica redacción señalan que **si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la implementación de una pena más leve, el delinciente se beneficiará de ello.**

Enfatizó el TASP que las dos disposiciones internacionales mencionadas, en precedencia, tienen rango superior a la Constitución Política, no sólo porque así lo ha aceptado la Sala Constitucional de ese país en varias decisiones –siempre que los tratados concedan mayor protección que la prevista en el derecho interno–, sino porque el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados refiere que un Estado no puede alegar su derecho interno para inaplicar un instrumento internacional.

De la misma manera, el TASP citó los casos Ricardo Canese (2004 <sup>132</sup>) y Vélez Loor (2010 <sup>133</sup>) en los cuales la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que el principio de favorabilidad penal debía interpretarse de buena fé, conforme al sentido corriente que ha de atribuirse a los términos del tratado, en el

---

<sup>132</sup> Corte IDH. Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111.

<sup>133</sup> Corte IDH. Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218.

contexto de éstos y teniendo en cuenta el objeto y fin de la Convención Americana.

Destacó la Corte Interamericana que el principio de favorabilidad en su dimensión de retroactividad de la ley penal más beneficiosa se aplicaba respecto de las leyes que se hubieren sancionado antes de la emisión de la sentencia, así como durante la ejecución de la misma, ya que el Pacto de San José no establecía límites sobre el particular. Tal aspecto resultaba relevante, pues la ley sobre prisión domiciliaria entró en vigencia pocos días después de expedida la sentencia de primera instancia, que condenó al procesado al cumplimiento de la pena privativa de la libertad en una penitenciaría.

La decisión del TASP de San José de Costa Rica muestra la forma en que el recurso de apelación o cualquier otra clase de medio procesal del derecho interno que consista en la impugnación de lo decidido por un juez doméstico, constituye un medio para hacer efectivo el Control Nacional de Convencionalidad. Lo anterior, permite destacar la misión que adquieren los tribunales de segunda instancia porque, en principio, son estos los que cierran la controversia en el plano nacional <sup>134</sup>. Por lo tanto, se confiere un lugar de importancia a los tribunales de alzada como instancias para el escrutinio juicioso sobre la forma como se debe moldear el derecho interno de los estados parte del Pacto de San José.

---

<sup>134</sup> Sobre este tópico O'Donnell (2004, p. 434) indica los elementos que debe tener el recurso de apelación a propósito de decisiones del Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos pues explica que si bien el artículo 14.5 del instrumento internacional mencionado no requiere un juicio *ex novo*, es necesaria una evaluación de las pruebas presentadas durante el juicio (en primera instancia) y de la forma en que se desarrolló el mismo. En el caso Lumley, el Comité determinó que una decisión en segunda instancia que otorga o deniega una audiencia no es incompatible con la garantía plasmada en el artículo 14.5 siempre que esa decisión se base en una revisión completa de la condena y de la sentencia, es decir, tanto por lo que respecta a las pruebas como por lo que se refiere a los fundamentos de derecho. Así mismo, trae la sentencia Castillo Petruzzi, dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la que este organismo precisó que el debido proceso abarca todas las etapas subsiguientes de apelación o revisión ante los tribunales superiores, porque es ante los mismos que determinados vicios se corrigen, los tribunales de apelación son, pues “celosos custodios de la majestad de la justicia” pues deben examinar no sólo el fundamento del recurso sino también constatar si se han observado las normas del debido proceso, incluso respecto a irregularidades no denunciadas.

De la misma manera, el caso analizado permite apreciar que en la sentencia de que se trata se aplicó un Control Nacional de Convencionalidad en sentido **amplio**, en la medida en que se produjo un reforzamiento entre la norma nacional pertinente y las normas internacionales, para resolver el caso. En efecto, pese a que el artículo 12 del Código Penal de Costa Rica hubiera sido suficiente para dictar sentencia, la incorporación de las convenciones internacionales y de la jurisprudencia de la Corte Interamericana a la estructura de argumentos, hizo que la decisión formara parte de una convicción generalizada en la comunidad jurídica internacional sobre el tema e inscribió la decisión judicial nacional en una directriz propia del derecho contemporáneo.

Nos ocuparemos ahora de una última clasificación sobre el Control Nacional de Convencionalidad. Se trata del impacto (Efecto) que tiene el CNC en relación con **temas probatorios** respecto de decisiones adoptadas en procesos judiciales tramitados en cortes de América Latina. La importancia de este asunto reside en que dos elementos resultan centrales en la conformación de las respuestas judiciales. De una parte, el material normativo aplicable. De otra, la calificación judicial sobre las circunstancias fácticas de la controversia.

A este segundo orden de cosas pertenecen las cuestiones relativas a los **estándares** de valoración de la prueba, que se convierten en cruciales porque de ellos depende buena parte de la decisión; así como las normas internacionales de las cuales emanan ciertos criterios para la estimar la **legalidad** de la prueba; aspectos a los que no han sido indiferentes las cortes latinoamericanas con motivo del Control Nacional de Convencionalidad, como veremos a continuación.

### **3.7. El Control Nacional de Convencionalidad relativo a temas probatorios.**

Se ha sostenido, con razón, que el CNC, tal como ha sido concebido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se encamina a examinar la compatibilidad de una norma del Derecho Interno frente al Pacto de San José y otros tratados.

Por ello, afirmar que la figura del Control Nacional de Convencionalidad también se presenta en relación con temas probatorios, requiere una explicación adicional que va más allá de la constatación empírica de que los jueces nacionales aplican baremos probatorios fijados por cortes internacionales.

La forma de abordar tal cuestión se desprende del Pacto de San José, artículo 2, por cuanto dicha norma exige que los Estados Parte se comprometen a adoptar las medidas legislativas **y de otro carácter** que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades de la Convención Americana. De esta manera, como las sentencias judiciales son una entre las varias medidas por medio de las cuales los Estados dan cumplimiento al Pacto de San José, y la Corte Interamericana ha sostenido que su jurisprudencia también es parámetro para el Control Nacional de Convencionalidad, las directrices jurisprudenciales que en materia probatoria ha elaborado la Corte Interamericana son, a su vez, un referente para el comportamiento de los jueces nacionales en este campo.

Como veremos más adelante, y en consonancia con lo señalado en precedencia, una serie de lineamientos sobre la prueba judicial que ha desarrollado la Corte Interamericana han llevado a que los jueces nacionales, en determinados casos, acudan a tales elaboraciones con el fin de valorar los medios de prueba recaudados. En este propósito, los jueces nacionales se han servido, en especial, de lineamientos interamericanos relativos al **estándar** de prueba requerido para la investigación de determinados delitos, así como de las **condiciones de legalidad** que deben concurrir para la práctica y recaudo de medios de prueba.

Sobre el primer tópico, esto es, el estándar de prueba exigido en los procesos penales que se adelantan por delitos como la Desaparición Forzada de Personas, el parámetro interamericano de prueba sobre el particular fue aplicado por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador (SCCSJES). Dicho tribunal, mediante providencia de Hábeas Corpus <sup>135</sup>, ordenó a la Fiscalía

---

<sup>135</sup> Sentencia de 10 de julio de 2015, expediente No. 323-2012 ac.



General de ese país que conforme a sus atribuciones investigara la Desaparición Forzada de un grupo de personas –varios de ellos menores de edad- por hechos acaecidos en el año de 1982 durante la guerra civil que afectó a esa nación.

Si bien en el ordenamiento de la sentencia la SCCSJES no señaló los parámetros probatorios que deberían tenerse en cuenta, quizá porque dicha aseveración podría atentar contra la autonomía del órgano investigador; lo cierto es que al conceder el amparo del Hábeas Corpus hizo propios los lineamientos de prueba que en materia de Desaparición Forzada de Personas ha definido la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Sostuvo la SCCSJES que como la desinformación era una característica de la Desaparición Forzada de Personas, eran evidentes las dificultades enfrentadas por los denunciantes al intentar recabar y presentar elementos de prueba directos. Ante tal circunstancia, agravada porque los crímenes fueron perpetrados en un contexto de conflicto armado interno, estimó procedente acoger el planteamiento de la Corte Interamericana sobre el tema.

En particular, mencionó las sentencias Velásquez Rodríguez (1988 <sup>136</sup>) y Radilla Pacheco (2009 <sup>137</sup>) de dicho tribunal interamericano, en las que se afirma que sin perjuicio del deber investigativo de obtener y valorar otras pruebas, las autoridades encargadas de la investigación deben prestar particular atención a la prueba circunstancial, los indicios y las presunciones, que resultan de especial importancia cuando se trata de la Desaparición Forzada de Personas, ya que esta forma de represión se caracteriza por procurar la supresión de todo elemento que permita comprobar lo ocurrido.

---

<sup>136</sup> Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4.

<sup>137</sup> Corte IDH. Caso Radilla Pacheco Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C No. 209.

Igualmente, expuso que por la flexibilidad probatoria que debía existir en los casos de Desaparición Forzada de Personas, dadas sus características de estar seguida de la ocultación y negativa de proporcionar datos sobre el paradero de las víctimas y la dificultad en la obtención de la prueba, estimó procedente la valoración de las declaraciones juradas, pues de ellas podían evidenciarse indicios de lo sucedido, aspectos que debían complementarse necesariamente con otros elementos de prueba.

En particular, la línea de decisión de la SCCSJES se inscribe en la tendencia del derecho penal internacional de ampliar los estándares de prueba tomando en cuenta la complejidad que implica la investigación de determinados delitos. Chirino (2014, p. 25) nos recuerda la figura del “intermediario” elaborada por la Corte Penal Internacional en el caso Lubanga. El intermediario es un sujeto procesal inédito en las investigaciones penales clásicas, pero que resultó necesario para lograr el esclarecimiento de crímenes de Derecho Internacional, dada las características de su perpetración <sup>138</sup>. Esto es, la tendencia apunta hacia una ampliación de los criterios tradicionales en materia probatoria, cuando se trata de la investigación de crímenes de derecho internacional.

De otro lado, el Consejo de Estado de Colombia <sup>139</sup> nos suministra un ejemplo acerca de cómo la labor judicial de reparación de los jueces administrativos puede proyectarse hacia la adopción de garantías de no repetición por parte de los poderes públicos, cuando estos desarrollan actividades investigativas que se alejan de los **estándares probatorios** interamericanos o de nuevos estándares desarrollados por otros sistemas de protección que resultan pertinentes para el caso.

---

<sup>138</sup> Según el texto de Chirino (2016, p. 26) el intermediario es una persona que por tener un contacto más fácil con la comunidad afectada puede obtener información y allegar testigos de manera más eficaz que la labor hecha por los investigadores de la CPI cuya parafernalia de traslado –escortados por cascos azules, extranjeros que hablan un idioma distinto al de las víctimas y testigos, etc.- son obstáculos difíciles de salvar para una indagación exitosa.

<sup>139</sup> Sentencia de la Sección III, Subsección “B” (Expediente No. interno 29033) (9 de octubre de 2014).

Se trata de la sentencia dictada el 9 de octubre de 2014 por dicho tribunal en la que dispuso exhortar a las direcciones de la Policía Nacional y de la Fiscalía General de Colombia con el fin de que adoptaran las medidas necesarias para garantizar que los casos de violencia contra la mujer sean tramitados e impulsados con la debida diligencia y acatamiento de los protocolos y lineamientos jurídicos nacionales e internacionales, y para que se adopten los correctivos necesarios en orden a evitar que sus funcionarios incurran en conductas discriminatorias o en prejuicios de género al adelantar las investigaciones y, especialmente, al interrogar a víctimas y testigos en casos de violencia contra la mujer.

El Consejo de Estado dispuso lo anterior, debido a que durante el desarrollo de las pesquisas policiales y judiciales del caso, los organismos referidos se negaron a recibir la denuncia por violencia sexual, hasta tanto no se practicaran a la afectada los exámenes ante el médico legista; y, por otro lado, formularon preguntas tendientes a provocar declaraciones sobre una presunta conducta licenciosa de la misma, que no guardaban ninguna relación con los hechos cometidos ni permitían determinar la responsabilidad de los perpetradores.

Es importante resaltar que para estos efectos el Consejo de Estado tuvo como base el informe de la CIDH sobre Acceso a la Justicia para las mujeres (Párr. 138) en el que el organismo interamericano reiteró la necesidad de considerar pruebas más allá de la constatación médica de lesiones físicas y la prueba testimonial para poder fundamentar casos de violencia contra las mujeres; e, igualmente, tuvo como sustento el caso M.C. Vs Bulgaria No.39272/98 sentencia de 4 de diciembre de 2003, párr. 159 y 166 en el que se sostuvo que cualquier enfoque limitado como requerir pruebas de resistencia física en todos los casos de violencia sexual podía llevar a que ciertos tipos de agresión no fuesen penados y se pusiera en peligro la protección eficaz de la autonomía sexual de los individuos.

Conforme a lo expuesto, se advierte que el Control Nacional de Convencionalidad tiene una incidencia valiosa en las directrices internas para la calificación de la prueba, pues bajo determinadas circunstancias flexibiliza los estándares aplicables, pese al rigor garantista propio del procedimiento penal; del mismo modo, incentiva el desarrollo de procedimientos probatorios que toman en cuenta las particularidades de determinadas víctimas para evitar nuevas afectaciones, fruto de la investigación, así como la reproducción de prejuicios acendrados en culturas institucionales.

En otra modalidad de pronunciamiento, relativa a las **condiciones de legalidad** que deben reunir la práctica y el recaudo de medios de prueba, se inscribe la sentencia de amparo dictada por el Juzgado Sexto de Distrito del Centro Auxiliar de la Segunda Región de Puebla, México <sup>140</sup>.

Los hechos del caso corresponden a una declaración que habría sido obtenida bajo tortura, según lo señaló el imputado del delito de Hurto, circunstancia que este denunció al momento de ser puesto a disposición de la autoridad judicial responsable para la ratificación de la declaración inicial.

El Juzgado Sexto de Distrito concedió el amparo solicitado y como consecuencia de ello decidió invalidar las pruebas obtenidas durante el tiempo en que el imputado estuvo privado de su libertad, en manos de agentes del Estado bajo la figura del Arraigo.

Para el efecto, el despacho judicial mencionado se fundamentó en los artículos 1 (Obligación de prevenir y sancionar la tortura) y 8 (Obligación de investigar la tortura) de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura; y 1.1. (Deber de Respeto y Garantía), 2 (Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno) y 5.1 y 5.2 (Derecho a la Integridad Personal) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

---

<sup>140</sup> Sentencia de 19 de junio de 2012, expediente Amparo 257/2011. Auxiliar 188/2012.

En este sentido, trajo como referente la sentencia Cabrera García (2010 <sup>141</sup>) dictada por la Corte Interamericana -que el Juzgado Sexto consideró como vinculante para sí- según la cual en los casos en que la persona alegue dentro del proceso que su declaración o confesión ha sido obtenida mediante coacción, la carga probatoria no puede caer en el denunciante, sino que el Estado debe demostrar que la confesión fue voluntaria.

Si bien la jurisprudencia de la Corte Interamericana no señala en forma directa que las pruebas obtenidas en tales circunstancias son inválidas, la inversión de la carga de la prueba sobre la legitimidad de la confesión –que sería el efecto de afirmar por parte del imputado que la declaración fue obtenida bajo tortura- repercutió en la decisión que tomó el Juzgado Sexto de invalidar la prueba así obtenida <sup>142</sup>.

Como puede verse, el Control Nacional de Convencionalidad, también en el campo probatorio, constituye una garantía de los derechos de quienes concurren ante los tribunales en busca de Justicia.

---

<sup>141</sup> Corte IDH. Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220.

<sup>142</sup> La materia que se aborda por el Juzgado Sexto corresponde a una de las cuestiones que mayor controversia genera hoy en el campo de los Derechos Humanos. Tiene que ver con la relativización de la prohibición absoluta de la tortura y, por ende, con la regla de la exclusión de la prueba obtenida por estos medios. Juárez (2012, p. 292) comenta la sentencia del caso Gafgen contra Alemania, fallado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos el 1 de junio de 2010 (demanda No. 22978/05), mediante el cual se declaró la violación del derecho a un trato humano debido a la confesión obtenida bajo amenaza del secuestrador y asesino de un niño de 11 años, pero se negó la condena por violación del derecho a un juicio justo (el victimario fue condenado por los tribunales alemanes) aduciendo que la sentencia se había dictado con base en otras evidencias (nota del secuestro, máquina de escribir empleada, vivienda donde permaneció la víctima antes de ser muerta, etc.) y en particular con una confesión posterior ante el tribunal interno, libre de apremio y a modo de solicitud de perdón a los familiares de la víctima. El punto más polémico de la decisión del TEDH, según el autor citado, es la afirmación según la cual sólo se considera que hay violación del derecho a un juicio justo si se demuestra que la prohibición de obtener confesión mediante tortura “tiene peso en el resultado del procedimiento en contra del imputado, es decir, es su condena.” Para el TEDH como hubo un quebrantamiento de la cadena causal presentada entre la amenaza de infligir dolor físico para que este confesara el lugar de cautiverio del menor y la condena, dado que las pruebas empleadas fueron distintas, no se violó el derecho a un juicio justo.

Esto, por cuanto permite un ajuste razonable de los estándares de la prueba indirecta cuando se trata de algunos tipos de violaciones de los Derechos Humanos, como la Desaparición Forzada; y, por otro lado, afianza, con el peso de la norma internacional, las garantías que deben rodear la práctica y recaudo de los medios de prueba.

Finalmente, puede apreciarse a lo largo del recuento jurisprudencial hecho en las distintas clasificaciones efectuadas del CNC, por sus **alcances** y por sus **efectos**, un aspecto que no hemos destacado y que debe ser valorado adecuadamente por las cortes nacionales.

Es la forma como el Control Nacional de Convencionalidad puede constituir un medio adecuado para evitar que el respectivo Estado incurra en responsabilidad por violación de los tratados internacionales, a través de dos vías.

De una parte, mediante el control que puedan ejercer las cortes domésticas sobre las decisiones adoptadas por las ramas políticas del Estado (el Ejecutivo y el Legislador) y de los llamados órganos autónomos en los modernos Estados constitucionales, desde la perspectiva de la revisión judicial, tanto de las decisiones que tienen carácter de Ley como de aquellas que tienen la condición de Acto Administrativo.

Por otro lado, dando aplicación al “autocontrol” del Poder Judicial, o sea, a la forma como unos jueces controlan a otros jueces, mediante la utilización de los recursos judiciales o de las distintas formas de impugnación y de revisión de las decisiones judiciales nacionales, conforme al derecho procesal doméstico.

La trascendencia de este control que ejercen los jueces sobre los jueces, consiste en que constituye la última palabra del Estado antes de estar sujeto a una eventual declaratoria de responsabilidad internacional.

Sin embargo, en este último escenario –el de la responsabilidad internacional- las cosas no son fáciles pues la aplicación de la norma internacional en el marco del Control Nacional de Convencionalidad, puede haber lugar a conflictos entre normas cuyo sentido de resolución, generalmente por las más altas cortes de los Estados, juega un papel crucial al momento de determinar una eventual responsabilidad.

La materia últimamente referida –la de la responsabilidad- no hace parte de nuestro TFM, pero sí un aspecto que puede tener incidencia en ella.

Aludimos a los conflictos que ocurren entre normas del Derecho Internacional que se “enfrentan” entre sí por tener significados que aparecen como opuestos; y a los que se presentan entre normas del Derecho Interno que se “enfrentan” a normas del Derecho Internacional.

#### **4. Cuarta Parte. Los Conflictos a los que puede dar lugar el Control Nacional de Convencionalidad**

La novedad que supone el Control Nacional de Convencionalidad en el ámbito latinoamericano ha dado lugar a una serie de tensiones propias del acomodo entre jurisdicciones que concurren en la protección de los derechos.

Algunos autores abogan por la necesidad de un “Diálogo Jurisdiccional” en el que la Corte Interamericana de Derechos Humanos y las cortes nacionales fortalezcan mutuamente sus tesis sobre la mejor salvaguarda de la persona humana (Bazán, 2013; García, 2008; Nogueira, 2013).

En este orden de ideas, nos interesan los conflictos a los que puede dar lugar la aplicación del Control Nacional de Convencionalidad entre dos o más normas del

Derecho Internacional, que convergen en un caso judicial ante cortes nacionales; y los conflictos que pueden generarse entre normas de Derecho Internacional frente a normas del Derecho Interno.

No está demás señalar que resulta pertinente diferenciar esta clase de sentencias sobre Control Nacional de Convencionalidad, en las que afloran conflictos de normas como los enunciados; y las sentencias nacionales de ejecución o de aplicación de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en las cuales también pueden surgir controversias similares.

Esta distinción es importante porque puede haber la tendencia a confundir ambos tipos. En las sentencias de CNC, propiamente dichas, que hemos estudiado a lo largo de este documento, se debate siempre sobre la aplicación de una norma internacional o de una línea jurisprudencial de un órgano internacional en el Derecho Interno.

A diferencia de lo anterior, se encuentran las sentencias nacionales de Ejecución o Aplicación de sentencias de la Corte Interamericana en las cuales no hay CNC, sino un puro y simple acatamiento o en ocasiones desacato a lo decidido por la Corte internacional.

Ejemplo de acatamiento es la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina <sup>143</sup>, mediante la cual, en obediencia a lo dispuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su providencia de 18 de septiembre de 2003 en el caso Bulacio <sup>144</sup>, revocó la decisión nacional de prescripción de la acción penal dictada a favor del victimario, pues sólo de esa forma se cumplía con la obligación prevista en el Pacto de San José de asegurar el Derecho a la Justicia de la víctima.

---

<sup>143</sup> Sentencia de 23 de diciembre de 2004, expediente No.224. XXXIX.

<sup>144</sup> Corte IDH. Caso Bulacio Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C No. 100.



Ejemplo de lo segundo –desacato– es la sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela –en Sala Constitucional– (TSJV) <sup>145</sup>, que declaró “Inejecutable” el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 1 de septiembre de 2011 en el caso Leopoldo López Mendoza <sup>146</sup>, por considerar dicho TSJV que se contravenían normas constitucionales.

Como podrá apreciarse en una lectura de la segunda de las sentencias, aflora en ella una contradicción entre normas del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y normas del derecho venezolano que plantea el tribunal, lo cual hace contraste si se atiende al tenor del artículo 23 <sup>147</sup> de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela que confiere rango constitucional a los tratados de derechos humanos y prescribe que estos prevalecen cuando protegen en mayor medida que las normas internas.

Pero dicha tensión no se produce con motivo de la aplicación de una norma internacional o de una línea jurisprudencial de esa misma jerarquía, sino a raíz de la supuesta “ejecución” de la sentencia internacional, que culmina en un claro desacato a lo decidido por el tribunal interamericano de Derechos Humanos.

Precisado lo anterior, pasaremos a exponer dos modalidades que se aprecian en los conflictos a los que puede dar lugar el Control Nacional de Convencionalidad, propiamente dicho, en casos fallados por la Corte Constitucional de Colombia (CCC) y por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. La primera modalidad, hace relación a las controversias que se suscitan entre dos normas de Derecho Internacional. La segunda, al conflicto entre normas del Pacto de San José y normas del Derecho Interno.

---

<sup>145</sup> Sentencia de 17 de octubre de 2011, expediente No. 11-1130.

<sup>146</sup> Corte IDH. Caso López Mendoza Vs. Venezuela. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2011. Serie C No. 233.

<sup>147</sup> “Artículo 23. Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y la ley de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público.”.

#### 4.1. Conflictos entre normas de Derecho Internacional

El asunto del que aquí se trata se puede ilustrar con una materia abordada por la Corte Constitucional en la sentencia C-028 de 2006 <sup>148</sup>. En criterio que posteriormente fue ratificado por la misma corte en el marco de un recurso de unificación de jurisprudencia (recurso de revisión) de la Acción de Tutela (SU-712 de 2013) de protección de los Derechos Fundamentales.

En ambas decisiones, el debate giró en torno a los alcances del artículo 23.2 del Pacto de San José, según el cual las restricciones a los derechos políticos de los funcionarios de elección popular sólo pueden imponerse por juez penal en el marco de una causa criminal.

Esta norma del Pacto de San José -artículo 23.2-, cuyo sentido literal encontró respaldo en la sentencia del caso Leopoldo López Mendoza (2011 <sup>149</sup>) resuelta por la misma Corte Interamericana, entró en conflicto con las normas constitucionales y legales de Colombia que consideran válido que funcionarios administrativos (Procuraduría General de la Nación) impongan a los funcionarios de elección popular sanciones disciplinarias inhabilitantes para ocupar cargos públicos.

Si bien la contradicción a primera vista surgía entre una norma del Derecho Internacional, a saber, el artículo 23.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y las normas constitucionales pertinentes, la Corte Constitucional planteó el conflicto como un asunto de controversia entre dos normas del Derecho Internacional.

Conforme a dicha línea de argumentación, señaló el tribunal colombiano que el artículo 23.2 del Pacto de San José debía interpretarse de manera armónica con

---

<sup>148</sup> Sentencia de 26 de enero de 2006, expediente D-5768.

<sup>149</sup> Corte IDH. Caso López Mendoza Vs. Venezuela. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2011. Serie C No. 233.

otros tratados de Derecho Internacional como la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción (2003), según la cual no se oponía al ejercicio de los derechos políticos que los Estados Parte adoptaran medidas disciplinarias encaminadas a proteger el erario.

En efecto, dispone el artículo 8.6 de la citada convención de Naciones Unidas que cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar, de conformidad con los principios fundamentales de su Derecho Interno, medidas disciplinarias o de otra índole contra todo funcionario público (aún los elegidos popularmente) que transgreda los códigos o normas establecidos para la lucha contra la corrupción.

También dijo la Corte colombiana que en los últimos años han tomado fuerza las interpretaciones sistemática y teleológica de los tratados internacionales, las cuales permiten ajustar el texto de las normas internacionales a los cambios históricos.

Por lo tanto, dijo el tribunal, el contexto que sirve para interpretar una determinada norma no se limita al texto del tratado del cual aquélla hace parte, sino que suele abarcar diversos tratados que se relacionan con la materia de interpretación.

Reflexionó, igualmente, en el sentido de que la Convención Americana debía tener en cuenta la arquitectura institucional de cada Estado, esto es, del contexto en el que se inserta, como lo reconoce el Pacto de San José al afirmar que corresponde a la ley reglamentar el ejercicio de los derechos políticos y de los mecanismos de sanción.

La sentencia de la CCC que se comenta, constituye un ejemplo de decisión en la cual se manifiestan contradicciones de orden normativo que en este caso son resueltas a favor de una norma internacional que no pertenece al Sistema Interamericano de Derechos Humanos, pero que coincide con las normas constitucionales y legales de Colombia.

Podríamos afirmar que es una forma de CNC porque dos convenciones internacionales concurren como materia del examen jurídico de compatibilidad que debe ser resuelto por el juez nacional, pero con la peculiaridad de que dicho examen no conduce a la aplicación de la norma internacional de Derechos Humanos.

Esta decisión ejemplifica el fenómeno conocido como la “Fragmentación del Derecho Internacional” al cual no resultan ajenas las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y que consiste en la aparente desarticulación del orden jurídico internacional debido a la concurrencia de múltiples intérpretes de la norma internacional (Fauchald y Nollkaemper, 2012, p. 33).

Esta situación que ha sido criticada por algunos especialistas, es vista de manera positiva por otros quienes consideran que pese a los riesgos que ello representa, las cortes nacionales se han convertido en el medio más idóneo para asegurar la vigencia del Derecho Internacional, en un escenario no exento de complejas relaciones en el cual aquéllas interactúan con este.

En todo caso, la decisión que se comenta de la Corte Constitucional de Colombia pone de presente que la aplicación del Control Nacional de Convencionalidad es un asunto que enfrenta elementos por sortear derivados de la existencia de jurisdicciones que concurren para la solución de determinadas causas.

#### **4.2. Conflictos entre normas del Derecho Internacional y del Derecho Interno**

Esta categoría o modalidad de Control Nacional de Convencionalidad ejemplifica una de las formas en las que con mayor frecuencia pueden suscitarse controversias.

Ocurre cuando la disyuntiva que enfrenta el juez nacional le pone en la encrucijada de preferir una de las dos normas: la doméstica o la internacional; dado que pese a la posibilidad de acudir a criterios de interpretación que permitan un entendimiento conforme o una armonización de las disposiciones enfrentadas, la tensión parece imposible de salvar por estos medios y, entonces, el funcionario judicial se ve precisado a escoger.

Esta situación se ilustra con dos sentencias, la C-442 de 2011 de la Corte Constitucional de Colombia <sup>150</sup> y la No. 2013-04491 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica <sup>151</sup>.

Mediante la sentencia colombiana la Corte Constitucional de ese país declaró ajustados a la Constitución los delitos de injuria y calumnia, previstos en el Código Penal.

La demanda respectiva se formuló en el marco de una acción pública de inconstitucionalidad, según la cual la tipificación de estas conductas entraba en colisión con el principio de legalidad (artículo 9 del Pacto de San José ) y con el derecho a la libertad de expresión (artículo 13 del mismo tratado), amén de normas constitucionales como los artículos 20 (libertad de expresión), 29 (debido proceso) y 93 (Bloque de Constitucionalidad).

Para tales efectos, los demandantes tuvieron como fundamento una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Kimel, 2008 <sup>152</sup>) según la cual eran contrarias al Pacto de San José las normas del Código Penal de la Argentina sobre los delitos de injuria y calumnia –con redacción similar a las colombianas que se ocupaban de las mismas materias- por cuanto carecían de una redacción

---

<sup>150</sup> Sentencia de 25 de mayo de 2011, expediente D-8295.

<sup>151</sup> Resolución de 3 de abril de 2013, expediente No. 11-013971-0007-CO

<sup>152</sup> Corte IDH. Caso Kimel Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C No. 177.

inequívoca, situación que daba lugar a perseguir ejercicios legítimos del derecho a la libertad de expresión.

Sobre este particular, consideró la Corte Constitucional de Colombia que la decisión de la Corte Interamericana era un precedente significativo en torno al alcance de la libertad de expresión y del principio de legalidad en la tipificación de los delitos de injuria y calumnia. Pero dijo que tal decisión “*no (podía) ser trasplantada automáticamente al caso colombiano en ejercicio de un control de convencionalidad que no tenga en cuenta las particularidades del ordenamiento jurídico interno, especialmente la jurisprudencia constitucional y de la Corte Suprema de Justicia que han precisado notablemente el alcance de los elementos normativos de estos tipos penales (...).*”.

Expresado en otros términos, para la Corte Constitucional colombiana no basta con cotejar o comparar dos normas –la nacional y la internacional- sin tomar en consideración los desarrollos jurisprudenciales del Derecho Interno. Son estos –precisó- los que en últimas brindan un contenido real a los elementos normativos del tipo penal y son los que determinan qué tan amplio o tan restrictivo es el alcance de este frente a sus eventuales colisiones con el derecho a la libertad de expresión en los términos como el mismo ha sido concebido por el Derecho Internacional.

En concreto, señaló que el carácter abierto de un tipo penal no implica su inconstitucionalidad cuando se trata de delitos que tienen una larga tradición jurídica en el país respectivo y cuyos alcances han sido fijados de manera reiterada por la interpretación de los órganos de cierre judicial. Complementó su argumento, indicando que los elementos contenidos en su jurisprudencia así como en la de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, que precisan los alcances de los delitos de injuria y calumnia, resultan vinculantes para los jueces cuando interpretan y aplican esas disposiciones en casos particulares.

Cerró sus consideraciones señalando que no desconocía que el Sistema Interamericano de Derechos Humanos avanzaba en la despenalización de los delitos de injuria y calumnia bajo la idea de que su sanción puede resultar nociva para el ejercicio de las libertades de información y expresión <sup>153</sup>. Por lo tanto, sostuvo la CCC, resultaba más conveniente su protección mediante mecanismos distintos a la tipificación penal, pero consideró que se trataba de una decisión que, en principio, estaba reservada al Legislador en el ejercicio de la potestad de configuración normativa.

Según se aprecia, esta sentencia de la Corte Constitucional de Colombia llama la atención acerca de la noción de Derecho Viviente <sup>154</sup>, como un elemento que debe ser considerado al momento de analizar la compatibilidad de la norma del Derecho Interno con la norma internacional. La reflexión que plantea dicho tribunal se orienta al reconocimiento del papel que juega la doctrina judicial en la concreción del entendimiento que una comunidad tiene sobre lo que es su sistema jurídico. De este modo, el tribunal aludido confirió a las líneas jurisprudenciales domésticas un papel predominante en la valoración que implica el juicio del Control Nacional de Convencionalidad.

Por su parte, en la sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, que pasaremos a analizar, hay un rol central que se atribuye al carácter que tiene una determinada tradición jurídica dentro del Derecho en general y con respecto al Derecho Interno del Estado, como

---

<sup>153</sup> González (2013, p.362) precisa dicha evolución al señalar que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha planteado la necesidad de derogar las sanciones penales cuando se trate de funcionarios públicos o de expresiones formuladas a propósito de asuntos de interés público; pero la CrIDH no ha llegado a plantearse la cuestión en tales términos, aunque sí ha acotado significativamente las posibilidades de emplear legítimamente las sanciones penales en la materia, atendiendo a la cuestión del interés público que pueda hallarse envuelto en cada caso.

<sup>154</sup> Nota: la Corte Constitucional de Colombia ha entendido el Derecho Viviente como el sistema normativo tal como es interpretado y aplicado por los tribunales y jueces. Es una noción que va más allá del mero texto de la ley, porque comprende la forma como el derecho opera en la realidad mediante las decisiones judiciales. En este sentido, supone la existencia de una doctrina judicial consolidada y sostenida sobre determinados puntos del derecho. Cfr. Salvamento de Voto de la Magistrada María Victoria Calle Correa a la sentencia C- 422 de 2011 de la Corte Constitucional.

argumentos que se esgrimen para excusar la aplicación de la norma internacional en el contexto del Control Nacional de Convencionalidad.

En la sentencia que se menciona, la Sala Constitucional de Costa Rica resolvió una petición de inconstitucionalidad contra una norma de la Contraloría General de ese país por medio de la cual se impuso a un grupo de personas una inhabilidad para ocupar cargos o empleos públicos, que no son de elección popular. En tales condiciones, el problema jurídico frente al Control Nacional de Convencionalidad consistió en que según el artículo 23 del Pacto de San José y la sentencia Leopoldo López Mendoza (2011 <sup>155</sup>) de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la restricción impuesta al derecho de acceso a los cargos públicos no se ajustaba al tratado internacional, pues la normativa convencional referida prescribe que dicha limitación sólo puede ocurrir por virtud de sentencia dictada en un juicio penal y no por orden de una autoridad administrativa.

La argumentación de la Sala Constitucional se apoyó en su doctrina, largamente decantada, sobre la validez de este tipo de sanciones en el Derecho Interno costarricense. En concreto, señaló la Sala Constitucional que la imposición de sanciones disciplinarias inhabilitantes era una figura de reconocida trayectoria en el Derecho Administrativo de muchos países y que la jurisdicción penal no podía ser considerada como la única garantía contra los actos de los poderes públicos puesto que –así lo afirmó– la Jurisdicción Contencioso Administrativa “*es más efectiva para ese propósito*”.

Sobre el primer aspecto, amplió sus razones señalando que la potestad disciplinaria o sancionadora es de principio y “*negarla sería desmontar o dismantelar una institución de larga tradición y que ha sido avalada*” conforme al Derecho de Costa Rica. De admitirse el argumento de los demandantes –dijo–, se estarían socavando “*las bases de un instituto clásico del Derecho Administrativo*” con lo que no

---

<sup>155</sup> Corte IDH. Caso López Mendoza Vs. Venezuela. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2011. Serie C No. 233.



sólo se negaba tal potestad sino también la de autotutela declarativa y ejecutiva de las Administraciones Públicas así como los conceptos de ejecutividad y ejecutoriedad de los actos administrativos, *“institutos que han sido pacíficamente aceptados por toda la doctrina ius-administrativista.”*

Sobre el segundo aspecto, destacó que actualmente se admite por toda la doctrina del Derecho Público el principio de la revisión jurisdiccional de la función administrativa, esto es, que cualquier manifestación específica de la función administrativa, como la potestad disciplinaria, puede y debe ser revisada ante una instancia jurisdiccional para verificar su conformidad con el parámetro de legalidad. Puntualizó señalando que bajo esas consideraciones la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se erigía, como lo indica la doctrina alemana, en el *“parágrafo regio del Estado de Derecho”* en cuanto revisa, entre otras manifestaciones de la función administrativa, si los actos administrativos se ajustan o no al parámetro de legalidad.

Concluyó la Sala Constitucional afirmando que no había infracción al parámetro de convencionalidad de la norma impugnada, toda vez que para lograr la convergencia entre el derecho local y el derecho interamericano, se debía ponderar el ordenamiento jurídico de una manera sistemática e integral, pues el ordenamiento jurídico costarricense, como casi el resto de los sistemas jurídicos del mundo, también garantiza a las personas que las decisiones de las Administraciones Públicas pueden ser impugnadas y revisadas ante una Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo especializada adscrita al Poder Judicial para garantizar la protección de los derechos de las personas, que le permite a cualquiera impugnar esta clase de decisiones, por lo que *“el juez contencioso-administrativo es, también, una garantía para el ejercicio regular de la potestad disciplinaria administrativa”*.

Resulta llamativo de esta sentencia que en ella se predica un margen de apreciación para el tribunal respectivo. Esta es una tendencia que se observa en

algunas sentencias de tribunales latinoamericanos en las cuales los conflictos entre la norma nacional y la internacional se resuelven acudiendo a este argumento que pretende reservar para las cortes domésticas dicha posibilidad frente a antinomias que aparezcan como insalvables.

En una decisión de naturaleza similar, el Tribunal Constitucional del Perú <sup>156</sup> resolvió a favor de un medio de comunicación un Recurso de Agravio Constitucional en el sentido de declarar inexigible una deuda tributaria porque esta se generó durante el periodo en el cual su accionista mayoritario había sido desplazado de la administración de la entidad por maniobras ilegales del Gobierno.

Sin embargo, el punto que llama nuestra atención en este análisis es la consideración del Tribunal Constitucional del Perú según la cual el Control Concentrado ejercido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos genera una doctrina jurisprudencial “*con efectos erga omnes, es decir, que vinculan a todos los tribunales domésticos de la región, quienes tienen un margen de apreciación nacional que les permite aplicar la doctrina convencional de la Corte IDH, según estimen conveniente.*”.

Esto significaría que si bien hay un vínculo entre la doctrina jurisprudencial de la Corte Interamericana, ese vínculo no sería obligatorio respecto de la interpretación generada por dicha doctrina, sino que la misma debe someterse al tamiz de la “conveniencia”, lo cual parece involucrar valoraciones que exceden lo jurídico-normativo para ingresar en el campo del impacto institucional que pueda tener determinada doctrina interamericana.

Lamentablemente, la decisión del Tribunal Constitucional del Perú, dictada a raíz de la expedición de la Resolución del 24 de noviembre de 2009 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Supervisión de la sentencia Baruch Ivcher

---

<sup>156</sup> Sentencia del 12 de marzo de 2014, expediente No.04617-2012-AA.

Bronstein Vs. Perú <sup>157</sup>), no trae elementos más precisos acerca de en qué dirección pueden proyectarse las razones de conveniencia a las que se alude en su parte motiva, pues aun cuando aborda el caso concreto, se trata en realidad de una sentencia de Aplicación o de Ejecución de lo dispuesto por la Corte Interamericana.

Lo singular de la decisión es que si bien hace lugar al pedido del solicitante del Recurso de Agravio Constitucional, en la medida en que prescribe que no será exigible la deuda tributaria contra la empresa, porque sólo en esa forma se habría de producir una adecuada reparación del accionista mayoritario afectado por la persecución gubernamental; introdujo, al parecer, sin que ello resultara necesario, la idea de un margen de apreciación a favor del juez doméstico que ejerce el Control Nacional de Convencionalidad, sin precisar más.

En este contexto, podemos indicar que en las sentencias de la Corte Constitucional de Colombia y de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, se resolvieron conflictos de normas acaecidos en el marco del ejercicio del Control Nacional de Convencionalidad, agregando nuevos elementos al debate.

En el primero de ellos, la Corte colombiana construyó su estructura argumental sobre la conjugación de otros instrumentos del Derecho Internacional Público aplicables a la respuesta judicial; así mismo, tuvo como base el concepto de Derecho Viviente, lo que supuso darle a la interpretación y aplicación del Derecho doméstico un lugar en las consideraciones jurídicas relativas al juicio sobre el Control Nacional de Convencionalidad.

---

<sup>157</sup> Corte IDH. Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 24 de noviembre de 2009.

Por su parte, se insertó como elemento del debate el criterio de un margen de apreciación (Costa Rica y Perú), a partir del reconocimiento de una tradición jurídica nacional y del peso del Derecho Comparado, en el caso costarricense. Finalmente, cabe señalar que hasta el momento hemos analizado el impacto de la norma internacional en el marco de algunas sentencias que dan aplicación al Control Nacional de Convencionalidad.

Pero hay otro tipo de providencias judiciales domésticas que si bien no podemos calificar dentro de esta noción, porque en sentido estricto no corresponden al Control Nacional de Convencionalidad, pues se trata de sentencias de Aplicación o Ejecución de lo decidido por la Corte Interamericana, arrojan luces importantes sobre la forma como los tribunales domésticos se posicionan ante el tema referido.

En este orden de ideas, examinaremos dos grupos de sentencias nacionales, provenientes de México y Argentina, mediante las cuales se dio aplicación a decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en casos contenciosos. Se trata, en primer lugar, de dos sentencias mexicanas mediante las cuales la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJNM) de ese país ha precisado la forma como los jueces deben aplicar el Control Nacional de Convencionalidad.

En la primera, que corresponde al expediente Varios 912/2010 <sup>158</sup>, se dio cumplimiento a la sentencia del caso Rosendo Radilla Pacheco <sup>159</sup> dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sostuvo la SCJNM que las sentencias de la Corte Interamericana, derivadas de casos en los que México era parte, debían considerarse como obligatorias. Sobre aquellos casos en los que México no era parte estimó que la doctrina de la CrIDH tenía un carácter orientador y reconoció un Control Nacional de Convencionalidad, que ya no se

---

<sup>158</sup> Sentencia del 14 de julio de 2011, expediente varios No. 912/2010.

<sup>159</sup> Corte IDH. Caso Radilla Pacheco Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C No. 209.

limitaba al de la Justicia Federal, sino que comprendía a todos los jueces del Estado.

También estableció un procedimiento para ejercer el CNC, con pasos determinados. Primero, debía procurarse una interpretación conforme entre las normas nacionales, de un lado, y la Constitución y los tratados internacionales, del otro, resolviendo, en caso de conflicto, con base en el Principio *pro persona*. Segundo, en caso de varias interpretaciones jurídicamente válidas debía preferirse la que resultara acorde con la Constitución y con los tratados de Derechos Humanos. Tercero, cuando las alternativas anteriores no eran posibles debía procederse a la inaplicación de la ley.

En contraste con la sentencia anterior, encontramos la providencia mediante la cual la SCJNM resolvió un recurso de Contradicción de Tesis <sup>160</sup>. En dicha ocasión se dijo que el fallo comentado en precedencia, es decir, el del expediente Varios 912/2010 “*no constituye jurisprudencia*”, a diferencia del recurso de Contradicción de Tesis, al que sí le confirió el carácter de definidor de criterios jurisprudenciales.

Después de realizar un recuento jurisprudencial, señaló que los tratados internacionales se encontraban jerárquicamente por debajo de la Constitución y por encima del resto de normas jurídicas que forman parte del entramado jurídico mexicano. Y que si bien los Derechos Humanos contenidos en la Constitución Federal y en los tratados internacionales constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, **cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de aquéllos, se debe estar a lo que establece el texto constitucional.**

Conforme a lo expuesto, y tratando de sintetizar lo dicho por la SCJNM, si bien debe partirse del criterio general consistente en aplicar la interpretación más

---

<sup>160</sup> Sentencia en Recurso de Contradicción de Tesis 293/2011 del 30 de abril de 2014, expediente No. P./J. 20/2014 (10a).

favorable a la persona humana; en caso de contradicción entre restricciones expresas a los derechos establecidas en la Constitución y en los tratados internacionales debe preferirse a las primeras.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina (CSJNA) emitió sentencia (Caso Espósito <sup>161</sup>) mediante la cual dio cumplimiento a la sentencia del caso Bulacio Vs. Argentina <sup>162</sup> expedida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Con tal propósito, la CSJNA debió revocar la decisión adoptada por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y en lo Correccional en el sentido de ordenar que se continuara con la investigación penal contra Espósito.

La decisión que adoptó la CSJNA se basó en la aceptación de los efectos de cosa juzgada de lo decidido por la Corte Interamericana, pues si bien dijo que no compartía lo resuelto por el tribunal internacional, debido a que ello implicaba un recorte excesivo en los derechos de Defensa del sindicado (Espósito) y de solución del proceso penal en un tiempo razonable, hacer lo contrario daría origen nuevamente a la responsabilidad internacional del Estado argentino.

Entonces, si bien la CSJNA aceptó sin ambages lo resuelto por la Corte Interamericana, dijo que las disposiciones de extinción de la acción penal por prescripción, en principio, no podrían dejar de aplicarse para dar paso a las reglas del Derecho Internacional contenidas en la Convención sobre Desaparición Forzada de personas y la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, pues no era del caso.

Expresado en otros términos, según la valoración del tribunal argentino, sólo en las hipótesis previstas en los dos tratados que se menciona resultaba aceptable

---

<sup>161</sup> Sentencia de 23 de diciembre de 2004, expediente No. 224. XXXIX.

<sup>162</sup> Corte IDH. Caso Bulacio Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C No. 100.

inaplicar las normas nacionales sobre prescripción de la acción penal, esto es, en los delitos de Desaparición Forzada de Personas, Crímenes de Guerra y Crímenes de Lesa Humanidad; y como el asunto no se encuadraba en estas hipótesis aplicó contra su criterio lo decidido por la Corte Interamericana.

Esta misma línea de decisión se mantuvo, en lo esencial, en una nueva sentencia de la CSJNA <sup>163</sup>, también de Ejecución de una decisión internacional, en esta oportunidad de la sentencia Bueno Alves Vs. Argentina <sup>164</sup>, igualmente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Se trata de la sentencia René Derecho de 29 de noviembre de 2011 por la cual la CSJNA revocó una decisión dictada por ella misma en la que reconoció el instituto de la prescripción penal a favor de René Derecho, por hechos cometidos en contra de Bueno Alves.

Sin mayores consideraciones, la CSJNA se remitió a la sentencia dictada en el caso Espósito, ya comentada, para decir que resultaban de aplicación al caso de autos *“en lo pertinente, las consideraciones expuestas en el precedente “Espósito”* y que para dar estricto cumplimiento a lo ordenado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos decidía dejar sin efecto su propia decisión que, como ya dijimos, había reconocido los efectos de la prescripción penal a favor del sindicato (René Derecho).

Surge la pregunta, debido a la brevedad de la decisión de la CSJNA, acerca de qué debe asumirse que fue “lo pertinente” del caso Espósito que se aplicó en el caso René Derecho. Una posible respuesta a este interrogante, luego de la lectura de las sentencias concernidas, es que la CSJNA tiene una postura abierta frente al CNC en materia de prescripción de la acción. Pero dicha apertura se aplica sólo en relación con determinados delitos, porque así lo han previsto los tratados internacionales (Desaparición Forzada de Personas, Crímenes de Guerra y

---

<sup>163</sup> Sentencia de 29 de noviembre de 2011, expediente No. 24.079, Recurso de Hecho D.1682. XL.

<sup>164</sup> Corte IDH. Caso Bueno Alves Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 164.

Crímenes de Lesa Humanidad). No en la generalidad de los casos, como en el caso René Derecho, porque el delito que se habría cometido en perjuicio de Bueno Alves, pese a su gravedad, no encuadraba en los supuestos que justifican la excepción a la figura de la prescripción penal.

## **5. Conclusiones**

El Control Nacional de Convencionalidad es una institución llamada a producir cambios significativos en los sistemas jurídicos nacionales de América Latina; en especial, de los Estados que son parte del Pacto de San José de Costa Rica.

El Control Nacional de Convencionalidad confiere a los jueces nacionales una ampliación de los supuestos normativos de protección porque inserta dentro del derecho y de la práctica judicial nacionales los estándares internacionales de salvaguarda de los derechos.

Así mismo, le proporciona a los funcionarios judiciales nacionales un respaldo importante al momento de adoptar decisiones pues rodea a las mismas de legitimidad, porque se encuentran sustentadas en normas internacionales, que es lo mismo que decir, en disposiciones que han obtenido la aprobación de la comunidad de Estados.



Sin embargo, la relación de casos estudiados muestra elementos de complejidad. En ocasiones las cortes domésticas acogen la norma y la interpretación internacionales. En otras, toman de ellas lo que estiman que afianza sus argumentos y que resuelve sus lagunas y contradicciones. Pero también, se distancian de ella aduciendo motivos relevantes de distinto orden.

Con todo, la relación entre los ordenamientos jurídicos nacional e internacional, a propósito del Control Nacional de Convencionalidad, ha desencadenado una importante dinámica que pone en el centro de la discusión hemisférica los Derechos Humanos consagrados en los tratados internacionales, para reforzar la protección nacional de la persona humana y abrir campos novedosos de salvaguarda.

Por su parte, el poder judicial nacional asume una condición especial como responsable de asegurar la vigencia del Derecho Internacional en el ordenamiento nacional y como garante para precaver el quebrantamiento de los tratados por las conductas y los actos jurídicos de las personas privadas, los funcionarios y los órganos del Estado.

En el mismo sentido, si bien la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha delineado las obligaciones que asumen los Estados, y en particular los jueces nacionales debido al Control Nacional de Convencionalidad, es previsible que los poderes judiciales nacionales contribuyan en la definición de lo que finalmente habrá de ser la aplicación de esta figura en el Derecho doméstico.

Desde luego, que aquí se corren los riesgos ya comentados sobre la Fragmentación del Derecho Internacional en este campo, que consistirían en las diversas formas como cada sistema judicial nacional vaya a entender y a asimilar el Control Nacional de Convencionalidad.

No obstante, nos quedamos con la reflexión de Fauchald y Nollkaemper (2012, p. 686) cuando señalan que en el orden internacional un cierto grado de fragmentación es inevitable y, más aún, cumple importantes funciones; así como con el pensamiento del segundo de los mencionados, que a propósito del interés del Derecho Internacional en la regla del nivel nacional (Nollkaemper, 2012, p. 788), indica que los requerimientos o exigencias de aplicación de la norma internacional y de la norma doméstica no necesariamente colisionan. Ellas son fundamentalmente interdependientes.

## **Bibliografía**

### **Libros**

Ansuátegui, F. (2013). *Razón y voluntad en el Estado de Derecho. Un enfoque filosófico-jurídico*. Madrid: Dykinson.

Bidart, C. (2004). *El derecho de la constitución y su fuerza normativa*. Buenos Aires: Ediar.

Brewer, A. y Santofimio, J. (2013). *Control de convencionalidad y responsabilidad del Estado*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Buergenthal, T., Norris, R. y Shelton, D. (1990). *La protección de los Derechos Humanos en las Américas*. Madrid: Civitas

Campoy, I. (comp.) (2005). *Los derechos de las personas con discapacidad*. Madrid: Dykinson.

De La Guardia, E. (1997). *Derecho de los Tratados Internacionales*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo de Palma.

De Asís, R. (1995). *Jueces y normas*. Madrid: Marcial Pons.

Fauchald, O. y Nollkaemper, A. (2012). *The Practice of International and National Courts and the (De-)Fragmentation of International Law*. Portland: Hart Publishing. (Edición en paperback).

Faúndez, L. (2004). *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales*. San José de Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

Fundación Konrad Adenauer (2011). *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. El Control de Convencionalidad. Compilación de sentencias*. Ciudad: Editorial. (Edición en paperback).

González, F. (2013). *Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Transformaciones y Desafíos*. Valencia: Tirant Lo Blanch.

Mariño, F. (2005). *Derecho internacional público. Parte general*. Madrid: Ed. Trotta.

Nollkaemper, A. (2012). *National Courts and the International Rule of Law*. Croydon: Oxford University Press.

O'Donnell, D. (2004). *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Bogotá: Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

O' Reilly, A. (2007). *El derecho al trabajo decente de las personas con discapacidades*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo.

Orozco, J. (2014). *Control de la Convencionalidad en materia electoral*. México D.F.: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

Rodríguez, C., Morris, M., y Orduz, N. (2010). *La consulta previa a pueblos indígenas. Los estándares del derecho internacional*. Bogotá: Ediciones Uniandes.

Rodríguez, D., Martín, C. y Ojea, T. (1999). *La dimensión internacional de los Derechos Humanos. Guía para la aplicación de normas internacionales en el derecho interno*. Washington, D.C.: Banco Interamericano de Desarrollo.

Sinclair, I. (1984). *The Vienna Convention on the Law of Treaties*. Manchester: Manchester University Press.

## **Capítulo de libro**

Casal, J. (2014). El pluralismo jurídico en América Latina. Algunas reflexiones. En *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales No. 4. Pluralismo Jurídico* (pp. 73-88). Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.

Chirino, A. (2014). Evaluación de pruebas y uso de intermediarios. En *Análisis de la primera sentencia de la Corte Penal Internacional. El caso Lubanga* (pp. 23-62). Bogotá: Fundación Konrad Adenauer.

Ferrer Mac Gregor, E. y Pelayo Moller, C. (2014). Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno. En *Convención Americana sobre Derechos Humanos Comentario* (pp. 69-98). Bogotá: Temis y KAS.

Lasso, L. y Uprimny, R. (2004). Verdad, reparación y justicia para Colombia: algunas reflexiones y recomendaciones. En *Conflicto y Seguridad Democrática en Colombia* (pp. 101-188). Bogotá: Friedrich Ebert Stiftung en Colombia.

Soto, C. y Lasso, L. (2009). Límites y posibilidades de la verdad judicial para la construcción de la memoria. En *El papel de la memoria den los laberintos de la justicia, la verdad y la reparación*. Bogotá: Universidad Distrital Francisco José de Caldas.

### **Artículos de revista científica**

Bazán, V. (2013). El Control de Convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas. *Contextos*, (5), pp. 7-42.

Barranco, M. (2010). Juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. Sometimiento a la ley, independencia e imparcialidad en el marco del constitucionalismo. *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, (7), pp. 135-150.

Bianchi, A. (2010), Una reflexión sobre el llamado “Control de convencionalidad”, *Revista La Ley* (426), pp. 1-10.

Campoy, I. (2004). Una revisión de la idea de dignidad humana y de los valores de libertad, igualdad y solidaridad en relación con la fundamentación de los derechos. *Anuario de Filosofía del Derecho*, (21), pp. 143-166.

Courtis, C. (2009). Apuntes sobre la aplicación del Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas por los tribunales de América Latima. *Sur – Revista Internacional de Derechos Humanos*, 6 (10), pp. 52-81.

Cuenca, P. (2012). La incidencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Derecho Interno: la interpretación del artículo 10.2 de la

Constitución Española. *Revista de Estudios Jurídicos. Universidad de Jaén*, (12), pp. 1-24.

Juárez, M. (2012). *La regla de exclusión de la prueba prohibida en la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos: el caso de la tortura y el juicio de ponderación*. Anuario de Derecho Constitucional latinoamericano, Año XVIII, pp. 285-314.

Lavrof, D. (1981), El Consejo constitucional francés y la garantía de las libertades públicas, *Revista Española de Derecho Constitucional* (3), pp. 43-61.

Miranda, H. (2015), El control de convencionalidad como instrumento de diálogo jurisprudencial en América Latina, *Revista Jurídica IUS Doctrina* (12), pp. 1-54.

Nogueira, H. (2013). Diálogo interjurisdiccional y control de convencionalidad entre los tribunales nacionales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Chile. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, (19), pp. 511-553.

Nogueira, H. (2016). *Derechos fundamentales, bloque constitucional de derechos, diálogo interjurisdiccional y control de convencionalidad*. México D.F.: Ubijus.

Pérez de la Fuente, O. (2012). Delitos culturalmente motivados. Diversidad cultural, Derecho e Inmigración. *European Journal of Legal Studies*, 5 (1), pp. 60-94.

Pérez, W., Zambrano, L. y Cepeda, E. (2016). El impacto del control de convencionalidad en la jurisprudencia del Consejo de Estado colombiano en la reparación a víctimas de graves violaciones a derechos humanos. *Eunomía. Revista en cultura de la legalidad*, (9), pp. 161-177.

Ribotta, S. (2010). Necesidades, igualdad y justicia. Construyendo una propuesta igualitaria de necesidades básicas. *Derechos y Libertades*, (24), pp. 259-299.

Rivera, J. (2006). La libertad de expresión y la represión penal de ideologías en el Derecho Argentino. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, (10), pp. 949-962.

Rosatti, H. (2012). El llamado control de convencionalidad y el control de constitucionalidad en la Argentina, *Revista La Ley* (número del 13 de febrero de 2012), pp. 1-9.

Victoria, J. (2013). Hacia un modelo de atención a la discapacidad basado en los derechos humanos. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 46 (138), pp. 1093-1109.

#### **Artículos de revista electrónica**

Benvenisti, E. y Downs, G. National Courts, Domestic Democracy, and the Evolution of International Law. *The European Journal of International Law*, 20 (1), pp. 59-72. Recuperado el 30.12.16 de <http://ejil.org/pdfs/20/1/1783.pdf>.

Castañeda, M., (2012), *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos y su recepción Nacional*. México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos, p.31. Recuperado de <http://www.corteidh.or.cr/tablas/28705.pdf>. Consultado el 20.10.2016.

Castilla, K. (2012), ¿Control interno o difuso de convencionalidad? Una mejor idea: la garantía de tratados, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, (13), p.p. 51-97. Recuperado de: <http://www.scielo.org.mx/pdf/amdi/v13/v13a2.pdf>. Consultado el: 25.05.2016.

De Asís, R. (2013), Ten Guidelines for the correct interpretation of rights, *The Age of Human Rights Journal*, No. 1 (2013), p.p. 25-34. Recuperado el 05.05.16 de: <http://revistaselectronicas.ujaen.es/index.php/TAHRJ/article/view/1269/1053>.

Ferrer, E. (2011). Interpretación Conforme y Control Difuso de Convencionalidad. *El nuevo paradigma para el juez mexicano. Revista Estudios Constitucionales*, 9 (2), pp. 531-633. Recuperado el 03.05.16 de: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82022776013>.

García, S. (2008). Diálogo jurisprudencial. Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Tribunales nacionales. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 41 (122). Versión on line. Recuperado el 07.01.17 de [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S0041-86332008000200021&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S0041-86332008000200021&script=sci_arttext)

Pastor, J., La reciente jurisprudencia del Tribunal Europeo de derechos humanos: temas escogidos. Consultado el 30-I-16: [http://www.ehu.eus/cursosderechointernacionalvitoria/ponencias/pdf/2007/2007\\_8.pdf](http://www.ehu.eus/cursosderechointernacionalvitoria/ponencias/pdf/2007/2007_8.pdf)

Roberts, A. (2011). Comparative International Law? The role of National Courts in creating and enforcing International Law. *Cambridge Journals*, 60, pp. 57-92. Recuperado 30.12.16 de [http://documents.law.yale.edu/sites/default/files/Roberts%20-%20Comp Intl Law.pdf](http://documents.law.yale.edu/sites/default/files/Roberts%20-%20Comp%20Intl%20Law.pdf).

Schonsteiner, J. (2016). El derecho internacional de los derechos humanos en el Tribunal Constitucional chileno: el mínimo común denominador. *Revista de derecho (Valdivia)*, 29 (1). Versión on line. Recuperada el 12.01.17 de: [www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=SO718-09502016000100010&lng](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=SO718-09502016000100010&lng).

Toro, M. (2006). El fenómeno del soft law y las nuevas perspectivas del derecho internacional. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*. Vol. VI. Recuperado el

23.01.17 de <http://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/issue/view/17>.

### Trabajos académicos en línea

Dulitzky, A. (1997). *La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales*, Comp. Martín Abregú y Christian Courtis, CELS. Recuperado el 21.12.15 de: <https://law.utexas.edu/faculty/adulitzky/34-Tratados-DDHH-Tribunales-Locales.pdf>

Ferrer, E. (2013). El Control Difuso de Convencionalidad en el Estado Constitucional. *Acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones de la UNAM*, pp. 659-681. Recuperado el 03.05.16 de: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3384/30.pdf>.

Gasser, H. (2002). *Actos de terrorismo, terrorismo y derecho internacional humanitario*. Recuperado el 05.01.17 de <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5ted8g.htm>

Pérez, P. (1993). *Las garantías constitucionales y la jurisdicción internacional en la protección de los derechos fundamentales*. Recuperado el 23.01.17 de <file:///Users/luismanuellassolozano/Downloads/DialnetLasGarantiasConstitucionalesYLaJurisdiccionInterna-119294.pdf>

Sagués, P. (2010). El control de convencionalidad en el sistema interamericano y sus anticipos en el ámbito de los derechos económico-sociales. Concordancias y diferencias con el sistema europeo. *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, pp. 381-417

Sloss, D. y Van Alstine, M. (2015). *International Law in Domestic Courts*. Recuperado el 30.12.16 de <http://digitalcommons.law.scu.edu/facpubs/889/>

International Law Association (2016). *(Study Group on) Principles on the engagement of Domestic Courts with International Law*. Recuperado el 30.12.16 de [file:///Users/luismanuellassolozano/Downloads/ila\\_study\\_group\\_final\\_report-draft15.pdf](file:///Users/luismanuellassolozano/Downloads/ila_study_group_final_report-draft15.pdf)

### Documentos de organizaciones y entidades

Comisión de Derecho Internacional (2002). *Resolución No.5683 de 28 de enero de 2002 de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre el Proyecto de Responsabilidad del Estado*. Recuperado en: [http://portal.uned.es/pls/portal/PORtal.wwsbr\\_int\\_services.GenericView?p\\_documento=22634788.PDF&p\\_type=DOC&p\\_viewservice=VAHWSTH&p\\_searchstring=](http://portal.uned.es/pls/portal/PORtal.wwsbr_int_services.GenericView?p_documento=22634788.PDF&p_type=DOC&p_viewservice=VAHWSTH&p_searchstring=) =. Consultado el 23.10.201

Comisión de Derecho Internacional (2006). Fragmentación del Derecho Internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del Derecho Internacional. *Informe de la Comisión a la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre su 55 periodo de sesiones*, pp. 192-202. Recuperado el 30.12.16 de <http://legal.un.org/ilc/reports/2006/spanish/chp12.pdf>.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Relatoría sobre los Derechos de la Mujer (2007). *Acceso a la Justicia para Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas*. Recuperado el 13.01.17 de: <http://www.cidh.oas.org/women/acceso07/indiceacceso.htm>.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2013). *Garantías para la independencia de las y los operadores de justicia. Hacia el fortalecimiento del acceso a la justicia y el Estado de Derecho en las Américas*.

Consejo de Derechos Humanos (2012). *Los Principios rectores sobre la Extrema Pobreza y los Derechos Humanos*. Ginebra: Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

Consejo de Estado de Colombia (2015). *Decisiones relevantes de responsabilidad del Estado sobre graves violaciones a los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario*. Bogotá (disponible en medio magnético).

## **Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**

Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4.

Corte IDH. Caso Godínez Cruz Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 20 de enero de 1989. Serie C No. 5.

Corte IDH. Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (Arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-14/94 de 9 de diciembre de 1994. Serie A No. 14.

Corte IDH. Caso Blake Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 24 de enero de 1998. Serie C No. 36.

Corte IDH. Caso Barrios Altos Vs. Perú. Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2001. Serie C No. 87.

Corte IDH. Caso Bulacio Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C No. 100.

Corte IDH. Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 101.

Corte IDH. Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111.

Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125.



Corte IDH. Caso García Asto y Ramírez Rojas Vs. Perú. Sentencia de 25 de noviembre de 2005. Serie C No. 137.

Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146.

Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154.

Corte IDH. Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 154.

Corte IDH. Caso de la Masacre de La Rochela Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 163.

Corte IDH. Caso Bueno Alves Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 164.

Corte IDH. Boyce y/o Vs. Barbados. Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. 20 de noviembre de 2007. Serie C. No. 169.

Corte IDH. Caso Kimel Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C No. 177.

Corte IDH. Caso Radilla Pacheco Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C No. 209.

Corte IDH. Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 24 de noviembre de 2009.

Corte IDH. Caso Vélez Loo Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218.

Corte IDH. Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220.

Corte IDH. Caso Chocrón Chocrón Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2011. Serie C No. 227.

Corte IDH. Caso Comunidad Xakmok Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. 24 de agosto de 2010. Serie C. No. 214

Corte IDH. Caso Fernández Ortega y otros Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C No. 215.

Corte IDH. Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216.

Corte IDH. Caso Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219.

Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221.

Corte IDH. Caso López Mendoza Vs. Venezuela. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2011. Serie C No. 233.

Corte IDH. Caso Atala Rizzo y niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239.

Corte IDH. Caso Lori Berenson Mejía Vs. Perú. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de junio de 2012.

Corte IDH. Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012. Serie C No. 250.

Corte IDH. Caso Gudiel Álvarez y otros ("Diario Militar") Vs. Guatemala. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 noviembre de 2012. Serie C No. 253.

Corte IDH. Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Solicitud de Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2012. Serie C No. 254.

Corte IDH. Caso Furlán y familiares Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246.

Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 20 de marzo de 2013.

Corte IDH. Mendoza y otros Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2013. Serie C. No. 260.

Corte IDH. Caso J. Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2013. Serie C No. 275.

Corte IDH. Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 282.

Corte IDH. López Lone y otros Vs. Honduras, 5 de octubre de 2015. Serie C. No. 302.

Corte IDH. Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros Vs. Honduras, 8 de octubre de 2015. Serie C. No. 304.

## **Decisiones de tribunales nacionales**

### Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina

Caso Espósito, Miguel Angel (Expediente No. 224. XXXIX) (23 de diciembre de 2004)

Caso Mazzeo Julio y otros (Expediente No. 330:3248) (13 de julio de 2007)

Caso René Derecho (Expediente No.24.079. Recurso de Hecho D.1682. XL) (29 de noviembre de 2011)

### Supremo Tribunal Federal de Brasil

Arguicao de Descumprimiento de Preceito Fundamental (Expediente No. 187/DF, Voto O Senhor Ministro Celso de Mello, Relator) (15 de junio de 2011).

### Corte Suprema de Chile

Caso Molco (Rol No. 559-2004) (13 de diciembre de 2006)

### Corte Constitucional de Colombia

C-028 de 2006 (Expediente D-5768) (26 de enero de 2006)  
C-702 de 2010 (Expediente D-7988) (6 de septiembre de 2010)  
C-936 de 2010 (Expediente D-8131) (23 de noviembre de 2010)  
C-442 de 2011 (Expediente D-8295) (25 de mayo de 2011)  
T-740 de 2011 (Expediente T-2.438.462) (3 de octubre de 2011)  
C-711 de 2011 (Expediente D-8475) (13 de octubre de 2011)  
SU-712 de 2013 (Expediente T-3005221) (17 de octubre de 2013)

Consejo de Estado de Colombia

Auto, Sección III, Sub. "C" (Exp. No. interno 45092) (17 de septiembre de 2013).  
Auto, Sección III, Sub. "C" (Exp. No. interno 44586) (1 de diciembre de 2014).  
Sentencia, Sección III, Sub. "B" (Exp. No. interno 29033) (9 de octubre de 2014).

Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Norte de Santander, Colombia

Sentencia de Nulidad y Restablecimiento (Expediente No.54-001-33-33-004-2012-00100-01) (19 de febrero de 2015)

Corte Suprema de Costa Rica, Sala Constitucional

Resolución No. 2013-04491 (Expediente No. 11-013971-0007-CO) (3 de abril de 2013)

Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de San José de Costa Rica

Resolución 2015-292 (Expediente: 09-010834-042-PE (7)) (26 de febrero de 2015)

Corte Suprema de Justicia de El Salvador, Sala de lo Constitucional

Recurso de Habeas Corpus (Expediente No. 323-2012 ac) (10 de julio de 2015)

Suprema Corte de Justicia de la Nación de México

Sentencia de Ejecución del caso Radilla Pacheco (Expediente Varios No. 912/2010) (14 de julio de 2011)  
Contradicción de Tesis 293/2011 (Expediente No. P./J. 20/2014 (10a)) (30 de abril de 2014)

Tribunal Estatal Electoral de Chihuahua, México

Juicio para la Protección de los Derechos Político Electorales del Ciudadano (Expediente: JDC-13/2015 y su acumulado JDC-14/2015) (15 de enero de 2016).

Juzgado Sexto del Distrito del Centro Auxiliar de la Segunda Región de Puebla, México

Amparo (Expediente No. 257/2011. Auxiliar 188/2012) (19 de junio de 2012)

Juzgado Octavo del Distrito en Materia Administrativa del Distrito Federal de Ciudad de México

Amparo Indirecto (Expediente No. 1286/2012) (24 de marzo de 2014)

Tribunal Constitucional del Perú

Gonzalo Tuanamá Tuanamá y más de 5.000 ciudadanos (Expediente No. 0022-2009-PI/TC) (9 de junio de 2010)

Panamericana Televisión S.A. (Expediente No. 04617-2012-AA) (12 de marzo de 2014)

Sala Penal Nacional del Perú

Abimael Guzmán Reinoso y otros (Expediente acumulado No. 560-03) (13 de octubre de 2006)

Corte Suprema de Justicia de Uruguay

Sentencia No. 365 Sabalsagaray Curuchet, Blanca Stella (Expediente No. 97-397/2004) (19 de octubre de 2009)

Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, Sala Constitucional

Acción innominada de Control de Constitucionalidad (Expediente No. 11-1130) (17 de octubre de 2011)