

¿HACIA UN NUEVO CONTROL DE CONVENCIONALIDAD?

PAULA XIMENA FRANCO RODRÍGUEZ

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS

PROGRAMA DE DERECHO

BOGOTÁ D.C.

2013

¿HACIA UN NUEVO CONTROL DE CONVENCIONALIDAD?

PAULA XIMENA FRANCO RODRÍGUEZ

Trabajo de Grado para obtener el Título de Abogado

Director:

Miguel Polo

Profesor Investigador

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS

PROGRAMA DE DERECHO

BOGOTÁ D.C.

2013

NOTA DE ADVERTENCIA

“La Universidad no se hace responsable por los conceptos emitidos por sus alumnos en sus trabajos de tesis. Solo velará por que no se publique nada contrario al dogma y a la moral católica y por que las tesis no contengan ataques personales contra persona alguna, antes bien se vea en ellas el anhelo de buscar la verdad y la justicia”.

TABLA DE CONTENIDO

Introducción	1
Capítulo I: Nociones generales	3
A. Control de Constitucionalidad	3
B. El Bloque de Constitucionalidad en Colombia	6
C. El Control de Convencionalidad	12
Capítulo II: Caracterización del control de convencionalidad a partir del desarrollo de la jurisprudencia de la Corte IDH	19
1. Fundamento jurídico del control de convencionalidad	19
2. Modelos del control de convencionalidad	24
a) Control concentrado de convencionalidad	24
b) Control difuso de convencionalidad	31
3. Parámetros del control de convencionalidad: una aproximación a los componentes del corpus iure interamericano.	36
4. Efectos del control de convencionalidad	43
Capítulo III: Jurisprudencia de los Estados Parte sobre el control de convencionalidad	47
1. Argentina	47
2. México	52
3. Perú	56
4. Colombia	61
Conclusiones	76
Bibliografía	81

Introducción

La tendencia a la internacionalización del derecho constitucional, iniciada en nuestro país con la Constitución de 1991 y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, ha llevado a un nuevo proceso que algunos autores denominan la constitucionalización del derecho internacional, encabezado por el esfuerzo que ha realizado la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) por vincular a todos los poderes del Estado, incluido el judicial, en el cumplimiento de las obligaciones internacionales contraídas por el Estado en materia de protección de derechos humanos. Así, la Corte IDH ha esbozado lo que llamaremos el “control de convencionalidad difuso”, obligatorio para los jueces domésticos frente a cualquier tipo de norma jurídica (entendida en sentido amplio) de los ordenamientos internos. Esto ha suscitado debates a nivel doctrinal y jurisprudencial acerca del alcance de la figura y su aplicación en los Estados Parte.

La tesis inicial de la presente investigación es que a través de este control difuso de convencionalidad se generará una coordinación entre la jurisdicción internacional y la doméstica, que implicará la construcción de un verdadero sistema regional de protección de derechos humanos, basado en el diálogo entre las dos visiones diferentes que tienen estas instancias como garantes, frente a las acciones u omisiones del legislador, e incluso, del constituyente.

Así, una de las obligaciones de los Estados Parte de la CADH es asegurar recursos efectivos en las instancias nacionales para que, con observancia del debido proceso, se puedan reconocer violaciones a los derechos protegidos por ésta. Como consecuencia, el control difuso de convencionalidad sería ese recurso interno cuando se trata de violaciones producidas por la aplicación, existencia o interpretación de una normatividad determinada en el orden nacional. Por este motivo, es fundamental la interacción entre el derecho internacional y el derecho interno¹, dado el carácter subsidiario que tiene la instancia internacional en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, implica que los jueces internos deben asumir un rol principal en establecer y aplicar criterios que estén en concordancia con los parámetros

¹ Corte IDH. Caso Cepeda Vargas vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Voto concurrente del Juez Diego García-Sayán.

internacionales en materia de derechos humanos, y en ordenar, dentro del marco de los procedimientos y competencias de su ordenamiento, aquellas medidas que sirvan para la reparación, entre esas las que tiene que ver con la aplicación de la normativa interna en el caso concreto.

Así, en el primer capítulo se plantearán unos conceptos básicos tales como el control de constitucionalidad, el bloque de constitucionalidad, y el control de convencional desde el punto de vista doctrinal. Esto servirá para evidenciar la diferencia entre estas figuras de control normativo, y sobretodo, para mostrar el debate que se ha suscitado en torno al significado del control de convencionalidad difuso.

En el segundo capítulo, se analizarán los aspectos generales del control de convencionalidad desde la jurisprudencia de la Corte IDH en la que se ha desarrollado esta obligación de los jueces, es decir, sus características principales, tales como el fundamento jurídico de la figura, las modalidades de control, los parámetros de control: componentes del corpus iure interamericano, y los efectos del fallo de invencionalidad.

En el tercer capítulo, se expondrán casos relevantes en algunos Estados Parte que evidencian la aplicación de un control difuso de convencionalidad. Especialmente, se hará un análisis de la jurisprudencia de la Corte Constitucional con miras a establecer si cumple con el canon internacional de control difuso de convencional, ya que, en algunos casos concretos, ésta ha calificado como “criterio hermenéutico relevante” la jurisprudencia de la Corte IDH, así como algunos instrumentos internacionales parte del corpus iure interamericano como parte del bloque de convencionalidad, la cual es una figura propia del control de constitucionalidad de las normas.

Por último, se presentarán unas conclusiones acerca de la caracterización del control de convencionalidad difuso, para visibilizar la transformación a las fuentes normativas tradicionales que éste supone, así como para diferenciarlo claramente del control de constitucionalidad realizado en varios países. Además, se señalará la posición que han asumido algunos jueces domésticos, entre estos la Corte Constitucional colombiana, para mostrar la trascendencia, desarrollo, y retos pendientes sobre la materia.

Capítulo I. Nociones generales

A) Control de constitucionalidad

El fundamento que justifica el control de constitucionalidad es que el sistema normativo “es un conjunto orgánico y escalonado de normas que va, desde la norma fundamental –la Constitución-, hasta los actos de ejecución material a través de las normas generales –las leyes-, los individuales –actos administrativos, fallos judiciales, negocios jurídicos- es, como dice Legaz y Lacambra, «una exigencia natural la de la regularidad de las normas de orden inferior con las normas de grado superior»”¹

Es decir, los objetivos principales de este control de validez de las normas es que materializa el principio de que la Constitución es una norma de aplicación directa y no simplemente una norma programática, por lo que, en caso de incompatibilidad entre una solución propuesta por la ley y otra dispuesta por la Constitución, deberá inaplicarse la ley en el caso concreto, y aplicar directamente la Constitución (a esto se le llama en Colombia “excepción de inconstitucionalidad”).

Además, hay que tener en cuenta que es la misma Constitución la que señala la forma y el procedimiento como se tramitan y elaboran las demás normas del ordenamiento jurídico. Como consecuencia de esto, si una norma es expedida contrariando una regla constitucional, esta debe ser declarada inexecutable (o anulada), por incurrirse en un vicio de procedimiento. A este respecto, resulta ilustrativa la definición hecha por la Corte Constitucional de Colombia sobre el control de constitucionalidad que ésta ejerce: “el ejercicio del control que a la Corte le compete cumplir como guardiana de la integridad y supremacía de la Constitución, es claro que este [...] se realiza confrontando [...] el precepto legal tal como fue aprobado por el Congreso, con las normas constitucionales presuntamente violadas, para determinar si se adecúa o no al Estatuto Superior, tanto por su aspecto formal como material”.²

También, el control permite que se unifique de la interpretación de la Constitución, por medio del Tribunal Constitucional, y también que haya una labor de pedagogía constitucional para los demás jueces y todos los

¹ SÁCHICA, Luis Carlos. Constitucionalismo Colombiano. Editorial Temis, tercera edición, Bogotá, 1972. Pág. 89.

² Corte Constitucional. Sentencia C-388 de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

poderes del Estado, ya que la interpretación de este, “a diferencia de la de los demás jueces, señala y explica el significado de la Constitución en su carácter de guardiana de la integridad y supremacía de la Carta Fundamental, labor que realiza específicamente a través de su función interpretativa.”³

La conclusión de este proceso, que en Colombia tiene su inicio desde la Constitución de 1991, es lo que la doctrina ha denominado como “constitucionalización del derecho”, entendida como “un proceso de transformación de un ordenamiento al término del cual el ordenamiento en cuestión resulta totalmente ‘impregnado’ por las normas constitucionales”⁴. Así, “los principios de las distintas especialidades del derecho se interpretan en clave constitucional.”⁵

El control de constitucionalidad se ha desarrollado en dos corrientes históricas. Por un lado, puede ser un control concentrado como el que se desarrolló en Europa, en donde la competencia se encuentra en cabeza exclusiva de una corte o tribunal especializado con exclusión de los demás jueces. Por ello se dice que los mencionados cuerpos judiciales tienen “el monopolio del control de constitucionalidad de las leyes”⁶.

Debido a que la competencia se encuentra claramente definida en un órgano, las leyes o actos revisables considerados inconstitucionales, después de la comparación con la normativa constitucional, son declarados inexecutable, ya sea que la acción contra ellos se haga directamente u obedezca a un control oficioso. Así, los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad son *erga omnes*, es decir, generales. Entonces, una de las grandes ventajas que se ha observado en este tipo de control es que evita la inseguridad jurídica, dado que una vez se encuentra que una disposición es incompatible con el texto constitucional es removida del ordenamiento jurídico y no puede aplicarse en ningún caso concreto posterior.

³ Corte Constitucional. Sentencia T-292 de 2006, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, consideración jurídica No. 20.

⁴ GUASTINI, Riccardo, “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, referenciado en CARBONELL, Miguel (coord.), *Neoconstitucionalismo (s)*, Madrid, Editorial Trotta, 2003, p. 49.

⁵ QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando. El control de convencionalidad y el sistema colombiano. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional* núm. 12, julio-diciembre 2009, Pág. 177. Disponible en: http://www.academia.edu/454816/El_control_de_convencionalidad_y_el_sistema_colombiano

⁶ HOYOS, Arturo. La interpretación constitucional. Editorial Temis, Bogotá, 1993. Pág. 85.

Por otro lado, puede ser un control difuso, que tiene como modelo más representativo el de los Estados Unidos, originado en 1803 en el fallo de la Corte Suprema elaborado por el juez Marshall en el caso *Marbury vs. Madison*, donde el control es una competencia que puede ejercer cualquier juez independiente de su rama de especialidad o posición jerárquica. Esto quiere decir que se genera “un control múltiple sobre los actos de los órganos constitucionales, ya que una misma norma jurídica puede ser objeto de él por diversos jueces al ser considerada en casos concretos”⁷.

Este tipo de control se caracteriza porque sólo se puede ejercer en casos concretos dentro de un proceso o actuación de conocimiento de los jueces, inaplicando la disposición jurídica incompatible con la Constitución (en nuestro sistema a esto se le ha llamado la excepción de inconstitucionalidad de las leyes y demás normas jurídicas). Precisamente por esta razón, es un control cuyos efectos son *inter partes*, es decir, que sólo obliga a las partes que han intervenido en el caso concreto, por lo que la ley o norma jurídica estimada constitucional por el juez continúa vigente en el ordenamiento jurídico para futuros casos.

Respecto al control *sui generis* de nuestro país hay que decir que “el sistema colombiano es mixto porque combina a la perfección las características de los dos sistemas judiciales de control constitucional. Por un lado es difuso, ya que cualquier juez puede dejar de aplicar leyes u otras normas jurídicas que en un caso concreto de que conozca en un proceso determinado estime inconstitucionales, y su decisión sólo tendrá efectos *inter partes* (art. 4 Const.); además lo es en cuanto fuera de la Corte Constitucional que puede declarar inexecutable las leyes y otros actos, también el Consejo de Estado puede declarar la nulidad de un acto administrativo, y su decisión tiene efectos generales o sea *erga omnes* (art. 237-2 Const.). Pero, por otro lado, encontramos un control concentrado o centralizado en la Corte Constitucional en cuanto se refiere a la interpretación de las normas constitucionales que consagran los derechos fundamentales de las personas, puesto que conforme al numeral 9 del artículo 241 de la Carta Política es función de dicha Corporación

⁷ PÉREZ ESCOBAR, Jacobo. Derecho Constitucional Colombiano. Editorial Temis, séptima edición, Bogotá 2004. Pág. 49

“revisar, en la forma que determine la ley, las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales”.⁸

B) El bloque de constitucionalidad en Colombia

Un primer razonamiento que sirve para entender esta figura jurídica es que la Constitución de 1991 no se agota en los artículos que efectivamente escribieron los constituyentes, sino que ella misma permite la integración dinámica con otras normas de orden internacional. Particularmente, se encuentran disposiciones constitucionales que abren esta posibilidad, tales son los artículos 9, 44, 53, 93, 94, 102, 214 numeral 2.

Así, una noción del bloque de constitucionalidad es que se refiere a todas aquellas disposiciones cuya violación acarrea la inconstitucionalidad de una ley, esto es, a lo que algunos autores denominan los “parámetros de constitucionalidad” de una ley⁹, dejando a salvo los matices que le ha dado la jurisprudencia a la función del concepto. Por tanto, la Corte ha afirmado que “siempre que se habla de bloque de constitucionalidad, se hace porque en la Constitución una norma suya así lo ordena y exige su integración, de suerte que la violación de cualquier norma que lo conforma se resuelve en últimas en una violación del Estatuto Superior”.¹⁰

Adicionalmente, se identificado que la inclusión de normas en dicho bloque produce los siguientes efectos: “(i) hace procedente la demanda de protección de derechos subjetivos reconocidos en normas internacionales ante autoridades nacionales; (ii) sirve para orientar las políticas públicas, de conformidad con la normatividad internacional incorporada al ordenamiento interno; (iii) cumple un papel de complementariedad, en tanto amplía el alcance del contenido de los derechos fundamentales reconocidos en el texto de la Constitución; (iv) implica la ampliación del catálogo de derechos reconocidos en el ámbito interno por la Carta Fundamental, en tanto incorpora a ésta derechos no incluidos en la Constitución; y, (v)

⁸ PÉREZ ESCOBAR, Jacobo. Derecho Constitucional Colombiano. Editorial Temis, séptima edición, Bogotá 2004. Pág. 51.

⁹ UPRIMNY, Rodrigo. EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD EN COLOMBIA. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal. Pág. 18. Disponible en: http://www.conatrib.org.mx/html/Paneles/Paneles/PanelI_BloqueConstitucionalidadColombiaAnalisisJurisprudencial_RodrigoUprimny.pdf

¹⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-578 de 1995, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, consideración jurídica No. 3.

cumple una función de actualización en la labor hermenéutica de los derechos fundamentales constitucionales”¹¹.

En este sentido, la Corte ya ha dejado claramente establecido que no existe ninguna remisión normativa que justifique la inclusión de todos los tratados en el bloque, ni que determine que todos ostentan una jerarquía normativa superior a la de las leyes ordinarias, ya que “la Constitución colombiana no señala en ninguna de sus disposiciones que el conjunto de los tratados ratificados por Colombia debe ser tenido en cuenta por la Corte al examinar la constitucionalidad de las leyes”.¹² El argumento de la corporación fue que, si bien el artículo noveno de la Constitución reconoce que las relaciones exteriores colombianas se orientan por los principios admitidos de derecho internacional, entre esas el principio de *Pacta Sunt Servanda*, “el hecho de que se acepte que los tratados internacionales deben ser acatados, no implica que las normas legales contrarias a lo pactado en los tratados deban ser consideradas inconstitucionales”¹³.

Precisamente, la evolución de la jurisprudencia sobre este tema ha llegado a distinguir dos sentidos del concepto de bloque de constitucionalidad. El primero denominado *stricto sensu*, conformado por aquellos principios y normas que han sido normativamente integrados a la Constitución por diversas vías y por mandato expreso de la Carta, por lo que entonces tienen rango constitucional, como los tratados de derecho humanitario (C.P. arts. 93 y 103). El segundo denominado *lato sensu* que se refiere a aquellas disposiciones que “tienen un rango normativo superior a las leyes ordinarias”, aunque a veces no tengan rango constitucional, como las leyes estatutarias y orgánicas, pero que sirven como referente necesario para la creación legal y para el control constitucional¹⁴.

¹¹ Aclaración de voto del magistrado Humberto Sierra Porto en la sentencia C- 394 de 2007 de la Corte Constitucional.

¹² Corte Constitucional. Sentencia C-358 de 1997, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, consideración jurídica No. 6.

¹³ Corte Constitucional. Sentencia C-358 de 1997, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Referencia tomada de: UPRIMNY, Rodrigo. BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD, DERECHOS HUMANOS Y NUEVO PROCEDIMIENTO PENAL. Pág. 11. Disponible en: <http://www.wcl.american.edu/humright/hracademy/documents/Clase1-Lectura3BloquedeConstitucionalidad.pdf>

¹⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-191 de 1998 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Posición reiterada en Sentencia C-582-99 MP: Alejandro Martínez Caballero Posición reiterada en C-774-01 MP: Rodrigo Escobar Gil.

Respecto a esta división se ha logrado establecer por la doctrina¹⁵ que cada uno de los sentidos se componen de ciertas normas reconocidas así por la jurisprudencia constitucional. El bloque de constitucionalidad en sentido estricto: (i) el Preámbulo; (ii) el articulado constitucional; (iii) los tratados de límites ratificados por Colombia (Art. 101 C.P)¹⁶; (iv) los tratados de derecho humanitario; (v) los tratados ratificados por Colombia que reconocen derechos intangibles, entendidos como aquellos tratados que reconocen derechos humanos y que prohíben su limitación en los Estados de Excepción (Art. 93 C.P); (vi) los artículos de los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia, cuando se trate de derechos reconocidos por la Carta; (vii) los tratados de constitución y convenios 87 y 88 de la OIT¹⁷; y (viii) la doctrina elaborada por los tribunales internacionales en relación con esas normas internacionales, específicamente en lo que se refiere a los convenios de la OIT y la doctrina elaborada por los órganos de control de esa organización internacional. El bloque de constitucionalidad en sentido lato: (i) las leyes estatutarias, específicamente la Ley estatutaria de mecanismos de participación ciudadana y de Estados de excepción¹⁸; (ii) las leyes orgánicas, en lo pertinente¹⁹; (iii) el resto de tratados que reconocen derechos humanos (Art. 93 inciso 2 C.P)²⁰.

Ahora, la jurisprudencia de la Corte no ha sido tan clara acerca del valor normativo que tienen los componentes del bloque de constitucionalidad, toda vez que ha utilizado la expresión para diferenciar “tres estándares normativos diferentes: (i) las normas de rango constitucional, (ii) los parámetros de

¹⁵ UPRIMNY, Rodrigo. EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD EN COLOMBIA. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal. Pág. 34. Disponible en: http://www.conatrib.org.mx/html/Paneles/Paneles/Panell_BloqueConstitucionalidadColombiaAnalisisJurisprudencial_RodrigoUprimny.pdf

¹⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-191 de 1998. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹⁷ Ver sobre este punto: Corte Constitucional. Sentencia T-568 de 1999. M.P. Carlos Gaviria Díaz; y sentencia C-401 de 2005, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, consideración jurídica No. 21: “tales convenios son norma aplicable de manera principal y directa (...). Adicionalmente, los convenios que integran el bloque de constitucionalidad en sentido estricto han de prevalecer en el orden interno (C.P. art. 93, inc.1), lo cual ha de ser reconocido y respetado al resolver el caso controvertido”.

¹⁸ Ver sobre este tema: Corte Constitucional. Sentencia C-578 de 1995. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; y sentencia C-708 de 1999. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

¹⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-582 de 1999, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

²⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-488 de 2009. MP. Jorge Iván Palacio Palacio, fundamento jurídico No. 4.2: Es así como en tratándose de tratados, su incorporación al bloque de constitucionalidad, tiene dos vías: (i) La primera la “integración normativa” en virtud de lo dispuesto en el primer inciso del artículo 93 de la Constitución, requiriéndose para ello, que un tratado ratificado por Colombia reconozca derechos humanos cuya limitación se prohíba en los estados de excepción. Desde esta perspectiva su incorporación es directa y puede comprender incluso derechos que no estén reconocidos en forma expresa en la Carta. (ii) La segunda forma de incorporación de tratados al bloque de constitucionalidad es como “referente interpretativo” y opera al amparo del inciso segundo del artículo 93 de la Carta. En este sentido la jurisprudencia ha reconocido que algunos tratados de derechos humanos cuya limitación no está prohibida en los estados de excepción también hacen parte del bloque de constitucionalidad, aunque por una vía de incorporación diferente; es decir, no como referentes normativos directos sino como herramientas hermenéuticas para juzgar la legitimidad de la normatividad interna.

constitucionalidad de las leyes y (iii) las normas que son constitucionalmente relevantes en un caso específico”²¹.

Sobre este aspecto es importante recordar que la Corte también ha reconocido un estatus especial de fuerza normativa jurisprudencia de las instancias internacionales de derechos humanos. Básicamente ha afirmado que la interpretación autorizada que realizan estos jueces internacionales sobre el alcance de un derecho contenido en un tratado debe ser considerado por los jueces domésticos, de acuerdo al inciso segundo del artículo 93 que ordena que los derechos constitucionales sean interpretados de conformidad con los tratados ratificados por Colombia. Un ejemplo de esto fue lo señalado por la Corte en la sentencia C-010 de 2000²²:

“La Corte coincide con el interviniente en que en esta materia es particularmente relevante la doctrina elaborada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que es el órgano judicial autorizado para interpretar autorizadamente la Convención Interamericana. En efecto, como lo ha señalado en varias oportunidades esta Corte Constitucional, en la medida en que la Carta señala en el artículo 93 que los derechos y deberes constitucionales deben interpretarse “de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”, es indudable que la jurisprudencia de las instancias internacionales, encargadas de interpretar esos tratados, constituye un criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales”²³

También, en la sentencia T-568 de 1999 se determina que las decisiones concretas de determinados organismos de control de los tratados, como pueden ser las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos o las recomendaciones del Comité de Libertad Sindical de la

²¹ UPRIMNY, Rodrigo. EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD EN COLOMBIA. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal. Pág. 34. Disponible en:

http://www.conatrib.org.mx/html/Paneles/Paneles/PanellI_BloqueConstitucionalidadColombiaAnalisisJurisprudencial_RodrigoUprimny.pdf

²² En el mismo sentido ver la sentencia C-406 de 1996 de la Corte Constitucional. Sin embargo, en este tema, las sentencias T-568 de 1999 y C-010 de 2000 siguen siendo importantes, pues en ellas la Corte utiliza decisiones de instancias internacionales.

²³ Corte Constitucional. Sentencia C-010 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero, consideración jurídica No. 7.

OIT, cuando éstas han sido avaladas por el Consejo de Administración, tenían fuerza jurídica interna y eran parte del bloque de constitucionalidad. Tanto es así que en esa ocasión la Corte dijo:

“Si, como lo ordena la Constitución, los derechos y deberes allí consagrados deben ser interpretados *"de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia"*(art. 93), y *"Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados hacen parte de la legislación interna"* (art. 53 inc 4), las autoridades nacionales de todos los órdenes (el Gerente de las Empresas Varias, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y los Jueces de la República) cometieron un grave error: ignoraron el derecho aplicable; en su lugar, escogieron normas desfavorables a los trabajadores, contrarias a la Constitución y a los deberes internacionales que el Estado se comprometió a cumplir.

Los derechos de asociación, sindicalización y huelga, como se explicó anteriormente, forman parte de la normatividad constitucional por una razón doble: están expresamente consignados en la Carta, y ella integra a su texto los tratados internacionales sobre la materia.

(...) Esta Sala encuentra entonces que la posición asumida por las entidades demandadas es contraria al ordenamiento jurídico colombiano -en el que se incluyeron los Convenios 87 y 98 de la OIT-, y a los compromisos asumidos por nuestro Estado en el plano internacional, por lo que debe insistir en resaltar que las recomendaciones de los órganos de control y vigilancia de la OIT, no pueden ser ignoradas: cuando resultan de actuaciones del Estado contrarias a los tratados internacionales aludidos en el artículo 93 Superior, aunque no sean vinculantes directamente, generan una triple obligación en cabeza de los Estados: deben 1) ser acogidas y aplicadas por las autoridades administrativas; 2) servir de base para la presentación de proyectos legislativos; y 3) orientar el sentido y alcance de las órdenes que el juez de tutela debe impartir para restablecer los derechos violados o amenazados en ése y los casos que sean similares.”²⁴

²⁴ Corte Constitucional. Sentencia T-568 de 1999, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

Por último, vale la pena resaltar que la interpretación que ha hecho la Corte respecto al inciso segundo del artículo 93 de la Constitución ha sido muy importante para integrar la normatividad y la jurisprudencia internacional sobre los derechos ya consagrados en la Carta, dado que los tratados en materia de derechos suelen incorporar una cláusula hermenéutica de favorabilidad o principio *pro homine*, según la cual no puede restringirse o menoscabarse ninguno de los derechos reconocidos en un Estado en virtud de su legislación interna o de otros tratados internacionales, invocando como pretexto que el convenio en cuestión no los reconoce o los reconoce en menor grado. Esta regla hermenéutica implica que en caso de conflictos entre distintas normas que consagran o desarrollan los derechos humanos, el intérprete debe preferir aquella que sea más favorable al goce de los derechos. Un ejemplo claro de la aplicación de esta regla fue el pronunciamiento de la Corte acerca de los derechos fundamentales de las víctimas de desplazamiento interno forzado, incluyendo los Principios Rectores del Desplazamiento Interno consagrados en el Informe del Representante Especial del Secretario General de Naciones Unidas para el Tema de los Desplazamientos Internos de Personas:

*“En consecuencia, todos los funcionarios involucrados en la atención de desplazados, de los cuales son un claro ejemplo los funcionarios del ministerio público que reciben las declaraciones de los desplazados y los funcionarios de la Red de Solidaridad Social, debieran ajustar su conducta, además de las normas constitucionales, a lo previsto en los mencionados Principios.”*²⁵

Entonces, “debemos concluir que el artículo 93-2 constitucionaliza todos los tratados de derechos humanos referidos a derechos que ya aparecen en la Carta y, en virtud de la regla hermenéutica sobre favorabilidad, el intérprete debe escoger y aplicar la regulación que sea más favorable a la vigencia de los derechos humanos. Y como es obvio, para ese ejercicio, debe tenerse en cuenta la

²⁵ Corte Constitucional. Sentencia T-327 de 2001. MP. Marco Gerardo Monroy Cabra. Posición reiterada en las sentencias T-268 de 2003. MP. Marco Gerardo Monroy; y T-419 de 2003. MP. Alfredo Beltrán Sierra.

jurisprudencia de las instancias internacionales, que constituye una pauta relevante para interpretar el alcance de esos tratados, tal y como la Corte Constitucional lo ha señalado”²⁶.

C) El control de convencionalidad

Es importante realizar una primera observación metodológica sobre el marco conceptual de esta figura, y es que en este apartado se abordarán las posiciones doctrinales que se han construido a partir del desarrollo jurisprudencial que ha tenido el control de convencionalidad en los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH), sin embargo, el análisis de estos últimos será abordado a profundidad en el siguiente capítulo, y con base a esto se propondrá una caracterización del control de convencionalidad según los parámetros internacionales.

El origen del control de convencionalidad está directamente relacionado con la fuerza vinculante que tienen las obligaciones contraídas por un Estado por medio del proceso de ratificación de tratados internacionales para todos los poderes del Estado, entendidos estos como el legislativo, ejecutivo y judicial en todas sus expresiones, tanto normativas como fácticas.

Esta introducción de las disposiciones internacionales a las fuentes validez normativa del Estado Parte no resulta novedosa, de hecho, desde la Teoría Pura del Derecho es reconocida como un reflejo de la soberanía estatal: “De acuerdo con el derecho internacional, no puede excluirse ninguna materia de las normas establecidas por tratados, fundándose en que esta materia es incompatible con la naturaleza y, especialmente, con la soberanía del Estado en tratado. En otras palabras, la idea de Estado como poder supremo, no está en conflicto con el derecho internacional, porque este es válido para el Estado solo porque lo ha reconocido y, en consecuencia, no es superior a él. Esta idea es bastante compatible con el hecho de que un Estado, al reconocer o aprobar, en virtud de su soberanía, el Derechos internacional y así hacerlo parte de su Derecho, restringe su soberanía, o sea, su libertad de acción o competencia, al aceptar las

²⁶ UPRIMNY, Rodrigo. EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD EN COLOMBIA. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal. Pág. 32. Disponible en: http://www.conatrib.org.mx/html/Paneles/Paneles/PanelI_BloqueConstitucionalidadColombiaAnalisisJurisprudencial_RodrigoUprimny.pdf
Reiterado en la sentencia T-1319 de 2001 de la Corte Constitucional, M.P. Rodrigo Uprimny Yepes.

obligaciones establecidas por el derechos internacional general y los tratados aprobados por el Estado”.²⁷

Específicamente en lo que respecta al Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el fundamento del control de convencionalidad es la ratificación o adhesión que hace un Estado de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH), debido a que con esto se obliga a respetar los derechos y libertades reconocidos en ésta y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción,²⁸ así como a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales internos y a las disposiciones de la Convención, las medidas que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.²⁹ Ahora, el punto discutido por la doctrina es si estas disposiciones son suficientes para derivar un control jurisdiccional, a parte del de la Corte IDH, que sirva para determinar la adecuación de la totalidad de las manifestaciones del poder del Estado, tales como normas, actos administrativos, prácticas, etc, a este objeto de protección de los derechos y libertades consagrados en la CADH.

Así, la doctrina ha clasificado el control de convencionalidad en dos, un control concentrado en sede internacional y un control difuso en sede nacional. El primero es aquel cuya competencia exclusiva se encuentra en cabeza de la Corte IDH cuando existe incompatibilidad normativa o práctica entre el ordenamiento jurídico interno de un país con la CADH, constituyendo esto un hecho ilícito internacional. El reflejo más claro de este control es el fallo de la Corte IDH que puede ordenar reformar el ordenamiento interno para adecuarlo a las obligaciones internacionales contraídas por el Estado con la debida ratificación del tratado.

Respecto a este control de constitucionalidad concentrado, la doctrina es uniforme en considerar que “es un mecanismo de protección procesal que ejerce la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el evento en que el derecho interno (constitución, ley, actos administrativos, jurisprudencia, prácticas administrativas o judiciales, etc.) es incompatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos u otros tratados –

²⁷ KELSEN, Hans. Introducción a la Teoría Pura del Derecho, 3 edición, Editora jurídica Grijley, en coedición con la UNAM, presentación de García Belaunde Domingo, Lima 2001. Págs. 99 y 100. Referencia tomada de: REY CANTOR; Ernesto, control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos, pág. 60.

²⁸ Artículo 1.1 de la CADH.

²⁹ Artículo 2 de la CADH.

aplicables—, con el objeto de aplicar la Convención u otro tratado, mediante un examen de confrontación normativo (derechos interno con el tratado), en un caso concreto, dictando una sentencia judicial y ordenando la modificación, derogación, anulación o reforma de las normas o prácticas internas, según corresponda, protegiendo los derechos de la persona humana, con el objetivo de garantizar la supremacía de la Convención americana.³⁰

El segundo tipo de control, y objeto de este trabajo, es un control que realizan los jueces domésticos de los Estados parte cuando un “juez inaplica el derecho interno y aplica la Convención u otro tratado, mediante un examen de confrontación normativo (derecho interno con el tratado) en un caso concreto y adopta una decisión judicial protegiendo los derechos de la persona humana”.³¹

Este control difuso es el más discutido al interior de la doctrina, donde pueden distinguirse claramente dos posiciones encontradas, la primera es aquella que considera que no existe realmente un mandato de la Corte IDH hacia los jueces de los Estados Parte para realizar un verdadero control difuso de convencionalidad, sino una interpretación de la normatividad interna acuerdo a los tratados internacionales ratificados por el país; la segunda posición es aquella que considera que sí existe una obligación para los jueces domésticos para realizar un control difuso de convencionalidad, de manera que en un caso concreto puede preferirse la aplicación del corpus iuris interamericano sobre la normatividad interna que lo contraría.

En cuanto a la primera posición, su tesis es que “el *control de convencionalidad o control de tratados* está depositado en los tribunales internacionales, al ser éstos los únicos con competencia para determinar cuándo un acto u omisión de un Estado se contrapone a la obligación internacional adquirida por éste al firmar, ratificar o adherirse a un instrumento internacional”.³²

³⁰ REY CANTOR, Ernesto, control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos, homenaje a Héctor Fix Zamudio, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, Editorial Porrúa, Instituto Mexicanos de Derecho Procesal Constitucional, México 2008, pág. 47.

³¹ REY CANTOR, Ernesto, control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos, homenaje a Héctor Fix Zamudio, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, Editorial Porrúa, Instituto Mexicanos de Derechos Procesal Constitucional, México 2008, pág. 49.

³² CASTILLA, Karlos. El control de convencionalidad: un nuevo debate en México a partir de la sentencia del caso Radilla Pacheco. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XI, 2011, pág. 606. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/estrev/pdf/derint/cont/11/pim/pim20.pdf>

En este sentido, la posición de un único control concentrado de convencionalidad se basa en que un cierto tratado internacional, contempla un órgano internacional que sirve de única instancia para conocer de la interpretación, aplicación y solución de las controversias relacionadas con éste. Es decir, velar por el cumplimiento de su objeto y fin en los Estados Partes. Ahora, teniendo en cuenta que, incluso la Constitución de un Estado es simplemente un hecho más en el ámbito internacional, y no resulta oponible como justificación para el incumplimiento de las obligaciones internacionales adquiridas por ese tratado si no existe algún tipo de reserva al respecto, será este órgano el único encargado de declarar el incumplimiento del Estado, es decir, determinar su respectiva responsabilidad internacional y las consecuencias de ésta.

Según esta tesis, constituye un riesgo que haya un control difuso de convencionalidad porque podría implicar que los Estados buscaran eximirse de su responsabilidad internacional, haciendo un análisis de convencionalidad que no resulta ajustado a los parámetros internacionales, lo que podría redundar en que se mermara el efecto de las sentencias de la Corte IDH, afectando así la seguridad jurídica pretendida en la región.

Por otra parte, esta teoría es matizada con el reconocimiento de una “especie” de control de convencionalidad que sí pueden ejercer los jueces domésticos³³, debido al avance de la jurisprudencia de la Corte IDH sobre el tema, y el reconocimiento expreso que ésta ha hecho sobre la figura del control de convencionalidad como obligación que debe realizarse de oficio por los jueces internos³⁴. Al respecto señalan que “[e]sto no significa que los jueces y tribunales que no ejercen control de constitucionalidad no tengan la obligación de observar y aplicar lo establecido en los tratados internacionales en materia de derechos humanos, sino que éstos deben llevar a cabo —como una práctica común derivada de ser parte a los tratados internacionales y dichos tratados ser componente relevante del orden jurídico interno— una

³³ Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 26 de septiembre de 2006, serie C, núm. 154, párr. 124.

³⁴ 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, núm. 158, párr. 128.

interpretación de derechos y libertades acorde a éstos y quien puede ejercer el control de convencionalidad es el juez que en la legislación interna esté facultado para hacer el control de constitucionalidad”.³⁵

En últimas, la propuesta de esta posición es que no existe un control difuso de convencionalidad, sino que dentro del control de constitucionalidad de la normatividad interna debe incluirse una interpretación de los derechos y libertades reconocidas por los tratados y adecuados a ellos. Hay que resaltar que esta perspectiva implica una constitucionalización del derecho internacional, y sigue siendo una visión tradicional de la conformación de las fuentes del derecho, toda vez que considera que “lo deseable y lo obligado es que el Poder Judicial deje de ver el derecho de origen internacional como *derecho internacional*, para verlo como derecho interno que también conforma el sistema jurídico nacional (...) Asimismo, que lo apliquen e interpreten como una norma más que integra el orden jurídico nacional, impidiendo que las normas inferiores o iguales a éste afecten su objeto y fin al contrastarlos y permitiendo que la Constitución como norma de igual o superior jerarquía se nutra con su contenido, esto es, que el Poder Judicial lleve a cabo una interpretación de derechos y libertades acorde a tratados, y en donde en caso de duda, aplique el principio *pro persona*.”³⁶ Precisamente, esta perspectiva se encuentra relacionada con el principio hermenéutico de favorabilidad que contiene la mayoría de los tratados de derechos humanos, que implica que prevalezca la norma que mejor proteja los derechos en un esquema puramente normativo de derecho interno, y según las competencias de cada juez.

Esta perspectiva se puede asimilar al proceso que ha tenido la jurisprudencia constitucional colombiana con la adopción de la figura del bloque de constitucionalidad, en donde se integran normas de carácter internacional, como los tratados que reconocen y protegen derechos humanos, como criterio hermenéutico relevante en el análisis de constitucionalidad de las normas de derecho interno, sin que realmente tengan una aplicación directa sino auxiliar o complementaria a las fuentes normativas de validez tradicionales, cuya cabeza es la Constitución, rango en el cual excepcionalmente pueden encontrarse normas internacionales.

³⁵ CASTILLA, Karlos. El control de convencionalidad: un nuevo debate en México a partir de la sentencia del caso Radilla Pacheco. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XI, 2011, pág. 609. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/estrev/pdf/derint/cont/11/pim/pim20.pdf>

³⁶ CASTILLA, Karlos. El control de convencionalidad: un nuevo debate en México a partir de la sentencia del caso Radilla Pacheco. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XI, 2011, pág. 613. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/estrev/pdf/derint/cont/11/pim/pim20.pdf>

En contraste, la segunda posición tiene la tesis de que un control de convencionalidad difuso en cabeza de los jueces domésticos “implica asumir una fuerza normativa de los derechos contenidos en las tres Convenciones mencionadas, análoga a la comprendida bajo el principio de Supremacía de la Constitución (...) son normas de aplicación directa en cada uno de los sistemas internos.”³⁷

La trascendencia que tiene el planteamiento de esta posición es que entraña la consagración de un cierto orden jurídico supranacional, un escalón superior a la Constitución de los Estados Partes, cuyo centro de atención es la protección de los derechos humanos. Entonces, la unificación de las interpretaciones hechas por su máximo órgano por medio de sentencias, debe constituir el pilar de los jueces a la hora de analizar la convencionalidad de una norma interna.

Haciendo un símil, la Corte IDH se encontraría, en materia de derechos humanos, al nivel de la Corte Constitucional de Colombia, en materia de análisis de constitucionalidad de las normas, lo que quiere decir que sus precedentes sobre el alcance e interpretación de los derechos conjugados con el *corpus iure* interamericano son el parámetro internacional que deben alcanzar las normas internas para que sean aplicadas por los jueces de cualquier jerarquía en los casos concretos relacionados a la protección de algún derecho contemplado en estos. Sin embargo, si no se encuentran normas internas aplicables al caso concreto, sea porque las medidas legislativas no han sido tomadas para hacer efectivos dichos derechos o porque las que ya han sido tomadas resultan contrarias a lo preceptuado como parámetro internacional, según los comentarios anteriores, forzosamente se tendría que concluir que el juez debe aplicar directamente el *corpus iure* interamericano y el precedente sentado por la Corte IDH para resolver el caso concreto³⁸.

La primera implicación de esta consideración es la modificación de las fuentes normativas, en la que no se hablaría de que la cabeza es la Constitución sino los componentes del *corpus iuris* interamericano, precisamente por ese motivo, en caso de que la Constitución se encuentre en contravía de las disposiciones

³⁷ QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando. El control de convencionalidad y el sistema colombiano. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional* núm. 12, julio-diciembre 2009, Pág. 180. Disponible en: http://www.academia.edu/454816/El_control_de_convencionalidad_y_el_sistema_colombiano

³⁸ Voto razonado del juez Sergio García en el Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) contra Perú. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C No. 169, párr. 4, 12 y 13.

convencionales, ésta tendría que ser modificada, por ser una violación *per se* de las obligaciones internacionales del Estado, e implicar responsabilidad internacional para el Estado.

La segunda implicación es que “cuando para la solución de un caso concreto concurren simultáneamente una solución desde el sistema legal interno y otra solución divergente desde las Convenciones sobre derechos del Sistema Interamericano, deberá darse aplicación directa a la Convención, en lo que bien puede ser denominado como “excepción de inconvencionalidad.””³⁹

La tercera implicación es que, como ya se había esbozado, la unificación de la interpretación de los derechos protegidos por el *corpus iuris* interamericano, por medio de la jurisprudencia de la Corte Interamericana resulta obligatoria para todos los Estados Partes. Esto significa que no podrán ser únicamente un criterio de interpretación relevante, ni un criterio auxiliar en la toma de decisiones respecto a la convencionalidad de una norma interna, sino que deben ser vinculantes en toda su extensión, por constituir una interpretación normativa autorizada por la misma CADH, so pena de incurrir en una responsabilidad internacional.

Para concluir el análisis de esta postura, es interesante resaltar que “el control de convencionalidad es una expresión o vertiente de la recepción nacional, sistemática y organizada del orden jurídico convencional internacional (o supranacional). Constituye un dato relevante para la construcción y consolidación de ese sistema y ese orden, que en definitiva se traducen en el mejor imperio del Estado de derecho, la vigencia de los derechos y la armonización del ordenamiento regional interamericano (puesto que me estoy refiriendo al control ejercido con base en instrumentos de esta fuente) con vistas a la formación de un *ius commune* del mismo alcance geográfico-jurídico.”⁴⁰

³⁹ QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando. El control de convencionalidad y el sistema colombiano. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional* núm. 12, julio-diciembre 2009, Pág. 177. Disponible en: http://www.academia.edu/454816/El_control_de_convencionalidad_y_el_sistema_colombiano

⁴⁰ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. El control judicial interno de convencionalidad. *Revista del instituto de ciencias jurídicas de Puebla, México*, año V, No. 28, julio - diciembre de 2011, pp 127. Refiere al voto del mismo autor en el caso *Trabajadores Cesados del Congreso Vs. Perú. Aguado Alfaro y otros* (24 de noviembre de 2006). Disponible en: <http://scielo.unam.mx/pdf/rius/v5n28/v5n28a7.pdf>

Capítulo II. Caracterización del control de convencionalidad a partir del desarrollo de la jurisprudencia de la Corte IDH.

1. Fundamento jurídico del control de convencionalidad

Como se mencionó en el capítulo anterior, el origen del control de convencionalidad, tanto en su modalidad concentrada como difusa, es el deber de garantía en cabeza de los Estados Partes contenido en el artículo 1.1 de la CADH. Precisamente, el hecho de que los Estados deban organizar todo los componentes de su aparato para que se proteja y asegure el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos, implica que cualquier tipo de manifestación del poder público, sea una ley en sentido formal, o un acto de la administración, o una sentencia, debe velar por la prevalencia del contenido material del tratado y su efecto útil¹.

Desde el comienzo de su jurisprudencia, la Corte IDH ha establecido claramente este factor de imputación de responsabilidad amplio a las obligaciones en cabeza de los Estados. Así, “todo menoscabo a los derechos humanos reconocidos en la Convención que pueda ser atribuido, según las reglas del derecho internacional, a la acción u omisión de cualquier autoridad pública, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad en los términos previstos en la Convención”².

También, esta obligación de garantía se nutre con la contenida en el artículo 2 de la CADH, donde se establece que los Estados se encuentran obligados a adoptar las medidas legislativas y de cualquier otro carácter para asegurar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.

En este sentido, la doctrina ha dicho que esta interrelación necesaria entre los deberes generales de respetar y garantizar los derechos protegidos y de adecuar el ordenamiento jurídico interno para la efectiva protección de los derechos y libertades consagrados en la CADH, tiene origen en el principio general de derecho internacional de *pacta sunt servanda*, ya que es la obligación general del Estado de tomar todas las medidas de derecho interno para *garantizar* la protección eficaz (*effet utile*) de los derechos consagrados, y “(...) Como estas normas convencionales vinculan los Estados Partes - y no solamente sus Gobiernos, - también los Poderes Legislativo y Judicial, además del Ejecutivo, están obligados a tomar las providencias necesarias

¹Corte IDH. Caso Garrido y Baigorria Vs. Argentina. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de agosto de 1998. Serie C No. 39, párr. 68; Caso Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 4 de julio de 2007, párr. 55, y Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008, Serie C No. 186, párr. 179.

² Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párrafo 164.

para dar eficacia a la Convención Americana en el plano del derecho interno. El incumplimiento de las obligaciones convencionales, como se sabe, compromete la responsabilidad internacional del Estado, por actos u omisiones, sea del Poder Ejecutivo, sea del Legislativo, sea del Judicial. En suma, las obligaciones internacionales de protección, que en su amplio alcance vinculan conjuntamente todos los poderes del Estado (...)."³

Esto se encuentra directamente relacionado con el llamado principio de integralidad de la responsabilidad del Estado⁴, según el cual existe una responsabilidad unitaria del Estado por sus actos, de manera que, el Estado Parte asume en el ámbito internacional unos deberes generales que cobijan a cada uno de los componentes de su estructura. En este sentido, se elimina la exoneración del Estado por la distribución de competencias, y todos los poderes públicos se obligan con la protección de los derechos humanos. El fundamento de esta forma de imputación data desde la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, cuyo artículo 29 dispone que: "Un tratado será obligatorio para cada una de las partes por lo que respecta a la totalidad de su territorio, salvo que una intención diferente se desprenda de él o conste de otro modo."

La consecuencia evidente de este principio es que si el legislador no adecua la norma interna a los parámetros internacionales, o el juez decide aplicar la norma y produce una sentencia que tampoco se ajusta a los mismos, se genera una responsabilidad internacional para el Estado, indistintamente del supuesto de hecho, y será declarada así por un tribunal internacional, en este caso la Corte IDH.

Es así como la Corte IDH ha proferido fallos explícitos en los que se declara la responsabilidad de un Estado por los actos, incluso legislativos, u omisiones de cualquiera de sus poderes, y donde ha condenado al Estado a realizar unas reparaciones, por ejemplo garantías de no repetición, que comprenden la adecuación de sus normas a los parámetros internacionales que ella misma ha fijado de acuerdo a su interpretación

³ Corte IDH. Caso Caballero Delgado y Santana vs. Colombia. Reparaciones. Sentencia de 29 de enero de 1997. Serie C No.17. Voto Disidente del juez Antônio Augusto Cançado Trindade, párr. 8-10.

⁴ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. El control judicial interno de convencionalidad. Revista del instituto de ciencias jurídicas de Puebla, México, año V, No. 2 8, julio - diciembre de 2011, pp. 120.

autorizada de la CADH⁵.

Por ejemplo, en el caso *La Última Tentación de Cristo vs. Chile*, la Corte fue enfática en afirmar que: "(...) la responsabilidad internacional del Estado puede generarse por actos u omisiones de cualquier poder u órgano de éste, independientemente de su jerarquía, que violen la Convención Americana. Es decir, todo acto u omisión, imputable al Estado, en violación de las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, compromete la responsabilidad internacional del Estado. En el presente caso ésta se generó en virtud de que el artículo 19.12 de la Constitución establece la censura previa en la producción cinematográfica y, por lo tanto, determina los actos de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial"⁶.

En el marco de los procesos contenciosos nunca se ha cuestionado que una de las funciones esenciales de la Corte IDH es realizar el control de convencionalidad de las normas internas⁷. Así no haya una norma expresa en la CADH sobre este tema específico, lo cierto es que se infiere del artículo 62.3 que establece que la Corte IDH tiene competencia para conocer cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones del tratado, tema en el que se profundizará más adelante. También, la Corte ha establecido que “[s]egún el derecho internacional las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno”⁸. Esta regla ha sido codificada en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969⁹.

Por otra parte, esta función del control de convencionalidad no se limita a los casos contenciosos de la Corte IDH, sino que incluye su función consultiva, ya que el artículo el 64.2 de la CADH, le otorga a la Corte IDH la facultad de emitir opiniones sobre la compatibilidad de las leyes internas a la luz del canon interamericano. Esto significa que la competencia no se limita a realizar un examen de convencionalidad en sentido concreto, a la luz de un caso, sino también de forma abstracta, analizando únicamente la cuestión jurídica que se le plantea sin una referencia particular.

⁵ Ver entre otros: Corte IDH. Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73.

⁶ Corte IDH. Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73, párrafo 72.

⁷ ALBANESE, Susana. Garantías judiciales. Buenos Aires, Ediar, 2007. Pág. 346 y 347.

⁸ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994. Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (Arts. 1 y 2 Convención Americana Sobre Derechos Humanos), Serie A N° 14, párr. 35.

⁹ Corte IDH, Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C No. 154, párr.125.

Una cuestión interesante, aunque no sea el objeto de este estudio, es que esa facultad de realizar un control de convencionalidad se ha extendido a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, quien también puede pronunciarse sobre el contenido material de una norma jurídica adoptada en el orden interno. Al respecto, la Corte IDH afirmó en la opinión consultiva OC-13/93, que: “Lo que la Comisión debe verificar, en un caso concreto, es si lo dispuesto por la norma contradice la Convención y no si contradice el ordenamiento jurídico interno del Estado. La atribución otorgada a la Comisión para *“formular recomendaciones [. . .] a los gobiernos de los Estados Miembros para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos dentro del marco de sus leyes internas y sus preceptos constitucionales”* (art. 41.b) (destacado de la Corte) o el compromiso de los Estados de adoptar las medidas legislativas necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades garantizados por la Convención *“con arreglo a sus procedimientos constitucionales”*” (art. 2) (destacado de la Corte), no le dan a la Comisión facultad para calificar el cumplimiento por el Estado de los preceptos constitucionales en la elaboración de las normas internas.

(...) Esto puede y debe hacerlo la Comisión a la hora de analizar las comunicaciones y peticiones sometidas a su conocimiento sobre violaciones de derechos humanos y libertades protegidos por la Convención”¹⁰.

Además, la Corte ha definido lo que significa la adecuación de las normas de derecho interno a los estándares internacionales de protección de derechos humanos, en dos esferas: i) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención, y ii) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías¹¹. Es necesario reafirmar que la obligación de la primera vertiente sólo se satisface cuando efectivamente se realiza la reforma de la norma que no se encuentra convencional.¹²

¹⁰ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-13/93 del 16 de julio de 1993. Ciertas atribuciones de la comisión interamericana de derechos humanos (arts. 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) párr. 29 y 30.

¹¹ Corte IDH. Caso Ximenes Lopes vs. Brazil. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, párr. 83; Caso Gómez Palomino. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 136, párr. 91; y Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párr.109.

¹² Corte IDH. Caso Raxcacó Reyes vs. Guatemala. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 133. párr. 87; Caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 100; y Caso Caesar vs. Trinidad y Tobago. Sentencia de 11 de marzo de 2005. Serie C No. 123, párrs. 91 y 93; Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C No. 154, párr.118.

Nótese que aquí se encuentra la primera diferencia marcada entre el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad, ya que, el primero puede contener parámetros internacionales como referente como en el caso de la figura del bloque de constitucionalidad que ha adoptado la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana, pero en todo caso su objeto es el desarrollo del principio de legalidad, es decir, determinar si la norma fue expedida según la escala de fuentes normativas internas, sin negar que es un análisis tanto formal como material, sigue siendo con un referente doméstico.

En contraste, el control de convencionalidad implica una especie de supraconstitucionalidad, en el que no basta con el análisis de las fuentes internas, sino que prima el estándar interamericano, cuyo pilar es la dignidad humana, y se vuelve un análisis puramente material del contenido de la norma, que no requiere de ninguna figura que integre las obligaciones internacionales al ordenamiento interno, por ejemplo a través de la figura del bloque.

Esta visión del control de convencionalidad diferenciado del de constitucionalidad es congruente con el principio de subsidiariedad de las instancias internacionales frente a las nacionales, ya que si bien estas pueden analizar una norma a la luz de su ordenamiento interno, que, se insiste, pueden incluir normas de origen internacional como referente, lo cierto es que no siempre alcanzan a cubrir la totalidad del examen sobre el cumplimiento de los parámetros internacionales, lo que normalmente produce un incumplimiento del Estado de sus obligaciones internacionales, y la subsecuente declaratoria de responsabilidad internacional en la instancia correspondiente.

Específicamente, los requisitos de admisibilidad de los casos contenciosos ante el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos es una expresión de este principio de subsidiariedad, ya que los artículos 46.1 literal a) y 61. 2 de la CADH exigen la interposición y agotamiento de los recursos internos para poder acudir a esta jurisdicción internacional, lo que significa que la instancia internacional busca evitar la inactividad o desvío del Estado Parte, sea porque no existe o no opera de manera adecuada los recursos internos para la solución del acto u omisión que constituye un hecho ilícito internacional.

Entonces, nos gustaría resaltar en este punto la importancia que tiene un control difuso de convencionalidad para cumplir con el principio de subsidiaridad o complementariedad de la instancia internacional, toda vez que habría un mecanismo judicial de contraste entre la legislación interna y el canon internacional¹³, lo que constituiría un recurso de protección interno de los derechos humanos, previo a la necesidad de acudir a la Corte IDH, y que podría resultar un verdadero esfuerzo de coordinación entre el sistema internacional y el sistema nacional en beneficio de la eficacia en la protección y garantía de los derechos.

Por esto, el sector de la doctrina que defiende un modelo de control de convencionalidad difuso en cabeza de jueces domésticos afirman que su gran virtud es que: “la protección internacional se configura como una protección complementaria que no sustituye a la nacional sino que ambas se presentan como parte de una compleja maquinaria de garantía de derechos en una sociedad abierta y global. Estas dos dimensiones (nacional e internacional) de la protección de los derechos humanos determinan los nuevos entendimientos entre el derecho constitucional e internacional que requieren necesariamente de una "rehabilitación" del Estado en el escenario mundial, así como del fortalecimiento de las instancias supranacionales.”¹⁴

2. Modelos del control de convencionalidad

Como se anticipó en el capítulo anterior, el principal interés de esta investigación es el desarrollo jurisprudencial de la Corte IDH acerca de la obligación que tienen los jueces domésticos de realizar un control de convencionalidad, que hemos denominado difuso. Sin embargo, para llegar a este punto, es importante mencionar a grandes rasgos la posición de la Corte IDH acerca del control concentrado que ejerce ella misma, por ser el origen y manifestación más clara del funcionamiento del control, así éste no sea el asunto principal de debate.

a) Control concentrado de convencionalidad

¹³ Ledesma Fernández, Héctor. El agotamiento de los recursos internos en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Ponencia ofrecida en el marco del XXV Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos, 9 al 20 de julio de 2007, San José de Costa Rica. Disponible en: http://www.iidh.ed.cr/BibliotecaWeb/Varios/Documentos/BD_1020951901/Faundez.pdf

¹⁴ DEL TORO HUERTA, Mauricio. “La apertura constitucional al derecho internacional de los derechos humanos en la era de la mundialización y sus consecuencias en la práctica judicial”. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva oca, México D. F., N- 112, enero 2005. Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/112/art/art9.htm>

Uno de los primeros casos emblemáticos donde aparece el control de convencionalidad en una controversia sometida al conocimiento de la Corte IDH fue el caso de la *Última Tentación de Cristo vs. Chile*¹⁵, en el que se encontró una violación a los artículos 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) y 2 (Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno) de la misma, debido a que el artículo 19 número 12 inciso final de la Constitución Política de Chile y el Decreto Ley número 679 no se adecuaban a los estándares del artículo 13 de la Convención, ya que el primero permitía la censura previa en la exhibición y publicidad de la producción cinematográfica y el segundo autorizaba al Consejo de Calificación Cinematográfica a “rechazar” películas.

Un punto a resaltar en este caso es que esta controversia fue resuelta en un primer lugar por los jueces del Estado, y la Corte Suprema de Chile finalmente prohibió la exhibición de la película en cuestión, haciendo que se viera la incumplida la obligación del Estado de adoptar “las medidas de otro carácter” necesarias a fin de hacer efectivos los derechos y libertades consagrados en la Convención, particularmente la libertad de expresión y de conciencia.

Finalmente, la Corte IDH determina que el Estado debió tomar las medidas necesarias para dictar las normas constitucionales y legales pertinentes a fin de revocar el sistema de censura previa sobre las producciones cinematográficas y su publicidad y así adecuar su legislación interna a la Convención. A raíz de esta declaratoria de incompatibilidad, Chile llevó a cabo una reforma constitucional mediante Ley No. 19742 (Reforma Constitucional que elimina la censura cinematográfica sustituyéndola por un sistema de calificación y que consagra el derecho a la libre creación artística) el 25 de agosto de 2001.

Este caso es un hito en cuanto al control de convencionalidad porque definitivamente muestra la supraconstitucionalidad de las obligaciones internacionales de los Estados, aquí tuvo que modificarse la constitución para que se adecuara al parámetro internacional, aun siendo la norma de más alta jerarquía en el

¹⁵ Corte IDH. Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73.

orden interno, y por tanto, el referente último de control de todas las normas internas inferiores. Precisamente, la Corte dijo en esta oportunidad que: “En el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha ratificado un tratado de derechos humanos debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas. Esta norma es universalmente aceptada, con respaldo jurisprudencial.¹⁶ La Convención Americana establece la obligación general de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención, para garantizar los derechos en ella consagrados. Este deber general del Estado Parte implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio del *effet utile*). Esto significa que el Estado ha de adoptar todas las medidas para que lo establecido en la Convención sea efectivamente cumplido en su ordenamiento jurídico interno, tal como lo requiere el artículo 2 de la Convención. Dichas medidas sólo son efectivas cuando el Estado adapta su actuación a la normativa de protección de la Convención”¹⁷.

Con base a esta posición, podría resultar controversial hacer una extensión ese control de convencionalidad sobre la Constitución por parte de cualquier juez doméstico, lo que implica que éste podría dejar de aplicar una disposición constitucional, u ordenar su modificación o sustracción del ordenamiento debido a que no se adecua al canon interamericano de protección de derechos humanos, lo que es obviamente un cambio drástico al sistema de fuentes normativas. Cabe preguntarse si esta es una potestad exclusiva de la Corte IDH como máximo órgano de aplicación e interpretación del *corpus iure interamericano*¹⁸ o si los jueces domésticos deben hacerlo también. Si se acepta esta última posibilidad, habría problemas en la definición interna de competencias de los jueces, e incertidumbres acerca de esos casos de inaplicación de la norma constitucional, porque tendría que llenar el vacío normativo con la aplicación directa al caso de una norma

¹⁶ cfr. “principe allant de soi”; Echange des populations grecques et turques, avis consultatif, 1925, C.P.J.I., serie B, no. 10, p. 20; y Caso Durand y Ugarte, supra nota 20, párr. 136.

¹⁷ Corte IDH. Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73, párr. 87.

¹⁸ Ver, por ejemplo, el caso Boyce y otros vs. Barbados, Sentencia de 20 de noviembre de 2007, Serie C No. 169, punto resolutivo no. 8: “El Estado debe adoptar, dentro de un plazo razonable, contado a partir de la fecha de notificación de la presente Sentencia, aquellas medidas legislativas o de otra índole que sean necesarias para asegurar que la Constitución y la legislación de Barbados cumplan con la Convención Americana y, en especial, eliminar el efecto del artículo 26 de la Constitución de Barbados con respecto a la inimpugnabilidad de las “leyes existentes”, en los términos de los párrafos 127(c) a 128 de este Fallo.”

del corpus iure interamericano para velar en el fallo por el estándar mínimo de protección a los derechos humanos que no ofrece la Constitución.

Derivado de esta tesis, surgió el debate acerca de si se necesitaba la concreción de un daño por la aplicación de una norma no convencional o si la simple expedición de esta constituía de por sí un hecho ilícito internacional. Sobre esto, coincidimos con la posición expuesta por algunos jueces de la Corte IDH¹⁹ de que hay una responsabilidad objetiva del Estado, y la expedición de la norma *per se* amenaza la protección de los derechos humanos que pretende la CADH. Más concretamente se puede decir que “la propia existencia de una disposición legal de derecho interno puede *per se* crear una situación que afecta directamente los derechos protegidos por la Convención Americana, por el *riesgo* o la *amenaza* real que su aplicabilidad representa, sin que sea necesario esperar la ocurrencia de un daño; de otro modo, no habría como sostener el deber de prevención, consagrado en la jurisprudencia de la propia Corte Interamericana. (...) [A] partir del momento en que se constatan violaciones de los derechos humanos protegidos, el examen de la incompatibilidad de normas de derecho interno con la Convención Americana deja de ser "una *cuestión abstracta*"; o sea, el cuestionamiento de la compatibilidad con la Convención de la vigencia de una norma de derecho interno, que "*per se* crea una situación legal que afecta los derechos humanos protegidos" es efectivamente "una *cuestión concreta*" »²⁰.

Un caso que demostró la tendencia de la Corte IDH a acoger esta posición fue el caso Suárez Rosero vs. Ecuador²¹, en el que se determinó que el artículo 114 del Código Penal ecuatoriano contenía una excepción al derecho de las personas detenidas a ser liberadas cuando concurren ciertas circunstancias, lo que infringía el artículo 2 de la Convención, ya que Ecuador no había tomado las medidas adecuadas de derecho interno que permitieran hacer efectivo el derecho contemplado en el artículo 7.5 de la Convención. Retornando así a la posición sentada en la Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994 sobre *Responsabilidad*

¹⁹ Corte IDH. Caso Servellón García y otros Vs. Honduras. Sentencia de 21 de septiembre de 2006. Serie C No. 152. Voto razonado del juez A.A. Cançado Trindade.

²⁰ Corte IDH. Caso El Amparo vs. Venezuela. Reparaciones. Sentencia de 14 de octubre de 1996. Serie C No. 28. Voto del juez Sergio García, párr. 2-8.

²¹ Corte IDH. Caso Suarez Rosero vs. Ecuador. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de noviembre 12 de 1997. Serie C No. 35, párrafo 98 y punto resolutivo No. 5.

internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos (Serie A No. 14, párr. 36).

Aquí, la Corte IDH resaltó que si bien la disposición había sido aplicada en el caso concreto de estudio pero también determinó que la presencia de dicha norma violaba per se la Convención, "*independientemente de que haya sido aplicada en el presente caso*". De esta manera, la Corte termina afirmando que hay una responsabilidad objetiva del Estado por sus disposiciones de derecho interno, que por existir y ser aplicables resultan violatorias de la CADH.¹³

Otro caso muy importante en la materia fue el caso *Almonacid Arrellano y otros vs. Chile*, en el que se determinó que el artículo 1 del Decreto Ley No. 2.191 concedía una amnistía general a todos los responsables de "hechos delictuosos" cometidos desde el 11 de septiembre de 1973 al 10 de marzo de 1978. Por su parte, el artículo 3 de ese Decreto Ley excluía de la amnistía una serie de delitos, pero en dicha lista no figuraban todos aquellos calificados como de lesa humanidad. Ante esta situación, y la reiterada jurisprudencia internacional sobre las llamadas leyes de autoamnistía, la Corte IDH concluyó que este Decreto conducía a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad de los crímenes de lesa humanidad²², por lo que era manifiestamente incompatible con el espíritu de la Convención Americana y los derechos protegidos por ella (artículos 8 y 25 de la CADH). Así, la existencia de esta norma interna constituía *per se* una violación de la Convención y generó responsabilidad internacional del Estado²³.

Lo más trascendental del caso fue la decisión que tomó la Corte IDH: "En consecuencia, dada su naturaleza, el Decreto Ley No. 2.191 carece de efectos jurídicos y no puede seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso, ni para la identificación y el castigo de los responsables, ni puede tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos

²² Ver sobre este punto: Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 166, y Caso Godínez Cruz. Sentencia de 20 de enero de 1989. Serie C No. 5, párr. 175.

²³ Corte IDH. Caso Barrios Altos vs. Perú. Interpretación de la Sentencia de Fondo. (art. 67 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 3 de septiembre de 2001. Serie C No. 83, párr. 18.

consagrados en la Convención Americana acontecidos en Chile”²⁴. La consecuencia de esta medida de la Corte es que los jueces domésticos tendrán que inaplicar una norma que, técnicamente, se encuentra todavía vigente en el ordenamiento jurídico de Chile, lo que podría denominarse como una excepción de inconvencionalidad.

Finalmente, resulta relevante recordar el caso *Radilla Pacheco y otros vs. México*²⁵, en el cual se discutió la presunta desaparición forzada del señor Rosendo Radilla Pacheco, que habría tenido lugar desde el 25 de agosto de 1974, a manos de efectivos del Ejército en el Estado de Guerrero, México. En el análisis de este caso, la Corte IDH consideró que el artículo 57, fracción II, inciso a), del Código de Justicia Militar era una disposición amplia e imprecisa que impedía “la determinación de la estricta conexión del delito del fuero ordinario con el servicio castrense objetivamente valorado”²⁶. Concluyó la Corte que la disposición operaba como una regla y no como una excepción, característica indispensable de la jurisdicción militar para ser conforme a los estándares establecidos por ésta²⁷. De esta forma se declaró que el Estado incumplió la obligación contenida en el artículo 2 de la Convención Americana, en conexión con los artículos 8 y 25 de la misma, al extender la competencia del fuero castrense a delitos que no tienen estricta conexión con la disciplina militar o con bienes jurídicos propios del ámbito castrense. En conclusión, como medida de reparación, la Corte IDH ordenó al Estado adoptar, en un plazo razonable, las reformas legislativas pertinentes para compatibilizar el artículo 57 del Código de Justicia Militar con los estándares internacionales en la materia y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

²⁴ Corte IDH, Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C No. 154, párr.129.

²⁵ Corte IDH. Caso Radilla-Pacheco vs. México, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 23 de noviembre de 2009, serie C, No. 209.

²⁶ Corte IDH. Caso Radilla-Pacheco vs. México. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C, No. 209, párr. 287. Ver en este sentido: caso Durand y Ugarte Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C No. 68, párr. 117; Caso de la Masacre de la Rochela Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 163, párr. 200.

²⁷ Corte IDH. Caso Las Palmeras Vs. Colombia, Fondo. Sentencia de 6 de diciembre de 2001. Serie C, No. 209, párr. 51; Caso La Cantuta Vs. Perú. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C, No. 162, párr. 142, y Caso de la Masacre de la Rochela vs. Colombia. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C, No. 163, párr. 200.

Un caso similar al anterior es el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*²⁸, en el que se reitera lo considerado sobre el fuero militar en los casos *Radilla Pacheco, Fernández Ortega y Rosendo Cantú vs. México*²⁹, y dispone el artículo 57 del Código de Justicia Militar es incompatible con la CADH. En consecuencia, “la Corte reitera al Estado su obligación de adoptar, en un plazo razonable, las reformas legislativas pertinentes para compatibilizar la citada disposición con los estándares internacionales en la materia y de la Convención Americana, de conformidad con lo establecido en esta Sentencia”.³⁰ Por otra parte, declaró que “los señores Cabrera y Montiel no contaron con un recurso adecuado y efectivo a través del cual fuera posible impugnar la intervención de la jurisdicción militar en el proceso seguido por aquellos contra los alegados actos de tortura en su contra (*supra* párr. 204). En consecuencia, como se estableció en los Casos *Fernández Ortega y Rosendo Cantú, México* debe adoptar, también en un plazo razonable, las reformas legislativas pertinentes para permitir que las personas que se vean afectadas por la intervención del fuero militar cuenten con un recurso efectivo para impugnar su competencia^{31,32}.”

Es importante señalar que, en este caso, el Estado mexicano alegó una excepción preliminar llamada “de cuarta instancia” y “control de convencionalidad”, según la cual los jueces domésticos ya habían realizado un control de convencionalidad, y por tanto, la Corte IDH no podía revisar el asunto, dada la naturaleza complementaria que tiene la instancia internacional frente al derecho interno. Sin embargo, la Corte reiteró su posición acerca de que le corresponde a ésta analizar el cumplimiento de los compromisos internacionales asumidos por el Estado, y esto incluye el análisis de las actuaciones judiciales a la luz del *corpus iure* interamericano, como órgano que vela por protección de los derechos humanos en el sistema, sin que esto implique un valorar las pruebas y emitir una sentencia que eventualmente pudiera tener por efecto confirmar, modificar o revocar el veredicto nacional. Es decir, hay un control concentrado también para

²⁸ 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.

²⁹ Ver: Corte IDH. Caso *Radilla Pacheco vs. México*, *supra* nota 24, párrs. 340; Caso *Fernández Ortega y otros. Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010 Serie C No. 215, párr. 237, y Caso *Rosendo Cantú y otra vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216, párr. 220.

³⁰ Corte IDH. Caso *Radilla Pacheco vs. México*, *supra* nota 28, párrs. 341 y 342; Caso *Fernández Ortega y otros. vs. México*, *supra* nota 28, párrs. 238 y 239, y Caso *Rosendo Cantú y otra vs. México*, *supra* nota 28, párrs. 221 y 222.

³¹ Corte IDH. Caso *Fernández Ortega y otros vs. México*, *supra* nota 28, párr. 240, y Caso *Rosendo Cantú y otra vs. México*, *supra* nota 27, párr. 223.

³² 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, párr. 235.

verificar la corrección de fondo de ese control de convencionalidad, sin que así se vuelva una nueva instancia ni se trate de una excepción preliminar este asunto, sino una decisión de fondo sobre el asunto.

A partir de esta breve mención de la jurisprudencia de la Corte IDH, puede concluirse que desde el inicio del funcionamiento del Sistema Interamericano ha estado claro que la función primordial de este órgano internacional es interpretar y aplicar el *corpus iure interamericano*. Lo que implica necesariamente que se pueda pronunciar sobre cualquier tipo de acto u omisión del Estado que viole las obligaciones contenidas en los tratados internacionales de los cuales sea parte, inclusive normas internas que no se adecuan al canon interamericano de protección de derechos humanos o decisiones judiciales basadas en dichas normas. De esta forma, el incumplimiento obligación de los Estados de velar por el efecto útil del tratado, utilizando cualquier medio para asegurar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos, constituye un hecho ilícito internacional, fuente de responsabilidad internacional del Estado.

b) Control difuso de convencionalidad

En este apartado se pretende dar a conocer la posición de la Corte IDH acerca de la obligación que tienen todos los jueces internos, sin importar su jerarquía, de realizar un control de convencionalidad sobre la normatividad que van a aplicar en sus casos. Hay que aclarar que no se pretende ser exhaustivo en la presentación de los casos porque muchas veces son reiterativos de la jurisprudencia precedente, simplemente se mencionaran los que consideramos que reflejan de manera más patente el estado del arte sobre el asunto en la jurisprudencia.

El primer caso que se quiere reiterar en esta sección es el caso *Almonacid Arrellano y otros vs. Chile*³³, en donde la Corte reflexiona acerca del comportamiento del Poder Judicial chileno, que ha dejado de aplicar en varias oportunidades desde 1998, el mencionado Decreto Ley No. 2.191, y que lo valora como un avance.

Lo que resulta fundamental de esta consideración es que la Corte parece insinuar que la simple excepción de

³³ 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, párr. 124; Caso *Rosendo Cantú y otra vs. México*, supra nota 28, párr. 219, y Caso *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2010 Serie C No. 217, párr. 202.

inconveniencia no es suficiente para evitar la violación del artículo 2 de la CADH, ya que éste impone una obligación de suprimir la legislación violatoria de la CADH, y además, encuentra que el criterio de las cortes puede modificarse con el tiempo y volverse a aplicar la disposición³⁴.

Estas consideraciones resultan congruentes con la responsabilidad objetiva del Estado, ya explicada, dado que la norma interna *per se* está encuentra violando la CADH, por su existencia y posibilidad de aplicación. El punto es que también puede resultar una puerta abierta para afirmar que no se trata solamente de que los jueces domésticos, de cualquier jerarquía o especialidad, puedan dejar de aplicar la norma no convencional en un caso concreto, y por tanto que la función del artículo 2 sea “facilitar la función del Poder Judicial de tal forma que el aplicador de la ley tenga una opción clara de cómo resolver un caso particular”³⁵, sino que incluso estos, sin discriminación, puedan declararla de alguna manera carente de efectos en abstracto y a futuro para evitar los riesgos que la corte identificó en este caso (esto puede ser denominado de diferentes maneras en cada país, tales como nula, inconveniencia, inconstitucional, etc).

También en este caso se hace una consideración fundamental para todo el desarrollo del control de convencionalidad difuso que vale la pena transcribir en su totalidad:

“123. Sin embargo, cuando el Legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, el Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella.

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

³⁴ Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, supra nota 33, párr. 122.

³⁵ Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, supra nota 33, párr. 123.

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”.³⁶

De aquí se derivan cuatro consecuencias muy importantes³⁷: la primera es que efectivamente todos los jueces de alguna manera se encuentran sometidos a la CADH por hacer parte de la integralidad que es el Estado para el derecho internacional, por lo cual, debe haber al menos un órgano competente en el poder judicial interno que pueda declarar la inconvencionalidad de una norma, y retirarla si es el caso del ordenamiento jurídico; la segunda es que la CADH como fuente normativa se ubica por encima, al menos, de las leyes internas, por lo que deben respetar su objeto y fin; la tercera es que queda abierto el interrogante, que ha suscitado debates en la doctrina como se analizó en el capítulo I, acerca de si se trata de una “especie” de control de convencionalidad según el cual se deben interpretar los derechos y libertades de la normatividad interna acorde con los tratados, o de un verdadero control de convencionalidad difuso según el cual el juez puede aplicar directamente el tratado y dejar de aplicar una norma interna expedida válidamente, e incluso constitucional, con el argumento de que no es convencional; la cuarta consecuencia es que el corpus iure interamericano no se compone únicamente del texto de la CADH sino de las interpretaciones hechas por la Corte IDH, tema que se abordará con más profundidad en secciones siguientes de este capítulo.

³⁶ Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, supra nota 33, párr. 124, y Caso La Cantuta Vs. Perú, supra nota 26, párr. 173.

³⁷ Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, supra nota 33, párr. 124; Caso Rosendo Cantú y otra vs. México, supra nota 28, párr. 219, y Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia, supra nota 32, párr. 202. Caso La Cantuta Vs. Perú, supra nota 26, párr. 173; Trabajadores cesados vs. Perú. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C No. 169, párr. 78; y Caso Boyce y otros Vs. Barbados. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C No. 169, párr. 78.

El Tribunal observa que el control de convencionalidad ya ha sido ejercido en el ámbito judicial interno de México. Cfr. Amparo Directo Administrativo 1060/2008, Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito, sentencia de 2 de julio de 2009. En tal decisión se estableció que: “los tribunales locales del Estado Mexicano no deben limitarse a aplicar sólo las leyes locales sino que quedan también obligados a aplicar la Constitución, los tratados o convenciones internacionales y la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, entre otros organismos, lo cual los obliga a ejercer un control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas y las supranacionales, como lo consideró la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación [...]”.

También, debemos reiterar el caso *Radilla Pacheco vs. México*, porque dentro de las medidas de satisfacción y garantías de no repetición se encuentran consideraciones muy interesantes de la Corte IDH acerca de la interpretación que deben hacer los jueces domésticos del artículo 13 de la Constitución Política mexicana³⁸ de forma coherente a los principios convencionales y constitucionales de debido proceso y acceso a la justicia, contenidos en el artículo 8.1 de la Convención Americana y las normas pertinentes de la Constitución mexicana.

Entonces, la Corte IDH en este caso hace patente la diferencia entre las normas convencionales y las constitucionales, haciendo énfasis en que éstas últimas dependen en su interpretación adecuada a las primeras, lo que de por sí significa un cambio en el sistema de fuentes normativas tradicional, porque la supremacía ya no sería de la Constitución sino que ésta debe armonizarse con las disposiciones del canon interamericano. Además, se reafirma que la aplicación de las normas, sin importar su jerarquía, o su interpretación constitucional, por ser prácticas jurisdiccionales y una manifestación del orden público estatal, se deben encontrar ajustadas al mismo fin que persigue el artículo 2 de la CADH, so pena que constituyan hecho ilícito internacional³⁹. Con este razonamiento, la Corte IDH concluye que no es necesario ordenar la modificación de dicho artículo constitucional, sino adecuar su interpretación al canon interamericano, una solución que pueden tomar los jueces domésticos también.

El caso hito sobre control de convencionalidad difuso fue el caso de *Trabajadores cesados del Congreso vs. Perú*, en el que la Corte IDH analiza la inactuación de los jueces frente a una serie de normas que contenían medidas de administración de personal en el Congreso, e impedían a las personas la impugnación respecto al procedimiento de evaluación y eventual cesación. Aquí la Corte consideró que:

³⁸ Constitución Política de México. Artículo 13. Nadie puede ser juzgado por leyes privativas ni por tribunales especiales. Ninguna persona o corporación puede tener fuero, ni gozar más emolumentos que los que sean compensación de servicios públicos y estén fijados por la ley. Subsiste el fuero de guerra para los delitos y faltas contra la disciplina militar; pero los tribunales militares en ningún caso y por ningún motivo podrán extender su jurisdicción sobre personas que no pertenezcan al Ejército. Cuando en un delito o falta del orden militar estuviese complicado un paisano, conocerá del caso la autoridad civil que corresponda.

³⁹ Corte IDH. Caso Castillo Petrucci y otros Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 30 de mayo de 1999, Serie C No. 52, párr. 207; Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, párr. 83, y Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, supra nota 32, párr. 118.

“ (...) los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones”⁴⁰.

En este caso, se reitera la jurisprudencia anterior, agregando unos nuevos elementos que dejan interrogantes sin resolver como, primero, si el control de convencionalidad debe ser realizado de oficio por el juez, lo que implica que el impulso procesal no se encuentra en cabeza de la parte interesada, esto podría suponer que debe ser un análisis previo a la aplicación de cualquier norma por un juez ante un caso concreto, o en cualquier caso distinto en el que avoque la competencia, por ejemplo, un juez constitucional puede hacer este control abstracto entre la norma interna y la CADH sin que medie un caso concreto.

En este sentido, resulta interesante observar que esta clase de medidas ya han sido ordenadas por la Corte IDH, atribuyéndole competencia a un juez específico por vía del control, por ejemplo en el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, donde estableció que “corresponde a las autoridades judiciales, con base en el control de convencionalidad, disponer inmediatamente y de oficio el conocimiento de los hechos por el juez natural, es decir el fuero penal ordinario”^{41,42}.

Segundo, la Corte responde una preocupación que tenían muchos doctrinantes acerca de la puerta abierta y la inseguridad jurídica a la que puede conducir este control de convencionalidad⁴³ limitando las potestades del juez a sus competencias y regulaciones procesales, que son normas de orden público que se encuentran

⁴⁰ Corte IDH. Trabajadores cesados vs. Perú. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C No. 169, párr. 128.

⁴¹ Corte IDH. Caso Fernández Ortega y otros. vs. México, supra nota 28, párr. 237, y Caso Rosendo Cantú y otra vs. México, supra nota 28, párr. 220.

⁴² 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, párr. 233. También, ver el voto razonado del juez ad hoc Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot en la mencionada sentencia.

⁴³ CASTILLA, Karlos. El control de convencionalidad: un nuevo debate en México a partir de la sentencia del caso Radilla Pacheco. Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. XI, 2011, pág. 610. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/estrev/pdf/derint/cont/11/pim/pim20.pdf>

circunscritas al ordenamiento interno, pero, esto implica que los Estados deben regular, según su concepción orgánica del poder judicial, cómo va a funcionar el control de convencionalidad y quién va a poder ejercerlo, lo que podría mermar el efecto expansivo del control si, por ejemplo, se le encargara exclusivamente a los tribunales constitucionales. Lo que sí resulta claro es que así no todos los jueces en los diferentes países puedan tomar medidas como dejar de aplicar la norma inconvencional (excepción de inconvencionalidad), ni hacer una interpretación convencional de ella con efectos erga omnes o inter partes, ni menos retirarla del ordenamiento jurídico, al menos, deben poder plantear en sus fallos una especie de duda de inconvencionalidad, porque siguen encontrándose en la obligación de hacer este análisis.

Tercero, relacionado con lo anterior, no deja la puerta abierta para la arbitrariedad en el uso de este control, ya que considera la posibilidad de unos presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de este tipo de acciones. Sin embargo, estas consideraciones de la Corte IDH generan muchas preguntas, porque no resulta muy claro de donde van a inferirse esos presupuestos, o si los debe crear cada Estado con el riesgo de que estos no respondan a los parámetros internacionales pretendidos por la Corte IDH para este tipo de control de convencionalidad, o si debe asumirse que son los mismos que para acudir ante el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, en cuyo caso se le restaría toda efectividad a la figura del control difuso porque terminaría siendo de imposible aplicación para los jueces domésticos, por requisitos tales como el agotamiento de las instancias internas.

3. Parámetros del control de convencionalidad: una aproximación a los componentes del corpus iure interamericano.

Como lo expresa el título de este apartado, se hará un análisis, integrando la jurisprudencia de la Corte IDH, acerca de aquellos referentes normativos que se tendrían en cuenta en un control de convencionalidad, específicamente enfocado en los casos contenciosos.

Existe cierta claridad acerca de cuales son los instrumentos internacionales que componen el corpus iure interamericano, ya que los Estados han ratificado otros tratados diferentes a la CADH que contemplan la

competencia de la Corte IDH para resolver controversias derivadas de sus disposiciones⁴⁴, y además la Corte IDH ha ido ampliando este marco de instrumentos internacionales para la protección de los derechos.

Así, “al referirse a un “control de convencionalidad” la Corte Interamericana ha tenido a la vista la aplicabilidad y aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José. Sin embargo, la misma función se despliega, por idénticas razones, en lo que toca a otros instrumentos de igual naturaleza, integrantes del corpus juris convencional de los derechos humanos de los que es parte el Estado: Protocolo de San Salvador, Protocolo relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, Convención para Prevenir y Sancionar la Tortura, Convención de Belém do Pará para la Erradicación de la Violencia contra la Mujer, Convención sobre Desaparición Forzada, etcétera”.⁴⁵ A continuación se hará una breve mención sobre cada uno de estos instrumentos.

El primero es el Protocolo de San Salvador, cuyo artículo 19 numeral 6, dispone la competencia contenciosa de la Corte IDH para los casos de violaciones de los derechos establecidos en el párrafo a) del artículo 8 y en el artículo 13 de dicho instrumento.

Aunque eso no ha significado que de forma indirecta pueda vincular el contenido de este instrumento para integrar otros del sistema interamericano comprometidos en un caso concreto. Esto se ha presentado en algunos casos en los que el derecho a la vida o a la integridad personal se deben entender en conjunto con alguno derechos económicos, sociales y culturales, tales como la salud y educación. Un ejemplo de esto es el caso de *Ximenes Lopes vs. Brasil*, en donde se protegió al derecho a la salud mental a través del concepto de vida digna y del derecho a la integridad, por lo que la muerte del señor Ximenes Lopes en una cosa de reposo resultó siendo una fuente de responsabilidad internacional del Estado por el incumplimiento de los

⁴⁴ Corte IDH. Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia, supra nota 33, párr. 199.

⁴⁵ 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. 158, Voto del juez Sergio García Ramírez.

artículos 4 y 5 de la CADH, y existen otros casos en los que ha sucedido esta integración entre la CADH y los DESC consagrados en el Protocolo de San Salvador⁴⁶.

El segundo es el Protocolo relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, que se integra a través del artículo 4 (derecho a la vida y restricción de la aplicación de la pena de muerte) de la CADH⁴⁷, y que tuvo su origen en la Opinión Consultiva OC-3/83 del 8 de septiembre de 1983 “Restricciones a la Pena de Muerte (arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos)”⁴⁸.

El tercero es la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (CIPST), cuyo artículo 8 establece que un caso sobre tortura podrá ser sometido a instancias internacionales cuya competencia haya sido aceptada por el Estado responsable luego de que se hayan agotado los recursos internos.

Al respecto, la Corte IDH se ha pronunciado sobre su competencia para conocer presuntas violaciones a este tratado en casos como “Panel blanca” (*Paniagua Morales y otros*) vs. *Guatemala* y *Niños de la calle* (*Villagrán Morales y otros*) vs. *Guatemala*⁴⁹. En estos casos la Corte IDH estableció que se habían vulnerado los artículos 1, 6 y 8 de la CIPST⁵⁰.

El cuarto es la Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, también llamada la Convención Belem do Pará. Específicamente sobre este instrumento, la Corte IDH ejerce competencia contenciosa sobre el artículo 7⁵¹. Pese a esto, la Corte IDH ha utilizado artículos de esta

⁴⁶ Corte IDH. Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110; Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2004. Serie C No. 119; Caso Ximenes Lopes vs. Brasil. Excepción Preliminar. Sentencia de 30 de noviembre de 2005. Serie C No. 139.

⁴⁷ Ver, entre otros: Corte IDH, caso Villagrán Morales y otros (caso de los "Niños de la calle"), Sentencia del 19 de noviembre de 1999. Serie C, No. 63, párr. 144; caso Neira Alegría y otros, Sentencia de 19 de enero de 1995. Serie C, No. 20, párr. 74.

⁴⁸ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-3/83 del 8 de septiembre de 1983. Restricciones a la Pena de Muerte (arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Serie A No. 3.

⁴⁹ Corte IDH. Caso Gutiérrez Soler vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de septiembre de 2005. Serie C No. 132, párrafo 54; Caso Maritza Urrutia vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2003. Serie C No. 103, párrafo 95; Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 70, párrafo 223.

⁵⁰ Corte IDH. Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 186, párr. 210-216.

⁵¹ Corte IDH. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, resolución 5.

Corte IDH. Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160; Caso Perozo y otros vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 195.

Convención para la interpretación de ella misma y de otros instrumentos interamericanos en ejercicio de su competencia en casos contenciosos⁵². También, es relevante que el artículo 7, h), de este tratado, contiene la obligación de adecuar la legislación interna a los estándares de derecho internacional, previendo así el control de convencionalidad.

El quinto es la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (CIDFP), cuyo artículo XIII establece que el trámite de las peticiones o comunicaciones sobre desaparición forzada estará sujeto a los procedimientos establecidos en la CADH, y en los Estatutos y Reglamentos de la CIDH y de la Corte IDH.

Así, en casos como el de *Trujillo Oroza vs. Bolivia* o la sentencia del caso *Gómez Palomino vs. Perú*, se ha declarado la inconvencionalidad de las omisiones absolutas y relativas en la tipificación del delito de desaparición forzada por parte de los dos ordenamientos respectivamente⁵³. Particularmente, la omisión relativa se debió a que la tipificación “no contiene todas las formas de participación delictiva que se incluyen en el artículo II de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, resultando así incompleta.”⁵⁴

También ha habido algunas aproximaciones por parte de los jueces domésticos en la aplicación de este instrumento, por ejemplo, esto se evidenció en el caso *Torres Millacura vs. Argentina*, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ordenó que el proceso penal para sancionar la desaparición forzada de Torres Millacura se realizara conforme a la CIDFP, a pesar de la falta de tipificación del delito en el código penal argentino.⁵⁵

Un asunto sobre el cual vale la pena reflexionar es si el juez nacional, como un componente del todo que constituye el Estado para el derecho internacional, puede incluir dentro de su parámetro de convencionalidad aquellos instrumentos que no le otorgan competencia contenciosa a la Corte IDH, pero que han sido

⁵² Corte IDH. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C, No. 205, párr. 70.

⁵³ Corte IDH. Caso Gómez Palomino vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 136; Caso Trujillo Oroza vs. Bolivia. Fondo. Sentencia de 26 de enero de 2000. Serie C No. 64

⁵⁴ Corte IDH. Caso Gómez Palomino vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 136

⁵⁵ Corte IDH. Caso Torres Millacura y otros vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de agosto de 2011. Serie C No. 229, párrafo 127.

ratificados por su Estado Parte, o incluirlos así el Estado Parte no ha reconocido la competencia contenciosa de la Corte IDH. A este interrogante no hay una única respuesta, porque en últimas dependerá de la estructuración que se realice en el derecho interno acerca del funcionamiento control de convencionalidad, como mencionamos en el apartado anterior. Sin embargo, no resulta improbable que efectivamente la competencia del juez doméstico sea mayor a la del órgano internacional, porque, precisamente, la instancia internacional es subsidiaria o complementaria a los mecanismos internos del Estado. Entonces, entre más instrumentos sean contemplados por el juez doméstico para realizar su control de convencionalidad difuso, más estándares internacionales mínimos está evaluando el Estado, luego, teóricamente, está siendo más diligente en el cumplimiento de sus obligaciones internacionales.

Un aspecto que apoya el punto anterior, es que la misma Corte IDH ha tratado de ejercer de control de convencionalidad concentrado de manera más flexible, y a veces parte de tratados sobre los que no ejerce competencia contenciosa, por supuesto sin poder hacer un control directo sobre ellos, pero haciendo una interpretación de la CADH o un acercamiento indirecto a ellos, precisamente buscando una protección más efectiva y amplia de los derechos humanos.

Es más, la Corte IDH ha concluido que su competencia consultiva, de carácter puramente jurídico-abstracto, puede ejercerse, “en general, sobre toda disposición, concerniente a la protección de los derechos humanos, de cualquier tratado internacional aplicable en los Estados americanos, con independencia de que sea bilateral o multilateral, de cuál sea su objeto principal o de que sean o puedan ser partes del mismo Estados ajenos al sistema interamericano”⁵⁶.

Por otra parte, se ha debatido en la doctrina si la jurisprudencia de la Corte IDH es vinculante para los Estados, y en qué medida. Primero hay que aclarar que, para efectos de este trabajo, la jurisprudencia de la Corte IDH se entiende que incluye: los fallos o resoluciones proferidas en el marco de los casos

⁵⁶ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-1/82, 24 de septiembre 1982. "Otros Tratados" Objeto de la Función Consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos), primera resolución.

contenciosos, las opiniones consultivas, y las medidas provisionales⁵⁷.

Un sector de la doctrina considera que únicamente es obligatorio para los jueces domésticos observar la jurisprudencia de los casos contenciosos o las medidas provisionales en las que su Estado se encuentre involucrado, y el resto constituye un parámetro de orientación⁵⁸. En contraste, hay quienes afirman que toda jurisprudencia de la Corte IDH es vinculante para los Estados, con fundamento en el deber de buena fe y a la figura de la “cosa interpretada”⁵⁹.

Consideramos que esta última posición es la más cercana a la tendencia que ha tomado la jurisprudencia de la Corte IDH, porque, como se mencionó anteriormente, desde el caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, y en otros casos posteriores, se ha señalado que para el análisis de convencionalidad “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”⁶⁰.

Esto se explica porque siendo la Corte IDH el órgano supremo de interpretación y aplicación de los instrumentos del corpus iure interamericano va generando reglas controlantes a medida que resuelve casos concretos, de forma evolutiva⁶¹. Estas no solamente conciernen a ese caso ni a ese Estado, sino que resultan siendo verdaderos estándares para la protección real y efectiva de los derechos humanos que deberán observar los Estados, so pena de comprometer su responsabilidad internacional⁶².

Además, la Corte IDH utiliza su jurisprudencia como estándares internacionales de protección de los derechos contenidos en el corpus iure interamericano en repetidas ocasiones, para velar porque se mantenga

⁵⁷ HITTERS, Juan Carlos, “¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de constitucionalidad y convencionalidad)”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, núm. 10, 2008, p. 145; y FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor, *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Aspectos institucionales y procesales*, San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004, pp. 586 y 908.

⁵⁸ CASTILLA, Karlos. El control de convencionalidad: un nuevo debate en México a partir de la sentencia del caso Radilla Pacheco. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XI, 2011, pág. 610. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/estrev/pdf/derint/cont/11/pim/pim20.pdf>. En ese mismo sentido, García Ramírez, Sergio, *La jurisdicción interamericana de derechos humanos*, México, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, 2006, pp. 158 y 159.

⁵⁹ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. “Los desafíos de la sentencia de la Corte Interamericana en el caso Almonacid Arellano”. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*. México D.F., N° 7, enero-junio 2007, p. 314.

⁶⁰ Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, supra nota 32, párr. 119.

⁶¹ Corte IDH. Caso Tibi vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114, párr.144.

⁶² Acerca de esta posición: “pretender reducir la obligatoriedad de la jurisprudencia convencional sólo a los casos donde el Estado ha sido “parte material”, equivaldría a nulificar la esencia misma de la propia Convención Americana, cuyos compromisos asumieron los Estados nacionales al haberla suscrito y ratificado o adherido a la misma, y cuyo incumplimiento produce responsabilidad internacional”. MAC-GREGOR FERRER, Eduardo. Reflexiones sobre el control difuso de convencionalidad. A la luz del caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, *boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLIV, núm. 131, mayo-agosto de 2011, pp. 917-967.

la protección alcanzada por este medio jurisdiccional⁶³. Un ejemplo claro de esto son las leyes de amnistía, donde no sólo se reitera las violaciones a los derechos de las víctimas que estas suponen, sino también las consideraciones precedentes hechas por la Corte a este respecto.⁶⁴ Otro ejemplo son las disposiciones relativas a la pena de muerte, en el caso *Boyce y otros vs. Barbados*⁶⁵, la Corte IDH encontró que los jueces domésticos se habían limitado a evaluar si artículo 2 de la Ley de Delitos contra la Persona era constitucional, cuando debieron evaluar su convencionalidad según la reiterada jurisprudencia acerca del alcance del artículo 4 de la CADH⁶⁶ y la opinión consultiva OC- 3/83 titulada *Restricciones a la Pena de Muerte (Arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*⁶⁷.

Así, hay una distinción entre la “cosa interpretada” y la “cosa juzgada”, donde la primera constituyen todas esas reglas controlantes derivadas de las consideraciones hechas en la jurisprudencia de la Corte IDH que son de contenido general, por ejemplo, cuando se interpreta el alcance o elementos de un derecho de la CADH; mientras que la segunda, es el efecto incontrovertible del fallo que sí resulta afectando a un Estado en particular, por ejemplo, las reparaciones específicas a las que se le condene.

Entonces, “[e]s indudable que una sentencia de la Corte es ‘cosa juzgada’, obligatoria para el Estado demandado en cuestión, pero también es ‘cosa interpretada’, válida erga omnes partes, en el sentido de que tiene implicaciones para todos los Estados Partes en la Convención en su deber de prevención. Sólo mediante un claro entendimiento de esos puntos fundamentales lograremos construir un orden público interamericano basado en la fiel observancia de los derechos humanos”⁶⁸.

En conclusión, la jurisprudencia de la Corte IDH hace parte del referente del análisis de convencionalidad

⁶³ Corte IDH. Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, Voto del Juez Cançado Trindade.

⁶⁴ Corte IDH. Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C No. 221, párrafos 215-225; 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.

⁶⁵ Corte IDH, Caso Boyce y otros vs. Barbados, Sentencia de 20 de noviembre de 2007, Serie C No. 169.

⁶⁶ Corte IDH, Caso Boyce y otros vs. Barbados, supra nota 65, párr. 80: “En este sentido, a la luz de la jurisprudencia de la Corte y en tanto que el artículo 26 de la Constitución de Barbados impide el escrutinio judicial sobre el artículo 2 de la Ley de Delitos contra la Persona, que a su vez es violatoria del derecho a no ser privado, arbitrariamente, de la vida, la Corte considera que el Estado no ha cumplido con el deber establecido en el artículo 2 de la Convención en relación con los artículos 1.1, 4.1, 4.2 y 25.1 de dicho instrumento”.

⁶⁷ Corte IDH. Restricciones a la Pena de Muerte (Arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-3/83 del 8 de septiembre de 1983. Serie A No. 3

⁶⁸ CANÇADO TRINDADE, Augusto Antonio. El Derecho de Acceso a la Justicia Internacional y las Condiciones para su realización en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Presentación ante el Consejo Permanente de la Organización de Estados Americanos. 16 de octubre de 2002, pp. 10. Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/iidh/cont/37/pr/pr4.pdf>

que deben hacer los jueces domésticos, porque implica un desarrollo trascendente en materia de derechos humanos sobre los instrumentos que componen el corpus iure. Esto no significa que los jueces internos no puedan realizar sus propias interpretaciones de las normas internacionales, sino que simplemente deben tener en cuenta ese mínimo impuesto por el órgano internacional, y identificar la aplicabilidad del precedente para el caso concreto, o motivar su separación de éste sin perder de vista el objeto y fin de los instrumentos internacionales. Ahora, esta jurisprudencia sobre el control de convencionalidad difuso a su vez puede someterse también al sistema de precedente judicial, si el país lo tiene previsto así en su ordenamiento, y puede construirse un estándar cada vez más alto de protección de los derechos humanos a nivel interno, evitando así llegar a la instancia internacional.

4. Efectos del control de convencionalidad

No existen muchas consideraciones acerca de los efectos que debe tener un fallo que determine la convencionalidad de una norma por parte de un juez interno. Sin embargo, se puede hacer una aproximación desde los efectos que se han dado a nivel de control concentrado de convencionalidad.

Una primera anotación interesante es que el control de convencionalidad no se encuentra supeditado únicamente a normas expedidas por el Estado que no cumplen los parámetros internacionales en protección de derechos humanos, sino también a las omisiones legislativas que impiden que se logren esos parámetros. Un ejemplo de esto, que mencionamos en el acápite anteriores, es el examen que realizó la Corte IDH sobre la ausencia de tipificación del delito de desaparición forzada en los ordenamientos internos.

Así, en el caso *Heliodoro Portugal vs. Panamá*, la Corte IDH determina que esta omisión legislativa, viola el artículo 2 de la CADH y el artículo III de la CIDFP, ya que impide el desarrollo efectivo de un proceso penal por la comisión de esos delitos, en detrimento de las víctimas.⁶⁹ La conclusión de este caso fue la condena al Estado que tipifique los delitos de desaparición forzada de personas y tortura, en un plazo

⁶⁹ Corte IDH. *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*, supra nota 1, párr. 187; *Caso Caballero Delgado y Santana vs. Colombia*, supra nota 3, párr. 56.

razonable. Esta obligación únicamente se entiende cumplida cuando “el proyecto de ley se convierta en ley de la República y entre en vigor, lo cual debería efectuarse en un plazo razonable”⁷⁰.

Consideramos que la orden de subsanar la omisión legislativa y los requisitos para que se entienda plenamente cumplida la obligación son factibles en el ámbito interno también, de hecho, la Corte Constitucional de Colombia no es ajena a este tipo de ordenes. Aunque, el juez interno también podría recurrir, si ello es posible, a llenar el vacío por medio de la aplicación directa de la CADH, por ejemplo, si el derecho específico no se encuentra consagrado en la legislación interna, podría igual ampararse con una remisión directa al instrumento internacional, evitando que se consume el daño por el hecho ilícito internacional de la no adecuación de las normas internas (artículo 2 CADH).

Una segunda esfera de efectos es la que se deriva de la declaración de inconvencionalidad de una norma del ordenamiento interno. Es importante aclarar que los pronunciamientos que hace la Corte IDH solamente reflejan el incumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado, y no tienen el efecto de retirar del ordenamiento jurídico interno una cierta norma (dependiendo de cada país será anularla, declararla inexecutable, etc), esto corresponde al Estado⁷¹.

Lo que sí hace la Corte IDH es señalar unas medidas de reparación, según el artículo 63.1 de la CADH, por la violación del artículo 2 y 1.1 de la CADH, tales como la modificación⁷², reinterpretación⁷³, la derogación o de algún modo la carencia de efectos de las normas o prácticas que ocasionaron la violación⁷⁴. La implicación de esto último es que, primero, la norma tiene que dejarse de aplicar a futuro, en cualquier controversia, mientras se expide la modificación correspondiente, o una nueva que la reemplace, o

⁷⁰ Corte IDH. Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá. Supervisión de cumplimiento de sentencia. Resolución de 28 de mayo de 2010, párr. 36

⁷¹ Corte IDH. Caso La Cantuta vs. Perú, supra nota 26. Voto razonado del juez Sergio García Ramírez. párr. 4 y 5: “(...) En suma, la ineficacia de esos mandamientos resulta inmediatamente —y sin necesidad de actos especiales que lo dispongan y que, en todo caso, se limitarán a declararlo de su colisión con la Convención Americana (...)”.

⁷² Corte IDH. Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de junio de 2002. Serie C No. 94, párrafo 113; Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 166, párrafo 57; y Caso La Cantuta vs. Perú, supra nota 26, párrafo 172.

⁷³ Corte IDH. Caso Radilla Pacheco vs. México, supra nota, párr. 340-341.

⁷⁴ Corte IDH. Caso Barrios Altos Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75; Caso Caesar vs. Trinidad y Tobago. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de marzo de 2005. Serie C No. 123, párrafo 94; Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador. Excepción Preliminar y Fondo. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C No. 179, párrafo 122; y Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador, supra nota 68, párr. 57.

simplemente se retira del ordenamiento aquella que no es convencional, según los procedimientos internos de cada Estado y la orden concreta del fallo, y esta inaplicación es una manifestación de un cierto control de convencionalidad por parte de los jueces internos sujetos a lo ya dispuesto por la Corte IDH sobre dicha norma; segundo, si se trata de reinterpretar la norma, los operadores jurídicos tienen que adoptar la interpretación que se haya encontrado conforme al *corpus iure interamericano* y abandonar la anterior, sea con efectos *erga omnes* o *inter partes* según su competencia.

Así, resulta complicado hacer la transferencia de estas medidas al control difuso de convencionalidad, porque en el orden interno, cada Estado tiene definidas sus competencias dentro del poder judicial, y los efectos de un fallo de inconvencionalidad dependerá de quién profiera la decisión, sin que pudiera un juez ordenar medidas fuera de su competencia. Por ejemplo, el juez constitucional en Colombia podría declarar inexecutable la norma, dándole efectos *erga omnes* a esta decisión y retirándola así definitivamente del ordenamiento jurídico, o podría condicionarla para que su interpretación sea aquella convencional con los mismos efectos, pero un juez ordinario únicamente podría darle efectos *inter partes* a su decisión, e inaplicar la norma en el caso concreto o aplicarla con la interpretación convencional, haciendo uso de lo que hemos llamado la excepción de inconvencionalidad.

Vale la pena señalar que, de manera algo atípica, la Corte IDH ha determinado que las leyes de autoamnistía son inconvencionales *per se* y desde su expedición, por lo que los efectos del fallo se remontan a casos anteriores los analizados específicamente en la contención, como en el caso de Barrios Altos vs. Perú, donde se determinó que “dada la naturaleza de la violación constituida por las leyes de amnistía No. 26479 y No. 26492, lo resuelto en la sentencia de fondo en el caso Barrios Altos tiene efectos generales”⁷⁵. Existe alguna duda sobre si esto sería posible en el ámbito interno de los Estados, dado que si bien el deber de reparar las

⁷⁵ Corte IDH. Caso Barrios Altos Vs. Perú. Interpretación de la sentencia de fondo (Art. 67 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 3 de septiembre de 2001, parte resolutive. Por ejemplo, en *La Cantuta vs. Perú*, supra nota 27, párr. 174: “En ese marco de interpretación, la controversia subsistente debe ser ubicada en aquella primera vertiente de medidas que deben ser adoptadas para adecuar la normativa interna a la Convención. Para efectos de la discusión planteada, es necesario precisar que la Corte consideró que en Perú dichas leyes de autoamnistía son *ab initio* incompatibles con la Convención; es decir, su promulgación misma “constituye *per se* una violación de la Convención” por ser “una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado parte” en dicho tratado. Ese es el *rationale* de la declaratoria con efectos generales realizado por la Corte en el caso Barrios Altos. De ahí que su aplicación por parte de un órgano estatal en un caso concreto, mediante actos normativos posteriores o su aplicación por funcionarios estatales, constituya una violación de la Convención”. Asimismo, en el caso *Gomes Lund y Otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*, párr. 106.

vulneraciones de los derechos humanos para las víctimas tiene mucho que ver con asuntos tales como la investigación de los delitos, los jueces tienen competencias demarcadas que les impiden dictar medidas de reparación hasta la retroactividad de una declaratoria de inconvencionalidad de una norma, incluso otro tipo de medidas.

Capítulo III. Jurisprudencia de los Estados Parte sobre el control de convencionalidad

En este apartado del trabajo se presentarán unos casos significativos de cuatro países parte del sistema interamericano de protección de derechos humanos, especialmente el caso colombiano. Esto con el fin de ilustrar cómo ha ido penetrando la figura del control de convencionalidad difuso en los jueces domésticos, y la adaptación que ha tenido cada sistema jurídico.

Como observación preliminar hay que decir que el control de convencionalidad de oficio que deben ejercer los jueces domésticos en los términos de la Corte IDH no requiere de un pronunciamiento de algún órgano o normativa interna que los faculte para hacerlo o desarrolle un procedimiento con este fin, sino que simplemente es una obligación que se desprende directamente de los artículos 1.1 y 2 de la CADH. Así, puede anticiparse que los casos donde efectivamente se ha hecho un control de convencionalidad por parte de los jueces domésticos la iniciativa ha provenido directamente de ellos, y sin duda han suscitado ciertas controversias al interior de sus países. Este paso adelante que se ha dado en algunos países ya ha sido reconocido por la Corte IDH en el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*.¹

1. Argentina

El fallo que se va a relatar brevemente a continuación resulta de especial trascendencia para este estudio porque los derechos y obligaciones que se encuentran violados por unas disposiciones nacionales pertenecen mayoritariamente a instrumentos internacionales de protección a derechos humanos, recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y normas controlantes derivadas de la jurisprudencia de la Corte IDH, y así lo declara el juez. Además, el año en el que es proferido todavía no se ha hecho explícita la obligación del control de convencionalidad de oficio por parte de la misma Corte IDH, entonces es realmente innovador, y tuvo una influencia política y jurídica muy importante en la Argentina.

¹ 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, párr. 226-232.

La providencia de 6 de marzo de 2001 dictada por el juez federal argentino Gabriel Cavallo en la causa No. 8686/2000 caratulada: “Simón, Julio. Del cerro, Juan Antonio, s/sustracción de menores de 10 años”. El contexto del caso fue el juzgamiento de dos miembros de las fuerzas militares argentinas en la época de la dictadura militar (1976-1983), que secuestraron a Claudia Victoria Poblete cuando era una niña, estando sus padres reclusos, y la registraron con otros padres.

Primero, la ley de obediencia debida (ley 23.521) fue una disposición legal dictada en Argentina el 4 de junio de 1987, durante el gobierno de Raúl Alfonsín, que estableció una presunción de derecho, a favor de ciertos rangos militares (Art. 1 de la ley), en el sentido en que su actuación durante la dictadura estaba coaccionada y justificada por la subordinación a una autoridad superior, sin que hubiera posibilidad de inspección, oposición o resistencia a las ordenes que les era imperioso ejecutar.

El razonamiento del juez estuvo rodeado de los pronunciamientos de la Corte IDH en materia de autoamnistías, y las disposiciones de varios tratados que componen el corpus iure interamericano, tales como la CADH, la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, etc. Así, afirma que el legislador le ha impuesto una realidad no comprobada empíricamente al juez, era un mandato de valoración jurídica de los hechos para los jueces, sin que fuera admisible ninguna prueba en contrario. Justamente, la ley parecía ser más una orden a los jueces, que una ley general y abstracta propia del poder legislativo, como lo sería una amnistía que extinguiera la acción penal, dado que su aplicación se supeditaba a las calidades de las personas a las que estaba dirigida, que no comprende a todos los que intervinieron a los hechos, sino aquellos que pertenecían a determinado rango jerárquico dentro de las fuerzas armadas.

Además, no se tomaba en consideración las infracciones que se estaban amnistiando, que no eran de aquellas que pudieran ser sujeto de este tipo de leyes, por no ser únicamente delitos políticos y comunes que estuvieran relacionados con el móvil político alegado, sino graves y sistemáticas violaciones a derechos humanos, en su mayoría crímenes de lesa humanidad.

Segundo, la ley de punto final (ley 23.492), sancionada en 1986, en un sentido similar a la de la obediencia debida, impidió el procesamiento del personal de las Fuerzas Armadas o cualquier otro partícipe, a través de la estipulación de un plazo de 60 días para la extinción de las acciones penales por crímenes cometidos durante la dictadura contemplados en el Art. 10 de la ley 23.049 (Código de justicia militar de Argentina).

Sobre esta ley se ha discutido si constituía una reducción especial del plazo de prescripción de la acción penal o una amnistía sujeta al cumplimiento de una determinada condición negativa de: “que no estuviese prófugo, o declarado en rebeldía, o que no haya sido ordenada su citación a prestar declaración indagatoria, por tribunal competente”, dentro de los sesenta días corridos a partir de la fecha de promulgación de la norma.

Sin embargo, no se puede hablar de una prescripción penal por cuanto el fin de la ley de extinguir la acción penal tiene características propias más cercanas a la amnistía. Así, la primera institución de carácter puramente procesal se establece a partir de límites mínimos y máximos de pena y tiene relación directa con la gravedad del delito cometido. Mientras que la ley de punto final deja fuera del alcance de la ley penal a unos hechos determinados, específicamente aquellos ocurridos desde el 24 de marzo de 1976 hasta el 26 de septiembre de 1983, y sólo los delitos del Art. 10 de la ley 23.049, además se fundamenta políticamente en un argumento de interés general como sería la estabilidad de las instituciones de las fuerzas armadas que se veían amenazadas por el número de procesos derivados de los crímenes cometidos durante la dictadura. En este sentido, no puede ser una prescripción especial por tratarse de hechos ya cometidos, sobre los cuales el poder legislativo solamente puede eliminar su punibilidad por medio de una amnistía, ya que contiene plazos no aplicables a futuro, ni interrumpido el plazo por la comisión de otro delito o según la gravedad de este, como caracteriza a esta institución procesal.

Así, concluyó que las leyes de obediencia debida y de punto final son contrarias a las garantías judiciales (Art. 8) consagradas en la CADH debido a que extinguieron la posibilidad de la acción judicial contra los

responsables de violaciones a derechos humanos durante la dictadura, de manera que se hizo nugatorio el derecho de las víctimas y de sus familiares, e incluso de toda la sociedad argentina, de comprobar los delitos denunciados; identificar a sus autores, cómplices y encubridores; e imponer las sanciones penales correspondientes.

En el caso argentino, no sólo no había forma de acceder a un recurso efectivo por la naturaleza de la ley de punto final que imponía unos plazos perentorios antes de extinguir la acción penal, sino que se impedía el debido proceso legal (Art. 8.1) al establecer presunciones de derecho sobre hechos no comprobados en el proceso que excluían la punibilidad de personas implicadas con la ley de obediencia debida. Entonces, la víctima o su representante, que en el proceso penal argentino pueden querellar, como impulsores y dinamizadores del proceso penal ven totalmente frustradas sus pretensiones con la existencia de estas leyes que les impiden en acceso mismo a la jurisdicción.

Estas leyes que pretendían el perdón y en cierta medida el olvido de las graves y sistemáticas violaciones a los derechos humanos ocurridas en Argentina, violaron el derecho de las víctimas y de sus familias afectadas a un recurso, a una investigación judicial imparcial y exhaustiva que esclareciera los hechos, y que encuentre los responsables, violando así el derecho a la verdad y justicia de las víctimas.

Precisamente, la Convención establece que el Estado tiene la obligación de suministrar recursos rápidos, sencillos y efectivos (Artículo 25)², no siendo suficiente que en el ordenamiento jurídico del Estado reconozca formalmente el recurso en cuestión, sino que es necesario que desarrolle las posibilidades de un recurso efectivo y que éste sea substanciado conforme a las reglas del debido proceso legal.

² Corte IDH, Casos Velásquez Rodríguez, Fairén Garbí y Solís Corrales y Godínez Cruz, Excepciones Preliminares, Sentencias del 26 de junio de 1987, párr. 91, 90 y 92, respectivamente.

Específicamente, estas leyes suprimían la posibilidad de que un tribunal independiente e imparcial conozca siquiera de los recursos interpuestos con respecto a las violaciones que se alegan porque impiden iniciar cualquier tipo de actividad jurisdiccional, en los términos consagrados en el Art. 25 de la CADH.

Había una denegación de justicia que hace imposible la adopción de medidas necesarias para establecer los hechos ocurridos e individualizar a los responsables de las violaciones graves y sistemáticas a los derechos humanos durante la dictadura. Como consecuencia de esto, se afirma en la providencia que “los damnificados por las violaciones a los derechos humanos perpetradas por la última dictadura militar se han visto obligados a interponer sus reclamos ante tribunales ubicados fuera del territorio nacional, en atención a la nacionalidad de las víctimas o bien invocando el principio de jurisdicción universal que se torna aplicable a estos casos por tratarse de *crímenes contra la humanidad*”³.

También, se encuentran incumplidas las obligaciones de prevenir, investigar, sancionar y reparar a las víctimas, derivadas de la obligación de los Estados Partes de la Convención de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en esta a todas las personas sujetas a su jurisdicción (Art. 1.1).

Recuérdese que en el momento en que un Estado ratifica la Convención adquiere una obligación internacional de revisar la legislación vigente para adecuarla a los compromisos asumidos, si fuere necesario adoptar las medidas necesarias para efectivizar la vigencia de derechos no reconocidos en el ámbito interno, y evidentemente, como en el caso de las leyes de obediencia debida y punto final, derogar aquellas disposiciones que sean incompatibles con los derechos consagrados en el instrumento internacional. Así, el Estado argentino se obligó a tomar las medidas necesarias para la eficacia de la Convención en el derecho interno, para cumplir su objeto y fin de protección de los derechos humanos, y este mandato va dirigido a todos los poderes del Estado, incluyendo el legislativo y el judicial. En el caso concreto, hay una responsabilidad internacional por el Estado que creó y conservó por varios años disposiciones violatorias de

³ Causa Nro. 8686/2000 caratulada "Simón, Julio, Del Cerro, Juan Antonio s/sustracción de menores de 10 años" del registro de la Secretaría Nro. 7 de este Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal No. 4. Disponible en: <http://www1.umn.edu/humanrts/research/argentina/jfcc4-cavallo.html>

la Convención, pero habría una nueva violación si un juez le diera aplicación a estas normas manifiestamente contrarias a los derechos protegidos en la Convención y produjera una decisión en ese mismo sentido.

Finalmente, este análisis lleva al juez a declarar inválidos, inconstitucionales y nulos el Art. 1 de la ley 23.492 y los Arts. 1, 3 y 4 de la ley 23.521 por ser incompatibles con la Convención Americana de Derechos Humanos (Arts. 1, 2, 8 y 25), con la Declaración Americana de Derechos Humanos (Art. xviii), con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Arts. 2 y 9), y con el objeto y fin de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (Art. 18 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados).

Vale la pena mencionar que, “la reciente y más trascendental sentencia adoptada por la Corte Suprema argentina es el caso Mazzeo⁴ donde, en 2007, la Corte Suprema argentina declaró que el decreto aprobado en 1989 por el presidente Menem,⁵ quien con tal decreto había perdonado treinta ex militares de la antigua Junta Militar era inconstitucional. Al hacer esto, la Corte Suprema argentino aplicó explícitamente el control de convencionalidad según lo dispuesto por la Corte Interamericana. La Corte Suprema reconoció la autoridad interpretativa de la Corte Interamericana en cuanto a los derechos contenidos en la CADH, y se basó en los criterios que fueron desarrollados por la Corte Interamericana⁶ cuando analizó el deber del Estado de investigar y perseguir crímenes contra la humanidad, para finalmente llegar a la conclusión que tales crímenes no podían ser perdonados, y que el decreto de 1989 era inconstitucional”⁷.

2. México

⁴ Corte Suprema argentina, Mazzeo Julio Lilo y otros, Sentencia del 13 de julio de 2007, Jurisprudencia Argentina 2007-III-573, párr. 21.

⁵ Decreto 1002 de 1989.

⁶ La Corte Suprema argentina también se refiere a la Comisión Interamericana y al Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas.

⁷ Binder, Christina. ¿Hacia una corte constitucional de américa latina? La jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos con un enfoque especial sobre las amnistías. Biblioteca jurídica virtual del Instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=2895>

El pronunciamiento que se presentará sobre este país no tiene una naturaleza contenciosa, pero es interesante porque es la misma Suprema Corte de Justicia de la Nación la que decide, en pleno⁸, hacer una declaración acerca de “la posible participación del Poder Judicial de la federación en la ejecución de la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Radilla Pacheco contra los Estados Unidos Mexicanos, ante la duda que genera la inexistencia de normas legales expresas que regulen su ejecución, y la importancia que dicho caso reviste para el orden jurídico nacional”⁹.

Primero, en este pronunciamiento resulta muy claro que la posición del Poder Judicial de México es la identificación orgánica y de competencias entre el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad, ya que se trata de adaptar el modelo ya existente con las facultades definidas para cada categoría de juez con el control de convencionalidad. Así, existen algunos órganos de control concentrado de constitucionalidad con unas “vías directas de control”: acciones de inconstitucionalidad, controversias constitucionales y amparo directo e indirecto; y también hay un control difuso que pueden realizar todos los jueces durante los procesos ordinarios de su competencia, y siempre de manera incidental.

Segundo, la Suprema Corte define claramente qué compone el parámetro para realizar ese control de convencionalidad: todos los derechos humanos contenidos en la Constitución Federal (con fundamento en los artículos 1º y 133), así como la jurisprudencia emitida por el Poder Judicial de la Federación; todos los derechos humanos contenidos en Tratados Internacionales en los que el Estado mexicano sea parte¹⁰; los criterios vinculantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos establecidos en las sentencias en las que el Estado mexicano haya sido parte, y criterios orientadores de la jurisprudencia y precedentes de la citada Corte, cuando el Estado mexicano no haya sido parte.

⁸ Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación (México). “Artículo 10. La Suprema Corte de Justicia conocerá funcionando en Pleno: [...] XI. De cualquier otro asunto de la competencia de la Suprema Corte de Justicia, cuyo conocimiento no corresponda a las Salas, y”

⁹ Expediente varios 912/2010. Ponente: Margarita Beatriz Luna Ramos. Encargado del engrose: José Rramon Cossio Díaz. Disponible en: http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5212527&fecha=04/10/2011

¹⁰ Los tratados competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos establecida en el mismo texto de los tratados o mediante jurisprudencia de la misma Corte, son los siguientes: Convención Americana sobre Derechos Humanos; Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura; Párrafo a) del artículo 8 y en el artículo 13 del Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador”; Artículo 7 Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención De Belém Do Pará”; Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas; y, Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad.

Aquí claramente se ve que la pirámide normativa tradicional se mantiene intacta, siendo la Constitución la punta, y la jurisprudencia doméstica extremadamente importante. Además se sienta la posición de que no resulta vinculante para otros Estados aquellos criterios establecidos en casos contenciosos donde el Estado mexicano no haya sido parte, lo cual resulta bastante discutible, ya que, como se vio en el capítulo anterior, de allí igual se derivan reglas controlantes que se aplican de manera general y reiterada en los pronunciamientos de la Corte IDH, por lo cual son vinculantes para todos según el concepto de “cosa interpretada”¹¹. Esto no fue pasado por alto por algunos de los Ministros¹², quienes manifestaron su disidencia sobre este punto afirmando que: “las sentencias de la Corte Interamericana tienen un efecto erga omnes para todos los Estados parte de la Convención, en virtud de que cumplen una función interpretativa, integradora, armonizadora y evolutiva”¹³

Tercero, en el pronunciamiento se establecen las modalidades de interpretación del ordenamiento jurídico interno: una interpretación en sentido amplio que realmente es una expresión del principio *pro homine*, ya que se trata de favorecer la mayor protección a los derechos humanos; una interpretación conforme en sentido estricto, que significa escoger la interpretación jurídicamente válida que se encuentre acorde con la protección de los derechos humanos según la Constitución y los tratados internacionales en los que el Estado sea parte; inaplicación de la ley si las alternativas anteriores no son posibles, buscando “asegurar la primacía y aplicación efectiva de los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los cuales el Estado mexicano es parte”¹⁴.

¹¹ AYALA CORAO, Carlos, “Las Modalidades de las Sentencias de la Corte Interamericana y su Ejecución”, en La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional, Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea (Coordinadores), Tomo IX, Universidad Nacional Autónoma de México, 2008, p. 294.

¹² Voto particular del Ministro Sergio A. Valls Hernández: “Si bien es cierto que la obligatoriedad, de acuerdo con lo establecido en el artículo 68.1¹² de la Convención, solamente se puede exigir a los Estados que fueron parte en el proceso litigios -dadas las responsabilidades de carácter directo que les son atribuidas en virtud del mismo-, no menos cierto es que un simple carácter orientador no es suficiente para garantizar los alcances que los criterios de la Corte Interamericana otorgan a la Convención y que México, al ser Estado parte, se encuentra obligado a garantizar, de conformidad con el artículo 1.1¹² del propio instrumento.” Expediente varios 912/2010. Ponente: Margarita Beatriz Luna Ramos. Encargado del engrose: José Rramon Cossio Díaz. Disponible en: http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5212527&fecha=04/10/2011

¹³ Voto particular del Ministro Sergio A. Valls Hernández. Expediente varios 912/2010. Ponente: Margarita Beatriz Luna Ramos. Encargado del engrose: José Rramon Cossio Díaz. Disponible en: http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5212527&fecha=04/10/2011

¹⁴ Expediente varios 912/2010. Ponente: Margarita Beatriz Luna Ramos. Encargado del engrose: José Rramon Cossio Díaz. Párr. 33. Disponible en: http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5212527&fecha=04/10/2011

De esta manera, concluye la Suprema Corte que “todas las autoridades del país en el ámbito de sus competencias tienen la obligación de aplicar las normas correspondientes haciendo la interpretación más favorable a la persona para lograr su protección más amplia, sin tener la posibilidad de inaplicar o declarar la incompatibilidad de las mismas”. Por lo cual, ordena realizar unas capacitaciones abiertas, no sólo al Poder Judicial como determinó la medida de reparación de la Corte IDH, sino a cualquiera que quiera asistir sobre el control de convencionalidad y la protección de los derechos humanos.

Pero lo más importante es que aclara que “todos los jueces del Estado mexicano, de conformidad con el artículo 1º constitucional, están facultados para inaplicar las normas generales que, a su juicio, consideren transgresoras de los derechos humanos contenidos en la propia Constitución Federal y en los Tratados Internacionales de los que el Estado mexicano es parte”¹⁵, teniendo en cuenta el párrafo 339 del fallo del caso Radilla Pacheco vs. México. Lo cual, además, implica que se debe solicitar la modificación de la jurisprudencia P./J. 74/1999 en la que se interpretó el artículo 133 de la Constitución Federal en el sentido de que el control difuso de la constitucionalidad de normas generales no está autorizado para todos los jueces del Estado mexicano.

Esta decisión no fue tan pacífica al interior de la Suprema Corte, de hecho, algunas posiciones radicales¹⁶ consideraron que esta modificación de la jurisprudencia, y en general, la posibilidad de que un juez pudiera inaplicar una norma interna, que goza de la presunción de legalidad y constitucionalidad, porque va en contra de las disposiciones tratado internacional constituye una violación de la soberanía del Estado y a la supremacía de la Constitución.

También fue objeto de debate la modificación de competencias de los jueces a raíz de la decisión, ya que está por fuera de la Constitución mexicana asuntos como que los jueces de las entidades federativas puedan

¹⁵ Expediente varios 912/2010. Ponente: Margarita Beatriz Luna Ramos. Encargado del engrose: José Ramon Cossio Díaz. Párr. 51. Disponible en: http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5212527&fecha=04/10/2011

¹⁶ Voto particular del Ministro Luis María Aguilar Morales: “no puedo conceder que con motivo de cualquier pacto, convenio o tratado internacional, México pierda su soberanía y relegue a la Constitución de la República a un segundo plano (...)”. Expediente varios 912/2010. Ponente: Margarita Beatriz Luna Ramos. Encargado del engrose: José Ramon Cossio Díaz. Disponible en: http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5212527&fecha=04/10/2011

pronunciarse sobre la inaplicación de leyes federales, “pues sus competencias se reducen a preferirlas sobre las locales en el supuesto de un conflicto de normas”¹⁷, entre otras modificaciones de este tipo.

De este pronunciamiento de la Suprema Corte y de las correspondientes reservas de los ministros puede evidenciarse el difícil proceso de transición entre una visión tradicional de las fuentes normativas y de las competencias de los jueces domésticos, hacia una visión más incierta sí, pero más amplia sobre la misión y obligación que tienen todos los poderes del Estado de velar por la garantía de los derechos humanos según las pautas internacionales, así eso implique una modificación paulatina de las estructuras jerárquicas de un ordenamiento jurídico que fue pensado para estar cerrado de forma hermética y ser autocontenido.

3. Perú

El caso que se presentará de este país está relacionado con la posición reiterada de la Corte IDH respecto a la inconvencionalidad del fuero militar aplicado a los crímenes de lesa humanidad, y es el análisis que hace el Tribunal Constitucional de unas disposiciones internas no sólo con referentes constitucionales sino también con la jurisprudencia de la Corte IDH sobre la materia.

Se interpone una demanda de inconstitucionalidad contra el Decreto Legislativo N.º 1097, por considerarlo violatorio del principio-derecho a la igualdad, reconocido en el artículo 2º, inciso 2, y en el primer párrafo del artículo 103º de la Constitución, y del mandato contenido en el artículo 2º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El argumento de esto es que la disposición establece un trato diferenciado en relación con la aplicación de la legislación procesal penal según si la persona pertenece o no a las fuerzas militares y de la policía, siempre que esté acusada de la comisión de los delitos contra la vida, el cuerpo y la salud previstos en el Código Penal de 1924 y el Código Penal de 1991, considerados como violaciones a los derechos humanos, así como por los delitos contra la humanidad previstos en el Código Penal de 1991.

¹⁷ Voto particular del Ministro Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Expediente varios 912/2010. Ponente: Margarita Beatriz Luna Ramos. Encargado del engrose: José Rramon Cossio Díaz. Párr. 51. Disponible en: http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5212527&fecha=04/10/2011

Dentro de las disposiciones en las que concentra su análisis el Tribunal, son relevantes para el propósito de esta investigación las siguientes:

El artículo 4.2 del Decreto Legislativo N.º 1097, permite variar el mandato de detención dictado contra un procesado militar o policía, ausente o contumaz, por una caución económica, si éste ha expresado su voluntad de ponerse derecho.

El artículo 6.4 (segunda parte) y Primera Disposición Complementaria Final, que establecen que las reglas de prescripción de la acción penal aplicables a los procesos contra militares y policías acusados de la comisión de delitos contra la vida, el cuerpo y la salud, considerados como violaciones a los derechos humanos, así como por delitos contra la humanidad, son las que se encontraban vigentes en la fecha de ocurrencia de los hechos a investigar. Pero lo más importante es que dentro de la disposición se aclara que la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, surte efectos y rige en el Perú para los crímenes cometidos con posterioridad al 9 de noviembre de 2003.

Lo primero que hace el Tribunal es un test de igualdad para evaluar si las disposiciones se encontraban generando diferencias al interior del ordenamiento penal y procesal penal simplemente por la calidad de la persona involucrada en el proceso.

Después, entra al análisis de las normas en particular, e identifica las normas de los instrumentos internacionales aplicables, tales como los artículos 2 y 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y los artículos 1 y 2 de la CADH, ya que establecen como obligaciones de los Estados el respetar y garantizar los derechos reconocidos en estos tratados. También desarrolla la jurisprudencia de la Corte IDH sobre esta temática, porque “como consecuencia del deber de “garantizar” los derechos humanos, exigido por el artículo 1.1 de la Convención, “los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del

derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos” (Cfr. Caso Velásquez vs. Honduras, Sentencia del 29 de julio de 1988, párrafo 166)”¹⁸.

A partir de esto concluye que el hecho de que una persona contumaz pueda prestar una caución económica y referirse a su propia rectitud, afecta del derecho fundamental a la verdad para las víctimas, que hace parte de la reparación, y obstaculiza al Estado peruano el cumplimiento cabal de la fundamental obligación internacional de investigar, juzgar y sancionar. Finalmente, declara que “se trata pues de una permisión irracional que, a juicio de este Tribunal, sitúa en claro riesgo el éxito del proceso penal, afectando el derecho fundamental a la verdad, el debido proceso, la tutela jurisdiccional efectiva de las víctimas (artículo 139º, inciso 3, de la Constitución), y la obligación internacional del Estado peruano de investigar y sancionar las graves violaciones a los derechos humanos (artículos 1 y 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos)”¹⁹.

Con respecto a la regulación contenida en el artículo 6.4 (segunda parte) y Primera Disposición Complementaria Final, el Tribunal hizo una recopilación de la posición de la Corte IDH respecto a las leyes de autoamnistías, dirigidas a un grupo en particular, que impidan la investigación y sanción de los responsables de violaciones graves a los derechos humanos, tales como los delitos de lesa humanidad, y por tanto resultan inconvencionales *per se* desde su expedición. Particularmente, “la prescripción de la acción penal es inadmisibles e inaplicable cuando se trata de muy graves violaciones a los derechos humanos en los términos del Derecho Internacional” (Cfr. Caso Albán Cornejo y otros vs. Ecuador, Sentencia del 22 de noviembre de 2007, párrafo 111)”²⁰.

El Tribunal reitera en este punto consideraciones muy importantes respecto al valor que tiene la jurisprudencia de la Corte IDH en ámbito interno: “La vinculatoriedad de las sentencias de la CIDH no se

¹⁸ Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional del Perú. EXP. N. ° 0024-2010-PI/TC. Sentencia del 21 de marzo de 2011, párr.29. Disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/00024-2010-AI.html>

¹⁹ Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional del Perú. EXP. N. ° 0024-2010-PI/TC. Sentencia del 21 de marzo de 2011, párr. 30. Disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/00024-2010-AI.html>

²⁰ Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional del Perú. EXP. N. ° 0024-2010-PI/TC. Sentencia del 21 de marzo de 2011, párr. 67. Disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/00024-2010-AI.html>

agota en su parte resolutive (la cual, ciertamente, alcanza sólo al Estado que es parte en el proceso), sino que se extiende a su fundamentación o *ratio decidendi*, con el agregado de que, por imperio de la CDFT [Cuarta Disposición Final y Transitoria] de la Constitución²¹ y el artículo V del Título Preliminar del CPConst, en dicho ámbito la sentencia resulta vinculante para todo poder público nacional, incluso en aquellos casos en los que el Estado peruano no haya sido parte en el proceso. En efecto, la capacidad interpretativa y aplicativa de la Convención que tiene la CIDH, reconocida en el artículo 62.3 de dicho tratado, aunada al mandato de la CDFT de la Constitución, hace que la interpretación de las disposiciones de la Convención que se realiza en todo proceso, sea vinculante para todos los poderes públicos internos, incluyendo, desde luego, a este Tribunal”.

Nótese que el Tribunal no sólo encuentra vinculante las reglas controlantes derivadas de la totalidad de las sentencias de la Corte IDH, sino que reconoce su obligatoriedad para todos los poderes públicos, lo que significa que acepta el control de convencionalidad difuso por parte de los jueces, y éste mismo lo ejerce en el presente caso.

Continúa el Tribunal diciendo “[l]a cualidad constitucional de esta vinculación derivada directamente de la CDFT de la Constitución, tiene una doble vertiente en cada caso concreto: a) reparadora, pues interpretado el derecho fundamental vulnerado a la luz de las decisiones de la Corte, queda optimizada la posibilidad de dispensársele una adecuada y eficaz protección; y, b) preventiva, pues mediante su observancia se evitan las nefastas consecuencias institucionales que acarrear las sentencias condenatorias de la CIDH, de las que, lamentablemente, nuestro Estado conoce en demasía. Es deber de este Tribunal y, en general, de todo poder público, evitar que este negativo fenómeno se reitere” (STC 2730-2006-PA, FF. JJ. 12 y 13).

Estas apreciaciones reflejan la explicación de la figura del control de convencionalidad, porque, precisamente, reconoce a la Corte IDH como interprete ultima del corpus iure interamericano, de donde se

²¹ Constitución de Perú (1993). Disposiciones finales y transitorias. Cuarta. Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.

derivan los parámetros mínimos de garantía y efectividad de la protección de los derechos humanos, pero también muestra la subsidiariedad que tiene esta instancia internacional frente a lo que puede hacer el Estado a nivel interno para prevenir la violación de sus obligaciones internacionales. En últimas, el Tribunal pone de presente que la convencionalidad es un requisito indispensable para cualquier actuación del Estado con miras a evitar la responsabilidad internacional.

Ahora, no se debe pasar por alto que la vinculación que hace el Tribunal a los tratados internacionales está ligada a la Constitución, esto parece simbolizar que hay una identidad entre el control de constitucionalidad y el de convencionalidad, porque se trata de interpretar los derechos contenidos en la constitución según los tratados internacionales. Pero entonces cabe la pregunta, qué pasa si en un tratado se consagra un derecho que no existe en la Constitución, podrá aplicarse directamente el tratado. Este es un asunto que ha sido tratado, entre otros, por la Corte Constitucional de Colombia en contadas ocasiones, y se conoce como derechos innominados o “no enumerados”²².

Por otra parte, el Tribunal no considera que la regla de imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad pueda regir solamente a partir de la ratificación de la Convención sobre la imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, hacia el futuro, sino que, siendo una norma de *ius cogens*, tales crímenes son imprescriptibles, cualquiera sea la fecha en que se hayan cometido, sin que esto implique la aplicación de la pena prevista en ese momento si existe una más favorable.

Concluye la sentencia que, según interpretación de la Corte IDH acerca de que “los Estados deben remover todos los obstáculos, de *facto* y de *jure*, que mantengan la impunidad, y utilizar todos los medios disponibles para hacer expedita la investigación y los procedimientos respectivos y así evitar la repetición de hechos tan graves como los presentes” (Cfr. Caso La Cantuta vs. Perú, Sentencia del 29 de noviembre de 2006, párrafo 226). Así, el mantenimiento de los efectos del Decreto 1097 y de sus normas conexas supondría conservar

²² Algunos ejemplos son: derecho al mínimo vital, derecho a la seguridad personal frente a riesgos extraordinarios, derecho a la estabilidad laboral reforzada de sujetos de especial protección constitucional, derecho a la subsistencia, etc.

dentro del ordenamiento jurídico peruano disposiciones legales que contravienen los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos. Por lo cual, determina que las disposiciones mencionadas son inconstitucionales, e interpreta de forma inconstitucional la declaración contenida en el punto 1.1 del Artículo Único de la Resolución Legislativa N.º 27998, por conexidad a lo previsto en la Primera Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N.º 1097; siendo esta interpretación vinculante para todos los poderes públicos, motivo por el cual estos se encuentran impedidos de aplicar el referido precepto jurídico en el ejercicio del control difuso de constitucionalidad de las leyes.

4. Colombia

A) Observaciones preliminares

En nuestro país no ha habido un pronunciamiento expreso acerca de la aplicación del control difuso de convencionalidad, ni tampoco cuál sería su funcionamiento, como en el caso de México. Durante esta investigación, tampoco se pudo identificar un pronunciamiento que aludiera expresamente de la convencionalidad de las normas analizadas. Por este motivo, se presentará el criterio que ha adoptado la Corte Constitucional respecto a la incorporación de ciertos derechos intangibles dentro del bloque de constitucionalidad, y el desarrollo que le ha dado en sus sentencias a los parámetros interamericanos.

B) Relación entre el bloque de constitucionalidad y el control de convencionalidad

Una primera hipótesis acerca de la aplicación del control difuso de convencionalidad en Colombia es que éste realmente no se ha presentado, ya que, si bien nuestra Constitución es relativamente reciente y extensamente garantista en materia de derechos humanos, y la prolífica jurisprudencia de la Corte Constitucional ha permitido la incorporación dentro del rango constitucional de varios derechos intangibles contenidos en instrumentos que hacen parte del corpus iure interamericano,²³ lo cierto es que no se puede afirmar que hay algo más allá de un control de constitucionalidad de las normas jurídicas.

²³ Cabe aclarar que, de acuerdo con la sentencia C-295 de 1993, M.P. Carlos Gaviria, no todos los derechos humanos consagrados en los tratados internacionales conforman el bloque de constitucionalidad, pues esta calidad sólo se predica de aquellos derechos que no pueden ser suspendidos durante los Estados de Excepción.

Entonces, si se parte de la distinción hecha a lo largo de esta investigación entre el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad, forzosamente debe concluirse que en Colombia el segundo no ha sido aplicado, ni siquiera en los casos en los que efectivamente se han utilizado parámetros interamericanos para decidir sobre la constitucionalidad de ciertas leyes. Se explica esto porque la decisión del juez constitucional ha sido determinada por una norma de rango constitucional, como sería un cierto tratado de derechos humanos que contenga derechos que no pueden ser suspendidos en los estados de excepción, es decir un integrante del bloque de constitucionalidad, pero no se ha reconocido la supraconstitucionalidad de el corpus iure interamericano como parámetro de control convencional.

Resulta ilustrativo pensar en el siguiente caso: “una norma subconstitucional nacional debe superar dos vallas: la del control de constitucionalidad, y la del control de convencionalidad. Si cae por alguna de ellas, resulta inaplicable. Esto, como regla. Sin embargo, pueden darse situaciones especiales. Supóngase que una ley viole la Constitución nacional, pero coincida con el Pacto de San José. Tómese, siempre como conjetura, el caso del derecho de réplica, rectificación o respuesta, expresamente enunciado en el Pacto (Art. 14), pero hipotéticamente negado por una Constitución.²⁴ Si se dictara allí una ley reglamentaria del mismo, ella resultaría inconstitucional, pero en cambio, sería convencional. Como aquella cláusula constitucional negatoria de un derecho de fuente convencional padecería de “inconventionalidad”, la ley reglamentaria del derecho, en el caso presunto que comentamos, concluiría válida, por la superioridad del Pacto sobre la Constitución, conforme a la doctrina del control de convencionalidad.”²⁵

Este caso no se ha presentado en Colombia, seguramente por las variables mencionadas en las observaciones preliminares, pero consideramos que si llegara a suceder la respuesta dada por la Corte Constitucional sería declarar la inexecutable de la norma, si por ejemplo el derecho fuera susceptible de suspenderse en los estados de excepción, porque de lo contrario nunca podría estar en contradicción con la constitución ya que

²⁴ En Argentina, algunas constituciones provinciales han prohibido el ejercicio del derecho de réplica. Ver Néstor Pedro Sagüés, *Censura judicial y derecho de réplica* (Buenos Aires, Ed Astrea, 2008, p. 149).

²⁵ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. Los desafíos del control de convencionalidad para los tribunales nacionales, en especial para los tribunales constitucionales. Reflexiones en torno al derecho procesal constitucional. III Congreso colombiano de derecho procesal constitucional, Centro colombiano de derecho procesal constitucional, Universidad El Bosque, Bogotá, marzo de 2012.

ésta se nutre de los instrumentos internacionales que contienen derechos intangibles. Sin embargo, la solución de la Corte IDH sería diferente, si la norma fuera declarada inexecutable probablemente se configuraría un hecho ilícito internacional, violando los artículos 1.1 y 2 de la CADH, lo que acarrearía la responsabilidad internacional del Estado por esta actuación de un juez que responde a una visión únicamente constitucional, y desatiende su deber internacional del análisis de convencionalidad de las normas.

Sobre este punto, resulta relevante lo que dijo la Corte en la sentencia C-358 de 1997, en el marco del análisis de constitucionalidad del inciso 2 del artículo 577 del Código Penal Militar: “Los tratados internacionales no constituyen por el solo hecho de serlo parte del bloque de constitucionalidad y, por lo tanto, elemento de juicio para el examen de constitucionalidad de una norma. Ello significa que, en principio, no constituye motivo suficiente para la declaración de inconstitucionalidad de una norma legal el hecho de que ella se oponga a lo acordado en un trato internacional. La Corte simplemente está afirmando que no es factible, por la vía del control constitucional abstracto, y en términos generales, declarar la inexecutable de una norma que contradiga un tratado. Sin embargo, es obvio que corresponde a los jueces ordinarios, en los casos concretos, resolver los eventuales conflictos que puedan surgir entre tratados y leyes”.

Coincidimos con la Corte en que no todos los tratados hacen parte del bloque de constitucionalidad, y no son referente para el análisis de constitucionalidad de una norma, sobretodo en este caso que se trataban de convenios internacionales sobre relaciones diplomáticas y consulares, pero en todo caso esa apreciación de la Corte evidencia la diferencia clara entre un control de constitucionalidad, así incluya una figura jurídica de integración normativa como el bloque de constitucionalidad, y un eventual control de convencionalidad.

Otro caso en el que se vería una manifestación clara del control de convencionalidad, es cuando el juez ordena que las normas constitucionales que resulten inconvencionales sean reinterpretadas o removidas del ordenamiento jurídico. Nótese que en este caso se reconoce que existe una norma internacional que prima,

incluso, sobre la constitución. Lo que de por sí es la transformación de las fuentes normativas tradicionales de la que se ha venido hablando a lo largo de este documento.

Lo que ha sucedido en nuestro país es diferente, la Corte ha reiterado que “siempre que se habla de bloque de constitucionalidad, se hace porque en la Constitución una norma suya así lo ordena y exige su integración, de suerte que la violación de cualquier norma que lo conforma se resuelve en últimas en una violación del Estatuto Superior.”²⁶

Resulta interesante ver que hay una ligera contradicción entre esta postura de la Corte Constitucional, y su lectura del artículo 93 de la Constitución, ya que ésta deriva la existencia del bloque de constitucionalidad del mencionado artículo, que en teoría es el que integraría los tratados internacionales de cierto carácter al ordenamiento jurídico interno, a la par con la Constitución; sin embargo, ésta reconoce que esos tratados son normas que prevalecen en el orden interno y prescribe que los derechos y deberes constitucionales serán interpretados de conformidad con los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia.

En este mismo sentido, la Corte Constitucional ha determinado que “la jurisprudencia de las instancias internacionales, encargadas de interpretar esos tratados, constituye un criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales.”²⁷

Así, uno puede preguntarse ¿si los derechos y deberes constitucionales deben ser interpretados de conformidad con los tratados de derechos humanos y la jurisprudencia de los órganos internacionales, entonces dichos instrumentos internacionales no se encuentran en una jerarquía normativa superior a la constitucional? Consideramos que la respuesta es afirmativa, y que esta coincide con la posición de la Corte IDH sobre la obligación internacional del Estado, en cabeza de los jueces, de realizar un control más allá del puramente constitucional.

²⁶ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-578 de 1995. MP. Eduardo Cifuentes Muñoz. Fundamento Jurídico N° 3.

²⁷ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-010 de 2000. MP. Alejandro Martínez Caballero.

C) La influencia que tiene la jurisprudencia de la Corte IDH y las disposiciones del corpus iure interamericano en las decisiones de la Corte Constitucional.

Una primera aclaración sobre este acápite es que se encuentran diferentes grados de influencia en ciertas decisiones de la Corte Constitucional, por lo cual se escogieron algunas, sin ser exhaustivos, que específicamente utilizan los parámetros interamericanos para llegar a una decisión acerca de la constitucionalidad de las normas, y no tanto que se utilicen como consideraciones auxiliares al criterio central del fallo.

Un primer caso es el contenido en la sentencia C-187 de 2006²⁸, en la que se estudia la constitucionalidad de un proyecto de ley estatutaria referente a la reglamentación del artículo 30 C.P., que consagra el hábeas corpus. En este fallo se realizó un análisis acerca de la intangibilidad del derecho al hábeas corpus, partiendo del artículo 27.2 de la CADH, así como de lo dispuesto en el artículo 4° de la Ley 137 de 1994 – Ley Estatutaria sobre Estados de Excepción, donde se consagra que no podrán ser suspendidas las “garantías judiciales indispensables” para la protección de los derechos enunciados en cada uno de dichos artículos, dentro de los cuales la norma estatutaria incluye el hábeas corpus y la incluye dentro de los derechos intangibles.

Además, recuerda lo afirmado en la Opinión Consultiva 08 sobre *Habeas Corpus bajo suspensión de garantías*²⁹, en la que se afirmó que hay una relación de necesidad entre el debido proceso del artículo 8 de la CADH y las garantías judiciales indispensables, en la medida en que respecto de estas garantías es indispensable que se preserve de manera integral el debido proceso³⁰.

Sin embargo, la Corte afirmó, en esta oportunidad, que “los pronunciamientos adoptados por los órganos internacionales competentes para interpretar o aclarar el contenido, alcance o valor jurídico de una

²⁸ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-187 de 2006. MP. Clara Inés Vargas Hernández.

²⁹ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987. El Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Serie A No. 8.

³⁰ Es interesante observar que hay varios pronunciamientos de la Corte Constitucional en la que se incorporan las Opiniones Consultivas de la Corte IDH para establecer el alcance de los derechos y calificarlos como intangibles. Ver, por ejemplo, la aplicación de la Opinión Consultiva 09 de octubre 6 de 1987 sobre *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia* (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos) en las sentencias C-496 de 1994, MP. Alejandro Martínez Caballero; T-260 de 1999, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; C-200 de 2002, M.P. Álvaro Tafur Galvis. También, la Opinión Consultiva 17 de agosto 28 de 2002 sobre *Condición jurídica y Derechos Humanos del niño en la Sentencia C-510 de 2003*, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

disposición contenida en una norma internacional de derechos humanos bien del sistema universal o bien del sistema interamericano, como doctrina o jurisprudencia internacional, por ser relevante constitucionalmente sirve a los órganos nacionales como criterio auxiliar de interpretación”³¹.

Esto claramente va contra el estándar que ha fijado la Corte IDH desde el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, ya que, como interprete autorizado del corpus iure interamericano, todas las reglas controlantes que se derivan de las consideraciones de sus sentencias son obligatorias para los Estados Parte. En consecuencia, no son simplemente un criterio auxiliar, que el juez puede elegir aplicar o no, sino que constituyen el verdadero desarrollo del contenido de los derechos y garantías consagrados en los instrumentos, por lo cual son inescindibles en la aplicación adecuada y convencional de estos.

El caso hito de aplicación de parámetros interamericanos en nuestra jurisprudencia es el realizado en la sentencia C- 370 de 2006³², con ocasión del análisis de constitucionalidad de varias normas contenidas en la ley 975 de 2005, también llamada ley de justicia y paz.

En este caso la Corte realiza un estudio amplio acerca de los derechos de las víctimas, contenidos en varios instrumentos internacionales, no sólo del sistema interamericano, sino en otros universalmente reconocidos, tales como el “Conjunto de Principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad”, proclamados por la Comisión de Derechos Humanos ONU en 1998.

Las consideraciones más relevantes de la sentencia se basan en una recopilación que hace la Corte Constitucional de pronunciamientos hechos por la Corte IDH³³, en los que se acogen sus consideraciones relativas a estándares sobre justicia, no repetición, verdad y reparación de las víctimas de los graves atentados contra el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario. La posición de la Corte en esta sentencia es muy interesante porque logra hacer una especie de

³¹ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-187 de 2006. MP. Clara Inés Vargas Hernández, fundamento jurídico No. 4.

³² Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C- 370 de 2006. MP. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Alvaro Tafur Galvis, Clara Inés Vargas Hernández.

³³ Se mencionan expresamente los siguientes pronunciamientos de la Corte IDH: Corte IDH. Caso Godínez Cruz contra Honduras. Sentencia de enero 20 de 1989, Serie C, No. 5; Caso Barrios Altos contra Perú. Sentencia de marzo 14 de 2001, Serie C. No. 75; Caso Bámaca Velásquez contra Guatemala. Sentencia de noviembre 25 de 2000, Serie C No. 70; Caso Myrna Mack Chang contra Guatemala. Sentencia de noviembre 25 de 2003, Serie C. No. 101; Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri contra Perú. Sentencia de julio 8 de 2004, Serie C, No. 110; Caso de “La Masacre de Mapiripán” contra Colombia. Sentencia de septiembre 15 de 2005, Serie C No. 134, párrafo 223, citando otros precedentes; Caso de la Comunidad Moiwana contra Suriname. Sentencia de junio 15 de 2005. Serie C, No. 124.

ponderación entre el interés del Estado de alcanzar la paz, y los parámetros internacionales y constitucionales sobre derechos de las víctimas en el marco de un proceso que podría catalogarse como de justicia transicional, a pesar de continuar el conflicto armado interno.

En esta sentencia, además, se da un paso muy importante en el reconocimiento de la importancia de la jurisprudencia de la Corte IDH, como interprete única de los derechos contenidos en la CADH, y sin duda como “fuente de Derecho Internacional vinculante para Colombia”³⁴, haciendo un cambio drástico a la posición anteriormente mencionada. Sin embargo, en líneas posteriores, la Corte Constitucional vuelve a mencionar que la jurisprudencia de la Corte IDH es un criterio relevante para la interpretación de los derechos y deberes consagrados en la Constitución, que a su vez deben interpretarse a la luz de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia³⁵.

Aquí se evidencia una contradicción, porque existe una diferencia importante entre las dos categorías asignadas a la jurisprudencia de la Corte IDH dentro de las fuentes normativas, ya que, el primero se refiere a unas reglas que el juez puede utilizar para tomar su decisión junto con otras, pero apartarse de estas no genera un defecto en su fallo; mientras el segundo, implica que la jurisprudencia es una norma de obligatorio cumplimiento, y su no aplicación implica un error en el fallo. Ahora, la posición que parece mantener la Corte Constitucional acerca del valor normativo que tiene la jurisprudencia de la Corte IDH demuestra la inexistencia de un verdadero control de convencionalidad, toda vez que, las reglas controlantes derivadas de las sentencias hacen parte del parámetro de control como se explicó en el capítulo anterior, y éstas reflejan la supremacía del *corpus iure interamericano* en el sistema normativo.

Volviendo al caso concreto, el resultado del estudio cuidadoso de las sentencias de la Corte IDH, lleva a la Corte Constitucional a extraer unas reglas aplicables para el estudio de constitucionalidad de las normas contenidas en la ley³⁶. Estos parámetros se resumieron como: “i) el de la obligación estatal de prevenir los graves atentados contra los derechos humanos, de investigarlos cuando ocurran, procesar y sancionar a los

³⁴ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C- 370 de 2006. MP. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Alvaro Tafur Galvis, Clara Inés Vargas Hernández. Fundamento jurídico No. 4.4.1.

³⁵ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C- 370 de 2006. MP. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Alvaro Tafur Galvis, Clara Inés Vargas Hernández. Fundamento jurídico No. 4.6

³⁶ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C- 370 de 2006. MP. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Alvaro Tafur Galvis, Clara Inés Vargas Hernández. Fundamento jurídico No. 4.5

responsables, y lograr la reparación de las víctimas; (ii) el de la incompatibilidad de las leyes de amnistía, de las disposiciones de prescripción y del establecimiento de excluyentes de responsabilidad, respecto de graves atentados contra los derechos fundamentales reconocidos en la Convención Americana de Derechos Humanos; (iii) el del derecho de acceso a la justicia de las víctimas de las graves violaciones de derechos humanos y la relación de este derecho con la razonabilidad de los plazos dentro de los cuales deben adoptarse las decisiones judiciales; (iv) el de la no suspensión de las obligaciones de los Estados partes de la Convención Americana en materia de investigación, juzgamiento y sanción de los atentados contra los derechos humanos, mientras se adelantan procesos de paz; (v) el de los aspectos comprendidos en el deber de reparación de los graves atentados contra los derechos humanos; (vi) el de los aspectos involucrados en el derechos de los familiares y de la sociedad en general a conocer la verdad, etc”.

Además, la Corte estudió una de las disposiciones de la ley a la luz de la Constitución y de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas ³⁷, porque hace parte del bloque de constitucionalidad. Así, concluyó que la obligación del Estado de investigar seriamente el delito de desaparición forzada de personas e informar a las víctimas y sus familiares sobre el resultado de las investigaciones y el destino de las personas desaparecidas, esto quiere decir que debe ser un requisito indispensable para la elegibilidad, cuando todo el grupo armado específico decide desmovilizarse colectivamente, para acceder a los beneficios penales que se de cuenta sobre las personas desaparecidas o secuestradas y su destino, con miras a la eficacia de los derechos a la verdad y a la justicia de las víctimas.

También, la Corte adopta el alcance que le ha dado la Corte IDH al deber de investigar como parte del derecho a la justicia de las víctimas, en los términos de los artículos 8 y 25 de la CADH. Así, recuerda que los Estados tienen el deber de investigar de manera exhaustiva, seria y diligente las conductas que violen los derechos humanos. Ha indicado así mismo que la investigación que los Estados deben emprender tiene que desarrollarse con la debida diligencia para asegurar su efectividad. Esta exigencia se ha vinculado con dos

³⁷ Adoptada por la Asamblea General de la OEA en Belém do Pará, Brasil, en 1994. Aprobada mediante la Ley 707 de 2001, revisada mediante la Sentencia C-580 de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

requerimiento adicionales como son el *plazo razonable*³⁸ y la *necesidad* de las diligencias orientadas a obtener un resultado satisfactorio³⁹.

Finalmente, al tratar del tema del reconocimiento de las víctimas, vuelve a aplicar las reglas que ha establecido la Corte IDH, que las cataloga en un sentido amplio, y señala que los parientes, sin distinción, que puedan demostrar el daño, tienen derecho a un recurso efectivo para exigir la satisfacción de sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación.

Concluye la Corte diciendo que “viola el derecho a la igualdad y los derechos de acceso a la administración de justicia, al debido proceso y a un recurso judicial efectivo las disposiciones de la Ley demandada que excluyen a los familiares que no tienen primer grado de consanguinidad con la víctima directa, de la posibilidad de que, a través de la demostración del daño real, concreto y específico sufrido con ocasión de las actividades delictivas de que trata la ley demandada, puedan ser reconocidos como víctimas para los efectos de la mencionada Ley. También viola tales derechos excluir a los familiares de las víctimas directas cuando éstas no hayan muerto o desaparecido. Tales exclusiones son constitucionalmente inadmisibles, lo cual no dista para que el legislador alivie la carga probatoria de ciertos familiares de víctimas directas estableciendo presunciones como lo hizo en los incisos 2 y 5 del artículo 5 de la ley acusada”⁴⁰.

Podría afirmarse que la conclusión a la que llega la Corte respecto a la exequibilidad condicionada de los apartes de dicha norma⁴¹, es también una interpretación convencional de los mismos, ya que se refiere expresamente al recurso judicial efectivo consagrado en la CADH en el artículo 8 relacionado con el 25. Sin embargo, el fallo se limita a darle una connotación constitucional, al encontrarse que éste derecho hace parte

³⁸ Sobre el concepto de plazo razonable los parámetros señalados por estos entes, definen la razonabilidad del plazo según (i) la complejidad del asunto, (ii) la actividad procesal del interesado y (iii) la conducta de las autoridades judiciales y (iv) el análisis global de procedimiento. Sentencia T- 1249 de 2004. La Corte IDH en la Opinión Consultiva OC-8 del 30 de enero de 1987 interpretó el término “garantías” a que hace referencia el artículo 27.1 en el sentido de que “...sirven para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho. Como los Estados Partes tienen la obligación de reconocer y respetar los derechos y libertades de la persona, también tienen la de proteger y asegurar su ejercicio a través de las respectivas garantías (Art. 1.1), vale decir, medios idóneos para que los derechos y libertades sean efectivos en toda circunstancia. (Párr.25)...”

³⁹ Corte IDH. Caso de las Hermanas Serrano Cruz. Sentencia del 1° de marzo de 2005. Serie C. No.120. párr. 65.

⁴⁰ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C- 370 de 2006. MP. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Alvaro Tafur Galvis, Clara Inés Vargas Hernández. Fundamento jurídico No. 6.2.4.2.15.

⁴¹ Incisos segundo y quinto del artículo 5° ; Artículo 47; numeral 49.1 y 49.3 del artículo 48 de la ley 975 de 2005.

del bloque de constitucionalidad, y tiene su reflejo en alguna disposición del texto constitucional, al igual que el resto de derechos de las víctimas.

Esta concepción amplia acerca de las víctimas fue reiterada en el análisis de constitucionalidad del inciso 2° del artículo 3° de la Ley 1448 de 2011, también llamada ley de víctimas. En dicha oportunidad, la Corte retomó el precedente de la sentencia C- 370 de 2006, y resolvió que esta disposición es suficientemente comprensiva, según lo previsto en el inciso 1° de la misma, ya que entiende que también son víctimas aquellas personas que hubieran sufrido un daño en los términos del artículo citado. Por lo cual, no habría lugar a declarar la inexecutable de las expresiones demandadas, sino a aclarar que debe hacerse una interpretación sistemática del concepto.

Por otra parte, la sentencia C-148 de 2005⁴², hace un análisis de la tipificación de los delitos de genocidio y de tortura en el Código Penal, particularmente, las expresiones “grave” contenida en el numeral 1° del artículo 101 y “graves” contenida en los artículos 137 y 178 de la Ley 599 de 2000.

La Corte hace un análisis de diferentes instrumentos internacionales tales como: i) la Declaración sobre la protección de todas las personas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; ii) la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; iii) La Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura; iv) Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio; v) el artículo 6 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

En este punto, la Corte reitera su jurisprudencia acerca del bloque de constitucionalidad, que se compone de “normas internacionales contienen al respecto menciones precisas sobre derechos reconocidos en esos tratados que no pueden ser objeto de suspensión en los estados de excepción⁴³. Empero, la Corte ha

⁴² Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-148 de 2005. MP. Álvaro Tafur Galvis.

⁴³ Así el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece lo siguiente:

“Artículo 4°:

1. En situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente, los Estados Partes en el presente Pacto podrán adoptar disposiciones que, en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las

precisado que en relación con algunos derechos y garantías no incluidas de forma expresa en los textos referidos, el principio de intangibilidad se aplica igualmente”⁴⁴.

De esto se deriva que, tanto el artículo 4º del Pacto como el 27 de la Convención Americana, contienen previsiones expresas sobre derechos no susceptibles de ser restringidos por normas dictadas al amparo de los estados de excepción; pero además, que el Estado tiene el deber de preservar otros derechos y garantías no incluidas de forma expresa en los artículos citados, debido a los mismos instrumentos lo vinculan.

Respecto a las normas demandadas en concreto, la Corte afirma que los citados instrumentos internacionales, al igual que el artículo del Código que tipifica el delito de genocidio, hacen referencia al carácter grave de las lesiones que puedan infligirse a los miembros de un grupo. Por lo cual, el legislador no desconoció el mandato contenido en el artículo 93 C.P, en donde se señala la supremacía de los tratados de derechos humanos que consagran derechos intangibles en el orden interno.

Así, “i) por no desconocerse en este caso los tratados internacionales ratificados por Colombia en materia de derechos humanos ii) ni desprotegerse los bienes jurídicos que se pretenden amparar con el referido delito, iii) ni resultar aplicables en materia penal los mismos criterios que fundamentan la imposición de sanciones en materia disciplinaria, no asiste razón al actor en relación con la acusación que formula a partir de estos

obligaciones contraídas en virtud de este Pacto, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

2. La disposición precedente no autoriza suspensión alguna de los artículos 6, 7, 8 (párrafos 1 y 2), 11, 15, 16 y 18.

3. Todo Estado Parte en el presente Pacto que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados Partes en el presente Pacto, por conducto del Secretario General de las Naciones Unidas, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido y de los motivos que hayan suscitado la suspensión. Se hará una nueva comunicación por el mismo conducto en la fecha en que se haya dado por terminada tal suspensión.”

Y el artículo 27 De la Convención Americana sobre Derechos Humanos, señala:

Artículo 27 – Suspensión de garantías:

1. En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

2. La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad); 12 (Libertad de Conciencia y de Religión); 17 (Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derechos del Niño); 20 (Derecho a la Nacionalidad), y 23 (Derechos Políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos. (subrayas fuera de texto)

3. Todo Estado parte que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados Partes en la presente Convención, por conducto del Secretario General de la Organización de los Estados Americanos, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido, de los motivos que hayan suscitado la suspensión y de la fecha en que haya dado por terminada tal suspensión.”

⁴⁴ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-802 de 2002. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

supuestos en contra de la expresión “grave” contenida en el artículo 101 de la Ley 599 de 2000, por lo que la Corte frente a los cargos formulados declarará la exequibilidad de dicha expresión y así lo señalará en la parte resolutive de esta sentencia”⁴⁵.

Ahora, respecto a los cargos formulados en contra de la expresión “graves” contenida en el artículo 137 de la Ley 599 de 2000 que tipifica el delito de tortura en persona protegida así como en el artículo 178 de la misma ley que tipifica el delito de tortura, la Corte afirmó que es la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura, el instrumento internacional que en armonía con el artículo 93 C.P y el principio *pro homine* el parámetro de constitucionalidad que debía utilizarse para el caso concreto.

En este sentido, afirma la Corte que “dicha Convención no solamente es el texto que mayor protección ofrece a los derechos de las personas víctimas de tortura sino que los demás instrumentos internacionales a que se ha hecho referencia dejan claramente a salvo la aplicabilidad de la referida Convención Interamericana [por el principio de favorabilidad que contienen].”⁴⁶ Puede observarse el mismo razonamiento desde la sentencia C-1076 de 2002⁴⁷.

⁴⁵ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-148 de 2005. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

⁴⁶ Corte Constitucional. Sentencia C- 148 de 2005. MP. Álvaro Tafur Galvis. Fundamento jurídico No. 3.3.2

⁴⁷ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C- 1076 de 2002. MP. Clara Inés Vargas Hernández. En dicha sentencia se declaró la inexecutable de la expresión “graves” incluida dentro de la definición de la tortura como falta disciplinaria la Corte concluyó en efecto que dicha Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura era el instrumento a tomar en cuenta por el Legislador. Dijo la Corte en esa sentencia lo siguiente:

“Para la Corte la expresión graves que figura en numeral 9 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002 viola la Constitución por varias razones como pasa a explicarse.

Del análisis de los antecedentes legislativos de la Ley 734 de 2002 se desprende que fue la voluntad del legislador configurar como sanción disciplinaria el crimen internacional de tortura, en los términos que lo recoge la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura:

“En la descripción de la tortura se acogió el texto de la Convención Interamericana para prevenir y sancionar esta conducta, que es el instrumento más reciente sobre esta materia y el que la trata de manera más avanzada, le resta importancia a la gravedad del sufrimiento o a la ausencia del mismo, para acentuar el reproche en la anulación de la personalidad o en la disminución de la capacidad física o mental, con el fin de obtener información o confesión o para intimidar o castigar a la persona”. (Gaceta del Congreso núm. 291 del 27 de julio de 2000, Senado de la República, Proyecto de Ley Número 19 de 2000, p. 24.)

Aunado a lo anterior, si bien es cierto que el Estado colombiano es parte en la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes y que fue incorporada a nuestro ordenamiento jurídico mediante la Ley 70 de 1986, también lo es que existe un tratado internacional posterior, del orden regional, que igualmente fue adoptado por nuestro país y que fue recepcionado en el orden jurídico interno mediante la Ley 409 de 1997. Ambos instrumentos internacionales, es cierto, contienen una definición del crimen internacional de tortura distinta, por lo cual, recurriendo a la más autorizada doctrina iusinternacionalista (Ver al respecto, entre otros muchos autores, los siguientes: Alain Pellet y Patrick Daillier, *Droit International Public*, París, Edit. LGDJ, 1999, p. 176 y Manuel Díez de Velasco, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Madrid, Edit. Tecnos, 1999, p. 300.), la Corte ha de concluir que la norma internacional posterior prima sobre la anterior, amén de que esta última resulta ser mucho más garantista que la anterior.

(...) Así las cosas, Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura es un instrumento internacional que hace parte del bloque de constitucionalidad, y por ende, la definición que recoge del crimen de tortura vincula al legislador.

Por las anteriores razones, la Corte declarará la inexecutable de la expresión graves que figura en el numeral 9 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002.”

Entonces, estableció que dicho instrumento internacional aprobado mediante la Ley 409 de 1997⁴⁸ no solamente se excluye la expresión “graves” para efectos de la definición de lo que se entiende por tortura, sino que se señala claramente que se entenderá como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica.

Finalmente, la Corte declaró la inexecutable de la expresión “graves” contenida en el artículo 137 de la Ley 599 de 2000 que tipifica el delito de tortura en persona protegida y 178 de la misma ley que tipifica el delito de tortura por cuanto i) con ella se vulnera claramente la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura y consecuentemente el artículo 93 superior y por cuanto ii) el artículo 12 constitucional no hace ninguna distinción sobre la prohibición de la tortura que se fundamenta además en el respeto de la dignidad humana (Art. 1 C.P.).

Hay que resaltar que en el análisis de estos artículos del Código Penal, fue determinante el parámetro interamericano acerca de la definición de la tortura, pero la Corte, de nuevo, se limitó a subsumir el control de convencionalidad en el de constitucionalidad, ya que finalmente integra las disposiciones constitucionales como la fuente directa de la decisión.

D) Principio *pro homine* y control difuso de convencionalidad

Dentro de la jurisprudencia constitucional, se ha reiterado la aplicación del principio *pro homine*, contenido en el artículo 29 de la CADH, lo cual consideramos que puede ser la puerta abierta para que los jueces realicen una manifestación del control de convencionalidad de difuso.

Precisamente, si bien se ha entendido, a lo largo de este trabajo, que las disposiciones que integran el bloque de constitucionalidad siguen inmersas en un rango constitucional que no necesariamente corresponde al control de convencionalidad, las funciones que la Corte le ha asignado comprenden un aspecto muy

⁴⁸ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-351 de 1998. M.P. Fabio Morón Díaz.

importante para llegar al control de convencionalidad difuso. A saber: “las disposiciones que integran el bloque superior [es decir, aquellas que integran el bloque de constitucionalidad] cumplen la cuádruple finalidad que les asigna Bobbio, a saber, servir de i) regla de interpretación respecto de la dudas que puedan suscitarse al momento de su aplicación; ii) la de integrar la normatividad cuando no exista norma directamente aplicable al caso; iii) la de orientar las funciones del operador jurídico, y iv) la de limitar la validez de las regulaciones subordinadas”⁴⁹.

Si se observan estas funciones detenidamente, puede identificarse la distancia entre el control de convencionalidad y el de constitucionalidad, ya que, se reitera, identificando algunas disposiciones del corpus iure interamericano con las disposiciones constitucionales la jerarquía normativa sigue inalterada, por lo que estas funciones no podrían predicarse con respecto a la Constitución.

Sin embargo, la interpretación que se le ha dado al principio *pro homine* cambia esta perspectiva. La misma Corte ha afirmado que:

“(…) en virtud del principio Pacta Sunt Servanda, las normas de derecho interno deben ser interpretadas de manera que armonicen con las obligaciones internacionales del Estado Colombiano (CP art. 9), tal y como esta Corte lo ha señalado, entonces entre dos interpretaciones posibles de una norma debe preferirse aquella que armonice con los tratados ratificados por Colombia. Esto es aún más claro en materia de derechos constitucionales, puesto que la Carta expresamente establece que estos deben ser interpretados de conformidad con los tratados ratificados por Colombia (CP art. 93), por lo que entre dos interpretaciones posibles de una disposición constitucional relativa a derechos de la persona, debe preferirse aquella que mejor armonice con los tratados de derechos humanos, dentro del respeto del principio de favorabilidad o pro hominem, según el cual, deben privilegiarse aquellas hermenéuticas que sean más favorables a la vigencia de los derechos de la persona”⁵⁰.

⁴⁹ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-067 de 2003. MP. Marco Gerardo Monroy Cabra

⁵⁰ Ver: Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-187 de 2006. MP. Clara Inés Vargas Hernández; Sentencia C- 541 de 2010. MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Esta posición implica claramente la supremacía de instrumentos internacionales, tales como el *corpus iure interamericano*, para nutrir de contenido la Constitución e irrigar todo el ordenamiento jurídico interno. En virtud de este principio de favorabilidad, un juez podría aplicar directamente una disposición internacional que resulte más garantista de determinado derecho humano e inaplicar una del ordenamiento interno; así como interpretar las disposiciones, incluso constitucionales, en un sentido más amplio según el instrumento, hasta tomando las reglas controlantes que haya dado la Corte IDH en su jurisprudencia si son más garantistas que la interpretación de los derechos hecha por la misma Corte Constitucional. Esta es una expresión clara del control difuso de convencionalidad, ya que los instrumentos internacionales más garantistas van a ser el estándar mínimo de aplicación e interpretación de normas del juez, lo que significa que se encuentran en un grado superior de la pirámide normativa, propendiendo por la mayor protección de los derechos humanos. Este mismo razonamiento puede utilizarse en los casos de omisiones legislativas, donde se puede aplicar lo dispuesto por el instrumento, cubriendo así el vacío del ordenamiento interno.

Adicionalmente, este principio de favorabilidad está contenido en varios instrumentos internacionales de manera expresa, lo que trae como consecuencia a una integración aun mayor de las disposiciones internacionales a aplicar en un caso concreto. Por ejemplo, en la última sentencia analizada en el apartado anterior, la Corte Constitucional estudió la definición de tortura dada por varios instrumentos internacionales, para concluir que aquella aplicable resultaba ser la de la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura por ser la más garantista. Este mismo ejercicio podría hacerlo cualquier juez de la República, y llegar a la conclusión de aplicar directamente una disposición del *corpus iure interamericano*, sin relacionarlo necesariamente con un estudio de constitucionalidad, como manifestación del principio *pro homine*, y en consecuencia, realizando un control de convencionalidad.

Conclusiones

A largo de este trabajo se ha buscado demostrar que hay una interacción fundamental entre el derecho interno y el derecho internacional, lo que implica trazar una línea diferenciadora entre el control de constitucionalidad, y el control de convencionalidad, ya que este último proceso constituye una nueva expresión de la internacionalización de la protección a los derechos humanos. Sin duda, esta coordinación entre los sistemas universales, regionales y nacionales propende por la aplicación efectiva de los instrumentos internacionales al interior de los Estados, lo cual es una responsabilidad que también vincula a los órganos judiciales de todos los niveles.

El control de convencionalidad es una forma de control normativo, en virtud del cual se determina la conformidad del derecho interno de los Estados a los estándares interamericanos, vinculado directamente a la responsabilidad internacional del Estado. El parámetro de control se compone de todos aquellos instrumentos que determinan la competencia contenciosa de la Corte IDH, de forma directa; y también los otros instrumentos que pueden llegar a nutrir de contenido a estas disposiciones, de forma indirecta, siendo que en este caso, no habrá una violación autónoma del instrumento utilizado en sentido material, sino del que funge como parámetro controlador formal. También, se debe realizar el contraste con las reglas controlantes derivadas de la jurisprudencia de la Corte IDH emitida en los casos contenciosos y sus opiniones consultivas, por considerarse que son vinculantes para todos los Estados Parte, así no estén vinculados a la contención.

Se caracterizó el control de convencionalidad según la jurisprudencia de la Corte IDH referida al tema. Se concluyó que el control de convencionalidad es una obligación derivada de las reglas generales del derecho internacional público, tales como el principio de *Pacta Sunt Servanda*, la primacía del derecho internacional sobre el derecho interno, la subsidiariedad de las instancias internacionales, y la concepción del Estado como integridad frente al derecho internacional. Además, encuentra su fundamento jurídico en los artículos 1.1 y 2 de la CADH, según los cuales hay una obligación de adecuación del derecho interno a las obligaciones internacionales adquiridas por los Estados Parte.

Este control tiene dos modalidades, la primera es una de tipo concentrada que realiza la Corte IDH por ser el intérprete último de los instrumentos del corpus iure interamericano que forman parte del parámetro del control; la segunda, es una de tipo de difuso, que ha ido perfilando la Corte IDH en su jurisprudencia, como una obligación en cabeza de los jueces nacionales, que deben realizar de forma oficiosa, de acuerdo a sus competencias y procedimientos internos, y según ciertas reglas de admisibilidad.

Entonces, el primer capítulo, se mostró las posiciones doctrinales encontradas acerca del alcance que debe tener ese control de convencionalidad difuso, y de las cuales se derivan diferentes implicaciones para los sistemas jurídicos internos. Así, no se trata de un tema pacífico porque toca directamente la soberanía de los Estados y el sistema de fuentes normativas tradicional. A raíz de esto hay un sector de la doctrina que considera que no se trata realmente de un control en sentido estricto sino de una “especie” de control, lo que implica que los jueces internos deben limitarse a realizar una interpretación de las disposiciones internas de forma armónica al canon interamericano; en contraste, otra parte de la doctrina considera que se trata de un verdadero control obligatorio para los jueces de todas las jerarquías, que puede traer consecuencias como la inaplicación de las disposiciones internas, incluso constitucionales, en un caso concreto por no alcanzar el estándar internacional, en lo que se llamaría una excepción de inconvencionalidad.

Esta última posición, implica que los jueces nacionales son también interpretes del corpus iure interamericano, como recurso interno a agotar, antes de acudir a la instancia internacional, y pueden aplicarlo directamente en la resolución de los casos, de manera que estos estándares mínimos de protección penetren y se extiendan en todo el ordenamiento interno.

Precisamente, en el engrose del caso Radilla Pacheco hecho por la Suprema Corte de México y en el caso que se expuso del Tribunal Constitucional de Perú, se reconoce que es el juez nacional, dentro de sus respectivas competencias locales o federales, quien es el primer llamado a cumplir con la obligación de llevar a cabo el ejercicio de control normativo a la luz de los parámetros de convencionalidad. De allí se

deriva el doble papel que debe asumir el juzgador, en los términos del debido proceso del artículo 8 de la CADH: resuelve la controversia planteada con independencia, imparcialidad y competencia, pero adicionalmente es garante de los derechos humanos dentro del mismo proceso, por lo cual debe velar porque las normas que aplique al caso resulten convencionales, para producir una sentencia de esta misma categoría, que no comprometa de ningún modo la responsabilidad internacional del Estado.

De hecho, desde el caso *Cabrera García y Motiel Flores vs. México*, se vislumbró la posibilidad de plantear una excepción previa ante la instancia internacional, cuando se ha llevado a cabalidad un examen de adecuación del derecho interno, debido a que la competencia de la Corte IDH es subsidiaria a la de los jueces domésticos. Por tanto, el control de convencionalidad difuso debe ser un instrumento que se utilice dentro de los Estados para prevenir las violaciones a los derechos humanos, y evitar la necesidad de acudir ante los órganos internacionales, como la máxima expresión de soberanía conjugada con los más altos estándares de protección en toda la región.

Por otra parte, los efectos del fallo de convencionalidad que se han adoptado por la Corte IDH pueden ser extensivos en su mayoría a los jueces internos, según sus competencias y procedimientos internos. Puede que la orden del juez sea dirigida a retirar del ordenamiento jurídico la disposición inconvencional de forma *erga omnes* o a su inaplicación en el caso concreto, *inter partes*; puede ordenarse que sea modificada; o reinterpretada de acuerdo a los parámetros interamericanos. También, se han visto casos excepcionales en los que los efectos de esta declaratoria de inconvencionalidad son retroactivos, como en las leyes de autoamnistía. En los casos de una omisión legislativa, se ha establecido como medida de reparación la consagración de cierto tipo penal o disposición que pretenda garantizar la protección efectiva de los derechos contenidos en el corpus iure interamericano.

Es decir, siempre que se cumpla con el estándar mínimo del canon interamericano, el juez interno gozará de cierta flexibilidad para determinar, conforme a su competencia y en sentido progresivo, qué medidas de reparación puede imponer en el caso concreto ante la inconvencionalidad de la norma.

Los jueces de los Estados Parte han tenido diferentes tendencias en la recepción del control difuso de

convencionalidad, y sin duda van a seguir existiendo debates al respecto. En algunos países, como en la Argentina, existen casos emblemáticos sobre la declaración de ciertas leyes como inconvencionales, particularmente las referentes a la dictadura militar argentina, tales como la ley de obediencia debida y de punto final, que se alejaban del canon interamericano en materia de los derechos de las víctimas y los deberes de los Estados respecto a la investigación y sanción de los delitos de lesa humanidad.

Respecto a Colombia, hay que anotar que nuestra Constitución fue bastante progresista en la incorporación del derecho internacional, no sólo para la interpretación de los derechos consagrados en ella, sino también como fuente normativa. Derivado de esto, la Corte Constitucional construyó la figura jurídica del bloque de constitucionalidad, que ha servido para incorporar los instrumentos internacionales de derechos humanos que consagran derechos intangibles como parte del parámetro de control de constitucionalidad de las normas de inferior jerarquía. Sin embargo, como se ha expuesto en este trabajo, esta figura no es suficiente para atender los requerimientos del control de convencionalidad difuso, ya que se ha tratado de subsumir éste con el control de constitucionalidad, lo que implica mantener la supremacía de la Constitución, aun por encima de lo *corpus iure* interamericano. Además, la posición de la Corte Constitucional respecto a la categoría que tiene la jurisprudencia de la Corte IDH como criterio hermenéutico relevante, no parece cumplir con la tendencia internacional a considerar las reglas controlantes derivadas de este desarrollo como verdaderas fuentes vinculantes del derecho internacional, que deben serlo también para el ordenamiento interno.

Es interesante observar que, de manera paralela, la Corte Constitucional ha abierto una puerta para que efectivamente los jueces de todas las jerarquías en Colombia puedan realizar un control de convencional, por medio del principio *pro homine*, según el cual debe preferirse aquella disposición, nacional o internacional, que proteja en mayor medida los derechos humanos. Esta posición garantista puede cambiar toda la jerarquía de las fuentes normativas en nuestro país, e introducir la obligación de todos los jueces de realizar, no sólo un control de constitucionalidad sino de convencionalidad, de las normas que van a aplicarse en el caso concreto.

En este sentido, si bien las consideraciones de la Corte IDH sobre el control difuso de convencionalidad no

requieren de un pronunciamiento adicional y expreso de ningún órgano del Estado para que se hagan exigibles a los jueces, sería importante que el tema fuera planteado desde la misma rama judicial al Congreso, para establecer exactamente qué procedimiento se va a seguir para esta declaratoria, hasta donde llega la competencia del juez en una posible declaratoria de inconvencionalidad, y cuáles pueden ser las reglas de admisibilidad para el planteamiento de este análisis. Mientras este proceso de debate democrático sucede, puede ser adoptado un modelo a partir de la jurisprudencia progresista de la Corte Constitucional, en la que se contemple expresamente el análisis de convencionalidad de las normas, no incluido como consideraciones del control de constitucionalidad, sino como una aplicación directa del corpus iure interamericano. Si bien es posible que hasta ahora los jueces hayan sido tímidos en realizar el estudio de convencionalidad por la falta de precedentes al respecto, estamos seguros que el avance hacia esta dinámica es inevitable, no sólo por las obligaciones internacionales contraídas por los Estados y por la posición que ha ido consolidado la Corte IDH en esta materia, sino por el interés superior que supone la armonización de los ordenamientos jurídicos internos para velar por la protección efectiva de los derechos humanos, alcanzado cada vez estándares más altos, incluso que aquellos contemplados en la Constitución de cada país.

Así, es obligación de los jueces de todos los niveles comprometerse con esta meta, aunque al comienzo puede parecer un reto por la educación jurídica imperante en nuestra región, finalmente redundará en el cumplimiento de su responsabilidad con la justicia. De esta manera, el Estado en su conjunto, no sólo a través de leyes, sino de sentencias, políticas públicas y demás manifestaciones del poder público, va a darle un carácter trascendente, universal, y eficaz a las obligaciones que contrajeron con la protección de los derechos humanos.

Finalmente, “[l]a construcción de un auténtico “diálogo jurisprudencial” —entre los jueces nacionales y los interamericanos—, seguramente se convertirá en el nuevo referente jurisdiccional para la efectividad de los derechos humanos en el siglo XXI. Ahí descansa el porvenir: en un punto de convergencia en materia de derechos humanos para establecer un auténtico *ius constitutionale commune* en las Américas.”¹

¹ MAC GREGOR FERRER, Eduardo. Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. pp. 429. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3033/14.pdf>

Bibliografía

Doctrina:

- ALBANESE, Susana. Garantías judiciales, ISBN 9505742142, Buenos Aires, Ediar, 2007.
- AYALA CORAO, Carlos, “Las Modalidades de las Sentencias de la Corte Interamericana y su Ejecución”, en La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional, Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea (Coordinadores), Tomo IX, Universidad Nacional Autónoma de México, 2008.
- BINDER, Christina. ¿Hacia una corte constitucional de américa latina? La jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos con un enfoque especial sobre las amnistías. Biblioteca jurídica virtual del Instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=2895> , visto por última vez: Diciembre 15 de 2012.
- CANÇADO TRINDADE, Augusto Antonio. El Derecho de Acceso a la Justicia Internacional y las Condiciones para su realización en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Presentación ante el Consejo Permanente de la Organización de Estados Americanos. 16 de octubre de 2002. Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/iidh/cont/37/pr/pr4.pdf>, visto por última vez: Noviembre 30 de 2012.
- CASTILLA, Karlos. El control de convencionalidad: un nuevo debate en México a partir de la sentencia del caso Radilla Pacheco. *Anuario Mexicano de Derecho*

Internacional, vol. XI, 2011. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/estrev/pdf/derint/cont/11/pim/pim20.pdf>, visto por última vez en Noviembre 30 de 2012.

- DEL TORO HUERTA, Mauricio. “La apertura constitucional al derecho internacional de los derechos humanos en la era de la mundialización y sus consecuencias en la práctica judicial”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva época, México D. F., N° 112, enero 2005. Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/112/art/art9.htm>, visto por última vez: Diciembre 13 de 2012.
- FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor, *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Aspectos institucionales y procesales*, San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. *El control judicial interno de convencionalidad*. *Revista del instituto de ciencias jurídicas de Puebla*, México, año V, No. 28, julio - diciembre de 2011.
- GARCÍA-SAYÁN, Diego, “Justicia interamericana y tribunales nacionales”, en Bogdandy, Armin von et al. (eds.), *¿Integración sudamericana a través del derecho? Un análisis interdisciplinario y multifocal*, Madrid, CEPC-MPI, 2009, p. 463, y pp. 473 y ss.
- GUASTINI, Riccardo, “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, referenciado en CARBONELL, Miguel (coord.), *Neoconstitucionalismo (s)*, Madrid, Editorial Trotta, 2003.

- HITTERS, Juan Carlos, “¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de constitucionalidad y convencionalidad)”, Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, México, núm. 10, 2008.
- HOYOS, Arturo. La interpretación constitucional. Editorial Temis, Bogotá, 1993.
- KELSEN, Hans. Introducción a la Teoría Pura del Derecho, 3 edición, Editora jurídica Grijley, en coedición con la UNAM, presentación de García Belaunde Domingo, Lima 2001. Referencia tomada de: REY CANTOR; Ernesto, control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos.
- LEDESMA FERNÁNDEZ, Héctor. El agotamiento de los recursos internos en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Ponencia ofrecida en el marco del XXV Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos, 9 al 20 de julio de 2007, San José de Costa Rica. Disponible en: http://www.iidh.ed.cr/BibliotecaWeb/Varios/Documentos/BD_1020951901/Faundez.pdf, visto por última vez: Enero 3 del 2013.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. Los desafíos del control de convencionalidad para los tribunales nacionales, en especial para los tribunales constitucionales. Reflexiones en torno al derecho procesal constitucional. III Congreso colombiano de derecho procesal constitucional, Centro colombiano de derecho procesal constitucional, Universidad El Bosque, Bogotá, marzo de 2012.
- PÉREZ ESCOBAR, Jacobo. Derecho Constitucional Colombiano. Editorial Temis, séptima edición, Bogotá 2004
- QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando. El control de convencionalidad y el

sistema colombiano. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional* núm. 12, julio-diciembre 2009. Disponible en: http://www.academia.edu/454816/El_control_de_convencionalidad_y_el_sistema_colombiano, visto por última vez: Noviembre 27 de 2012.

- REY CANTOR, Ernesto, control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos, homenaje a Héctor Fix Zamudio, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, Editorial Porrúa, Instituto Mexicanos de Derechos Procesal Constitucional, México 2008.
- SÁCHICA, Luis Carlos. Constitucionalismo Colombiano. Editorial Temis, tercera edición, Bogotá, 1972
- UPRIMNY, Rodrigo. EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD EN COLOMBIA. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal. Disponible en: http://www.conatrib.org.mx/html/Paneles/Paneles/PanelI_BloqueConstitucionalidadColombiaAnalisisJurisprudencial_RodrigoUprimny.pdf, visto por última vez: Diciembre 7 de 2012

Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

- Corte IDH. Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221.
- Corte IDH. Caso Torres Millacura y otros vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de agosto de 2011. Serie C No. 229.

- Corte IDH. Caso Cepeda Vargas vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Voto concurrente del Juez Diego García-Sayán.
- 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 Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2010 Serie C No. 217.
- 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 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 Perozo y otros vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 195.
- Corte IDH. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205.
- Corte IDH. Caso Radilla-Pacheco vs. México, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C, No. 209.

- Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador. Excepción Preliminar y Fondo. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C No. 179.
- Caso Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 4 de julio de 2007.
- Corte IDH. Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 186.
- Corte IDH. Caso Ximenes Lopes vs. Brazil. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149.
- Corte IDH. Caso Servellón García y otros Vs. Honduras. Sentencia de 21 de septiembre de 2006. Serie C No. 152. Voto razonado del juez A.A. Cançado Trindade.
- Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 26 de septiembre de 2006. Serie C, núm. 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, núm. 158.
- Corte IDH. Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160.
- Corte IDH. Caso La Cantuta Vs. Perú. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C, No. 162.
- Corte IDH. Caso de las Hermanas Serrano Cruz. Sentencia del 1º de marzo de 2005. Serie C. No.120.

- Corte IDH. Caso Caesar vs. Trinidad y Tobago. Sentencia de 11 de marzo de 2005. Serie C No. 123.
- Corte IDH. Caso de la Comunidad Moiwana contra Suriname. Sentencia de junio 15 de 2005. Serie C, No. 124.
- Corte IDH. Caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125.
- Corte IDH. Caso Gutiérrez Soler vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de septiembre de 2005. Serie C No. 132.
- Corte IDH. Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134.
- Corte IDH. Caso Raxcacó Reyes vs. Guatemala. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 133.
- Corte IDH. Caso Gómez Palomino vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 136
- Corte IDH. Caso Ximenes Lopes vs. Brasil. Excepción Preliminar. Sentencia de 30 de noviembre de 2005. Serie C No. 139.
- Corte IDH. Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110.
- Corte IDH. Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2004. Serie C No. 119.
- Corte IDH. Caso Maritza Urrutia vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2003. Serie C No. 103.

- Corte IDH. Caso Myrna Mack Chang contra Guatemala. Sentencia de noviembre 25 de 2003, Serie C. No. 101
- Corte IDH. Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de junio de 2002. Serie C No. 94.
- Corte IDH. Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73.
- Corte IDH. Caso Barrios Altos contra Perú. Sentencia de marzo 14 de 2001, Serie C. No. 75
- Corte IDH. Caso Barrios Altos vs. Perú. Interpretación de la Sentencia de Fondo. (Art. 67 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 3 de septiembre de 2001. Serie C No. 83.
- Corte IDH. Caso Las Palmeras Vs. Colombia, Fondo. Sentencia de 6 de diciembre de 2001. Serie C, No. 209.
- Corte IDH. Caso Trujillo Oroza vs. Bolivia. Fondo. Sentencia de 26 de enero de 2000. Serie C No. 64
- Corte IDH. Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 70.
- Corte IDH, caso Villagrán Morales y otros (caso de los "Niños de la calle"), Sentencia del 19 de noviembre de 1999. . Serie C, No. 63.
- Corte IDH. Caso Garrido y Baigorria Vs. Argentina. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de agosto de 1998. Serie C No. 39.

- Corte IDH. Caso Caballero Delgado y Santana vs. Colombia. Reparaciones. Sentencia de 29 de enero de 1997. Serie C No.17. Voto Disidente del juez Antônio Augusto Cançado Trindade.
- Corte IDH. Caso Suarez Rosero vs. Ecuador. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de noviembre 12 de 1997. Serie C No. 35.
- Corte IDH. Caso El Amparo vs. Venezuela. Reparaciones. Sentencia de 14 de octubre de 1996. Serie C No. 28. Voto del juez Sergio García.
- Corte IDH. Caso Neira Alegría y otros, Sentencia de 19 de enero de 1995. Serie C, No. 20.
- Corte IDH. Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994. Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (Arts. 1 y 2 Convención Americana Sobre Derechos Humanos). Serie A N° 14.
- Corte IDH. Opinión Consultiva OC-13/93 del 16 de julio de 1993. Ciertas atribuciones de la comisión interamericana de derechos humanos (arts. 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).
- Corte IDH. Caso Godínez Cruz contra Honduras. Sentencia de enero 20 de 1989, Serie C, No. 5.
- Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C, No. 4.
- Corte IDH. Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987. El Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Serie A No. 8.

- Corte IDH. Opinión Consultiva OC-3/83 del 8 de septiembre de 1983. Restricciones a la Pena de Muerte (arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Serie A No. 3.
- Corte IDH. Opinión Consultiva OC-1/82, 24 de septiembre 1982. "Otros Tratados" Objeto de la Función Consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Serie A No.1.

Jurisprudencia de órganos judiciales extranjeros:

- Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional del Perú. EXP. N. ° 0024-2010-PI/TC. Sentencia del 21 de marzo de 2011. Disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/00024-2010-AI.html>, visto por última vez: Diciembre 10 de 2012.
- Voto particular del Ministro Sergio A. Valls Hernández. Expediente varios 912/2010. Ponente: Margarita Beatriz Luna Ramos. Encargado del engrose: José Rramon Cossio Díaz. Disponible en: http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5212527&fecha=04/10/2011 , visto por última vez: Enero 7 de 2013.
- Voto particular del Ministro Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Expediente varios 912/2010. Ponente: Margarita Beatriz Luna Ramos. Encargado del engrose: José Rramon Cossio Díaz. Disponible en: http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5212527&fecha=04/10/2011 visto por última vez: Diciembre 20 de 2012.
- Corte Suprema de la República Argentina, Mazzeo Julio Lilo y otros, Sentencia del

13 de julio de 2007, Jurisprudencia Argentina 2007-III-573.

- Causa Nro. 8686/2000 caratulada "Simón, Julio, Del Cerro, Juan Antonio s/sustracción de menores de 10 años" del registro de la Secretaría Nro. 7 de este Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal No. 4. Disponible en: <http://www1.umn.edu/humanrts/research/argentina/jfcc4-cavallo.html>, visto por última vez: Enero 3 de 2013.

Jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia:

- Corte Constitucional. Sentencia C- 541 de 2010. MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.
- Corte Constitucional. Sentencia C- 488 de 2009. MP. Jorge Iván Palacio Palacio.
- Corte Constitucional. Sentencia C- 394 de 2007. Aclaración de voto del magistrado Humberto Sierra Porto.
- Corte Constitucional. Sentencia T-292 de 2006, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.
- Corte Constitucional. Sentencia C- 370 de 2006. MP. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Álvaro Tafur Galvis, Clara Inés Vargas Hernández.
- Corte Constitucional. Sentencia C-187 de 2006. MP. Clara Inés Vargas Hernández.
- Corte Constitucional. Sentencia C-401 de 2005. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.
- Corte Constitucional. Sentencia C-148 de 2005. MP. Álvaro Tafur Galvis.

- Corte Constitucional. Sentencia T- 1249 de 2004. MP. Humberto Antonio Sierra Porto.
- Corte Constitucional. Sentencia T-268 de 2003. MP. Marco Gerardo Monroy.
- Corte Constitucional. Sentencia T-419 de 2003. MP. Alfredo Beltrán Sierra.
- Corte Constitucional. Sentencia C-510 de 2003. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.
- Corte Constitucional. Sentencia C-067 de 2003. MP. Marco Gerardo Monroy.
- Corte Constitucional. Sentencia C-200 de 2002, M.P. Álvaro Tafur Galvis.
- Corte Constitucional. Sentencia C-802 de 2002. M.P. Jaime Córdoba Triviño.
- Corte Constitucional. Sentencia C- 1076 de 2002. MP. Clara Inés Vargas Hernández.
- Corte Constitucional. Sentencia T-327 de 2001. MP. Marco Gerardo Monroy Cabra.
- Corte Constitucional. Sentencia C-010 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-010 de 2000. MP. Alejandro Martínez Caballero.
- Corte Constitucional. Sentencia T-568 de 1999. M.P. Carlos Gaviria Díaz.
- Corte Constitucional. Sentencia C-708 de 1999. M.P. Álvaro Tafur Galvis.
- Corte Constitucional. Sentencia C-582 de 1999. M.P. Alejandro Martínez Caballero.
- Corte Constitucional. Sentencia T-260 de 1999. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Constitucional. Sentencia C-191 de 1998 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Constitucional. Sentencia C-351 de 1998. M.P. Fabio Morón Díaz.

- Corte Constitucional. Sentencia C-358 de 1997, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Referencia tomada de: UPRIMNY, Rodrigo. BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD, DERECHOS HUMANOS Y NUEVO PROCEDIMIENTO PENAL. Disponible en: <http://www.wcl.american.edu/humright/hracademy/documents/Clase1-Lectura3BloquedeConstitucionalidad.pdf>, visto por última vez: 8 de diciembre de 2012.
- Corte Constitucional. Sentencia C-388 de 1996. M.P. Carlos Gaviria Díaz.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-578 de 1995. MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-496 de 1994, MP. Alejandro Martínez Caballero.