

I. FUNDAMENTO DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD: LA RELACIÓN ENTRE EL DERECHO INTERNO Y EL DERECHO INTERNACIONAL

La teoría del desdoblamiento funcional (*dédoublement fonctionnel*) de Scelle constata que los Estados son creadores de las normas del derecho internacional y, a la vez, destinatarios de ellas.⁸ El consentimiento estatal soberano es así el punto de partida en la creación de dicho derecho. Esta particular situación es la que permite entender que si bien la creación de normas de derecho internacional supone, asimismo, la creación de obligaciones internacionales que delimitan el ejercicio de las facultades del Estado, la posibilidad de contraer tales compromisos “es precisamente un atributo de la soberanía [estatal]”.⁹ En consecuencia, la exigencia de cumplimiento de las obligaciones creadas por los Estados en el derecho internacional no implica una transgresión a la soberanía estatal, ya que, precisamente, es en ejercicio de ésta que los Estados han consentido para vincularse jurídicamente con aquéllas. En esa línea, también siguiendo la teoría de Scelle, queda en evidencia que al no existir en el ordenamiento internacional órganos centralizados y superiores a los Estados que controlen la aplicación de sus normas, éstos de-

⁸ Georges, Scelle, citado en Salmón Gárate, Elizabeth, *Curso de derecho internacional público*, Lima, PUCP, 2014, p. 177.

⁹ Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI), *caso del Vapor “Wimbledon”*, sentencia del 17 de agosto de 1923, serie A, núm. 1, p. 25.

JUANA MARÍA IBÁÑEZ RIVAS

vienen los principales responsables de la aplicación del derecho internacional.¹⁰

A partir de ello, tal y como lo ha resaltado el juez Sergio García Ramírez, el control de convencionalidad constituye “una expresión o vertiente de la recepción nacional, sistemática y organizada del orden jurídico convencional internacional”.¹¹ Así, para una correcta aproximación al control de convencionalidad, es preciso partir de la premisa según la cual dicho control se enmarca en la relación entre el derecho interno y el derecho internacional. Este último entendido en sentido general desde el derecho internacional de los tratados (1) y, en sentido específico, desde las obligaciones de los Estados en el marco del Sistema Interamericano (2).

1. EL DERECHO INTERNO Y LAS OBLIGACIONES ESTATALES DERIVADAS DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS TRATADOS

Un tratado, como la Convención Americana, es una manifestación de la creación de derecho internacional por parte de los Estados. El artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (en adelante: CIJ) reconoce como fuente de derecho internacional a los tratados, generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados, junto a otras fuentes, tales como la costumbre internacional, los principios generales del derecho, las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas

¹⁰ Georges, Scelle, citado en Salmón Gárate, Elizabeth, *Curso de derecho...*, cit., p. 270.

¹¹ García Ramírez, Sergio, “El control judicial interno de convencionalidad”, *IUS Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, México, año V, núm. 28, julio-diciembre de 2011, p. 127.

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

naciones.¹² De acuerdo con la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados (en adelante: CVDT),¹³ un tratado, convenio o convención es “un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular”.¹⁴ Los Estados son, en consecuencia, creadores de una de las fuentes de derecho internacional reconocidas universalmente.

Estos tratados son considerados medios para “desarrollar la cooperación pacífica entre las naciones, sean cuales fueren sus regímenes constitucionales y sociales”.¹⁵ Específicamente, los tratados de derechos humanos “persiguen el establecimiento de un orden público común a las partes, que no tiene por destinatario a los Estados, sino a los individuos”.¹⁶ Al respecto, en

¹² Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (CIJ): “1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: a. las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes; b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho; c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas; d. las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 59.2. La presente disposición no restringe la facultad de la Corte para decidir un litigio *ex aequo et bono*, si las partes así lo convinieren”. De acuerdo con Elizabeth Salmón, “[e]n la actualidad este artículo ha alcanzado un cierto estatus universal para los operadores jurídicos, ya que se reconoce que contiene un listado de fuentes incuestionables en el derecho internacional, pero que —en ningún caso— se puede considerar que en ella se agotan las mismas”. Salmón Gárate, Elizabeth, *Curso de derecho...*, cit., p. 176.

¹³ Aprobada en Viena, Austria, el 23 de mayo de 1969.

¹⁴ Artículo 2.1.a) de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados (CVDT).

¹⁵ Preámbulo de la CVDT.

¹⁶ Nikken, Pedro, *La protección internacional de los derechos humanos: su desarrollo progresivo*, Madrid, Instituto Interamericano de Derechos Humanos-Civitas, 1987, p. 90.

su Opinión Consultiva sobre la validez de ciertas reservas a la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, la CIJ señaló que,

En este tipo de tratados [los de derechos humanos] los estados contratantes no tienen intereses propios; solamente tienen, por encima de todo, un interés común: la consecución de los propósitos que constituyen la razón de ser de la Convención. Consecuentemente, en una convención de este tipo no puede hablarse del mantenimiento de un perfecto equilibrio contractual entre derechos y obligaciones.¹⁷

De esta manera,

los tratados modernos sobre derechos humanos, en general..., no son tratados multilaterales de tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción.¹⁸

Por tanto, siguiendo a Carrillo Salcedo, en tales tratados el principio de reciprocidad que normalmente prevalece en el sistema jurídico internacional queda atenuado, aunque sin

¹⁷ CIJ, Validez de ciertas reservas a la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, Opinión Consultiva del 28 de mayo de 1951, párrs. 23-24.

¹⁸ Corte IDH, El Efecto de las Reservas sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982, serie A, núm. 2, párr. 29.

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

desaparecer,¹⁹ ya que la búsqueda del referido interés común prevalece sobre la satisfacción de intereses particulares de los Estados. En efecto, se atenúa la dimensión contractualista de los tratados de derechos humanos en la medida en que su regulación convencional desborda la reciprocidad de derechos y deberes entre los Estados parte.

El carácter vinculante de los tratados responde a un proceso de manifestación del consentimiento estatal regido por principios orientados a su cumplimiento, más allá del sistema de recepción y jerarquía de los mismos en el derecho interno, y pese a la existencia o no de cláusulas de apertura a dichos tratados en el ordenamiento estatal. El control de convencionalidad encuentra su fundamento en esa compleja interacción entre el derecho interno y el derecho internacional de los tratados.

A. Proceso de manifestación del consentimiento del Estado para obligarse con un tratado

Por el solo hecho de que un Estado, en ejercicio de su soberanía, haya participado en la creación (adopción y firma) de un tratado, éste no lo obliga. El derecho internacional prevé un nuevo momento para que el Estado, también en ejercicio soberano, manifieste o no su consentimiento para vincularse respecto al contenido y alcances de dicho tratado. La CVDT reconoce diferentes medios a través de los cuales el Estado puede hacer posible la manifestación de su consentimiento para obligarse con el tratado y devenir Estado contratante:

a) La firma o firma definitiva del tratado.²⁰

¹⁹ Carrillo Salcedo, Antonio, *Soberanía de los Estados y derechos humanos en el derecho internacional contemporáneo*, 2a. ed., Madrid, Tecnos, 2001, pp. 93-96.

²⁰ Artículo 12 de la CVDT.

- b) El canje de instrumentos que constituyan un tratado.²¹
- c) La ratificación, la aceptación o la aprobación del tratado.²²
Al respecto, cabe señalar que normalmente los tratados establecen la necesidad de un acto posterior a la firma del mismo, que exige pasar por el derecho interno. Esto con la finalidad de que los Estados verifiquen su ordenamiento jurídico y la necesaria conformidad del mismo con el tratado de que se trate o, en todo caso, para la adecuación de dicho ordenamiento interno. Todo ello con la finalidad de evitar conflictos normativos posteriores cuando ya tenga la calidad de Estado parte del tratado. La elección y el desarrollo de la ratificación, aceptación o aprobación en el plano nacional “no es de incumbencia del derecho internacional”, ya que “[l]os procedimientos se encuentran cubiertos por el dominio reservado del Estado”. A continuación, la medida en el plano internacional puede comunicarse de diversos modos; uno de ellos es el “depósito del instrumento” ante un depositario determinado.²³
- d) La adhesión.²⁴ Ésta supone la manifestación de voluntad del Estado de convertirse en parte de un tratado cuando el proceso negociador de éste ha concluido o cuando ya se encuentra en vigor. La posibilidad de que un tratado admita adhesiones es discrecional.²⁵

Una vez que el tratado en cuestión entra en vigor, los Estados que han manifestado su consentimiento son considerados Estados parte del mismo.²⁶

²¹ Artículo 13 de la CVDT.

²² Artículo 14 de la CVDT.

²³ Salmón Gárate, Elizabeth, *Curso de derecho...*, cit., p. 195.

²⁴ Artículo 15 de la CVDT.

²⁵ Salmón Gárate, Elizabeth, *Curso de derecho...*, cit., pp. 195-196.

²⁶ Artículo 24 de la CVDT.

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

Por tanto, un Estado queda vinculado a las obligaciones derivadas de un tratado internacional como consecuencia de haber manifestado su consentimiento a través de la firma, ratificación o adhesión al mismo, siempre en ejercicio de su soberanía. Sin embargo, existe una posibilidad mediante la cual un Estado puede evitar quedar comprometido respecto al contenido de una o más normas de un tratado internacional. En efecto, en el proceso de manifestación del consentimiento, el Estado tiene la posibilidad de formular una reserva, que consiste en “una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a él, con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado”.²⁷ La formulación de una reserva será posible, salvo que se presente alguno de los supuestos previstos en la CVDT, a saber:

- a) la reserva esté prohibida por el tratado;
- b) el tratado disponga que únicamente pueden hacerse determinadas reservas, entre las cuales no figure la reserva de que se trate; o
- c) en los casos no previstos en los apartados a) y b), la reserva sea incompatible con el objeto y el fin del tratado.²⁸

En la medida en que la finalidad de la reserva es excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación al Estado concernido, los otros Estados tienen el derecho de aceptarla u objetarla, frente a lo cual se generarán una serie de efectos jurídicos en lo que concierne al Estado autor de la reserva, al Estado objetor y a los demás Estados contratantes, de acuerdo con lo establecido en los artículos 20

²⁷ Artículos 2.1.d) y 23 de la CVDT.

²⁸ Artículo 19 de la CVDT.

JUANA MARÍA IBÁÑEZ RIVAS

y 21 de la CVDT.²⁹ Las reservas deben diferenciarse así de las denominadas “declaraciones interpretativas”, las que, en prin-

²⁹ El artículo 20 de la CVDT (Aceptación de las reservas y objeción de las reservas) dispone que: “1. Una reserva expresamente autorizada por el tratado no exigirá la aceptación ulterior de los demás Estados contratantes, a menos que el tratado así lo disponga. 2. Cuando del número reducido de Estados negociadores y del objeto y del fin del tratado se desprenda que la aplicación del tratado en su integridad entre todas las partes es condición esencial del consentimiento de cada una de ellas en obligarse por el tratado, una reserva exigirá la aceptación de todas las partes. 3. Cuando el tratado sea un instrumento constitutivo de una organización internacional y a menos que en él se disponga otra cosa, una reserva exigirá la aceptación del órgano competente de esa organización 4. En los casos no previstos en los párrafos precedentes y a menos que el tratado disponga otra cosa: a) la aceptación de una reserva por otro Estado contratante constituirá al Estado autor de la reserva en parte en el tratado en relación con ese Estado si el tratado ya está en vigor o cuando entre en vigor para esos Estados; b) la objeción hecha por otro Estado contratante a una reserva no impedirá la entrada en vigor del tratado entre el Estado que haya hecho la objeción y el Estado autor de la reserva, a menos que el Estado autor de la objeción manifieste inequívocamente la intención contraria; c) un acto por el que un Estado manifieste su consentimiento en obligarse por un tratado y que contenga una reserva surtirá efecto en cuanto acepte la reserva al menos otro Estado contratante. 5. Para los efectos de los párrafos 2 y 4. y a menos que el tratado disponga otra cosa, se considerará que una reserva ha sido aceptada por un Estado cuando éste no ha formulado ninguna objeción a la reserva dentro de los doce meses siguientes a la fecha en que hayan recibido la notificación de la reserva o en la fecha en que haya manifestado su consentimiento en obligarse por el tratado si esta última es posterior”. Por su parte, el artículo 21 de la CVDT (Efectos jurídicos de las reservas y de las objeciones a las reservas) establece que: “1. Una reserva que sea efectiva con respecto a otra parte en el tratado de conformidad con los artículos 19, 20 y 23: a) modificará con respecto al Estado autor de la reserva en sus relaciones con esa otra parte las disposiciones del tratado a que se refiera la reserva en la medida determinada por la misma; b) modificará en la misma medida, esas disposiciones en lo que respecta a esa otra parte en el tratado en sus relaciones con el Estado autor de la reserva. 2. La reserva no modificará las disposiciones del tratado en lo que respecta a las otras partes en el tratado en sus relaciones ‘*inter se*’. 3. Cuando un Estado que haya hecho una objeción a una reserva no se oponga a la entrada en vigor del tratado entre él y el Estado autor de la reserva, las disposiciones a que se refiera ésta no se aplicarán entre los dos Estados en la medida determinada por la reserva”.

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

cipio, sólo buscan “precisar o aclarar el sentido o el alcance de un tratado o de algunas de sus disposiciones”.³⁰

De esta manera, una vez que el Estado ha manifestado su consentimiento para vincularse a un tratado sin formular reserva alguna, no cabe que lo cuestione o se niegue a cumplir lo que establece. Como ha quedado en evidencia, el proceso para que un Estado devenga parte de un tratado cuida celosamente el respeto de la soberanía y consentimiento estatales. Cuando el Estado ya está vinculado al tratado en cuestión, aquél debe honrar su compromiso, libremente adquirido, y cumplir con las obligaciones contenidas en el mismo.

B. Principios que rigen el cumplimiento de los tratados

Una vez verificada la manifestación del consentimiento estatal respecto de un tratado, el Estado queda obligado a cumplir con los respectivos compromisos adquiridos por él mismo. La obligación de cumplimiento de las normas de derecho internacional vincula a todos los poderes, órganos y autoridades nacionales, “toda vez que el Estado responde en su conjunto y adquiere responsabilidad internacional ante el incumplimiento de

³⁰ Organización de las Naciones Unidas (ONU), Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 63o. periodo de sesiones, 26 de abril a 3 de junio y 4 de julio a 12 de agosto de 2011, A/66/10/Add.1, New York, 2011, p. 64, en <http://legal.un.org/ilc/reports/2011/spanish/addendum.pdf>. A pesar que la CVDT no menciona las declaraciones interpretativas, “los Estados han considerado siempre que la manifestación de su consentimiento en obligarse por un tratado multilateral podía ir acompañada por declaraciones” de dicha naturaleza a partir de las cuales aquellos pueden “señala[r] el espíritu con que convienen en obligarse”. Las declaraciones interpretativas tienen como objetivo “interpretar el tratado en su conjunto o algunas de sus disposiciones”. Tales declaraciones interpretativas “pueden ser formuladas en cualquier momento de la «vida» del tratado: en el de su celebración, en el de la manifestación por el Estado... de su consentimiento definitivo en obligarse o con motivo de la aplicación del tratado”. ONU, Informe de la Comisión de Derecho Internacional, *op. cit.*, pp. 64, 70 y 72.

JUANA MARÍA IBÁÑEZ RIVAS

los instrumentos internacionales que ha asumido”.³¹ Tres son los principios de derecho internacional en los que se basa esta afirmación:

- a) *Ex consensu advenit vinculum*, según el cual “todo tratado vincula a las partes en tanto éstas hayan dado su consentimiento”. De esta forma, para determinar si un tratado existe, el primer paso a tener en cuenta es “que los sujetos hayan expresado su voluntad o..., que hayan dado un verdadero consentimiento para estar obligados”.³² Así, el consentimiento estatal queda establecido como principio básico del derecho de los tratados.
- b) *Pacta sunt servanda*, que postula que “lo acordado en un tratado debe ser fielmente cumplido por las partes según lo pactado”, de manera que constituye un principio formal “que funda la obligación de respetar los tratados y su ejecución”.³³ Como consecuencia de este principio, conforme lo establece el artículo 26 de la CVDT, un Estado parte “no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”.³⁴ Para el derecho internacional, el derecho interno de los Estados equivale a un mero hecho no susceptible de oposición ante las exigencias de las obligaciones internacionales asumidas por el Estado. Esto se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46 de la CVDT, que permite al Estado —como excepción— alegar su derecho interno

³¹ Voto razonado del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, párr. 89, Corte IDH, *caso Gelman vs. Uruguay*, supervisión de cumplimiento de sentencia, *op. cit.*

³² Salmón Gárate, Elizabeth, *Curso de derecho...*, *cit.*, p. 187. Artículo 2.1.b) de la CVDT.

³³ *Ibidem*, p. 188.

³⁴ Al respecto, la CIJ ha señalado que “[l]o que constituye violación de un tratado puede ser lícito en derecho interno y lo que es ilícito en derecho interno puede no entrañar violación alguna de las disposiciones de un tratado.” CIJ, *Electronica Sicula S.p.A. (ELSI)*, C.I.J., Reports 1989, p. 51, párr. 73.

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

para eximirse del cumplimiento de un tratado, si al elaborarlo, su consentimiento hubiera sido viciado por una violación manifiesta, en materia de competencia para celebrar el tratado y ello afectara una norma fundamental de ese derecho interno. Este principio es “expresión ejecutoria” del principio de buena fe.³⁵

- c) *Pacta tertiis nec nocent nec prosunt (res inter alias acta)*, que complementa los dos principios anteriores “al indicar que un acuerdo será obligatorio sólo para las partes del mismo”. De esta manera, en caso de duda, “no pueden hacerse extensivas las obligaciones o derechos establecidos en el tratado a Estados que no sean parte, es decir, a terceros Estados”.³⁶

Estos principios de derecho internacional público constituyen fundamentos internacionales para que los tratados sean cumplidos por los Estados parte.³⁷

En cualquier caso,

la elección de los medios con que se haga efectiva esta obligación corresponde a los Estados con la limitación lógica de que, por un lado, incurrirán en responsabilidad internacional

³⁵ Salmón Gárate, Elizabeth, *Curso de derecho...*, cit., p. 188.

³⁶ *Ibidem*, p. 189. Artículos 34, 35 y 36 de la CVDT.

³⁷ Al respecto, la Corte IDH ha recordado que “la obligación de cumplir con las obligaciones internacionales voluntariamente contraídas corresponde a un principio básico del derecho sobre la responsabilidad internacional de los Estados, respaldado por la jurisprudencia internacional y nacional, según el cual aquellos deben acatar sus obligaciones convencionales internacionales de buena fe (*pacta sunt servanda*)”. Asimismo, reiterando su jurisprudencia en referencia a lo dispuesto en el artículo 27 de la CVDT, la Corte ha recordado que “los Estados no pueden, por razones de orden interno, incumplir obligaciones internacionales”. En ese sentido, ha insistido en que “[l]as obligaciones convencionales de los Estados Parte vinculan a todos sus poderes y órganos, los cuales deben garantizar el cumplimiento de las disposiciones convencionales y sus efectos propios (*effet utile*) en el plano de su derecho interno”. Corte IDH, *caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 24 de noviembre de 2010, serie C, núm. 219, párr. 177.

si incumplen tales normas y, de otro, que el principio básico es el de la "coherencia en la actividad jurídica y el comportamiento del Estado", en una y otra esfera.³⁸

C. Sistema estatal de incorporación de los tratados en el derecho interno

En virtud del principio de soberanía, cada Estado tiene la libertad de determinar el mecanismo de recepción de los tratados en su derecho interno. Ésta no es cuestión regida por el derecho internacional público, sino que resulta de una opción que toma cada Estado.³⁹ En esa línea, la doctrina internacional reconoce dos tipos de recepción tradicional del derecho internacional en el derecho interno a partir de las teorías denominadas dualista y monista.

La teoría dualista, postulada por Triepel, Anzilotti, Duguit y Krabbe, plantea que el derecho internacional y el derecho interno son sistemas jurídicos diferentes e independientes el uno del otro, básicamente en cuanto a la fuente de la que provienen, los sujetos que regulan y las materias a las que se refieren.⁴⁰ De esta manera, el derecho internacional y el derecho interno no son dos brazos o partes del derecho, sino dos auténticos sistemas jurídicos distintos, dos círculos que si bien se encuentran en íntimo contacto no se superponen nunca y que, por ende, nunca pueden entrar en conflicto. Para la teoría dualista, un tratado, una vez aprobado por el órgano estatal respectivo,

³⁸ Charles, Chaumont, citado en Salmón Gárate, Elizabeth, *Curso de derecho...*, cit., p. 272.

³⁹ Jiménez de Aréchaga, Eduardo, "La Convención Interamericana de Derechos Humanos como derecho interno", *Revista del IIDH*, enero-marzo de 1986, p. 26.

⁴⁰ Sobre el fundamento, concepto y características de la teoría dualista, véase Triepel, Heinrich, "Les rapports entre le droit interne et le droit international", *RCADI*, 1923, vol. I, pp. 73-121.

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

vincula al Estado internacionalmente, pero no forma parte del derecho interno, es decir, no es susceptible de invocación en el orden interno. Sólo cuando el tratado es “transformado” en derecho interno mediante un acto formal, aquél tiene plena vigencia en dicho ámbito y puede ser invocado.⁴¹ De lo contrario, sólo será una fuente de interpretación para los jueces, sin capacidad jurídica vinculante.

Por su parte, la teoría monista, postulada por Kelsen, plantea que el orden jurídico internacional y el nacional tienen validez uno al lado del otro, y forman una unidad lógica.⁴² Kelsen afirma que esos dos ordenamientos jurídicos, como dos brazos del derecho, no son dos sistemas jurídicos diferentes, sino que son parte de un sistema jurídico único. Así, todo el derecho es asimilado a una gran pirámide donde la cúspide es una norma suprema llamada “norma originaria o fundamental” (*Ursprungsnorm*). Existe, por tanto, una garantía de la unidad del sistema, ya que sería imposible que dos normas jurídicas se contrapongan al derivar de la misma fuente. En esa misma línea, la teoría monista nos remite al concepto de aplicación directa, según el cual las normas internacionales pasan a formar parte del derecho interno de los Estados sin que al interior de éstos sea necesario un acto adicional de “transformación”. En este sentido, y para efectos de insertarse en los ordenamientos jurídicos nacionales, las normas internacionales sólo requieren haber sido aprobadas y estar en vigor según el derecho internacional.

⁴¹ Cassese, Antonio, *International Law*, 2a. ed., Nueva York, Oxford University Press, 2005, pp. 213-214.

⁴² Si bien Kelsen plantea dos tesis, la monista con primacía del derecho interno y la monista con primacía del derecho internacional, lo importante es entender que se trata de dos hipótesis dadas sobre el terreno de la ciencia jurídica que apuntan a la existencia de una unidad conformada por el derecho internacional y el derecho interno. Sobre el fundamento, concepto y características de la teoría monista, véase Kelsen, Hans, “Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public”, *RCADI*, 1926, vol. 4, pp. 227-331.

JUANA MARÍA IBÁÑEZ RIVAS

Frente a ello, hoy en día se cuestiona al dualismo y el monismo como teorías que explican los tipos de recepción tradicional del derecho internacional en el derecho interno.⁴³ En esa línea, Dinah Shelton cita ejemplos en los cuales es posible verificar que, en los hechos, “el monismo y dualismo se superponen en diferentes planos” en los ordenamientos jurídicos internos. Así,

- a. Sistemas tradicionalmente catalogados como monistas y dualistas aceptan por igual que existen reglas que son vinculantes de modo automático...
- b. En la práctica, algunos sistemas actúan como monistas para un tipo de fuentes (por ejemplo, la costumbre) y como dualistas para otros (por ejemplo, los tratados).
- c. Las cortes nacionales de Estados considerados dualistas han dado efectos directos a normas de derecho internacional.
- d. Estados considerados dualistas con respecto al modo en que incorporan tratados a su derecho interno en la práctica aplican automáticamente las enmiendas o decisiones

⁴³ Al respecto, Armin von Bogdandy señala que “[c]omo teorías, el monismo y el dualismo son hoy en día insatisfactorias: sus argumentos son bastante herméticos, sus tesis centrales están poco desarrolladas, los puntos de vista opuestos son simplemente desechados por ‘ilógicos’, y sus planteamientos no se vinculan al debate contemporáneo. En tanto que doctrinas, son igualmente insatisfactorias, ya que no contribuyen a la solución de los problemas jurídicos concretos. Por todo ello, al discutir la relación entre el derecho internacional y el derecho interno, la mejor opción es prescindir de los conceptos doctrinales y teóricos de monismo y dualismo. Tal vez puedan ser útiles para indicar una disposición política más o menos abierta hacia el derecho internacional, pero desde una perspectiva jurídica y académica son unos ‘zombis’ intelectuales de otro tiempo que deben descansar en paz o ‘deconstruirse’. La concepción general de la relación entre las normas internacionales y las del derecho interno debería asentarse en otra base conceptual”. von Bogdandy, Armin, *Hacia un nuevo derecho público. Estudios de derecho público comparado, supranacional e internacional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, pp. 287-288.

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

de órganos que supervisan el cumplimiento de tratados de derechos humanos.⁴⁴

Ciertamente, en la actualidad,

el análisis del tema es más complejo que la determinación de una teoría, por cuanto son los diferentes sistemas estatales y su regulación positiva los que proporcionan una visión más real de las relaciones que mantienen con el orden internacional que, como puede vislumbrarse, no son sólo de conflicto sino también de cooperación y complementación o remisión.⁴⁵

En esa línea, compartimos con Elizabeth Salmón que, “más allá de lo estipulado constitucionalmente, es difícil encontrar un Estado que en la práctica se comporte totalmente de acuerdo al monismo o al dualismo exclusivamente”.⁴⁶ En todo caso, es una evidencia que hoy en día el derecho internacional interactúa permanentemente con los ordenamientos jurídicos estatales, y que muchas normas internacionales se dirigen directamente a los individuos —sin intermediación del derecho interno— a fin de atribuirles derechos y obligaciones. No nos encontramos, pues, ante dos esferas distintas, ajenas la una de la otra en su aplicación.

Por todo ello, “deben entenderse superadas las clásicas posturas monistas o dualistas en torno a la relación entre normas nacionales e internacionales, subrayándose la retroalimentación de ambas y la interacción o enriquecimiento mutuo entre la jurisprudencia nacional y la internacional”.⁴⁷

⁴⁴ Dinah, Shelton, citada en Salmón Gárate, Elizabeth, *Curso de derecho...*, cit., p. 276.

⁴⁵ Salmón Gárate, Elizabeth y Novak, Fabián, *Las obligaciones internacionales del Perú en materia de Derechos Humanos*, Lima, PUCP, 2002, p. 104.

⁴⁶ Salmón Gárate, Elizabeth, *Curso de derecho...*, cit., p. 277.

⁴⁷ Jimena Quesada, Luis, *Jurisdicción nacional y control de convencionalidad. A propósito del diálogo judicial global y de la tutela multinivel de derechos*, Navarra, Aranzadi, 2013, pp. 50-51.

D. Jerarquía de los tratados en el derecho interno

Conforme ha sido señalado (*supra* I.1.B), y como fue destacado en su momento por la Corte Permanente de Justicia Internacional “desde el punto de vista del Derecho Internacional..., las leyes nacionales son simples hechos, manifestaciones de la voluntad y de la actividad de los Estados, del mismo modo que las decisiones judiciales o las medidas administrativas”.⁴⁸ Esto determina un aspecto negativo y otro positivo en lo que concierne a la primacía del derecho internacional:

a) *En cuanto al aspecto negativo*, ya ha sido indicado que un Estado parte “no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”.⁴⁹ La posición del derecho internacional respecto a su primacía simplemente obliga a los Estados a no pretender justificar posibles incumplimientos de sus obligaciones basándose en normas de derecho interno. En caso contrario, el Estado incurrirá en responsabilidad internacional.⁵⁰

Este aspecto negativo del reconocimiento de la primacía del derecho internacional, entendido como la imposibilidad de apelar al derecho interno para incumplir las obligaciones internacionales, no afecta la plena vigencia y eficacia de las

⁴⁸ CPJI, caso relativo a Ciertos Intereses Alemanes en la Alta Silesia Polonesa (fondo), sentencia del 25 de mayo de 1926, serie A, núm. 7, p. 19.

⁴⁹ Artículo 26 de la CVDT.

⁵⁰ Artículo 3 del Proyecto de artículos sobre la Responsabilidad Internacional de los Estados, elaborado por la Comisión de Derecho Internacional (CDI) de la ONU: La calificación del hecho de un Estado como internacionalmente ilícito se rige por el Derecho Internacional. Tal calificación no resulta afectada por la calificación del mismo hecho como lícito por el derecho interno. CDI, Proyecto de artículos sobre la Responsabilidad Internacional de los Estados, aprobado provisionalmente en su 53o. periodo de sesiones, 23 de abril al 1 de junio y 2 de julio al 10 de agosto de 2001.

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

normas internas del Estado de que se trate. Así, tanto para los individuos como para los órganos del Estado, ese derecho interno es perfectamente invocable y reclamable en el ámbito jurisdiccional hasta que no exista un pronunciamiento en el propio orden interno que declare su nulidad o inaplicación.

- b) *En cuanto al aspecto positivo*, el Estado está en la obligación de implementar medidas para cumplir con las normas internacionales de derechos humanos. Esa necesidad de que el Estado cumpla con las obligaciones asumidas internacionalmente nos remite al principio de coherencia en la actuación estatal y al ya citado *pacta sunt servanda* (*supra* I.1.B). La necesidad de cumplir lo dispuesto en un tratado respecto del cual un Estado consintió implica que éste debe aplicar e implementar el derecho internacional que corresponda en su derecho interno mediante la creación de normas, la derogación de aquellas incompatibles con ese compromiso, así como la abstención de dictar algunas, con la finalidad de que el ordenamiento jurídico interno se ajuste al compromiso asumido. Los medios o formas que emplee para efectos de dicho cumplimiento resultan irrelevantes para el derecho internacional, al que finalmente le interesa constatar la conformidad de la actuación estatal con las obligaciones concernidas.⁵¹

Pero esta primacía del derecho internacional, no supone que éste obligue a los Estados a reconocer la primacía de las normas internacionales al interior de su ordenamiento, cuestión que constituye una decisión de derecho interno. Ciertamente, “[a]nte la pluralidad de fuentes normativas existentes, los ordenamien-

⁵¹ “La existencia de esta obligación no debe confundirse con el dualismo, pues no se postula la necesidad de transformación de la norma internacional en derecho interno, sino que el principio apunta a la eventual necesidad de adoptar normas internas adicionales que sirvan para que la norma internacional sea una disposición plenamente operativa en el ordenamiento interno”. Salmón Gárate, Elizabeth, *Curso de derecho...*, *cit.*, p. 284.

JUANA MARÍA IBÁÑEZ RIVAS

tos jurídicos deben establecer alguna jerarquía jurídica entre ellas... Las formas en que tal operación se realiza son variadas, aun cuando todas coinciden en el objetivo de darle un lugar preeminente al derecho internacional de los derechos humanos o a un sector del mismo”.⁵² Por tanto, pese a las exigencias a nivel de derecho internacional, el Estado es el que decide el rango de las normas internacionales en el derecho interno.

Normalmente es la propia Constitución política del Estado la que establece la jerarquía de las fuentes de derecho internacional en el derecho interno. Las opciones de rango otorgado a los tratados en general, y a los tratados de derechos humanos en particular, son las siguientes:

- a) Rango supraconstitucional;
- b) Rango constitucional;
- c) Rango supralegal, y
- d) Rango legal.

Estas opciones bien pueden verificarse paralelamente en un mismo ordenamiento jurídico, por ejemplo, mediante la asignación de rango constitucional a los tratados de derechos humanos y de rango legal a aquellos que involucren materias distintas. Asimismo, es preciso destacar que pese a la jerarquía establecida en el texto constitucional respecto a los tratados de derechos humanos, en muchos casos la jurisprudencia de las altas cortes internas tiende a complementar o precisar dicho rango a través de sus sentencias, normalmente en una lógica interpretativa *pro persona* (*infra* I.1.E).

En cualquier caso, es innegable que uno de los fundamentos intrínsecos del modelo contemporáneo de Estado constitucional

⁵² Dulitzky, Ariel, “La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales: un estudio comparado”, en Abregú, Martín y Courtis, Christian (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, Editores del Puerto-CELS, 1997, p. 47.

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

es la apertura constitucional a los sistemas de fuentes de derecho internacional.⁵³ En este sentido, “muchas constituciones contemporáneas reconocen la primacía del derecho internacional sobre el derecho interno, refiriéndose expresamente a los tratados de derechos humanos o concediendo un tratamiento especial o diferenciado en el plano interno a los derechos y libertades internacionalmente protegidos”.⁵⁴

E. Otras formas de apertura del derecho interno a los tratados

Además de la jerarquía atribuida a los tratados, es posible identificar en el derecho interno otras manifestaciones que refuerzan la “internacionalización” del ordenamiento constitucional de los Estados.⁵⁵

a) Cláusula de aplicación del principio *pro persona*. Algunos ordenamientos jurídicos prevén una cláusula que nos remite a la aplicación del denominado principio *pro persona*. Dicho principio ha sido definido por Mónica Pinto como

un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando

⁵³ Landa Arroyo, César, “El impacto del control de convencionalidad en el ordenamiento peruano entre la época de la dictadura y la consolidación de la democracia constitucional”, en Castañeda Otsu, Susana (coord.), *Constitucionalismo y democracia en América Latina: controles y riesgos*, Lima, Adrus D&L Editores, 2014, p. 219.

⁵⁴ Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, “Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales”, en Abregú, Martín y Courtis, Christian (comps.), *op. cit.*, pp. 283-350.

⁵⁵ Sobre el particular véase Morales Antoniazzi, Mariela, *Protección supranacional de la democracia en Suramérica. Un estudio sobre el acervo del ius constitutionale commune*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015.

JUANA MARÍA IBÁÑEZ RIVAS

se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria⁵⁶ (*infra* III.1.A).

b) Cláusula de interpretación. Ciertos ordenamientos jurídicos han acordado no solamente un valor supraconstitucional o constitucional a los tratados de derechos humanos, sino que han previsto que los derechos fundamentales constitucionales sean interpretados a la luz de dichos tratados, con lo cual “se puede suponer válidamente que el grado de adhesión al estándar establecido en el nivel internacional será importante”.⁵⁷

Esta apertura reforzada se materializa en el texto de algunas Constituciones que incluyen una suerte de “cláusula de interpretación”, que determina que los tratados de derecho internacional de los derechos humanos constituyen “instrumentos de interpretación de los textos constitucionales cuando éstos otorgan una protección menos favorable que los instrumentos internacionales”.⁵⁸ De esta manera, los tratados de derechos humanos se erigen como “referente interpretativo de los derechos fundamentales constitucionales”.⁵⁹

Como consecuencia, la cláusula de interpretación integra a los tratados de derechos humanos en el denominado bloque de constitucionalidad. La doctrina del bloque de constitucionalidad “permite reconocer jerarquía constitucional a normas

⁵⁶ Pinto, Mónica, “El principio *pro homine*. Criterios de la hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, en Abregú, Martín y Courtis, Christian (comps.), *op. cit.*, p. 163.

⁵⁷ Burgorgue-Larsen, Laurence, “La Corte Interamericana de los Derechos Humanos como tribunal Constitucional”, *Papeles de Derecho Europeo e Integración Regional/ Working Papers on European Law and Regional Integration*, WP IDEIR, núm. 22, 2014, p. 21.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 17.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 20.

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

que no están incluidas en la Constitución nacional, usualmente con el fin de interpretarlas sistemáticamente con el texto de la Constitución”.⁶⁰ Siguiendo a Manuel Góngora, esta inclusión de los tratados de derechos humanos dentro del bloque de constitucionalidad tiene tres efectos jurídicos trascendentales:

- “los tratados de derechos humanos prevalecen sobre la legislación interna”;
- “los tratados de derechos humanos pueden ser considerados como parámetros de constitucionalidad concurrentes con las normas constitucionales nacionales, por lo que un conflicto entre un tratado de derechos humanos y una ley interna puede derivar en una declaratoria de inconstitucionalidad”; y
- “los derechos internacionalmente protegidos por los tratados de derechos humanos pueden ser invocados a través de las acciones nacionales destinadas a tutelar derechos constitucionales”.⁶¹

De esta manera, la cláusula de interpretación eventualmente prevista en algunas Constituciones es, *inter alia*, el punto de partida de la “constitucionalización” de los tratados de derechos humanos. También, como en el caso de la jerarquía asignada a los tratados de derechos humanos (*supra* I.1.D), las altas cortes del Estado, a través de su jurisprudencia, pueden ser las

⁶⁰ Góngora Mera, Manuel, “La difusión del bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia latinoamericana y su potencial en la construcción del *ius constitutionale commune* latinoamericano”, en von Bogdandy, Armin *et al.* (coords.), *Ius constitutionale commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014, p. 301.

⁶¹ *Ibidem*, pp. 301-302.

responsables de la inclusión de los tratados en el denominado “bloque de constitucionalidad”.

c) Cláusula de derechos implícitos. Ciertas Constituciones contemplan la cláusula de derechos implícitos en tanto que manifestación que refuerza la apertura a los sistemas de fuentes de derecho internacional.

En dicha cláusula se suele establecer que los derechos expresamente declarados en la Constitución “no implican la negación de otros que surgen de la naturaleza humana, que son inherentes a[la persona], a la soberanía popular, etcétera”.⁶² Siguiendo a Dulitzky, en materia de derechos implícitos hay dos vertientes diferenciadas en el constitucionalismo latinoamericano:

- La primera integrada por las Constituciones que establecen que los derechos reconocidos constitucionalmente no excluyen otros incluidos en normas internacionales, y
- La segunda, por las Constituciones que señalan que el catálogo de derechos que figura en ellas y en los tratados no niegan a otros que son inherentes a la persona humana.⁶³

La inclusión de una cláusula de derechos implícitos ilustra la concepción de los constituyentes acerca de la integralidad del sistema de derechos. Dichos constituyentes “[y]a no consideran que los únicos derechos garantizados son los de la propia

⁶² Dulitzky, Ariel, *op. cit.*, pp. 42-43.

⁶³ *Idem.*

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

Constitución, sino que también se encuentran los que tienen su fuente normativa en el derecho internacional”.⁶⁴

2. EL DERECHO INTERNO Y LAS OBLIGACIONES ESTATALES DERIVADAS DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

El Sistema Interamericano, creado en el seno de la Organización de los Estados Americanos (en adelante: OEA), es el mecanismo más influyente en materia de promoción y protección de los derechos humanos en la región, alcanzando con su actuación “a unos 500 millones de habitantes que se encuentran a lo largo y ancho del continente [a]mericano”.⁶⁵

Se trata de un sistema jurídico-político “construido a partir de voluntades soberanas, con sustento en valores y principios compartidos (que constan, explícita o implícitamente, en los documentos fundacionales del sistema...); normas comunes (el *corpus juris* americano de los derechos humanos) y una instancia supranacional con poder de interpretación vinculante”, esto es, la Corte Interamericana, sin olvidar a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante: Comisión Interamericana o Comisión) “cuya misión orientadora no participa del carácter inequívocamente vinculante que tienen las determinaciones jurisdiccionales de [la Corte]”.⁶⁶

La referida estructura orgánica y normativa del Sistema Interamericano, regida transversalmente por el principio de subsidiariedad, da cuenta de obligaciones generales que vinculan a

⁶⁴ *Idem.*

⁶⁵ CEJIL, *Informe sobre la situación financiera del sistema interamericano de derechos humanos “Fortalecimiento financiero del sistema”*, 2013, p. 1.

⁶⁶ García Ramírez, Sergio, “El control judicial...”, *cit.*, pp. 127-128.

los Estados, y que, en definitiva, constituyen el fundamento del control de convencionalidad.

A. *Los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*

El Sistema Interamericano responde a un modelo dual, en la medida en que se encuentra conformado por dos órganos: la Comisión Interamericana con sede en Washington, D. C., Estados Unidos de América, y la Corte Interamericana, con sede en San José, Costa Rica. A través de sus dos órganos, y desde su creación, el Sistema Interamericano ha respondido a las situaciones de violación de derechos humanos en la región, recordando a los Estados sus obligaciones internacionales en la materia, declarando la responsabilidad internacional de estos de ser el caso y ordenando reparar a las víctimas de dichas violaciones, contribuyendo así a los procesos de democratización y a la consolidación del Estado de Derecho.

a) La Comisión Interamericana de Derechos Humanos es un órgano principal y autónomo de la OEA, que representa a todos sus Estados miembros, y que tiene como función principal promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y servir como órgano consultivo de la OEA en esa materia.⁶⁷ La Convención Americana determina la estructura, competencia y procedimientos de dicho órgano, aspectos precisados en su Estatuto⁶⁸ y en su Reglamento.⁶⁹ En cumplimiento de su man-

⁶⁷ Artículo 106 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos (OEA).

⁶⁸ Aprobado mediante Resolución núm. 447 (IX-O/79), adoptada por la Asamblea General de la OEA en su noveno período ordinario de sesiones, celebrado en La Paz, Bolivia, el 31 de octubre de 1979.

⁶⁹ Aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en su 137o. período ordinario de sesiones, celebrado del 28 de octubre al 13 de noviembre de 2009; y modificado el 2 de septiembre de 2011 y en su 147o.

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

dato, la Comisión Interamericana realiza las siguientes funciones:

- Recibe, analiza e investiga peticiones individuales en que se alegan violaciones de derechos humanos.⁷⁰ Toda persona, grupo de personas o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más de los Estados miembros de la OEA puede presentar peticiones ante la Comisión Interamericana en relación con violaciones de un derecho reconocido en la Convención Americana, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (en adelante: Declaración Americana) u otro instrumento pertinente, conforme a sus respectivas disposiciones y a su Estatuto y su Reglamento. Asimismo, la Comisión puede considerar comunicaciones con carácter de denuncia interestatal en la situación descrita y regulada por la Convención Americana.⁷¹
- Observa la situación general de los derechos humanos en los Estados miembros y publica informes especiales sobre la situación en determinado Estado miembro cuando lo considera apropiado.⁷²
- Realiza visitas *in loco* a los países para llevar a cabo análisis en profundidad de la situación general y/o para investigar una situación específica.⁷³ En general, estas visitas dan lugar a la preparación de un informe sobre la situación de los derechos humanos del país en cuestión,

periodo ordinario de sesiones, celebrado del 8 al 22 de marzo de 2013, para su entrada en vigor el 1 de agosto de 2013.

⁷⁰ Artículos 44 a 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH); 19 y 20 del Estatuto de la CIDH, y 23 a 52 del Reglamento de la CIDH.

⁷¹ Artículo 45 de la CADH.

⁷² Artículo 60 del Reglamento de la CIDH.

⁷³ Artículos 18 del Estatuto de la CIDH y 53 del Reglamento de la CIDH.

JUANA MARÍA IBÁÑEZ RIVAS

que se publica y presenta al Consejo Permanente y a la Asamblea General de la OEA.

- Estimula la conciencia pública respecto de los derechos humanos en las Américas. A tales efectos, la Comisión Interamericana lleva a cabo y publica estudios sobre temas específicos,⁷⁴ tales como las medidas que deben adoptarse para garantizar un mayor acceso a la justicia; los efectos que tienen los conflictos armados internos en ciertos grupos de personas; la situación de derechos humanos de la niñez, de la mujer, de las personas LGBTI, de los trabajadores migrantes y sus familias, de las personas privadas de libertad, de los defensores de derechos humanos; de los pueblos indígenas y los afrodescendientes; sobre la discriminación racial, sobre la libertad de expresión y sobre los derechos económicos, sociales y culturales.
- Organiza y celebra visitas, conferencias, seminarios y reuniones con representantes de gobiernos, instituciones académicas, entidades no gubernamentales y otras, para divulgar información y fomentar el conocimiento amplio de la labor del Sistema Interamericano.⁷⁵
- Recomienda a los Estados miembros de la OEA la adopción de medidas que contribuyan a la protección de los derechos humanos en los países del hemisferio.⁷⁶
- Solicita a los Estados miembros que adopten medidas cautelares para prevenir daños irreparables a los derechos humanos en casos graves y urgentes.⁷⁷ Asimismo, puede solicitar que la Corte Interamericana disponga la adopción

⁷⁴ Artículo 15 del Reglamento de la CIDH.

⁷⁵ Artículos 41 de la CADH y 18 del Estatuto de la CIDH.

⁷⁶ Artículos 41 de la CADH y 18 del Estatuto de la CIDH.

⁷⁷ Artículo 25 del Reglamento de la CIDH.

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

de medidas provisionales en casos de extrema gravedad y urgencia para evitar daños irreparables a las personas.⁷⁸

- Presenta casos a la Corte Interamericana y comparece ante ella durante su tramitación y consideración.⁷⁹
- Solicita opiniones consultivas a la Corte Interamericana.⁸⁰

b) La Corte Interamericana de Derechos Humanos es una institución judicial autónoma cuyo objetivo es la aplicación e interpretación de la Convención Americana. La Corte ejerce sus funciones de conformidad con las disposiciones de la Convención, de su Estatuto⁸¹ y de su Reglamento.⁸² Conforme a la Convención Americana, la Corte ejerce función contenciosa y consultiva.⁸³ Adicionalmente, tiene la facultad de dictar medidas provisionales.

- Función contenciosa. Por esta vía, la Corte Interamericana determina, en los casos sometidos a su jurisdicción, si un Estado ha incurrido en responsabilidad internacional por la violación de algún derecho reconocido en la Convención Americana o en otros tratados de derechos humanos aplicables del Sistema Interamericano y, en su caso, dispone las medidas necesarias para reparar las consecuencias derivadas de la vulneración de dere-

⁷⁸ Artículo 76 del Reglamento de la CIDH.

⁷⁹ Artículos 61 de la CADH y 45 y 74 del Reglamento de la CIDH.

⁸⁰ Artículos 64 de la CADH y 19 del Estatuto de la CIDH.

⁸¹ Aprobado mediante la resolución núm. 448, adoptada por la Asamblea General de la OEA en su noveno periodo de sesiones, celebrado en La Paz, Bolivia, octubre de 1979.

⁸² Aprobado por la Corte IDH en su LXXXV periodo ordinario de sesiones, celebrado del 16 al 28 de noviembre de 2009.

⁸³ Artículos 61 a 64 de la CADH y 2 del Estatuto de la Corte IDH.

chos.⁸⁴ En el marco de esta función, tiene lugar la fase de supervisión de cumplimiento de sentencias,⁸⁵ que tiene por objetivo que las reparaciones ordenadas por la Corte para cada caso concreto se implementen y cumplan efectivamente.⁸⁶

- Función consultiva. A través de esta función la Corte Interamericana responde consultas que formulan los Estados miembros de la OEA o los órganos de la misma acerca de la interpretación de la Convención Americana o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos.⁸⁷ Asimismo, a solicitud de un Estado miembro de la OEA, la Corte puede emitir su opinión sobre la compatibilidad de las normas internas y los instrumentos del Sistema Interamericano.⁸⁸ Las opiniones consultivas son “instrumentos útiles para que los Estados y los mismos órganos de la OEA, consoliden y amplíen, sin esperar una violación a los derechos humanos, el *corpus iuris* interamericano, a través de la creación de estándares claros y vigorosos para la promo-

⁸⁴ Corte IDH, *Informe Anual 2015*, p. 12, en http://www.corteidh.or.cr/sitios/informes/docs/SPA/spa_2015.pdf.

⁸⁵ El fundamento jurídico de la facultad de supervisión de cumplimiento de sentencias de la Corte se encuentra en los artículos 33, 62.1, 62.3 y 65 de la CADH, en el artículo 30 del Estatuto de la Corte IDH y en el artículo 69 del Reglamento de la Corte IDH.

⁸⁶ Corte IDH, *Informe Anual 2015*, *op. cit.*, p. 16.

⁸⁷ Artículo 64 de la CADH. Los órganos de la OEA a los que se hace referencia son aquellos enumerados en el capítulo X de la Carta de la OEA —reformada por el Protocolo de Buenos Aires—, a saber: la Asamblea General; la Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores; los Consejos; el Comité Jurídico Interamericano; la Comisión interamericana; la Secretaría General; las Conferencias Especializadas, y los organismos especializados. De acuerdo con la Carta, se podrán establecer, además de los previstos, órganos subsidiarios, organismos y otras entidades que se estimen necesarios (artículo 51 de la Carta de la OEA).

⁸⁸ Artículos 64 de la CADH y 70 a 75 del Reglamento de la Corte IDH.

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

ción, defensa y garantía de los derechos humanos en el hemisferio”.⁸⁹

- Facultad de dictar medidas provisionales. Las medidas provisionales de protección son ordenadas por la Corte Interamericana para garantizar los derechos de personas determinadas o grupos de personas determinables que se encuentran en una situación de extrema gravedad y urgencia, para evitar daños irreparables, principalmente aquellos que tienen que ver con el derecho a la vida o a la integridad personal.⁹⁰ Los tres requisitos requeridos (extrema gravedad, urgencia, e irreparabilidad del daño) tienen que sustentarse adecuadamente para que la Corte decida otorgar esas medidas que deben ser implementadas por el Estado concernido.⁹¹

B. *El corpus juris interamericano*

Con la expresión “*corpus juris interamericano*” hacemos mención no sólo a los documentos fundacionales del Sistema Interamericano, sino también a los demás instrumentos de protección de los derechos humanos adoptados en el marco del Sistema.

- a) La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Fue aprobada en abril de 1948, durante la Novena Conferencia Interamericana, en Bogotá, Colombia. La Declaración Americana es el primer documento internacional de derechos humanos de carácter general, que se anticipa por unos meses a la Declaración Universal de Derechos Huma-

⁸⁹ Corte IDH, *Informe Anual 2012*, p. 20, en http://www.corteidh.or.cr/docs/informes/spa_2012.pdf.

⁹⁰ Artículos 63.2 de la CADH y 27 del Reglamento de la Corte IDH.

⁹¹ Corte IDH, *Informe Anual 2015*, *op. cit.*, pp. 17-18.

JUANA MARÍA IBÁÑEZ RIVAS

nos de la Organización de las Naciones Unidas,⁹² y dos años y medio al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.⁹³ En la Novena Conferencia Interamericana también se aprobó la Carta de la OEA, en la que los derechos humanos figuran como principios básicos de dicha organización y como fuente explícita de compromisos políticos y jurídicos.⁹⁴

b) La Convención Americana sobre Derechos Humanos. Es un tratado de derechos humanos, resultado de la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, celebrada en San José, Costa Rica, del 7 al 22 de noviembre 1969.⁹⁵ La Convención Americana puede ser estructurada en dos grandes partes, una sustantiva y otra orgánica. En la parte sustantiva se fija un catálogo de derechos y libertades fundamentales, además de normas relativas a las obligaciones que asumen los Estados, la interpretación de la Convención Americana, las restricciones permitidas, la suspensión de los derechos, cláusulas sobre las obligaciones respecto de los Estados federales y deberes de los titulares de derechos. En la parte orgánica se establecen los órganos encargados de la protección y promoción de los derechos y libertades consagrados en el mismo cuerpo normativo (la Comisión In-

⁹² Adoptada en París, el 10 de diciembre de 1948, por la Asamblea General de la ONU.

⁹³ Adoptado en Roma, el 4 de noviembre de 1950, por el Consejo de Europa.

⁹⁴ García Ramírez, Sergio, "Prologue", Burgorgue-Larsen, Laurence y Úbeda de Torres, Amaya, *Les grandes décisions de la Cour interaméricaine des Droits de l'Homme*, Bruselas, Bruylant, 2008, pp. XII-XIV.

⁹⁵ OEA, Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. Actas y Documentos, San José, 7-22 de noviembre de 1969, OEA/Ser.K/ XVI/1.2, en <http://www.oas.org/es/cidh/docs/basicos/ActasConferenciaInteramericanaDDHH1969.pdf>.

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

teramericana y la Corte Interamericana) y mecanismos de control.⁹⁶

Este tratado quedó abierto a la firma y a la ratificación o adhesión de todo Estado miembro de la OEA. El tratado establece que la ratificación o la adhesión debe efectuarse mediante el depósito de un instrumento de ratificación o de adhesión en la Secretaría General de la OEA. La Convención Americana entró en vigor tan pronto como once Estados depositaron sus respectivos instrumentos de ratificación o de adhesión. Respecto a los Estados que ratificaron o se adhirieron a la Convención posteriormente, ésta entró en vigor en la fecha del depósito del respectivo instrumento de ratificación o de adhesión.⁹⁷ Al respecto, en el marco del Sistema Interamericano, ha quedado establecido que un tratado es exigible al Estado a partir de la fecha de depósito del respectivo instrumento de ratificación⁹⁸ (*supra* I.1.A).

En cuanto a las reservas, la Convención Americana establece que ésta sólo puede ser objeto de aquellas que se realicen conforme a las disposiciones de la CVDT.⁹⁹ Al respecto, la Corte Interamericana ha hecho notar que la Convención Americana no prohíbe reservas, ni tampoco especifica las que son permitidas. Por tanto, ha precisado que, al hacer referencia a la CVDT, la Convención Americana permite que los Estados ratifiquen o se adhieran al tratado “con cualquier reserva que ellos quieran hacer, siempre y cuando ésta no sea «incompatible con [su] objeto y fin»”. Esta interpretación “está confirmada por los traba-

⁹⁶ Medina Quiroga, Cecilia y Nash Rojas, Claudio, *Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Introducción a sus mecanismos de protección*, Santiago de Chile, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2007, p. 17.

⁹⁷ Artículo 74 de la CADH.

⁹⁸ Corte IDH, caso *Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 14 de noviembre de 2014, serie C, núm. 287, párr. 438.

⁹⁹ Artículo 75 de la CADH.

JUANA MARÍA IBÁÑEZ RIVAS

jos preparatorios de la Convención, que demuestran que sus redactores deseaban adoptar un sistema flexible de reservas”.¹⁰⁰ A mayor abundamiento, la Corte Interamericana ha señalado que las reservas expresamente autorizadas por la Convención Americana, esto es, todas las compatibles con el objeto y fin del tratado, “no requieren aceptación de los Estados Partes”. De acuerdo con la Corte, un tratado como la Convención Americana “que da tal importancia a la protección del individuo, que abre el derecho de petición individual desde el momento de la ratificación, difícilmente puede decirse que tienda a retrasar [su] entrada en vigencia... hasta que por lo menos otro Estado esté dispuesto a aceptar al Estado reservante como Parte. Dado el marco institucional y normativo de la Convención, tal atraso no cumpliría ningún propósito útil”. En ese sentido, la Corte Interamericana ha precisado que la Convención Americana entra en vigencia para un Estado que la ratifique o se adhiera a ella, con o sin reservas, en la fecha misma del depósito del respectivo instrumento de ratificación o adhesión¹⁰¹ (*supra* I.1.A).

El sometimiento a la competencia contenciosa de la Corte Interamericana es facultativo. Así, en el momento del depósito del instrumento de ratificación o adhesión de la Convención Americana, o en cualquier momento posterior, el Estado parte puede declarar que reconoce como obligatoria, de pleno derecho y sin convención especial, dicha competencia sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de la Convención.¹⁰²

¹⁰⁰ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-2/82, *op. cit.*, párrs. 22-23.

¹⁰¹ *Ibidem*, párrs. 34-38.

¹⁰² De los veintitrés Estados miembros de la OEA que, a su vez, han ratificado la Convención Americana, veinte han aceptado la competencia contenciosa de la Corte. Estos Estados son: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Surinam, y Uruguay. Sólo los Estados parte de la Convención y la Comisión Interamericana tienen derecho a someter un caso a la decisión de la Corte, la que podrá conocer del

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

De los 35 Estados miembros de la OEA, veintitrés son Estados parte de la Convención Americana y, entre ellos, veinte han aceptado la competencia contenciosa de la Corte Interamericana. A partir de estos datos, es posible identificar dos grupos de Estados comprometidos de manera diferente respecto a la Convención Americana, así como en lo que concierne a los dos órganos del Sistema Interamericano:

- Primero, los Estados miembros de la OEA que no son parte de la Convención que, en consecuencia, tienen una relación exclusiva con la Comisión Interamericana, la que recibe y examina las peticiones sobre alegadas violaciones a los derechos reconocidos en la Declaración Americana.
- Segundo, los Estados miembros de la OEA que son parte de la Convención, dentro de los cuales es posible distinguir dos subgrupos. Por un lado, los Estados que no han aceptado la competencia contenciosa de la Corte, y que, por tanto, sólo tienen relación con la Comisión Interamericana, la que recibe y examina las peticiones sobre violaciones alegadas a la Convención y, por otro lado, los Estados que sí han aceptado la competencia contenciosa de la Corte, y que por ello tienen relación con la Comisión Interamericana y la Corte, las que pueden recibir y analizar las peticiones sobre alegadas violaciones a la Convención vinculadas a los Estados concernidos.

Esta relación desigual entre los Estados miembros de la OEA, la Convención Americana y los órganos interamericanos genera un sistema “de grados diferenciados de ratificación que «coloca

mismo en la medida en que se hayan agotado previamente los procedimientos previstos en los artículos 48 a 50 de la Convención (artículo 61 de la CADH).

a millones de personas en una situación de desventaja en cuanto al grado de protección internacional de los derechos»¹⁰³.

c) Otros tratados del *corpus juris* interamericano. El *corpus juris* del Sistema Interamericano comprende adicionalmente otros instrumentos normativos que también constituyen la base jurídica del trabajo de la Comisión Interamericana y la Corte Interamericana, a saber:

- El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador).¹⁰⁴
- El Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Pena de Muerte.¹⁰⁵
- La Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.¹⁰⁶
- La Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas.¹⁰⁷
- La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará).¹⁰⁸

¹⁰³ CIDH, *Universalización del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Consideraciones sobre la ratificación universal de la Convención Americana y otros tratados interamericanos en materia de derechos humanos*, OEA/Ser.L/V/II.152Doc. 21, 14 de agosto de 2014, p. 9, en <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Universalizacion-sistema-interamericano.pdf>.

¹⁰⁴ Adoptado en San Salvador, El Salvador, el 17 de noviembre de 1988, en el decimoctavo periodo ordinario de sesiones de la Asamblea General de la OEA.

¹⁰⁵ Adoptado en Asunción, Paraguay, el 8 de junio de 1990, en el vigésimo periodo ordinario de sesiones de la Asamblea General de la OEA.

¹⁰⁶ Adoptada en Cartagena de Indias, Colombia, el 9 de diciembre de 1985, en el decimoquinto periodo ordinario de sesiones de la Asamblea General de la OEA.

¹⁰⁷ Adoptada en Belém do Pará, Brasil, el 9 de junio de 1994, en el vigésimo cuarto periodo ordinario de sesiones de la Asamblea General de la OEA.

¹⁰⁸ Adoptada en Belém do Pará, Brasil, el 9 de junio de 1994, en el vigésimo cuarto periodo ordinario de sesiones de la Asamblea General de la OEA.

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

- La Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad.¹⁰⁹
- La Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia.¹¹⁰
- La Convención Interamericana contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia.¹¹¹ y
- La Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores.¹¹²

Como en el caso de la Convención Americana, también existen diferencias en la firma, ratificación y adhesión de estos instrumentos del *corpus juris* interamericano. Al respecto, la Comisión Interamericana ha destacado “la importancia de que los Estados Miembros de la OEA no sólo ratifiquen la Convención Americana, sino todos los instrumentos interamericanos de protección”. En ese sentido, la Comisión ha resaltado “la ratificación universal de los instrumentos del sistema interamericano como un ingrediente crítico del pleno respeto y garantía de los derechos humanos en las Américas”, reiterando así “el carácter apremiante de que los Estados miembros de la [OEA] empleen los medios a su alcance para superar los impedimentos a la ratificación e implementación plena de todos los instrumentos interamericanos”.¹¹³

¹⁰⁹ Adoptada en la Ciudad de Guatemala, Guatemala, el 7 de junio de 1999, en el vigésimo noveno periodo ordinario de sesiones de la Asamblea General de la OEA.

¹¹⁰ Aprobada en La Antigua, Guatemala, el 6 de mayo de 2013, en el cuadragésimo tercer periodo ordinario de sesiones de la Asamblea General de la OEA.

¹¹¹ Aprobada en La Antigua, Guatemala, el 6 de mayo de 2013, en el cuadragésimo tercer periodo ordinario de sesiones de la Asamblea General de la OEA.

¹¹² Adoptada en Washington, D.C., Estados Unidos de América, el 15 de junio de 2015, en el cuadragésimo quinto periodo ordinario de sesiones de la Asamblea General de la OEA.

¹¹³ CIDH, *op. cit.*, p. 9.

C. Las obligaciones generales de los Estados en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Conforme ha quedado señalado, tratándose de las obligaciones estatales en el Sistema Interamericano, es importante tener en cuenta que los propios Estados han consentido respecto a la vinculatoriedad de las mismas al hacerse parte de la Convención Americana y de los demás tratados del *corpus juris* interamericano, constituyéndose por ello en agentes responsables del cumplimiento de los deberes involucrados (*supra* I.1.A). Dicho deber se transmite a todos los poderes, órganos y autoridades, los que, en consecuencia, pueden generar la responsabilidad internacional del Estado por sus acciones u omisiones, frente a la violación de uno o más derechos reconocidos en los tratados concernidos.

La Convención Americana establece las obligaciones generales de los Estados en materia de derechos humanos, a saber: las de respeto y garantía (artículo 1.1) y la de adecuación del derecho interno (artículo 2). Tales obligaciones exigen que los Estados, a través de sus diferentes órganos, pongan en práctica medidas de “hacer” y “no hacer”, de modo que las normas concernidas, incorporadas al derecho interno y con independencia de su jerarquía, se tornen realmente eficaces. Sólo implementando, el ordenamiento jurídico interno guardará coherencia con lo establecido en la Convención Americana y demás tratados del *corpus juris* interamericano y, de esta manera, será posible asegurar la eficacia de las normas contenidas en aquéllos, evitando contradicciones u omisiones que puedan generar la correspondiente responsabilidad internacional e, incluso, la reincidencia en la violación de derechos humanos por parte del Estado.

En todo caso, siguiendo al juez Antônio Cançado Trindade, es importante destacar que la exigencia del cumplimiento de las

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

obligaciones generales de los Estados en el marco del Sistema Interamericano, a través de la aplicación de la normativa internacional, “tiene el propósito de perfeccionar, y no desafiar, la normativa interna, en beneficio de los seres humanos protegidos”.¹¹⁴

a) Obligación general de respetar y garantizar los derechos y libertades, sin discriminación. El artículo 1.1 de la Convención Americana¹¹⁵ obliga a los Estados parte a respetar y garantizar, sin discriminación alguna, el libre y pleno ejercicio de los derechos y libertades contenidos en ella. En ese sentido, desde la sentencia en el caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, la Corte Interamericana ha afirmado que, conforme al artículo 1.1, “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 por la misma Convención”.¹¹⁶

La *obligación de respeto* es entendida habitualmente como un deber negativo, esto es, como la obligación del Estado de “no hacer” aquello que pueda significar una transgresión de las normas de derechos humanos. De esta manera, la obligación de respeto

¹¹⁴ Cançado Trindade, Antônio, “Reflexiones sobre el futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos”, en Méndez, Juan y Cox, Francisco (eds.), *El futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*, San José, IIDH, 1998, p. 585.

¹¹⁵ El artículo 1.1 de la CADH (Obligación de respetar los derechos) establece que “Los Estados Partes en [la] Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones jurídicas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

¹¹⁶ Corte IDH, caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, fondo, sentencia del 29 de julio de 1988, serie C, núm. 4, párrs. 164-177.

JUANA MARÍA IBÁÑEZ RIVAS

se interpreta como la abstención exigida al Estado, con el propósito de evitar la realización de actos que contravengan las normas con relación a las cuales ha consentido. Así pues, Medina y Mera señalan que “[l]a obligación de respetar exige que el Estado y sus agentes no violen los derechos humanos establecidos...”¹¹⁷ Por ello, esta obligación “traduce la existencia de ciertos atributos inviolables de la persona humana que no pueden ser legítimamente menoscabados por el ejercicio del poder público, esto es, que en la protección de los derechos humanos está necesariamente comprendida la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal”.¹¹⁸ Por ello, para algunos autores el respeto supone una obligación estatal consistente en “no incurrir” en conductas que violen las normas de derechos humanos.

Por su parte, la *obligación de garantizar* el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a la jurisdicción de un Estado ha sido entendida por la Corte Interamericana como aquella que “implica el deber de los Estados Parte de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar públicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”. De esta manera, continúa la Corte, dicha obligación no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible su cumplimiento, “sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los de-

¹¹⁷ Medina Quiroga, Cecilia y Mera, Jorge (eds.), *Sistema jurídico y derechos humanos. El derecho nacional y las obligaciones internacionales de Chile en materia de derechos humanos*, Santiago de Chile, Sociedad de Ediciones Universidad Diego Portales, 1996, p. 43.

¹¹⁸ Pinto, Mónica, *Las convenciones y tratados sobre derechos humanos ratificados por la República Argentina y sus principales obligaciones*, Buenos Aires, CELS-CIJ, 1993, p. 7.

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

rechos humanos”.¹¹⁹ La propia Corte Interamericana ha señalado que el deber de garantía, como deber de introducir en el derecho interno las medidas necesarias para asegurar la ejecución de las normas convencionales, constituye “una norma consuetudinaria” calificada por la jurisprudencia como un “principio evidente”.¹²⁰

De esta manera, siguiendo el pronunciamiento de la Corte Interamericana, el cumplimiento de la obligación de garantía exige además de la organización de un aparato estatal conforme a las normas de derechos humanos, una conducta gubernamental que asegure el eficaz funcionamiento de dicha estructura. Evidentemente, la citada conducta gubernamental supone, entre otras cosas, un Estado que se abstenga de cometer actos contrarios al derecho internacional de los derechos humanos.

En consecuencia, la obligación de respeto y garantía compromete a los Estados tanto en cuestiones de prevención y control como en lo que respecta a la reacción ante el incumplimiento a través de la investigación, juzgamiento y sanción, así como de la reparación. Ello es así, puesto que la obligación de respeto y garantía supone un compromiso jurídico que tiene como finalidad última hacer plenamente compatible el ordenamiento jurídico estatal con las normas de derechos humanos y, en esa línea, garantizar la eficacia de estas normas internacionales en el derecho interno. Ciertamente,

[l]os Estados Parte en la Convención deben garantizar el cumplimiento de las disposiciones convencionales y sus efectos propios (*effet utile*) en el plano de sus respectivos derechos

¹¹⁹ Corte IDH, caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, fondo, *op. cit.*, párrs. 166-167.

¹²⁰ Corte IDH, caso *Garrido y Baigorria vs. Argentina*, reparaciones y costas, sentencia del 27 de agosto de 1998, serie C, núm. 39, párrs. 68-69, y caso *Cantos vs. Argentina*, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 28 de noviembre de 2002, serie C, núm. 97, párr. 59.

JUANA MARÍA IBÁÑEZ RIVAS

internos. Estas obligaciones deben ser interpretadas y aplicadas de manera que la garantía protegida sea verdaderamente práctica y eficaz, teniendo presente la naturaleza especial de los tratados de derechos humanos.¹²¹

b) Obligación general de adoptar disposiciones de derecho interno para hacer efectivos los derechos y libertades. El artículo 2 de la Convención Americana¹²² complementa las obligaciones de respeto y garantía contenidas en el artículo 1.1, al establecer el deber estatal de adoptar disposiciones de derecho interno para hacer efectivos los derechos y libertades reconocidos en dicho tratado. Este artículo 2 “no define cuáles son las medidas pertinentes para la adecuación del derecho interno a la [Convención], obviamente por depender ello del carácter de la norma que la requiera y las circunstancias de la situación concreta”. Sin embargo, la Corte ha interpretado que tal adecuación implica la adopción de medidas en dos vertientes.¹²³

¹²¹ Corte IDH, caso *Ivcher Bronstein vs. Perú*, competencia, sentencia del 24 de septiembre de 1999, serie C, núm. 54, párr. 37; caso *Familia Barrios vs. Venezuela*, supervisión de cumplimiento de sentencia, resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 2 de septiembre de 2015, considerando 4, y *12 Casos Guatemaltecos vs. Guatemala*, supervisión de cumplimiento de sentencia, resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 24 de noviembre de 2015, considerando 17.

¹²² El artículo 2 de la CADH (Deber de adoptar disposiciones de derecho interno) establece que “Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de [la] Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

¹²³ Corte IDH, caso *Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 30 de mayo de 1999, serie C, núm. 52, párr. 207, y caso *Tarazona Arrieta y otros vs. Perú*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 15 de octubre de 2014, serie C, núm. 286, párr. 153.

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

- La supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio. Esta primera vertiente “se satisface con la reforma, la derogación o la anulación de las normas o prácticas que tengan esos alcances, según corresponda”.¹²⁴ Por ello, tiene una naturaleza preventiva intrínseca, en la medida que evita la eventual repetición de violaciones de derechos humanos derivadas de una misma ley nacional.¹²⁵

Siguiendo la jurisprudencia de la Corte Interamericana, si un Estado manifiesta su intención de cumplir con la Convención Americana, la no derogación de una norma incompatible con ésta y la falta de adaptación de las normas y comportamientos internos por parte de los poderes Legislativo y Judicial para hacer efectivas dichas normas, determinan que el Estado viole dicho tratado.¹²⁶ El hecho de que se trate de leyes internas y de que éstas hayan sido adoptadas de acuerdo con lo dispuesto por la Constitución nacional, nada justifica si mediante ellas se violan cualquiera de los derechos o libertades protegidos por la Convención.¹²⁷

- La expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garan-

¹²⁴ Corte IDH, caso *Salvador Chiriboga vs. Ecuador*, excepción preliminar y fondo, sentencia del 6 de mayo de 2008, serie C, núm. 179, párr. 122, y caso *Fornerón e hija vs. Argentina*, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 27 de abril de 2012, serie C, núm. 242, párr. 131.

¹²⁵ Cançado Trindade, Antônio, *op. cit.*, p. 591.

¹²⁶ Corte IDH, caso *Suárez Rosero vs. Ecuador*, fondo, sentencia del 12 de noviembre de 1997, serie C, núm. 35, párr. 98.

¹²⁷ Corte IDH, *Ciertas Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos* (arts. 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-13/93 del 16 de julio de 1993, serie A, núm. 13, párr. 27.

JUANA MARÍA IBÁÑEZ RIVAS

tías. Esta segunda vertiente “obliga al Estado a prevenir la recurrencia de violaciones a los derechos humanos y, por eso, debe adoptar todas las medidas legales, administrativas y de otra índole que sean necesarias para evitar que hechos similares vuelvan a ocurrir en el futuro”.¹²⁸ El deber de adoptar disposiciones de derecho interno ha implicado, en ciertas ocasiones, la obligación por parte del Estado de tipificar penalmente determinadas conductas.¹²⁹

Siguiendo al juez Pedro Nikken: “[s]i el artículo 2 es leído a la luz de lo dispuesto por el artículo 1.1 de la Convención, se concluye, como lo ha hecho la misma Corte Interamericana, que, a través de dichas disposiciones se recoge una regla básica del derecho internacional, según la cual todo Estado Parte en un tratado tiene el deber jurídico de adoptar las medidas necesarias para cumplir con sus obligaciones conforme al tratado”,¹³⁰ sean ejecutivas, legislativas, judiciales o de otra naturaleza, para la protección del derecho concernido. En consecuencia, tal exigencia compromete fuertemente la actividad de todo el aparato estatal, ya que sin la participación de éste en su conjunto, la vigencia de un tratado como la Convención Americana en el ordenamiento interno tendrá limitados efectos, repercutiendo negativamente en el desarrollo de los derechos humanos reconocidos en la misma. Se trata, en definitiva, de evitar un

¹²⁸ Corte IDH, caso *Salvador Chiriboga vs. Ecuador*, op. cit., párr. 122, y caso *Fornerón e hija vs. Argentina*, op. cit., párr. 131.

¹²⁹ Corte IDH, caso *Fornerón e hija vs. Argentina*, op. cit., párr. 131.

¹³⁰ Nikken, Pedro, “El artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos como fundamento de la obligación de ejecutar en el orden interno las decisiones de los órganos del sistema interamericano de derechos humanos”, tema abordado en el panel I de la *Working Session on the Implementation of International Human Rights Obligations and Standards in the Inter-American System*, Washington, D. C., 1 de marzo de 2003, pp. 2-3.

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

desfase entre la manifestación del compromiso estatal al ratificar o adherirse a un tratado y la aplicación efectiva de éste.

D. *El principio de complementariedad o subsidiariedad que rige el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*

De acuerdo con el preámbulo de la Convención Americana, el Sistema Interamericano se basa en “una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos”. A partir de ello, queda en evidencia que el “principio de complementariedad”, también denominado “principio de subsidiariedad”, es transversal al Sistema Interamericano.¹³¹

El carácter subsidiario que reviste el proceso internacional frente a los sistemas nacionales de garantía de los derechos humanos supone que el Estado es “el principal garante de los derechos humanos de las personas, de manera que, si se produce un acto violatorio de dichos derechos, es el propio Estado quien tiene el deber de resolver el asunto a nivel interno y, [en su caso,] reparar, antes de tener que responder ante instancias internacionales como el Sistema Interamericano”.¹³² En efecto, el Sistema Interamericano no sustituye la jurisdicción nacional “por lo que cualquier violación de derechos humanos debe ser

¹³¹ Corte IDH, caso *Tarazona Arrieta y Otros vs. Perú*, *op. cit.*, párr. 137; caso *García Ibarra y otros vs. Ecuador*, *op. cit.*, párr. 103, y Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el sistema interamericano de derechos humanos (Interpretación y alcance del artículo 1.2, en relación con los artículos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46, y 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del artículo 8.1 A y B del Protocolo de San Salvador), Opinión Consultiva OC-22/16 del 26 de febrero de 2016, serie A, núm. 22, párr. 122.

¹³² Corte IDH, caso *Gelman vs. Uruguay*, supervisión de cumplimiento de sentencia, *op. cit.*, considerando 70; caso *García Ibarra y otros vs. Ecuador*, *op. cit.*, párr. 103, y Opinión Consultiva OC-22/16, *op. cit.*, párr. 122.

evaluada, en primer lugar, por las instancias judiciales del propio Estado en cuya jurisdicción se produjo la situación atentatoria de derechos. Este es un signo inequívoco de la soberanía estatal que no impide, sino que fundamenta la existencia de un sistema internacional”.¹³³ Así, cuando una cuestión ha sido resuelta definitivamente en el orden interno según las cláusulas de la Convención Americana, no es necesario traerla a la Corte Interamericana para su “aprobación” o “confirmación”.¹³⁴

De esta manera, la posibilidad de denunciar violaciones de derechos humanos cometidas por el Estado ante los órganos del Sistema Interamericano exige que previamente se hayan interpuesto y agotado los recursos de la jurisdicción interna, “conforme a los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos”.¹³⁵ Este requisito, de acuerdo con la propia Corte Interamericana, “está concedido en interés del propio Estado, pues busca dispensarlo de responder ante un órgano internacional por actos que se le imputen, antes de haber tenido ocasión de remediarlos por sus propios medios”.¹³⁶ Esto significa que esos recursos no sólo deben existir formalmente, sino que también deben ser adecuados y efectivos¹³⁷ (*infra* III.2.D). La excepción al cumplimiento de este requisito aplica cuando:

¹³³ Salmón Gárate, Elizabeth, “El ‘control de convencionalidad’ y su impacto en el diálogo entre los tribunales nacionales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Novakovic, Marko (ed.), *Basic Concepts of Public International Law. Monism & Dualism*, Belgrado, Universidad de Belgrado, 2013, p. 536.

¹³⁴ Corte IDH, caso *Tarazona Arrieta y Otros vs. Perú*, *op. cit.*, párrs. 136-137.

¹³⁵ Artículo 46.1. a) de la CADH.

¹³⁶ Corte IDH, *Asunto de Viviana Gallardo y otras*, decisión del 13 de noviembre de 1981, serie A, núm. 101, párr. 26, y caso *Cruz Sánchez y otros vs. Perú*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 17 de abril de 2015, serie C, núm. 292, párr. 48.

¹³⁷ Corte IDH, caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, fondo, *op. cit.*, párr. 63, y caso *Cruz Sánchez y otros vs. Perú*, *op. cit.*, párr. 48.

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

- No existe en la legislación interna del Estado en cuestión el debido proceso legal para la protección del derecho o derechos que se alegan han sido violados;
- No se ha permitido al presunto lesionado en sus derechos el acceso a los recursos de la jurisdicción interna, o ha sido impedido de agotarlos;¹³⁸ o
- Hubo retardo injustificado en la decisión sobre los mencionados recursos.¹³⁹

Cuando el peticionario alegue la imposibilidad de comprobar el cumplimiento del requisito, corresponderá al Estado en cuestión “especificar los recursos internos que aún no se han agotado, y demostrar que estos recursos se encontraban disponibles y eran adecuados, idóneos y efectivos”.¹⁴⁰

De tal modo, solamente si un caso no se ha solucionado a nivel interno, como correspondería primariamente al interior de cualquier Estado parte en la Convención, entonces aquél puede llegar ante el Sistema Interamericano,

en cuyo caso debería resolverse ante la Comisión y, solamente si las recomendaciones de ésta no han sido cumplidas, el caso

¹³⁸ En relación con dicha excepción, la Corte Interamericana ha establecido “[q]ue si, por razones de indigencia o por el temor generalizado de los abogados para representarlo legalmente, un reclamante ante la Comisión se ha visto impedido de utilizar los recursos internos necesarios para proteger un derecho garantizado por la Convención, no puede exigírsele su agotamiento”. Así, la excepción es plenamente aplicable y la persona queda relevada de agotar los recursos internos. Corte IDH, Excepciones al agotamiento de los recursos internos (arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b, Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-11/90 del 10 de agosto de 1990, serie A, núm. 11, párrs. 31-35.

¹³⁹ Artículo 46.2 de la CADH.

¹⁴⁰ Corte IDH, caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, excepciones preliminares, sentencia del 26 de junio de 1987, serie C, núm. 1, párrs. 88 y 91; caso *Cruz Sánchez y otros vs. Perú*, *op. cit.*, párr. 49, y Opinión Consultiva OC-22/16, *op. cit.*, párr. 124.

JUANA MARÍA IBÁÑEZ RIVAS

podría llegar ante la Corte. De tal manera, el funcionamiento lógico y adecuado del Sistema Interamericano... implica que, en tanto “sistema”, las partes deben presentar sus posiciones e información sobre los hechos en forma coherente y de acuerdo con los principios de buena fe y seguridad jurídica, de modo que permitan a las otras partes y a los órganos interamericanos una adecuada sustanciación de los casos”.¹⁴¹

¹⁴¹ Corte IDH, caso *Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*, excepciones preliminares, fondo y reparaciones, sentencia del 30 de noviembre de 2012, serie C, núm. 259, párr. 144, y caso *García Ibarra y otros vs. Ecuador*, op. cit., párr. 103.