

Test de convencionalidad y protección de los derechos humanos

Víctor Bazán*

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Apreciaciones de contextualización. 3. En torno a algunas facetas del test de convencionalidad. 4. Cierre.

1. INTRODUCCIÓN

Analizaremos aquí algunas cuestiones de relevante actualidad y significativa prospectiva conectadas con el tema de la vinculatoriedad de la jurisprudencia internacional para los actores de los sistemas judiciales en el ámbito interno, principal pero no exclusivamente, los *jueces*.

Vale recordar que la garantía de los derechos fundamentales legitima y justifica tanto al Estado Constitucional y Convencional cuanto al sistema protectorio transnacional, este dinamizado básicamente por la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos.

Teniendo en consideración esa trascendente pauta jurídica y axiológica, comenzaremos nuestro recorrido ofreciendo algunas sumarias consideraciones para contextualizar el problema y enfatizar la exigencia que pesa sobre los operadores jurisdiccionales —y demás autoridades competentes— de llevar adelante una *interpretación de la normativa interna conforme al derecho internacional de los derechos humanos*.

A continuación responderemos a un puñado de interrogantes en torno a la fiscalización convencional: de qué hablamos cuando hablamos de *control de convencionalidad*; cómo se ha venido construyendo progresivamente hasta el presente dicho test en el acervo jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH); cuáles son algunos de los fundamentos en que se asienta y los objetivos que persigue; de qué modo se concreta la conexión de esta modalidad de contralor de compatibilidad

* Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales. Catedrático de las siguientes asignaturas: Derecho Constitucional y Derechos Humanos; Derecho Procesal Constitucional, y Derecho Internacional Público, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Católica de Cuyo (San Juan, Argentina). Profesor Invitado de Posgrado en la Universidad de Buenos Aires (UBA) y en otras universidades argentinas y extranjeras.

convencional con el principio de adecuación normativa consagrado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y la imprescindible búsqueda del efecto útil de los compromisos internacionales en materia de derechos fundamentales; y cómo el control de convencionalidad puede funcionar como una importante pieza del mecanismo de protección multinivel de éstos.

Cerraremos esta contribución con ciertas consideraciones finales que se unirán a otras aproximaciones intercaladas en su nudo argumental.

2. APRECIACIONES DE CONTEXTUALIZACIÓN

2.1. Vínculos entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno

Una de las facetas sustanciales de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno se traduce en que la eficacia real del primero depende en buena medida de la fidelidad con que los derechos nacionales se conformen a las normas internacionales y les den efecto¹. En particular sobre el derecho internacional de los derechos humanos, la creciente trascendencia que adquieren sus áreas de interacción con el derecho doméstico exige una articulación de ese binomio de fuentes mediante su retroalimentación y complementariedad en pro del fortalecimiento cabal del sistema de derechos.

Esas premisas confirman que la medular problemática de los derechos humanos es una incumbencia —y debe ser una preocupación— concurrente o compartida entre las instancias estatales y la transnacional. Ello sin olvidar que esta última ostenta (en el plano jurisdiccional) una naturaleza convencional *coadyuvante o complementaria* de las de los ordenamientos nacionales (*cf.* Preámbulo de la CADH, párr. 2) y que la pauta de agotamiento de los recursos internos² ha sido concebida para brindar a los Estados la posibilidad de remediar internamente sus conflictos en la materia sin necesidad de verse enfrentados a un eventual litigio en el marco transnacional que pudiera acarrearles responsabilidad internacional.

En esa dinámica se impone como premisa irrecusable a los jueces internos acometer sus labores de interpretación de las fuentes subconstitucionales *de conformidad con la Constitución Nacional y el derecho internacional de*

¹ *Cfr.* Pastor Ridruejo, José A., *Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales*, 10ª ed., Madrid, Tecnos, 2006, p. 165.

² Véase por ejemplo el art. 46.1.a de la CADH.

Test de convencionalidad y protección de los derechos humanos

los derechos humanos, lo que involucra la exigencia de aplicar los estándares surgentes de los pronunciamientos de la Corte IDH y dar seguimiento de *buena fe* a los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión IDH).

Tal mandato de *interpretación conforme* a aquellas fuentes jurídicas debe ser leído no en términos de una vinculación jerárquica, sino en función del deber de decantarse por la hermenéutica más favorable y efectiva hacia la protección de los derechos, garantías y libertades (principio *pro persona*), en la línea de sentido del artículo 29 de la CADH.

La Constitución de un Estado, con el vigor normativo que le es inherente, y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, como las disposiciones contenidas, por ejemplo, en la CADH y los productos interpretativos que a su respecto depara la Corte IDH, conforman una matriz jurídica que orienta su vigencia hacia un idéntico sustrato axiológico: *la defensa y la realización de los derechos esenciales*.

2.2. Obligatoriedad de las sentencias de la Corte IDH

Partimos de una base indiscutible, al menos en abstracto: las decisiones de la Corte IDH resultan de cumplimiento obligatorio para el Estado condenado (*cfr.* arts. 67, parte inicial, y 68.1 de la CADH). Para este el pronunciamiento hace *cosa juzgada internacional*, o sea, le genera una *vinculación inmediata o directa*.

El deber de cumplimiento por el Estado concernido es inexcusable. Este no es un tema precisamente menor ya que, como puntualiza García Ramírez, “*si las resoluciones no se cumplen, todo el sistema tutelar internacional entra en crisis. El desprestigio le aguarda: un desprestigio que pudiera contaminar, en cascada, los sistemas nacionales y mellar la cultura de los derechos humanos, penosamente construida*”. De ahí que, en este punto, más que en otro cualquiera, se manifieste con evidencia la verdadera convicción de los Estados —es decir, de los gobernantes— y su proyecto político³ —remarcado añadido—.

Ya para el resto de los países miembros del sistema interamericano —que reconocieron la competencia contenciosa de la Corte— la sentencia contra un Estado hace *cosa interpretada internacional*, lo que supone un importante nivel de preceptividad, generándole una *vinculación mediata o indirecta*. Ello significa, para Cançado Trindade, que el resolutorio es válido

³ García Ramírez, Sergio, *Los derechos humanos y la jurisdicción interamericana*, México, IJ-UNAM, 2002, p. 156.

erga omnes partes, ya que tiene implicaciones para todos los Estados de la CADH en su deber de prevención.⁴

A propósito de la cuestión que abordamos (vinculatoriedad de los fallos de la Corte IDH), intercalamos un breve paréntesis para comentar que en fecha reciente (14 de febrero de 2017) la Corte Suprema de Justicia argentina ha dictado, por mayoría, un pronunciamiento preocupante.⁵

Concretamente, desestimó la presentación de la Dirección de Derechos Humanos del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto por medio de la cual se solicitaba que, como consecuencia del fallo de la Corte Interamericana proferido en el caso *Fontevuechia y D'Amico vs. Argentina*,⁶ donde el Estado argentino fue condenado en 2011, se dejara sin efecto una sentencia firme emitida por la Corte Suprema en 2001. Revocar ese fallo es justamente parte sustancial del decisorio del Tribunal Interamericano, razón por la cual la negativa de la Corte argentina de cumplirlo resulta alarmante y abre un cono de sombras respecto del modo como se moverá en el futuro en torno a un tema de alta sensibilidad. Es que, en función de lo que adelantábamos, el pronunciamiento de la Corte IDH tiene para el Estado argentino —y obviamente para aquel Máximo Tribunal Nacional— efecto de *cosa juzgada*.

2.3. Control de convencionalidad y opiniones consultivas

Las *opiniones consultivas* de dicho Tribunal Interamericano, si bien obviamente no son sentencias jurisdiccionales, sí poseen *vinculatoriedad*.

Es que si el control de convencionalidad implica que principal pero no exclusivamente los jueces deban cotejar la normativa interna aplicable a un caso concreto con la CADH y con la interpretación que de esta realice

⁴ Cançado Trindade, Antônio A., "Anexo 21: Presentación del presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ante el Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos (OEA)", de 16 de octubre de 2002; el mismo autor, *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI*, Memoria del Seminario realizado los días 23 y 24 de noviembre de 1999, 2ª ed., San José de Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, mayo de 2003, t. II, p. 920.

⁵ CSJ 368/1998 (34-M)/CS1, "Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/Informe sentencia dictada en el caso *Fontevuechia y D'Amico vs. Argentina* por la Corte Interamericana de Derechos Humanos", 14 de febrero de 2017.

La mayoría estuvo compuesta por los ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco, Rosenkrantz y Rosatti (este último en voto concurrente). De nuestra parte, reivindicamos la coherente disidencia del juez Maqueda (consistente con la posición que desde hace tiempo mantiene), quien votó a favor de dar cumplimiento a lo ordenado por la Corte IDH.

⁶ Corte IDH. *Caso Fontevuechia y D'Amico vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2011, Serie C, núm. 238.

Test de convencionalidad y protección de los derechos humanos

la Corte IDH, y si justamente las opiniones consultivas son resultado de la labor hermenéutica de esta en tanto intérprete final de tal instrumento internacional, parece razonable concluir que al llevar adelante la fiscalización convencional debe necesariamente tenerse en cuenta los *productos interpretativos vehiculados en dichas opiniones consultivas*.

En ese sentido, las opiniones consultivas son relevantes para el ejercicio del control de convencionalidad en la dimensión *interna*, o sea, en el desarrollo del test convencional *difuso*, como parte de la doctrina señala para diferenciarlo de la modalidad *concentrada* que monopoliza la Corte IDH.

La cuestión a la que se refiere el epígrafe de este subapartado, ha quedado zanjada mediante la opinión consultiva OC-21/14, rendida el 19 de agosto de 2014.⁷ Entre otras consideraciones, allí la Corte IDH sostuvo que:

- conforme al derecho internacional, cuando un Estado es parte de un tratado internacional, como la CADH, dicho tratado *obliga a todos sus órganos, incluidos los poderes judicial y legislativo* (párr. 31), lo que en realidad —agregamos por nuestra parte— es reiteración de una jurisprudencia constante sostenida desde hace algunos años;
- la violación por alguno de tales órganos *genera responsabilidad internacional* para el Estado (*id.* párr.);
- *es necesario que los diversos órganos del Estado realicen el correspondiente control de convencionalidad, también sobre la base de lo que la Corte IDH señale en ejercicio de su competencia no contenciosa o consultiva*, la que innegablemente comparte con su competencia contenciosa el propósito del sistema interamericano de derechos humanos, cual es “la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos” (*id.* párr.);
- a partir de la *norma convencional interpretada* a través de una opinión consultiva todos los órganos de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos (OEA), incluyendo a los que no son Partes de la Convención pero que se han obligado a respetar los derechos humanos en virtud de la *Carta de la OEA* (art. 3.l) y la *Carta Democrática Interamericana* (arts. 3, 7, 8 y 9) cuentan con una fuente que, acorde con su propia naturaleza, *contribuye también y especialmente de manera preventiva, a lograr el eficaz respeto y garantía de los derechos humanos*⁸ (*id.* párr.), y

⁷ Corte IDH, opinión consultiva OC-21/14, “Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional”, solicitada por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, 19 de agosto de 2014, Serie A, núm. 21.

⁸ Al respecto, la Corte IDH remite a lo que dijera en el aludido *Caso Gelman vs. Uruguay*, Supervisión de cumplimiento de sentencia, Resolución de 20 de marzo de 2013, considerando 65-90.

- dado el amplio alcance de la función consultiva de la Corte IDH, la opinión consultiva que referenciamos involucra a: i) los Estados Parte de la CADH; ii) todos los Estados Miembros de la OEA que han acordado la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, independientemente de que hayan o no ratificado la CADH, y iii) los órganos de la OEA cuya esfera de competencia se refiera al tema de la consulta (párr. 32).

3. EN TORNO A ALGUNAS FACETAS DEL TEST DE CONVENCIONALIDAD

3.1. Acercamiento conceptual

La interrelación de los tribunales nacionales y los internacionales en materia de derechos humanos se mueve al compás de una lógica compleja, generando un haz de puntos de contacto no siempre pacíficos ni lineales. Precisamente, uno de los pliegues de esta trama interactiva corresponde al *control de convencionalidad*, que para algunos autores no deja de ser una especie de diálogo interjurisdiccional.

Recogiendo los datos que proporciona la praxis del sistema interamericano, pueden reconstruirse ciertos perfiles de dicho contralor, teniendo en cuenta que este transita por dos vertientes, según veremos a continuación.

3.1.1 *Ámbito internacional*

Una de las modalidades se desarrolla en el *plano internacional*, y se deposita en la Corte IDH que la ha venido desplegando desde el comienzo efectivo de su práctica contenciosa, aunque sólo en época reciente la ha bautizado como “control de convencionalidad”.

Tal tarea consiste en juzgar en casos concretos si un acto o una normativa de derecho interno resultan incompatibles con la CADH, disponiendo en consecuencia —*v. gr.*— la reforma o la abrogación de dichas práctica o norma, según corresponda, en orden a la protección de los derechos humanos y la preservación de la vigencia suprema de tal convención y de otros instrumentos internacionales fundamentales en este campo.

Igualmente procede en el supuesto de que el Estado no haya cumplido con el deber de adoptar disposiciones de derecho interno (art. 2 de la CADH) para garantizar efectivamente el ejercicio de los derechos humanos reconocidos en la Convención, para lo cual la Corte, por vía jurisdiccional, impone al Estado tomar medidas legislativas o de otro carácter para satisfacer semejante finalidad (asunto que retomaremos).

Test de convencionalidad y protección de los derechos humanos

3.1.2. Contexto interno

La restante vertiente se despliega en *sede nacional*, se encuentra a cargo de los magistrados locales —involucrando también a las demás autoridades públicas (según lo ha dispuesto la Corte IDH)— y consiste en la obligación de verificar la adecuación de las normas jurídicas internas que aplican en casos concretos, a la CADH —y otros instrumentos internacionales interamericanos— y a los patrones interpretativos que aquella ha acuñado a su respecto, en aras de la cabal tutela de los derechos básicos.

En resumen, se efectúa una interpretación de las prácticas internas a la luz o al amparo del *corpus iuris*⁹ capital en materia de derechos humanos acerca del cual el Tribunal Interamericano ejerce competencia material. Desde este ángulo, el control de convencionalidad es un dispositivo que —en principio y siempre que sea adecuadamente empleado— puede contribuir a la aplicación armónica, ordenada y coherente del derecho vigente en el Estado, abarcando a sus fuentes internas e internacionales.

Ciertamente, aquel mecanismo no es inocuo sino que plantea a los espacios jurídicos nacionales diferentes retos para su adecuada operativización. Por su parte, aunque obvio, su ejercicio exige que los respectivos actores del sistema *conozcan* el citado bloque jurídico de derechos humanos y el acervo jurisprudencial de la Corte IDH y paralelamente, aunque ya en ejercicio introspectivo, se despojen de vacuos prejuicios *soberanistas* a la hora de concretarlo.

3.2. La edificación del instituto por vía de doctrina judicial

3.2.1. Antes del caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*

Fue el hoy expresidente de la Corte IDH, Sergio García Ramírez, en su voto concurrente razonado emitido en el caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*,¹⁰ quien en el seno de la Corte IDH utilizó por vez primera la expresión “control de convencionalidad” que trae consigo la jurisdicción de la Corte (párr. 27), centrali-

⁹ Se ha señalado que la expresión “*corpus juris* de los derechos humanos” es un aporte de la Corte IDH a la doctrina internacional, véase O'Donnell, Daniel, *Derecho internacional de los derechos humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*, 2ª ed., Santiago de Chile, Oficina Regional para América Latina y el Caribe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas (ONU) para los Derechos Humanos, 2007, p. 57.

¹⁰ Corte IDH. *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C, núm. 101.

zando el contenido semántico de aquella locución en el ámbito de despliegue funcional de la Corte IDH, a la que concebía —*mutatis mutandis*— como una suerte de tribunal constitucional —o convencional— supranacional.

Ya con mayor grado de detalle y por medio de un voto concurrente razonado en el caso *Tibi vs. Ecuador*,¹¹ el nombrado jurista explicó que el Tribunal Interamericano *analiza los actos que llegan a su conocimiento en relación con normas, principios y valores de los tratados en los que funda su competencia contenciosa, resolviendo acerca de la convencionalidad de tales actos*, pretendiendo “conformar esa actividad al orden internacional acogido en la convención fundadora de la jurisdicción interamericana y aceptado por los Estados Parte en ejercicio de su soberanía” (párr. 3).

En un voto razonado elaborado en el caso *López Álvarez vs. Honduras*,¹² y al analizar la duración razonable del proceso penal, García Ramírez indicó que la Corte IDH, que verifica la compatibilidad entre la conducta del Estado y las disposiciones de la Convención —es decir, el órgano que practica el “control de convencionalidad”—, debe explorar las circunstancias *de iure* y *de facto* del caso (párr. 30).

A su tiempo, en el voto razonado pronunciado en el caso *Vargas Areco vs. Paraguay*¹³ (resuelto el mismo día que el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*,¹⁴ que trataremos *infra*), el varias veces citado exjuez del Tribunal Interamericano precisó que este “tiene a su cargo el ‘control de convencionalidad’ fundado en la confrontación entre el hecho realizado y las normas de la Convención Americana” (párr. 6), pudiendo sólo “confrontar los hechos internos —leyes, actos administrativos, resoluciones jurisdiccionales, por ejemplo— con las normas de la Convención y resolver si existe congruencia entre aquellos y estas, para determinar, sobre esa base, si aparece la responsabilidad internacional del Estado por incumplimiento de sus obligaciones de la misma naturaleza” (párr. 7).

Al solo efecto ilustrativo vale evocar que en su intervención como Presidente de la Corte IDH en la ceremonia de apertura del Período Extraordinario de Sesiones del Tribunal en Brasilia, el 28 de marzo de 2006, García

¹¹ Corte IDH. *Caso Tibi vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C, núm. 114.

¹² Corte IDH. *Caso López Álvarez vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C, núm. 141.

¹³ Corte IDH. *Caso Vargas Areco vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C, núm. 155.

¹⁴ Si bien existe coincidencia cronológica en el dictado de ambas sentencias, fuera de la alusión del juez García Ramírez no hay en el fallo recaído en el *Caso Vargas Areco vs. Paraguay* mención alguna al control de convencionalidad.

Test de convencionalidad y protección de los derechos humanos

Ramírez ya expresaba: “La Corte Interamericana no es un órgano de última instancia con respecto a los tribunales nacionales. Ni lo es, ni pretende serlo. Es complementaria de la jurisdicción interna y se atiene a esta misión, claramente establecida. Le incumbe juzgar exclusivamente sobre la compatibilidad entre los hechos de los que toma conocimiento y los derechos y las libertades consagrados en la Convención Americana y, eventualmente, en otros instrumentos que le confieren competencia. En este sentido (...) es *corte de convencionalidad*, semejante a las de constitucionalidad en los ordenamientos nacionales”¹⁵. (las cursivas son nuestras)

3.2.2. *El empleo plenario del enunciado “control de convencionalidad” por la Corte IDH a partir del caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*”

Preliminarmente, aclaramos que, salvo advertencia en contrario, las cursivas en los párrafos que se transcribirán textualmente no corresponden al original.

a) El Tribunal Interamericano comenzó a aplicar plenariamente la expresión “control de convencionalidad” en el sentido que aquí nos interesa resaltar —examen de convencionalidad practicable en sede doméstica—,¹⁶

¹⁵ Véase www.corteidh.or.cr/docs/discursos/garcia_31_03_06.pdf

¹⁶ Con determinadas particularidades según el respectivo contexto jurídico, el control de convencionalidad en sede interna se viene realizando materialmente desde hace bastante tiempo.

Basta por ejemplo con repasar la praxis francesa, cuya Corte de Casación en un conocido pronunciamiento de 24 de mayo de 1975 declaró expresamente que el art. 55 de la Constitución de ese país (1958) *autoriza al juez a inaplicar una ley contraria a un tratado internacional, incluso cuando este sea anterior a la norma*. Mucho influyeron para la conformación de tal jurisprudencia la propia Constitución de la V República Francesa, el desenvolvimiento del derecho comunitario europeo y la ratificación de la Convención Europea sobre Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (operada en 1974). Más tardíamente, el Consejo de Estado también se plegó a esa lógica a partir del decisorio de 20 de octubre de 1989.

De ahí que haya sido usual que las jurisdicciones ordinarias francesas *inaplicasen una ley por ser incompatible con un derecho fundamental que tuviera base en el derecho comunitario o en la citada Convención Europea*, aunque eran refractarias a inaplicar una ley por violación a la Constitución.

Sobre el tema, véase Fromont, Michel, “El control de constitucionalidad ejercido por las jurisdicciones ordinarias francesas”, publicado en francés en *Der Verfassungsstaat vor neuen Herausforderungenel [La Constitución del Estado frente a nuevos desafíos]. Festschrift für Yvo Hangartner*, St. Gallen, 1998, trad. por Claudia del Pozo. Dicho trabajo puede verse en idioma español en *Pensamiento Constitucional*, año VIII, núm. 8, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, Lima, 2002, pp. 369-398.

Con todo, debe tenerse presente que se modificó la Constitución de 1958, mediante la Ley Constitucional 2008-724, de 23 de julio de 2008, que ha incorporado el procedimiento de

fundamentalmente en los siguientes casos: *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*,¹⁷ *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*¹⁸ y *La Cantuta vs. Perú*.¹⁹

En el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, específicamente en el párr. 124, sostuvo: “La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados 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*”.

Por su parte, en el párr. 128 del fallo recaído en el caso *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*, expresó que: “... los órganos del Poder Judicial deben ejercer no solo un control de constitucionalidad, sino también

la cuestión previa o prioritaria de constitucionalidad (QPC) respecto de leyes que afecten a derechos y libertades. La QPC ha sido reglamentada por la Ley Orgánica 2009-1523, de 10 de diciembre de 2009, y rige desde el 1 de marzo de 2010, sin olvidar que en el década de los noventa del siglo pasado hubo algunas iniciativas en tal sentido, que en aquel entonces naufragaron. Ello ha supuesto infundir al sistema una *modalidad de control de constitucionalidad sucesiva o posterior* (art. 61.1 constitucional).

Acerca de la reforma en examen, se ha sostenido: “Los jueces ordinarios pueden ahora promover cuestiones de inconstitucionalidad, si la ley aplicable al caso es contestada con el argumento de que viola alguno de los derechos y libertades constitucionalmente garantizados (esas cuestiones deben pasar el filtro del Tribunal de Casación o del Consejo de Estado, según la jurisdicción de que se trate). El control abstracto se combina, pues, con el control concreto. Es probable que, en el futuro, un gran porcentaje de leyes sean enjuiciadas por el Consejo Constitucional francés en el marco de las cuestiones elevadas por los jueces ordinarios, como ha sucedido en otros países europeos” (*cfr.* Ferreres Comella, Víctor, “El surgimiento de los tribunales constitucionales”, en su libro *Una defensa del modelo europeo de control de constitucionalidad*, Marcial Pons, Barcelona, 2011, p. 35).

¹⁷ Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C, núm. 154.

¹⁸ 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.

¹⁹ Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C, núm. 162.

Test de convencionalidad y protección de los derechos humanos

'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".

Ya en el caso *La Cantuta vs. Perú*, en su párr. 173, directamente reprodujo lo que expusiera en el párr. 124 del caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*.

Del breve *racconto* efectuado, se desprende que en el caso *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú* empleó un mayor nivel de determinación jurídica en relación con la naturaleza y la preceptividad del control de convencionalidad *vis-à-vis* lo que verbalizara en el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Así, mientras en este sostuvo un tanto genéricamente que el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad", en el caso *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú* puntualizó que los órganos del Poder Judicial deben ejercer no solo un control de constitucionalidad, sino también *'de convencionalidad'*.

Es también preciso subrayar que en el decisorio citado en último término la Corte avanzó en la conformación de la doctrina del control de convencionalidad, decantándose por su viabilidad *incluso de oficio*, además de poner énfasis en la búsqueda del efecto útil de los tratados sobre derechos humanos y en el necesario resguardo del objeto y el fin de los mismos —temas que oportunamente retomaremos—.

En tren de sintetizar al máximo el problema, debe subrayarse que la faena de desenvolvimiento del test de convencionalidad implica discernir si una norma o un acto internos *son o no convencionales*. Es que, como el Tribunal Interamericano advirtió en el caso *Boyce y otros vs. Barbados*, ello significa que no alcanza con limitarse a evaluar si una norma es inconstitucional, sino que la cuestión debe girar en torno a si la misma también es "convencional", o sea, debe además el órgano competente decidir si ella restringe o viola los derechos reconocidos en la CADH (párr. 78).²⁰

b) Por su parte, en el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, la Corte IDH amplió la plataforma de vinculatoriedad de los sujetos encargados de llevar adelante la fiscalización de coherencia convencional en el derecho interno. En tal sentido, precisó que: "*Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un 'control de convencionalidad' entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes"* (párr. 225).²¹

²⁰ Corte IDH. *Caso Boyce y otros vs. Barbados*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C, núm. 169.

²¹ 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, núm. 220.

c) Respecto del panorama someramente descrito es útil traer a colación otro ingrediente importante. En efecto, por medio de la sentencia de 24 de febrero de 2011 dictada en el caso *Gelman vs. Uruguay*, la Corte IDH ha expandido fuertemente las fronteras de operatividad del control de convencionalidad y entronizado la tutela de los derechos fundamentales como límite a las mayorías en el despliegue de la vida democrática.

Sostuvo en esa ocasión que "...particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo 'susceptible de ser decidido' por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un 'control de convencionalidad' (...), que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial" (párr. 239).²² En breves palabras, la Corte IDH ha involucrado *expressis verbis* en la obligación de realizar control de convencionalidad a cualquier autoridad pública, además de los magistrados jurisdiccionales.

d) A su tiempo, en un nuevo movimiento en la dirección indicada, el Tribunal Interamericano expresó en los casos *López Mendoza vs. Venezuela*,²³ y *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*,²⁴ que, con base en el control de convencionalidad, es necesario que las interpretaciones judiciales y administrativas y las garantías judiciales se apliquen adecuándose a los principios establecidos en su jurisprudencia.

e) De su lado, en los casos *Masacre de Santo Domingo vs. Colombia* y *Gelman vs. Uruguay*, resolución esta última de 20 de marzo de 2013 en el marco del proceso de supervisión de cumplimiento de la sentencia antes referenciada, la Corte puntualizó que es "obligación propia de todo poder, órgano o autoridad del Estado Parte en la Convención, los cuales deben, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, controlar que los derechos humanos de las personas sometidas a su jurisdicción sean respetados y garantizados", adquiriendo, así, "sentido el mecanismo convencional, el cual obliga a todos los jueces y órganos judiciales a prevenir potenciales violaciones a derechos humanos, las cuales deben solucionarse a nivel interno teniendo en cuenta las interpretaciones de la Corte Interamericana y, sólo en caso contrario, pueden ser

²² Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C, núm. 221.

²³ Corte IDH. *Caso López Mendoza vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2011. Serie C, núm. 233, párr. 228.

²⁴ Corte IDH. *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012, Serie C, núm. 239, párr. 284.

Test de convencionalidad y protección de los derechos humanos

considerados por esta, en cuyo supuesto ejercerá un *control complementario de convencionalidad*".²⁵

f) Para cerrar este segmento, y procurar compendiar la secuencia creciente de *destinatarios involucrados en el deber de desplegar la fiscalización convencional en el área interna y la ampliación del alcance material de tal test de compatibilidad convencional*, se observan principalmente los siguientes eslabones:

- i) *el Poder Judicial debe realizar una "especie" de control de convencionalidad (caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile);*
- ii) *los órganos del Poder Judicial deben desarrollar no sólo un control de constitucionalidad sino también de convencionalidad, incluso de oficio (caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú);*
- iii) *el test de convencionalidad involucra a jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles (caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México);*
- iv) *cualquier autoridad pública y no solo el Poder Judicial deben llevar adelante la fiscalización convencional (caso Gelman vs. Uruguay);*
- v) *se impone la adecuación de las interpretaciones judiciales y administrativas y de las garantías judiciales a los principios establecidos en la jurisprudencia de la Corte IDH (casos López Mendoza vs. Venezuela y Atala Riffo y Niñas vs. Chile), y*
- vi) *existe la obligación de las autoridades internas —y fundamentalmente de todos los jueces y órganos judiciales— de realizar lo que figurativamente nos permitimos llamar un control de convencionalidad preventivo teniendo en cuenta las interpretaciones de la Corte Interamericana y, en caso de que no se logre adecuada solución a la cuestión en el plano doméstico, esta última llevará a cabo un control complementario de convencionalidad (casos Masacre de Santo Domingo vs. Colombia y Gelman vs. Uruguay, tratándose en este último asunto de una resolución de 20 de marzo de 2013, en el contexto del proceso de supervisión del cumplimiento de la sentencia de fondo y reparaciones).*

3.3. Fundamentos y finalidad

Uno de los aspectos que procuramos resaltar es la importancia de que la *dimensión objetiva* de las sentencias de la Corte IDH tenga eco en los órganos

²⁵ Corte IDH. *Caso de la Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 30 de noviembre de 2012. Serie C, núm. 259, párr. 144; y *Caso Gelman vs. Uruguay*. Supervisión de cumplimiento de sentencia. Resolución de 20 de marzo de 2013, párr. 72.

nacionales competentes al efecto. Dicho de otro modo, debe hacerse foco en el impacto jurisdiccional que esos fallos proyectan con carácter general en el contexto interno, impregnando toda la labor de la jurisprudencia en la aplicación y la interpretación de las normas internas sobre derechos fundamentales²⁶.

Aunque en definitiva, como sucede con diversas cuestiones inherentes al derecho internacional, las posibilidades de éxito de la tesis del “control de convencionalidad” están cifradas en el grado de receptividad en los ámbitos domésticos de la labor de los respectivos operadores jurídicos involucrados y en la voluntad política de los Estados.

La lógica de funcionamiento del nombrado mecanismo sería la siguiente: la Corte IDH fija un criterio o estándar (que es un umbral cuyo alcance puede ser ampliado por las jurisdicciones internas, tomando al principio *pro persona* como fuente nutricia) y, control de convencionalidad mediante, los órganos competentes locales lo aplican en los casos concretos que se les presenten.

Así, se aligera prospectivamente la carga de trabajo del Tribunal Interamericano, relevándolo de un conjunto de casos que pueden y deben ser asumidos por magistrados y demás autoridades en los órdenes nacionales, siempre en el contexto de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes.

De tal manera, la exigencia del control de convencionalidad intraestatal obedece a la dinámica de irradiación de la jurisprudencia de la Corte IDH hacia los Estados que han aprobado y ratificado o adherido a la CADH y reconocido la jurisdicción contenciosa de ese Tribunal.

Al respecto, no puede soslayarse como material de análisis para ponderar debidamente la cuestión, el deber de honrar los compromisos asumidos internacionalmente y el debido respeto que demandan los principios generales del derecho internacional. En particular, las exigencias de las pautas *pacta sunt servanda* —premisa fundamental del derecho de los tratados, de raigambre metajurídica—;²⁷ cumplimiento de buena fe —que recorre transversalmente a todo el derecho internacional—, e improcedencia de alegar disposiciones —u omisiones (según nuestro criterio)— de derecho

²⁶ Cfr., *mutatis mutandis*, Jimena Quesada, Luis, “La vinculación del juez a la jurisprudencia internacional”, en Revenga Sánchez, Miguel (coord.), *El Poder Judicial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, pp. 501-502 y nota 13 a pie de página.

²⁷ Sobre el particular, y en su voto disidente en el *Caso Caballero Delgado y Santana vs. Colombia*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de enero de 1997. Serie C, núm. 31, el expresidente del Tribunal, Antônio A. Cançado Trindade, dejó en claro que el principio general *pacta sunt servanda* tiene fuente metajurídica, “al buscar basarse, más allá del consentimiento individual de cada Estado, en consideraciones acerca del carácter obligatorio de los deberes derivados de los tratados internacionales” (párr. 8).

Test de convencionalidad y protección de los derechos humanos

interno para justificar el incumplimiento de los convenios internacionales.²⁸ Todo ello de acuerdo, respectivamente, con los arts. 26, 31.1 y 27 (este sin omitir la hipótesis excepcional contemplada en el art. 46) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT), de 23 de mayo de 1969,²⁹ conjunto de reglas medulares en materia de observancia de los instrumentos internacionales convencionales³⁰.

Desde otro perfil, y como adelantáramos, tampoco sería válido eludir la premisa de vinculatoriedad de las sentencias de la Corte IDH por parte de los Estados que, al haberse sometido *voluntaria y soberanamente* al radio de alcance competencial que aquella ostenta, se encuentran integrados al modelo de justicia internacional que dicho Tribunal encabeza y, por tanto, deben obrar en consecuencia y de buena fe.³¹

Según se ha sostenido en un voto concurrente³² emitido en el caso *Cepeda Vargas vs. Colombia*,

²⁸ Solo por traer aquí una cita ejemplificativa, evocamos que la Corte IDH ha sostenido: “Según el derecho internacional las obligaciones que este impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno. Estas reglas pueden ser consideradas como principios generales del derecho y han sido aplicadas, aun tratándose de disposiciones de carácter constitucional, por la Corte Permanente de Justicia Internacional y la Corte Internacional de Justicia [...]. Asimismo estas reglas han sido codificadas en los arts. 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969” (cfr. opinión consultiva OC-14/94, “Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención [arts. 1 y 2]”, 9 de diciembre de 1994, solicitada por la Comisión IDH, Serie A, núm. 14, párr. 35).

²⁹ UN Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 UNTS 331, que entró en vigor el 27 de enero de 1980.

³⁰ Cabe resaltar, en lo tocante al art. 26 de la CVDT, y su reflejo en el art. 31.1, *ibid.*, que al enunciado tradicional en punto a que “los pactos deben ser cumplidos”, la disposición añade “de buena fe”, que naturalmente —y como se anticipó— es un principio general del derecho. Pero más allá de encontrarse en el cuerpo normativo de la Convención, tales premisas adquieren un refuerzo axiológico, también jurídico, al haber quedado igualmente literalizadas en el Preámbulo de la misma, que en su párr. 3 reza: “Advirtiendo que los principios del libre consentimiento y de la buena fe y la norma *pacta sunt servanda* están universalmente reconocidos”. A su tiempo, entre los principios de la ONU, su Carta establece en el art. 2.2. lo siguiente: “Los Miembros de la Organización, a fin de asegurarse los derechos y beneficios inherentes a su condición de tales, *cumplirán de buena fe las obligaciones contraídas por ellos de conformidad con esta Carta*” (las cursivas son nuestras).

Sobre tales tópicos, véase para ampliar Guardia, Ernesto de la, *Derecho de los tratados internacionales*, Buenos Aires, Ábaco, 1997, pp. 94-95.

³¹ Véase arts. 33; 62.3; 67, parte inicial; 68.1, y ccds. de la CADH.

³² Las palabras citadas corresponden a Diego García-Sayán, quien fuera presidente de la Corte IDH entre 2010 y 2013.

Actualmente (2017), el Tribunal está integrado de la siguiente manera: Roberto F. Caldas (presidente), Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot (vicepresidente), Humberto Sierra Porto (juez), Eduardo Vio Grossi (juez), Elizabeth Odio Benito (jueza), Eugenio Raúl Zaffaroni (juez) y Patricio Pazmiño Freire (juez).

...los tribunales nacionales están llamados a cumplir un papel crucial por ser uno de los vehículos principales para que el Estado pueda traducir en el orden interno las obligaciones contenidas en los tratados internacionales sobre derechos humanos, aplicándolos en su jurisprudencia y accionar cotidianos. Ciertamente no sólo deben garantizar los derechos asegurando la efectividad de los recursos judiciales internos, sino que, además, deben poner en práctica las decisiones vinculantes de la Corte Interamericana que interpretan y definen las normas y estándares internacionales de protección de los derechos humanos.³³ (las cursivas son nuestras)

Es que, justamente, el desiderátum indica que los Estados deben constituirse en el primer recinto de tutela cabal de tales derechos. Así, para García Ramírez, *la gran batalla por los derechos humanos se ganará en el ámbito interno, del que es coadyuvante o complemento, no sustituto, el internacional*.³⁴

3.4. Conexión con el principio de adecuación normativa. El efecto útil de los tratados internacionales

De la correlación de los arts. 1.1. y 2 de la CADH surge que sus Estados Parte 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; y si ese ejercicio no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, aquellos se obligan a *adoptar las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades*.³⁵

En ese contexto, la palabra “garantizar” supone el deber del Estado de tomar todas las medidas conducentes, incluso a través de decisiones jurisdiccionales que quedan subsumidas en la categoría de *medidas de “otro carácter”*, en orden a remover los obstáculos que pudieran existir para que sus habitantes estén en condiciones de disfrutar de los derechos que la Convención consagra.

³³ Corte IDH. *Caso Cepeda Vargas vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C, núm. 213; voto concurrente del juez Diego García Sayán, párr. 30.

³⁴ Corte IDH. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*, *supra*, voto razonado del juez Sergio García Ramírez, párr. 11.

³⁵ Algunas referencias a este y otros temas pueden verse en el libro de Bazán, Víctor, *Control de las omisiones inconstitucionales e inconvencionales. Recorrido por el derecho y la jurisprudencia americanos y europeos*, nueva ed. aument. y actualiz., Bogotá, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer y Ediciones Nueva Jurídica, 2017.

Test de convencionalidad y protección de los derechos humanos

Es doctrina consolidada del citado Tribunal Interamericano que aquella adecuación implica la adopción de medidas en dos vertientes: “i) 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, y ii) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías”.³⁶

Lo que pretendemos resaltar aquí es que innegablemente la CADH impone a cada Estado Parte la obligación de adecuar su derecho interno a las disposiciones de tal compromiso convencional, para garantizar los derechos allí consagrados. Se trata de una norma consuetudinaria de reconocimiento universal, un *principe allant de soi* —un principio evidente—, en palabras que hace ya más de nueve décadas profiriera la hoy desaparecida Corte Permanente de Justicia Internacional.³⁷

Debe añadirse que el Estado Parte de la CADH no sólo tiene el aludido deber de adoptar las medidas de derecho interno, sino que además está obligado a asegurarse que ellas sean *efectivas*, es decir, cumplidas en el orden jurídico interno. En otras palabras, esa eficacia se mide en términos de acatamiento por parte de la comunidad, o sea, de adaptación de su conducta a la normativa de la Convención.³⁸ Tal eficacia de las normas *es de fundamental importancia en un orden jurídico y puede ocurrir que la falta de efectividad de una disposición afecte su existencia como norma jurídica*.³⁹

Así, las medidas de derecho interno han de ser efectivas con arreglo a la premisa de *effet utile*, siendo obligación de los magistrados locales —y otras autoridades públicas— asegurar el cumplimiento de aquel deber de adecuación por medio del *control de convencionalidad*, mecanismo que, por lo demás, ha sido pensado como instrumento para lograr una aplicación armónica de las reglas, principios y valores atinentes a los derechos esenciales.

Presentada la idea en palabras de la Corte IDH, quien lleve adelante el control de convencionalidad en el marco local “debe velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales, de manera que no quede mermado o

³⁶ Corte IDH. *inter alia*, *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C, núm. 52, párr. 207; y *Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador*. Excepción Preliminar y Fondo. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C, núm. 179, párr. 122.

³⁷ CPJI, Avis consultatif, “Echange des populations grecques et turques”, 1925, Série B, núm. 10, p. 20.

³⁸ Corte IDH. entre otros, *Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de agosto de 1998. Serie C, núm. 39, párr. 69.

³⁹ *Ibidem*, párr. 70.

anulado por la aplicación de normas o prácticas internas contrarias al objeto y fin del instrumento internacional o del estándar internacional de protección de los derechos humanos”.⁴⁰

3.5. Protección multinivel de los derechos básicos

Como insistentemente ha expuesto la Corte IDH, los tratados modernos sobre derechos humanos tienen un carácter especial, cuyos objeto y fin confluyen en un punto común: *la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos*, con independencia de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado cuanto a los restantes Estados contratantes. Es decir, *no son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes*; por el contrario, cuando los Estados aprueban un tratado sobre derechos humanos quedan sometidos a un ordenamiento legal dentro del cual asumen diversas obligaciones en relación con los individuos bajo su jurisdicción y no frente a otros Estados.⁴¹

En esa línea, desde antiguo la Corte viene puntualizando que la CADH, “así como los demás tratados de derechos humanos, se inspiran en valores comunes superiores (centrados en la protección del ser humano), están dotados de mecanismos específicos de supervisión, *se aplican de conformidad con la noción de garantía colectiva, consagran obligaciones de carácter esencialmente objetivo, y tienen una naturaleza especial, que los diferencian de los demás tratados, los cuales reglamentan intereses recíprocos entre los Estados Partes*”⁴² (las cursivas son nuestras).

⁴⁰ Véase, v. gr., Corte IDH. *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C, núm. 186, párr. 180. También, lo puntualizado al respecto en los casos *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, *supra*, párr. 124; *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*, *supra*, párr. 128, y *Boyce y otros vs. Barbados*, *supra*, párr. 113.

⁴¹ *Cfr.*, por ejemplo, Corte IDH, opinión consultiva OC-2/82, “El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 74 y 75)”, 24 de septiembre de 1982, solicitada por la Comisión IDH, Serie A, núm. 2, párr. 29. Sobre el punto, ver Bazán, Víctor, “La Convención Americana sobre Derechos Humanos y el efecto de las reservas respecto de su entrada en vigencia: a propósito de la OC-2/82 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en AA.VV., *Derechos humanos. Corte Interamericana*, Mendoza (Arg.), Ediciones Jurídicas Cuyo, 2000, t. I, pp. 91-165.

⁴² Véase, por ejemplo, Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein*. Competencia. Sentencia de 24 de septiembre de 1999. Serie C, núm. 54, párr. 42; *Caso del Tribunal Constitucional*. Competencia. Sentencia de 24 de septiembre de 1999. Serie C, núm. 55, párr. 41; y *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. Competencia. Sentencia de 28 de noviembre de 2003. Serie C, núm. 104, párr. 96.

Test de convencionalidad y protección de los derechos humanos

Como puede suponerse, el esquema de razonamiento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sido muy similar en el sentido apuntado. De hecho, hace ya bastante tiempo (*v. gr., in re Irlanda vs. Reino Unido* —1978—), dejó en claro que la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales comprende más que simples compromisos recíprocos entre los Estados Parte, creando por encima de un conjunto de compromisos bilaterales, mutuos, *obligaciones objetivas que, en los términos del Preámbulo, cuentan con una garantía colectiva*.⁴³ Asimismo, por ejemplo, en *“Soering vs. Reino Unido”* —1989—, señaló que tal Convención debe ser interpretada *“en función de su carácter específico de tratado de garantía colectiva de derechos humanos y libertades fundamentales. (...) De este modo, el objeto y fin de la Convención como instrumento de protección de seres humanos exigen interpretar y aplicar sus disposiciones de manera que dicha protección sea práctica y efectiva”*⁴⁴ (las cursivas son nuestras).

Previo a dar paso al epílogo de este trabajo, puede entonces concluirse que sería una prédica discursiva infecunda referirse a un modelo *multinivel* de protección de los derechos humanos —emergente de la supuesta combinación “tuitiva” de las dimensiones nacionales e internacional—, si no se contara con genuinos y eficaces recursos judiciales, que operen como llaves de ingreso a la jurisdicción abriendo el camino para que adquieran anclaje efectivo criterios hermenéuticos cardinales del derecho internacional de los derechos humanos, tales como las pautas *pro persona* y *pro actione*, que puedan ser trasvasados —interpretación conforme y/o control de convencionalidad mediante— al ámbito interno. Es que, como afirma Cançado Trindade, el derecho de acceso a la justicia *lato sensu* en los planos nacional e internacional, corresponde al “derecho a la realización de la justicia material”.⁴⁵

4. CIERRE

1. La creciente intensidad con que se desenvuelve la dinámica interactiva del derecho interno y el derecho internacional de los derechos humanos acentúa

⁴³ *Ireland vs. the United Kingdom*, Merits and just satisfaction, judgment of 18 January 1978, ECHR, Series A, núm. 25, p. 90, par. 239; referido por la Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, *supra*, párr. 98.

⁴⁴ *Soering vs. the United Kingdom*, Merits and just satisfaction, judgment of 7 July 1989, ECHR, Series A, núm. 161, para. 87; mencionado por la Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, *supra*.

⁴⁵ Cançado Trindade, Antônio A., “Reminiscencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en cuanto a su jurisprudencia en materia de reparaciones”, en AA.VV., *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ‘Tus Constitutionale Commune’ en América Latina?*, México, IJ-UNAM, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht e Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2010, t. II, p. 214.

la exigencia de lograr una pacífica articulación de tales fuentes en aras de solidificar el sistema general de derechos, y pugnar por el cumplimiento por el Estado de los compromisos internacionalmente asumidos en la materia. Con ello, este sortearía el riesgo de incurrir en responsabilidad internacional por acción u omisión y, lo que es más importante, se prevendrían o remediarían en sede interna las violaciones a los derechos fundamentales.

2. La Constitución, con la fuerza normativa que le es ingénita, y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, como las disposiciones contenidas —*inter alia*— en la CADH y las pautas interpretativas que a su respecto traza la Corte IDH, dan forma a un bloque jurídico que direcciona su vigencia hacia una misma sustancia axiológica: *el resguardo y el desarrollo de los derechos fundamentales*.

3. Uno de los pliegues de la trama interactiva entre tribunales locales y Corte IDH corresponde al *control de convencionalidad*, que transita por dos vertientes:

- Una en sede *internacional*, depositada monopólicamente en dicho Tribunal Interamericano que la ha venido desplegando desde el comienzo de su labor contenciosa, aunque sólo recientemente la llama “control de convencionalidad”. Radica esencialmente en examinar en casos concretos si una práctica o una normativa de derecho interno resultan congruentes, *inter alia*, con la CADH, disponiendo en caso de ser incompatibles su modificación o abrogación. También deviene procedente en hipótesis en que los Estados no hayan cumplido con el deber de adoptar disposiciones de derecho interno con arreglo al artículo 2 de la Convención.
- La restante se desenvuelve en el contexto *nacional*, está a cargo de los magistrados locales (y demás autoridades públicas) y enraíza en el deber de ellos de constatar la compatibilidad de las reglas jurídicas internas que aplican en casos concretos con la CADH (y restantes instrumentos que hacen parte del *corpus iuris* de derechos básicos) y los patrones hermenéuticos que la Corte IDH ha elaborado en su faena jurisprudencial y a través de sus opiniones consultivas.

4. De la conjugación de los arts. 1.1. y 2 de la CADH surge que los Estados Parte 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; y si tal ejercicio no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, aquellos se obligan a *adoptar las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades*. En tal contexto, la palabra “garantizar” significa el deber del Estado de tomar todas las me-

Test de convencionalidad y protección de los derechos humanos

didadas necesarias, incluso a través de decisiones jurisdiccionales, en aras de remover los obstáculos que pudieran existir para que sus habitantes estén en condiciones de disfrutar de los derechos que la Convención consagra.

5. El citado principio de adecuación normativa supone la obligación general de cada Estado Parte de adaptar su derecho interno a las disposiciones de la CADH, en orden a garantizar los derechos en ella reconocidos, lo que significa que las medidas de derecho doméstico han de ser efectivas con arreglo a la premisa de *effet utile*, siendo obligación de los magistrados locales asegurar el cumplimiento de aquel deber por medio del *control de convencionalidad*, mecanismo que, por lo demás, ha sido ideado como vehículo para alcanzar una aplicación armoniosa de los principios, valores y reglas atinentes a los derechos básicos.

6. Según reiterada jurisprudencia de la Corte IDH, los tratados modernos sobre derechos humanos tienen un *carácter especial*, cuyos objeto y fin convergen en un punto común: la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos. No son tratados multilaterales del tipo tradicional, celebrados en función de un intercambio recíproco de derechos para el beneficio mutuo de los Estados contratantes.

7. Pese a que obviamente no son sentencias jurisdiccionales, las opiniones consultivas del Tribunal Interamericano poseen fuerza vinculante y *deben* ser tomadas en consideración por los jueces y demás órganos públicos internos al desarrollar la tarea de inspección convencional a su cargo. Así lo ha manifestado la Corte IDH al rendir la importante O.C.-21/14, de 19 de agosto de 2014.

8. No sería más que fraseología vacua hablar de una matriz *multinivel* de tutela de los derechos humanos (surgente de la pretendida combinación "protectoria" de las órbitas internas e internacional), si no existieran instrumentos judiciales efectivos que actúen como vías de ingreso a la jurisdicción intramuros y, así, operativizar premisas interpretativas nucleares del derecho internacional de los derechos humanos, como los principios *pro persona* y *pro actione*.

9. Corresponde insistir en que varias facetas de la protección de los derechos humanos se mueven en el plano del *ius cogens*; que lo ideal es bregar por la formación de una sólida cultura de respeto, protección y realización de tales derechos; que, en paráfrasis de HIGGINS⁴⁶, el derecho internacional general no son sólo reglas, *sino un sistema normativo que tiene como objetivo valores comunes*; y que los derechos esenciales constituyen un sistema integrado tendiente a *salvaguardar la dignidad del ser humano*

⁴⁶ Higgins, Rosalyn, *Problems & Process. International Law And How We Use It*, Oxford, Oxford University Press, 2003, *passim*.

5. BIBLIOGRAFÍA

- BAZÁN, Víctor, "La Convención Americana sobre Derechos Humanos y el efecto de las reservas respecto de su entrada en vigencia: a propósito de la OC-2/82 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en AA.VV., *Derechos humanos. Corte Interamericana*, Mendoza (Arg.), Ediciones Jurídicas Cuyo, 2000, t. I.
- _____, *Control de las omisiones inconstitucionales e inconvencionales. Recorrido por el derecho y la jurisprudencia americanos y europeos*, nueva ed. aument. y actualiz., Bogotá, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer y Ediciones Nueva Jurídica, 2017.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio A., "Reminiscencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en cuanto a su jurisprudencia en materia de reparaciones", en AA.VV., *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?*, México, IIJ-UNAM, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht e Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2010, t. II.
- _____, *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI*, Memoria del Seminario realizado los días 23 y 24 de noviembre de 1999, 2ª ed., San José de Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, mayo de 2003, t. II.
- FERRERES COMELLA, Víctor, *Una defensa del modelo europeo de control de constitucionalidad*, Marcial Pons, Barcelona, 2011.
- FROMONT, Michel, "El control de constitucionalidad ejercido por las jurisdicciones ordinarias francesas", en *Pensamiento Constitucional*, año VIII, núm. 8, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, Lima, 2002.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *Los derechos humanos y la jurisdicción interamericana*, México, IIJ-UNAM, 2002.
- GUARDIA, Ernesto de la, *Derecho de los tratados internacionales*, Buenos Aires, Ábaco, 1997.
- HIGGINS, Rosalyn, *Problems & Process. International Law And How We Use It*, Oxford, Oxford University Press, 2003.
- JIMENA QUESADA, Luis, "La vinculación del juez a la jurisprudencia internacional", en REVENGA SÁNCHEZ, Miguel (coord.), *El Poder Judicial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009.
- O'DONNELL, Daniel, *Derecho internacional de los derechos humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*, 2ª

Test de convencionalidad y protección de los derechos humanos

ed., Santiago de Chile, Oficina Regional para América Latina y el Caribe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas (ONU) para los Derechos Humanos, 2007.

PASTOR RIDRUEJO, José A., *Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales*, 10ª ed., Tecnos, Madrid, 2006.

Jurisprudencia

- Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C, núm. 154.
- _____. *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012, Serie C, núm. 239.
- _____. *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. Competencia. Sentencia de 28 de noviembre de 2003. Serie C, núm. 104, párr. 96.
- _____. *Caso Boyce y otros vs. Barbados*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C, núm. 169.
- _____. *Caso Caballero Delgado y Santana vs. Colombia*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de enero de 1997. Serie C, núm. 31.
- _____. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C, núm. 220.
- _____. *Caso Castillo Petrucci y otros vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C, núm. 52.
- _____. *Caso Cepeda Vargas vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C, núm. 213.
- _____. *Caso de la Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 30 de noviembre de 2012. Serie C, núm. 259.
- _____. *Caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2011, Serie C, núm. 238.
- _____. *Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de agosto de 1998. Serie C, núm. 39.
- _____. *Caso Gelman vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C, núm. 221.
- _____. *Caso Gelman vs. Uruguay*. Supervisión de cumplimiento de sentencia. Resolución de 20 de marzo de 2013.
- _____. *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C, núm. 186.

- _____. *Caso Ivcher Bronstein*. Competencia. Sentencia de 24 de septiembre de 1999. Serie C, núm. 54, párr. 42; *Caso del Tribunal Constitucional*. Competencia. Sentencia de 24 de septiembre de 1999. Serie C, núm. 55.
- _____. *Caso La Cantuta vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C, núm. 162.
- _____. *Caso López Álvarez vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C, núm. 141.
- _____. *Caso López Mendoza vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2011. Serie C, núm. 233.
- _____. *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C, núm. 101.
- _____. *Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador*. Excepción Preliminar y Fondo. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C, núm. 179.
- _____. *Caso Tibi vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C, núm. 114.
- _____. *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.
- _____. *Caso Vargas Areco vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C, núm. 155.
- CPJI, Avis consultatif, “Echange des populations grecques et turques”, 1925, Série B, núm. 10, p. 20.