

PRESENTACIÓN
José Thompson J.

ATOS DE GENOCÍDIO E CRIMES CONTRA A HUMANIDADE:
REFLEXÕES SOBRE A COMPLEMENTARIDADE DA
RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DO INDIVÍDUO E DO ESTADO
Antônio Augusto Cançado Trindade

EL NUEVO DESPERTAR DEL SISTEMA INTERAMERICANO
DE DERECHOS HUMANOS. CAUSAS, RETOS Y OPORTUNIDADES EN EL LITIGIO
María Cielo Linares

ANÁLISIS DE LA EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL DEL ARTÍCULO 21
DE LA CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS
Alejandro Díaz Pérez
Daniela Aguirre Luna

A APLICAÇÃO DO ARTIGO 8º DA CONVENÇÃO AMERICANA
SOBRE DIREITOS HUMANOS ÀS CAUSAS CÍVEIS
Vitor Fonsêca

JUSTICIABILIDAD DIRECTA DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS,
SOCIALES, CULTURALES Y AMBIENTALES.
DESPUÉS DE LAGOS DEL CAMPO ¿QUÉ SIGUE?
Marcela Cecilia Rivera Basulto

LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES
A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DE LA
CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS
Pamela Juliana Aguirre Castro

A PROGRESSIVA PROTEÇÃO E PROMOÇÃO DOS DIREITOS
DAS MULHERES NO BRASIL: UM ESTUDO A PARTIR DA
CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS
Ricardo Guerra Vasconcelos
Júlia Fonseca Maia

PANORAMA EN MÉXICO CON RESPECTO A LA
CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS
Alfonso Carrillo González

A REPERCUSSÃO DO PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA
NA ORDEM JURÍDICA DO BRASIL
Felipe Otávio Moraes Alves
Micaela Amorim Ferreira

REFLEXIONES SOBRE EL PASADO, PRESENTE Y FUTURO DE LA JURISPRUDENCIA
DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS
SOBRE EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD
Pablo González Domínguez

67

Enero - Junio 2018

REVISTA

IIDH INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS
INSTITUT INTERAMÉRICAIN DES DROITS DE L'HOMME
INSTITUTO INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS
INTER-AMERICAN INSTITUTE OF HUMAN RIGHTS

67

REVISTA IIDH

Enero - Junio 2018



REVISTA
IIDH

Instituto Interamericano de Derechos Humanos
Institut Interaméricain des Droits de l'Homme
Instituto Interamericano de Direitos Humanos
Inter-American Institute of Human Rights

Revista
341.481

Revista IIDH/Instituto Interamericano de Derechos
Humanos.-Nº1 (Enero/junio 1985)
-San José, C. R.: El Instituto, 1985-
v.; 23 cm.

Semestral

ISSN 1015-5074

1. Derechos humanos-Publicaciones periódicas

Las opiniones expuestas en los trabajos publicados en esta Revista son de exclusiva responsabilidad de sus autores y no corresponden necesariamente con las del IIDH o las de sus donantes.

Esta revista no puede ser reproducida en todo o en parte, salvo permiso escrito de los editores.

Corrección de estilo: José Benjamín Cuéllar M.

Portada, diagramación y artes finales: Marialyna Villafranca Salom

Impresión litográfica: Editorial Impresos Aguilar

La Revista IIDH acogerá artículos inéditos en el campo de las ciencias jurídicas y sociales, que hagan énfasis en la temática de los derechos humanos. Los artículos deberán dirigirse a: Editores Revista IIDH; Instituto Interamericano de Derechos Humanos; A. P. 10.081-1000 San José, Costa Rica.

Se solicita atender a las normas siguientes:

1. Se entregará un documento en formato digital que debe ser de 45 páginas, tamaño carta, escritos en Times New Roman 12, a espacio y medio.
2. Las citas deberán seguir el siguiente formato: apellidos y nombre del autor o compilador; título de la obra (en letra cursiva); volumen, tomo; editor; lugar y fecha de publicación; número de página citada. Para artículos de revistas: apellidos y nombre del autor, título del artículo (entre comillas); nombre de la revista (en letra cursiva); volumen, tomo; editor; lugar y fecha de publicación; número de página citada.
3. La bibliografía seguirá las normas citadas y estará ordenada alfabéticamente, según los apellidos de los autores.
4. Un resumen de una página tamaño carta, acompañará a todo trabajo sometido.
5. En una hoja aparte, el autor indicará los datos que permitan su fácil localización (Nº fax, teléf., dirección postal y correo electrónico). Además incluirá un breve resumen de sus datos académicos y profesionales.
6. Se aceptarán para su consideración todos los textos, pero no habrá compromiso para su devolución ni a mantener correspondencia sobre los mismos.

La Revista IIDH es publicada semestralmente. El precio anual es de US \$40,00. El precio del número suelto es de US\$ 25,00. Estos precios incluyen el costo de envío por correo regular.

Todos los pagos deben de ser hechos en cheques de bancos norteamericanos o giros postales, a nombre del Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Residentes en Costa Rica pueden utilizar cheques locales en dólares. Se requiere el pago previo para cualquier envío.

Las instituciones académicas, interesadas en adquirir la Revista IIDH, mediante canje de sus propias publicaciones y aquellas personas o instituciones interesadas en suscribirse a la misma, favor dirigirse al Instituto Interamericano de Derechos Humanos, A. P. 10.081-1000 San José, Costa Rica, o al correo electrónico: s.especiales2@iidh.ed.cr.

Publicación coordinada por Producción Editorial-Servicios Especiales del IIDH

Instituto Interamericano de Derechos Humanos
Apartado Postal 10.081-1000 San José, Costa Rica
Tel.: (506) 2234-0404 Fax: (506) 2234-0955
e-mail:s.especiales2@iidh.ed.cr
www.iidh.ed.cr

Índice

Presentación..... 7

José Thompson J.

Atos de genocídio e crimes contra a humanidade:
reflexões sobre a complementaridade da responsabilidade
internacional do indivíduo e do Estado..... 13
Antônio Augusto Cançado Trindade

El nuevo despertar del sistema interamericano de derechos
humanos. Causas, retos y oportunidades en el litigio..... 51
María Cielo Linares

Análisis de la evolución jurisprudencial del artículo 21
de la Convención Americana de Derechos Humanos 85
Alejandro Díaz Pérez
Daniela Aguirre Luna

A aplicação do artigo 8º da Convenção Americana
sobre Direitos Humanos às causas cíveis..... 111
Vitor Fonsêca

Justiciabilidad directa de los derechos económicos,
sociales, culturales y ambientales.
Después de Lagos del Campo ¿qué sigue? 131
Marcela Cecilia Rivera Basulto

Los derechos económicos, sociales y culturales
a la luz de la jurisprudencia de la
Corte Interamericana de Derechos Humanos 155
Pamela Juliana Aguirre Castro

A progressiva proteção e promoção dos direitos das mulheres no Brasil: um estudo a partir da Convenção Americana sobre Direitos Humanos	203
<i>Ricardo Guerra Vasconcelos</i>	
<i>Júlia Fonseca Maia</i>	
Panorama en México con respecto a la Convención Americana sobre Derechos Humanos	231
<i>Alfonso Carrillo González</i>	
A repercussão do Pacto de San José da Costa Rica na ordem jurídica do Brasil	255
<i>Felipe Otávio Moraes Alves</i>	
<i>Micaela Amorim Ferreira</i>	
Reflexiones sobre el pasado, presente y futuro de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el control de convencionalidad.....	283
<i>Pablo González Domínguez</i>	

Presentación

Con la aprobación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante la CADH) el 22 de noviembre de 1969 en San José, Costa Rica, se inició una nueva era en la protección de la persona humana en el hemisferio. Su entrada en vigor, el 18 de julio de 1978, trajo consigo la instalación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Corte IDH) –uno de los órganos del sistema interamericano de derechos humanos (en adelante el SIDH)– con facultades supranacionales para conocer casos de violaciones a este tratado por los Estados parte que, por tal razón, hubiesen incurrido en responsabilidad internacional y previamente aceptaran someterse a su jurisdicción.

En 1987, la Corte IDH conoció su primer caso: Velásquez Rodríguez contra Honduras. A partir de entonces, ha emitido un total de 354 sentencias de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas o interpretación de sus fallos; a este vasto acervo jurisprudencial se suman 25 opiniones consultivas en los más diversos asuntos. Con su labor interpretativa de la CADH, la Corte IDH ha ampliado el impacto del tratado interamericano de manera tal que –cuarenta años después de su entrada en vigor– los derechos humanos se han convertido en un “idioma universal” y una nueva ética que coloca a las personas en el centro de las actuaciones, tanto del Estado y sus instituciones como de la diversidad de actores que intervienen en la escena política de nuestros países. Ese es el horizonte a alcanzar en este terreno puesto que –pese a los avances que se observan a

lo largo de las cuatro décadas transcurridas– persisten riesgos, problemáticas y retrocesos en la protección de las poblaciones discriminadas, excluidas y vulnerabilizadas en la región así como en la realización de su dignidad y sus derechos.

El presente número de la Revista IIDH –publicada ininterrumpidamente desde 1985– es monográfico y está dedicado al 40° aniversario de la entrada en vigor de la CADH y la instalación de la Corte IDH, lo que constituye un doble motivo de conmemoración. En esta edición se incluyen diez artículos en los cuales se reflexiona y analizan la evolución, la interpretación y la aplicación de dicho tratado, cuyas reseñas se ofrecen a continuación.

María Cielo Linares, en *El nuevo despertar del sistema interamericano. Causas y efectos*, expone las razones intrínsecas y extrínsecas que –a su juicio– han incidido en la labor de los órganos del SIDH. Además, se refiere a la tecnificación y los altos estándares de profesionalización de la labor de los diferentes actores del mismo que han conducido a desarrollos jurisprudenciales notables, como el relacionado con el artículo 26 de la CADH en el caso Trabajadores Cesados de Petroperú y otros contra Perú, del 23 de noviembre de 2017.

Alejandro Díaz Pérez y Daniela Aguirre Luna, autores del trabajo denominado *Análisis de la evolución jurisprudencial del artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos*, revisan el desarrollo del reconocimiento y de la protección de los territorios ancestrales de los pueblos indígenas del continente. Para ello, parten del fallo en el caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni contra Nicaragua y concluyen con la decisión más reciente: la del caso Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros contra Brasil; también exploran otras líneas jurisprudenciales que ampliarían el efecto útil de la CADH en este campo.

En el artículo *A aplicação do artigo 8º. da Convenção Americana sobre Direitos Humanos às causas cíveis*, Vitor Fonsêca analiza la jurisprudencia de la Corte IDH en sus competencias consultiva y contenciosa respecto de la aplicación de dicho artículo a causas distintas de las penales, lo que –asegura– conferiría una mayor protección de los derechos humanos.

En su artículo *Justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales. Después de Lagos del Campo, ¿qué sigue?*, Marcela Cecilia Rivera Basulto se refiere al primer pronunciamiento de la Corte IDH sobre la vulneración del artículo 26 de la CADH relativo al desarrollo progresivo de los DESC en el caso aludido párrafos arriba, que constituye un hito en la historia del SIDH al señalar la responsabilidad del Estado peruano por la violación del derecho al trabajo lo cual trae consigo importantes retos para su garantía en el orden supranacional, específicamente para el alto tribunal regional.

Ricardo Guerra Vasconcelos y Júlia Fonseca Maia, autores de *A progressiva proteção e promoção dos direitos das mulheres no Brasil: um estudo a partir da Convenção Americana de Direitos Humanos*, tomando como referencia el caso Maria da Penha contra Brasil, evalúan el respeto y la vigencia de los derechos humanos de las mujeres en este país, su incorporación al ordenamiento jurídico, las actuaciones estatales en la formulación de políticas públicas y legislación en materia de violencia contra las mujeres, su desempeño respecto de los tratados interamericanos en la materia –como la Convención de Belém do Pará además de la CADH– y la importancia de ambos instrumentos internacionales en la protección de los derechos de las brasileñas.

Felipe Otávio Moraes Alves y Micaela Amorim Ferreira, quienes contribuyeron con el artículo *A repercussão do Pacto San José da Costa Rica na ordem jurídica do Brasil*, analizan los impactos de la CADH en su país a partir de la promulgación de la Constitución Federal de 1988 y los fallos condenatorios proferidos por la Corte IDH en casos brasileños, así como su recepción e implementación en el ordenamiento jurídico interno.

Para elaborar el artículo *Panorama en México con respecto a la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Alfonso Carrillo González revisó los criterios emitidos por los tribunales desde la aprobación de la CADH en 1969, disponibles en el portal de internet de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. De esta forma establece cómo ha evolucionado la protección jurídica de los derechos humanos en su país a la luz de las disposiciones contenidas en dicho tratado, en un proceso que le permitió constatar la persistencia de prácticas judiciales que las contravienen.

Pablo González Domínguez, en su aporte titulado *Reflexiones sobre el pasado, presente y futuro de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre control de convencionalidad*, explora la jurisprudencia relativa al mismo desarrollando el contenido del artículo 2 de la CADH desde el caso Suárez Rosero contra Ecuador de 1997 hasta la Opinión Consultiva OC-24/17 de 2017, relacionada con la protección de las personas diversas sexualmente.

Finalmente, Pamela Juliana Aguirre Castro, en el artículo *Los derechos económicos, sociales y culturales a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, aborda el debate en torno a la justiciabilidad o exigibilidad directa de estos derechos y la jurisprudencia relevante de la Corte IDH respecto de sus contenidos, así como

los retos interpretativos y argumentativos que debe afrontar dicho tribunal regional para continuar trabajando en esta línea.

En esta oportunidad, para conmemorar el aniversario de la entrada en vigor de la CADH, la Revista IIDH tiene el honor de incluir también un artículo del jurista Antônio Augusto Cançado Trindade quien fuera juez y presidente de la Corte IDH; en la actualidad es juez de la Corte Internacional de Justicia.

Contar con su colaboración académica en este contexto resulta una conmemoración en sí misma, ya que la evolución del SIDH difícilmente podría explicarse sin considerar los aportes que para ello significó su trayectoria; a partir de su búsqueda de justicia, la cual impulsó desde el derecho internacional de los derechos humanos con rigurosidad jurídica pero siempre teniendo presentes el sufrimiento y las necesidades de las víctimas.

El desempeño de don Antônio Augusto Cançado Trindade –director ejecutivo del Instituto Interamericano de Derechos Humanos entre 1994 y 1996, actualmente miembro de su Asamblea General– es invaluable, pues durante su desempeño como juez de la Corte IDH promovió nuevas líneas jurisprudenciales con base en criterios jurídicos innovadores en la interpretación y aplicación tanto de la CADH como de otros tratados interamericanos y universales, en aras de la mejor protección de las víctimas de violaciones de derechos humanos y la restitución de su dignidad.

Su colaboración a este número monográfico de la Revista IIDH se suma a la conmemoración referida como mejor podría hacerse desde el ámbito académico e investigativo del IIDH, con una disertación relevante que nos invita a reflexionar sobre

las aproximaciones y los avances de las distintas vertientes del derecho para la protección huamana.

En ese sentido, en su artículo denominado *Atos de genocídio e crimes contra a humanidade: reflexões sobre a complementariedade da responsabilidade internacional do indivíduo e do Estado*, se hace una relectura de la jurisprudencia relativa a estos delitos emitida tanto por tribunales penales internacionales como por la Corte IDH. Asimismo, comparte sus reflexiones sobre la complementariedad de la responsabilidad del individuo y del Estado en un contexto de “aproximaciones y convergencias” entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho penal internacional.

El IIDH valora y agradece el aporte de los autores y las autoras de los artículos contenidos en esta nueva Revista IIDH; celebra también que a estos se sume la invaluable colaboración de don Antônio y espera que las reflexiones vertidas en este número sean relevantes para la academia, la sociedad civil y las entidades estatales para que –desde cada uno de esos ámbitos– se impulse la implementación de los estándares internacionales que se han gestado y que han evolucionado en los 40 años de vigencia del Pacto de San José.

José Thompson J.
Director Ejecutivo, IIDH

Reflexiones sobre el pasado, presente y futuro de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el control de convencionalidad

*Pablo González Domínguez**

Introducción

Este artículo estudia la línea jurisprudencial de la doctrina del control de convencionalidad (en adelante la doctrina o el control de convencionalidad) en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Corte Interamericana o la Corte IDH) considerando sus precedentes, creación y desarrollo hasta 2018. También se reflexiona –en el marco del 40 aniversario de la entrada en vigor de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante la Convención Americana o la CADH)– en torno a la necesidad de que la Corte Interamericana dé un mayor peso al principio de subsidiariedad en el desarrollo jurisprudencial del control de convencionalidad; también que dé más peso a este principio cuando ordene a las autoridades nacionales realizar dicho control sobre determinadas leyes y actos del Estado como una garantía de no repetición.

La primera sección del presente texto explica que la sentencia de la Corte IDH en el caso Suárez Rosero contra Ecuador, emitida en 1997, es el antecedente jurisprudencial más remoto

* Doctor en Derecho Internacional de los Derechos Humanos por la Universidad de Notre Dame; abogado en la Corte Interamericana de Derechos Humanos; profesor en la Universidad Panamericana campus Ciudad de México.

de esta doctrina¹. En dicho caso –por vez primera y apartándose del criterio sostenido desde la Opinión Consultiva OC-14/94²– se evaluó en abstracto y en el ejercicio de su competencia contenciosa, la compatibilidad entre una ley nacional y la Convención Americana. Esta aproximación abrió la puerta para que en 2001, en el caso *Barrios Altos* contra Perú, declarara la nulidad *ab initio* de una ley de amnistía³ y para que comenzara la práctica de ordenar a los Estados la modificación o anulación de normas nacionales inconvenientes. La creación del control de convencionalidad siguió esta línea jurisprudencial, pues la Corte Interamericana propuso en 2006 esta doctrina –en el caso *Almonacid Arellano* y otros contra Chile– como una medida para que los jueces cumplieran con sus deberes establecidos en los artículos 1.1 y 2 de la Convención.

El caso *Almonacid Arellano* es el más relevante, el *leading case*, sobre control de convencionalidad. Por esta razón, la segunda sección de este artículo explora los hechos, los argumentos, las normas y los principios que estuvieron detrás del razonamiento de la Corte IDH en este caso. Se coloca especial atención en cómo el entendimiento de la alta fuerza prescriptiva de los artículos 1.1 y 2, la noción de que la Convención Americana obliga al Estado “como un todo” –es decir, que tiene efecto directo sobre sus autoridades– y el fenómeno de apertura del derecho constitucional latinoamericano al derecho

1 Cfr. Burgorgue Larsen, Laurence y Úbeda de Torres, Amaya. *The Inter-American Court of Human Rights*, Oxford University Press, Nueva York, 2011, pp. 243 a 269.

2 Cfr. Corte IDH. *Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (Arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994, Serie A N° 14, párr. 49.

3 Cfr. Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Perú* (Fondo), sentencia del 14 de marzo de 2001, Serie C N° 75, párr. 44.

internacional, son tres factores que están en el corazón de la creación del control de convencionalidad.

La tercera sección analiza el desarrollo de esta doctrina con posterioridad a su creación, considerando todos los casos relevantes en la materia hasta la decisión en la Opinión Consultiva OC/24-17 de 2017. Se advierte que el análisis de esta sección solo se centra en aquellos casos que hicieron avanzar de manera relevante el contenido del control de convencionalidad, por lo que analiza los criterios de los casos *Trabajadores Cesados del Congreso* contra Perú, *Heliodoro Portugal* contra Panamá, *Boyce* y otros contra Barbados, *Radilla Pacheco* contra México, *Cabrera García* y *Montiel Flores* contra México, *Gelman* contra Uruguay, *Masacre de Santo Domingo* contra Colombia, *Andrade Salmón* contra Bolivia y de la Opinión Consultiva OC-21/16.

Es importante tener en cuenta que este artículo tiene una naturaleza fundamentalmente descriptiva. No pretende hacer un análisis sistemático o crítico sobre el tema, sino aportar claridad en el entendimiento de la evolución jurisprudencial del control de convencionalidad desde sus antecedentes remotos hasta sus más recientes avances. También busca exponer algunas de las ideas que sustentaron la creación y evolución de esta doctrina, las que se encuentran tanto en las interpretaciones de la Corte Interamericana como en las opiniones de algunos de sus jueces más influyentes como Antonio Cançado Trindade, Sergio García Ramírez, y Eduardo Ferrer Mac-Gregor.

Finalmente, esta contribución busca abrir la puerta para reflexionar acerca del futuro que deberá tomar el desarrollo del control de convencionalidad tanto a nivel internacional como nacional, sobre todo en virtud del reciente énfasis que ha hecho la Corte IDH –desde el caso *Masacre de Santo Domingo*– en que el mismo está conectado con el principio de subsidiariedad o

complementariedad, el cual informa transversalmente al sistema interamericano de derechos humanos.

I. Antecedentes del control de convencionalidad. De Suárez Rosero contra Ecuador a Barrios Altos contra Perú

El estudio de los antecedentes jurisprudenciales del control de convencionalidad debe comenzar con una aclaración: no existe artículo alguno en la Convención Americana que establezca una obligación para todas las autoridades de sus Estados parte de interpretar las normas de derecho nacional de conformidad con los estándares de la misma CADH, de otros tratados en el sistema interamericano y de las interpretaciones que de estos haga la Corte Interamericana; tampoco para evitar la aplicación de dichas normas, en caso de no ser posible una interpretación conforme.

La creación de la doctrina del control de convencionalidad –por lo tanto, de cada uno de sus componentes conceptuales– es el resultado de una progresiva e innovadora interpretación realizada por la Corte IDH de los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, así como de los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (en adelante la Convención de Viena). La progresividad de estas interpretaciones, las cuales constituyen los precedentes jurisprudenciales de la doctrina del control de convencionalidad y que son el objeto de estudio de esta sección, comenzó antes de que el caso Almonacid Arellano fuera decidido.

Las sentencias que preceden la creación de esta doctrina desarrollaron el contenido de la obligación de respeto y garantía –artículo 1.1 de la CADH– y fortalecieron de manera gradual las implicaciones normativas del deber de los Estados de adoptar

las medidas legislativas o de otro carácter, necesarias para hacer efectivos los derechos protegidos por la Convención Americana tal como se plantea en su segundo artículo⁴. Estas sentencias modificaron el entendimiento de este último, de ser concebida como una norma con una naturaleza programática –como parece haber sido interpretada en la Opinión Consultiva OC-14/94⁵– a ser considerada como una con alta fuerza prescriptiva. Esta posición teórica abrió la puerta para que la Corte Interamericana adoptara la práctica de evaluar la convencionalidad de leyes en abstracto, en el ejercicio de su jurisdicción contenciosa, y que ordenara a los Estados la modificación de leyes inconvencionales y la adopción de medidas de otro carácter –como lo es el control de convencionalidad– para garantizar la efectividad de la Convención Americana y de sus interpretaciones⁶.

4 Cfr. Burgogue Larsen, Laurence y Úbeda de Torres, Amaya. *The Inter-American Court of Human Rights...*, pp. 243 a 269.

5 Cfr. Corte IDH. *Responsabilidad internacional por expedición y aplicación...* En esta Opinión Consultiva, la Corte IDH estableció que no tiene competencia para declarar la responsabilidad internacional del Estado por la mera adopción de normas violatorias de la Convención Americana, pues su jurisdicción contenciosa se ejerce con la finalidad de resolver casos concretos de violaciones de derechos humanos. Medina Quiroga, Cecilia. *La Convención Americana: vida, integridad personal, debido proceso y recurso judicial*, Chile, Universidad de Chile, 2003, pp. 17 y 18.

6 Corte IDH. *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador* (Fondo), sentencia del 12 de noviembre de 1997, Serie C N° 35, párr. 93; González Domínguez, Pablo, y González Chacón, Christian, “Dos visiones de la fuerza normativa del artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, N° 23, enero-julio, 2015.

1. La revisión de la convencionalidad de leyes *in abstracto* sobre la base del artículo 2: Suárez Rosero contra Ecuador

La primera vez que la Corte Interamericana evaluó la convencionalidad de una norma nacional, en abstracto y en ejercicio de su jurisdicción contenciosa, fue en el caso Suárez Rosero; lo hizo acerca de la compatibilidad entre el artículo 114 bis del Código Penal ecuatoriano (en adelante el CPE) y la Convención Americana.⁷ Este artículo establecía condiciones de liberación para personas detenidas, siempre que ciertos requisitos se cumplieran. Sin embargo, estaban exceptuadas de este beneficio aquellas acusadas conforme a la Ley sobre Substancias Estupefacientes y Psicotrópicas (en adelante la LSEP). La Corte IDH evaluó el caso a la luz del artículo 2 de la CADH, concluyendo que la distinción hecha por la LSEP entre aquellas personas acusadas conforme a su contenido y al del CPE era violatoria de la Convención Americana, pues “despoja a una parte de la población carcelaria de un derecho fundamental en virtud del delito imputado en su contra y, por ende, lesiona intrínsecamente a todos los miembros de dicha categoría de inculpados”⁸.

La relevancia de esta sentencia, para efectos de este análisis, viene del párrafo 98 de la misma pues la Corte Interamericana estableció que “esa norma *per se* viola el artículo 2 de la Convención Americana, independientemente de que haya sido aplicada en el presente caso”⁹. Además, implícitamente afirmó su competencia para pronunciarse sobre la inconvencionalidad de una norma nacional con independencia de que haya sido

7 Cfr. Corte IDH. *Caso Suárez Rosero...*, párr. 95.

8 *Ibid.*, párr. 98.

9 *Ibid.*

aplicada o no en un caso concreto. La Corte IDH no explicó las razones por las que su criterio cambió en el caso Suárez Rosero en relación con lo sostenido en la Opinión Consultiva OC-14/94, donde había determinado su falta de competencia para declarar la responsabilidad internacional del Estado por la mera adopción de normas violatorias de la Convención Americana; pero es en este periodo que asumió que su competencia contenciosa incluye la autoridad para evaluar la compatibilidad entre el derecho nacional y la CADH sobre la base de su artículo 2. La Corte Interamericana también parece haber afirmado su autoridad para ordenar a los Estados la adopción de medidas específicas a fin de adaptar su derecho interno y sus prácticas, de conformidad con sus obligaciones convencionales¹⁰.

El voto disidente de Cançado Trindade –quien era el presidente de la Corte IDH en 1997– en el caso *El Amparo contra Venezuela* da indicios sobre las razones que motivaron este cambio jurisprudencial. En este litigio la Corte Interamericana se “abstiene de pronunciarse en abstracto sobre la compatibilidad del Código de Justicia Militar” y, por lo tanto, concluye que “no cabe ordenar al Estado de Venezuela la reforma solicitada por la Comisión”¹¹. El juez brasileño se opuso a esta posición de la mayoría, pues consideró que la Corte IDH tenía competencia para decidir sobre la convencionalidad de dicho cuerpo normativo ya que constituía una “amenaza real” a las personas que enfrentaban una situación creada por su existencia. Por lo tanto, “si fuera necesario aguardar la aplicación efectiva de una ley ocasionando un daño, no habría como [sic] sostener el deber de prevención”¹².

10 Cfr. Quinche Ramírez, Fernando. “El control de convencionalidad y el sistema colombiano”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, N° 12, 2009, p. 165.

11 Corte IDH. *Caso El Amparo vs. Venezuela* (Reparaciones y Costas), sentencia del 14 de septiembre de 1996, Serie C No. 28, párr. 60.

12 *Ibid.* Voto disidente del juez Antonio Cançado Trindade, párr. 3.

En opinión de Cançado Trindade, la Corte Interamericana tiene la obligación de prevenir futuras violaciones de derechos humanos, por lo que debe ordenarle a los Estados adoptar medidas específicas para contrarrestar cualquier amenaza real a los mismos en perjuicio de las personas sujetas a su jurisdicción¹³.

Dos años más tarde, en el caso Castillo Petruzzi contra Perú (1999), la Corte IDH determinó que el Estado peruano violó el artículo 2 de la Convención Americana al adoptar las leyes de emergencia N° 25.475 y 25.259, promulgadas en el contexto de la lucha contra el terrorismo¹⁴. No es necesario entrar en los detalles del caso. Lo que es relevante es que varias disposiciones de estas leyes permitían que las personas acusadas de terrorismo fueran sentenciadas a cadena perpetua por un tribunal sin rostro, lo cual constituye una violación a varios artículos de la CADH.¹⁵ La Corte Interamericana determinó la invalidez de los procedimientos conducidos en contra de las víctimas y ordenó al Estado la modificación de las normas N° 25.475 y N° 25.259, las cuales fueron encontradas inconvencionales¹⁶. En este caso continuó fortaleciendo el entendimiento de la obligatoriedad y especificidad del artículo 2 de la CADH, al reiterar que el deber general contemplado por este implica “la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención”; también la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías¹⁷.

13 Cfr. *Ibid.*, párr. 6.

14 Cfr. Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú* (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 30 de mayo de 1999, Serie C N° 52, párr. 207.

15 Cfr. *Ibid.*, párrafos operativos del 2 al 11.

16 Cfr. *Ibid.*, párr. 207.

17 *Ibid.*

Esta aproximación continuó en casos posteriores¹⁸, siendo “La última tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) contra Chile el caso emblemático en este sentido. Éste se relaciona con la violación del derecho a la libertad de pensamiento y expresión, que derivó de la censura a la exhibición de la película así titulada. Para ello, el Gobierno chileno se basó en la aplicación del artículo 19, número 12, de la Constitución de dicho país y del Decreto Ley 679, que autorizaban la censura previa en la producción cinematográfica¹⁹.

La Corte IDH determinó que “al mantener la censura cinematográfica previa en el ordenamiento jurídico chileno el Estado está incumpliendo con el deber de adecuar su derecho interno a la Convención de modo de hacer efectivos los derechos consagrados en la misma, como lo establecen los artículos 1.1 y 2 de la Convención”²⁰. De esta forma, no solo estableció la violación del derecho a la libertad de pensamiento y expresión, reconocido en el artículo 13 de la Convención Americana, sino que también ordenó al Estado la modificación de su derecho interno –que implicaba la modificación de una norma constitucional– para así eliminar la censura previa en su ordenamiento jurídico²¹.

18 Cfr. Corte IDH. *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago* (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 21 de junio de 2002, Serie C N° 94, párr. 113; Cfr. Corte IDH. *Caso “Instituto de Reeducación del Menor” vs. Paraguay* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 2 de septiembre de 2004, Serie C N° 112, párr. 206; Cfr. Corte IDH. *Caso Lori Berenson Mejía vs. (Perú)*. Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 25 de noviembre de 2004, Serie C N° 119, párr. 219; Cfr. Corte IDH. *Caso Caesar vs. Trinidad y Tobago* (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 11 de marzo de 2005, Serie C N° 123, párr. 91.

19 Cfr. Corte IDH. *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile* (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 5 de febrero de 2001, Serie C N° 73, párr. 72.

20 *Ibid.*, párr. 88.

21 *Ibid.*, párr. 4.

2. La nulidad *ab initio* de normas manifiestamente violatorias de la Convención Americana: Barrios Altos contra Perú

El caso “La última tentación de Cristo” muestra qué tan lejos llegó la Corte Interamericana en su entendimiento de la obligatoriedad del artículo 2 de la CADH, autorizándola incluso a ordenar a un Estado la modificación de una norma de rango constitucional. Sin embargo, el punto más elevado en esta línea jurisprudencial llegó en el contexto de casos de justicia transicional. En el de Barrios Altos contra Perú estableció que las leyes de amnistía 26.479 y 26.492 –adoptadas durante el gobierno de Alberto Fujimori– eran incompatibles con la Convención Americana. Estas leyes tenían el efecto práctico de exonerar de responsabilidad penal a militares, policías y civiles que cometieron violaciones de derechos humanos de 1980 a 1995, incluidos los responsables de la matanza de quince personas en el distrito de Lima llamado “Barrios Altos”²². La existencia y aplicación de estas leyes produjo violaciones de los derechos a la justicia, la verdad y la reparación, que fueron calificados como inderogables²³. La Corte Interamericana calificó los resultados de la expedición de las leyes de amnistía concluyendo lo siguiente:

Como consecuencia de la manifiesta incompatibilidad entre las leyes de autoamnistía y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las mencionadas leyes carecen de efectos jurídicos y no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso ni para la identificación y el castigo de los responsables, ni puedan tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención Americana acontecidos en el Perú²⁴.

22 Cfr. Corte IDH. *Caso Barrios Altos...*, párr. 2.i.

23 Cfr. *Ibid.*, párr. 41.

24 *Ibid.*, párr. 44.

Esta fue la primera ocasión en la que actuó como una especie de tribunal constitucional. No solo determinó la incompatibilidad entre una norma nacional y la Convención Americana –como lo hizo en los casos Suárez Rosero y Castillo Petrucci– o declaró la responsabilidad internacional por la existencia de una norma inconvencional ordenando al Estado su modificación –como lo hizo en “La última tentación de Cristo”– sino que además declaró la nulidad *ab initio* sobre las bases del derecho internacional y en ejercicio de su jurisdicción contenciosa²⁵. La lectura más razonable de esta decisión es que la naturaleza de los derechos que fueron afectados –calificados como no derogables– y la gravedad de las violaciones cometidas por el Estado como lo fue una masacre perpetrada por agentes estatales, así como las condiciones políticas de Perú después de la caída de Fujimori, fueron elementos relevantes para la adopción de una posición tan estricta sobre los efectos del artículo 2 de la CADH. En este sentido, Cançado Trindade sugirió que la nulidad de las leyes de amnistía era resultado no solo de su manifiesta incompatibilidad con la Convención Americana, sino también porque su vigencia producía violaciones de derechos inderogables pertenecientes al dominio del *jus cogens*²⁶.

La aproximación adoptada en el caso Barrios Altos parece estar basada en la lógica de que (i) las consecuencias de la adopción o aplicación de una norma nacional inconvencional son responsabilidad internacional del Estado, (ii) que las consecuencias jurídicas de esa inconvencionalidad siguen a la gravedad de los derechos violentados por su existencia o aplicación y (iii) que la Corte IDH está facultada para determinar libremente las consecuencias jurídicas de la existencia o

25 Cfr. Binder, Cristina., “The Prohibition of Amnesties by the Inter-American Court of Human Rights”, *German Law Journal*, N° 12, 2011, p. 1,212.

26 Cfr. *Caso Barrios Altos...*, voto concurrente del juez Antonio Cançado Trindade, párr. 11.

aplicación de dichas normas –por ejemplo, declarar su nulidad *ab initio*– y para especificar las medidas de reparación que el Estado debe adoptar a fin de evitar futuras violaciones de derechos humanos. Los puntos (ii) y (iii) están alejados de la posición de la Corte IDH en la Opinión Consultiva OC-14/94 y en el caso El Amparo, donde expresamente decidió no pronunciarse sobre la incompatibilidad entre una norma nacional y el derecho internacional; mucho menos establecer consecuencias jurídicas de dicha incompatibilidad.

El razonamiento del caso Suárez Rosero, el cual alcanzó su punto más elevado en el de Barrios Altos, prevaleció en este periodo de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, sobre todo en lo que respecta al tratamiento de leyes de amnistía. En los casos Almonacid Arellano contra Chile y La Cantuta contra Perú, reafirmó su criterio sobre la nulidad de las leyes de amnistía cuando estas negaban los derechos a la verdad, la justicia y la reparación a las víctimas de graves violaciones de derechos humanos y a sus familiares²⁷. Sin embargo, en el caso Almonacid Arellano dio un paso más allá en las implicaciones de los artículos 1.1 y 2, al establecer que los jueces están obligados a “velar porque la aplicación no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos”²⁸. En otras palabras, la Corte IDH no solo determinó las consecuencias jurídicas de la incompatibilidad entre una ley de amnistía y la Convención Americana, sino que además estableció que el Poder Judicial estaba obligado a realizar

27 Cfr. Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 26 de septiembre de 2006, Serie C N° 154, párr. 112; y Cfr. Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Perú* (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 29 de noviembre de 2006, Serie C N° 162, párr. 167.

28 Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros...*, párr. 124.

un control de convencionalidad para evitar la aplicación de dicha normativa en la solución de casos concretos²⁹.

II. La creación del control de convencionalidad. Almonacid Arellano y otros contra Chile

En 2006, esta doctrina fue introducida en la jurisprudencia de la Corte Interamericana en el caso Almonacid Arellano³⁰ que trata sobre la responsabilidad internacional del Estado chileno por la adopción y aplicación del Decreto Ley 2.191 de 1978, el cual concedía una amnistía general a todos los responsables de hechos delictuosos cometidos del 11 de septiembre de 1973 al 10 de marzo de 1978.

La aplicación de este Decreto Ley por parte del Poder Judicial tuvo –como efecto inmediato– el cese de las investigaciones y el archivo del expediente de la ejecución extrajudicial del señor Luis Alfredo Almonacid Arellano, quien fue ejecutado agentes policiales en el contexto de las graves violaciones de derechos humanos que siguieron al golpe de Estado presidido por el general Augusto Pinochet, el cual tuvo lugar el 11 de septiembre de 1973³¹. La Corte IDH calificó como un hecho probado que el Gobierno *de facto* impulsó una política estatal destinada a atacar, masiva y sistemáticamente, a sectores de la población civil considerados como opositores al régimen; por ello, consideró la ejecución del señor Almonacid Arellano como un crimen de lesa humanidad al ser cometida dentro de un dicho patrón sistemático y generalizado de ataque contra la población civil³².

29 Cfr. *Ibid.*

30 Cfr. *Ibid.*

31 Cfr. *Ibid.*, párr., párrs. 82 a 133.

32 Cfr. *Ibid.*, párr. 104.

Siguiendo su jurisprudencia en materia de justicia transicional, iniciada en el caso Barrios Altos, declaró la nulidad *ab initio* del Decreto Ley 2.191 pues –básicamente– se trataba de una norma cuya *ratio legis* era “amnistiar los graves hechos delictivos contra el derecho internacional cometidos por el régimen militar”³³. La Corte Interamericana encontró violaciones a los artículos 1.1, 2, 8 y 25 de la CADH, pues la aplicación de la ley de amnistía tuvo como efecto –como ya se apuntó– el cese inmediato de las investigaciones y el archivo del expediente, dejando impunes a los responsables de la muerte del señor Almonacid Arellano e impidiendo a sus familiares que ejercieran el derecho a ser oídos por un tribunal competente, independiente e imparcial, a través de un recurso efectivo y adecuado que reparara las violaciones cometidas en perjuicio de su ser querido, y que les permitiera conocer la verdad³⁴. La Corte IDH estableció que, cuando el Poder Legislativo falle en su tarea de suprimir leyes contrarias a la Convención Americana, el Judicial permanece obligado a respetar y garantizar los derechos protegidos por esta³⁵. En consecuencia estableció que

La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe

33 *Ibid.*, párr. 120.

34 *Cfr. Ibid.*, párrs. 118 a 128.

35 *Cfr. Ibid.*, párrs. 123.

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 Americana³⁶.

Tal como lo explica Burgorgue-Larsen, esta decisión es “el punto máximo tomado por la Corte en el tema de leyes de amnistía. No sólo confirmó las decisiones previas en *Suárez Rosero* y *Barrios Altos* sino que además abrió nuevos caminos para que los jueces tengan un papel más preponderante”³⁷. El control de convencionalidad fue originalmente diseñado como una doctrina que permitía a los jueces nacionales garantizar el derecho a la justicia, la verdad y la reparación de los familiares de las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos. En esencia, se trata de una manifestación de la obligación de garantizar los derechos –artículo 1.1 de la CADH– en la clave de lo decidido por la Corte Interamericana desde el emblemático caso Velásquez Rodríguez contra Honduras, donde se estableció el criterio que sostiene “el deber de los Estados partes 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 jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”³⁸.

36 *Cfr. Ibid.*, párr. 124. (El subrayado es del autor).

37 Burgorgue-Larsen, Laurence y Úbeda de Torres, Amaya.. *The Inter-American Court on Human Rights...*, p. 260.

38 *Cfr. Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras* (Fondo), sentencia del 29 de julio de 1988, Serie C N° 4, párr. 166.

El razonamiento de la Corte IDH en el caso *Almonacid Arellano* permite afirmar que el control de convencionalidad está sustentado en la idea de que la Convención Americana y las interpretaciones que de esta haga la Corte IDH, tienen una naturaleza autoejecutable; es decir, que tienen efecto directo sobre las autoridades nacionales. La génesis de esta concepción está reflejada en el voto concurrente de García Ramírez en el caso *Myrna Mack Chang contra Guatemala*, en el cual señaló que “no es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte sólo a uno o alguno de sus órganos, entregar a éstos la representación del Estado en el juicio –sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto– y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del ‘control de convencionalidad’ que trae consigo la jurisdicción de la Corte Interamericana”³⁹. El Estado está obligado como una unidad, lo que implica que cada una de sus autoridades debe cumplir con los deberes generales del mismo –artículos 1.1 y 2; para ello, debe trasladar los criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana a sus leyes, decisiones judiciales y a todas las acciones en materia de derechos humanos⁴⁰.

El entendimiento de la naturaleza autoejecutable de la CADH y de las interpretaciones de la Corte Interamericana –por lo tanto, de la creación misma del control de convencionalidad–

39 Corte IDH. *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala* (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 25 de noviembre de 2003, Serie C N° 101, opinión concurrente del juez Sergio García Ramírez, párr. 27; y *cfr.* García Ramírez, Sergio. *El futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos*; en Ferrer MacGregor, Eduardo. *Derecho Procesal Constitucional*, Tomo II, Cuarta Edición, Porrúa, México, 2003, pp. 1595 a 1598.

40 Corte IDH. *Caso Tibi vs. Ecuador* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 7 de septiembre de 2004, Serie C N° 114, voto concurrente del juez Sergio García Ramírez, párrs. 5 y 6.

también se fortaleció por los cambios en la postura constitucional de varios países de la región frente a la cuestión clásica de la implementación de las normas internacionales de derechos humanos en los sistemas jurídicos nacionales⁴¹. Gracias a la existencia de mecanismos como el “bloque de constitucionalidad”, se había reconocido progresivamente el rango constitucional de algunas de estas normas y se había permitido su invocación directa en tribunales nacionales⁴². Este fenómeno de apertura constitucional en varios Estados de la región, estableció condiciones para que la Corte Interamericana creara la doctrina del control de convencionalidad “como una vertiente de la recepción nacional, sistemática y organizada del orden jurídico convencional internacional”⁴³. En ese sentido, Ferrer Mac-Gregor explicó en su voto concurrente en el caso *Cabrera García y Montiel Flores contra México que* la creación del control de convencionalidad refleja una asimilación de los conceptos desarrollados en el derecho constitucional, una práctica que ha estado presente en el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos desde sus orígenes⁴⁴.

41 *Cfr.* Cançado Trindade, Antonio. *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2001, pp. 270 a 273.

42 *Cfr.* Uprimny, Rodrigo. “The Recent Transformation of Constitutional Law in Latin America: Trends and Challenges”, en *Texas Law Review* (89), 2010-2011, p. 1,592; y *cfr.* García-Sayán, Diego. “Una viva interacción: Corte Interamericana y tribunales internos”, en *Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un cuarto de siglo: 1979-2004*, San José, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005, p. 326.

43 *Cfr.* García Ramírez, Sergio. “El control judicial interno de convencionalidad”, *IUS Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, Año 5, N° 28, 2011, p. 127; y *cfr.* Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México* (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 26 de noviembre de 2010, Serie C N° 220, párr. 226.

44 *Cfr. Ibid.*, voto concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor, párr. 21; y Glendon, Mary Ann. *A World Made New. Eleanor Roosevelt and the Universal Declaration of Human Rights*, Random House, Nueva York, 2001, p. 56.

III. Desarrollo jurisprudencial del control de convencionalidad. De Trabajadores cesados del Congreso (Aguado-Alfaro y otros) contra Perú a la Opinión Consultiva OC-24/17

La doctrina examinada evolucionó en casos posteriores, por lo que su entendimiento no puede reducirse al párrafo 124 del caso Almonacid Arellano. El precedente creado en este, ha sido reiterado en al menos 25 sentencias de la Corte Interamericana y en cuatro opiniones consultivas; en algunas ocasiones, con ciertos matices que precisaron algunos de sus aspectos conceptuales⁴⁵. En consecuencia, la correcta apreciación del control de convencionalidad requiere un análisis de toda la jurisprudencia en la materia, en especial de los siguientes casos: Trabajadores cesados del Congreso, Heliodoro Portugal, Radilla Pacheco, Cabrera García y Montiel Flores, Gelman, Masacre de Santo Domingo y Andrade Salmón (2016); también de la , la Opinión Consultiva OC-21/16. Esta última y los citados casos reflejan los más importantes desarrollos del control de convencionalidad y, por esa razón, se consideran en los siguientes apartados.

45 Entre algunos buenos resúmenes de la jurisprudencia de la Corte IDH en la materia, se incluyen los siguientes: Nash Rojas, Claudio. "Control de Convencionalidad", *Cuadernillo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 7*, Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos y Ministerio de Relaciones Exteriores de Dinamarca, 2015; Serrano Guzmán, Silvia. *El control de convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2013; e Ibarra, Juana María. *Manual auto-formativo para la aplicación del control de convencionalidad dirigido a operadores de justicia*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2015.

1. El control de convencionalidad debe ser realizado de oficio, en el marco de las respectivas competencias y regulaciones procesales correspondientes: *EL CASO* Trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) contra Perú

El primero de estos desarrollos ocurrió en dicho caso, el cual involucró el cese de 257 trabajadores del Congreso peruano como parte de un proceso de racionalización administrativa, autorizado mediante el Decreto Ley 25640 que además, prohibía la impugnación directa o indirecta por vía de amparo⁴⁶. La existencia de esta Ley y en general el ambiente político que limitaba la independencia del Poder Judicial, contribuyó para la declaración de inadmisibilidad de los recursos interpuestos por las víctimas a nivel interno; en algunos casos, incluso, para que no fueran presentados⁴⁷. Fue hasta años después que un juzgado civil declaró fundada una demanda de amparo, ordenando que se repusiera a los demandantes en los cargos que ocupaban al momento de la afectación del derecho⁴⁸. Sin embargo, esta sentencia fue revocada por la Corte Superior de Justicia de Lima pues la acción de amparo había caducado al momento de la presentación de la demanda⁴⁹. El Tribunal Constitucional del Perú confirmó dicha decisión⁵⁰.

La Corte IDH determinó que la prohibición de impugnar los efectos del Decreto Ley N° 25640 constituía una norma de aplicación inmediata en tanto sus destinatarios se veían

46 *Cfr.* Corte IDH. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 24 de noviembre de 2006, Serie C N° 158, párrs. 89.7 a 89.13.

47 *Cfr. Ibid.*, párr. 89.15.

48 *Cfr. Ibid.*, párr. 89.22.

49 *Cfr. Ibid.*, párr. 89.25.

50 *Cfr. Ibid.*, párr. 89.28.

impedidos *ab initio* de impugnar cualquier efecto, lo cual era una limitación contraria a la Convención Americana en virtud de sus artículos 8 y 25 en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma⁵¹. También consideró que el contexto creado por la existencia de esta norma, contribuyó a propiciar un clima de desprotección e inseguridad jurídica que impidió que las personas afectadas pudieran con claridad acudir a la vía idónea para reclamar sus derechos⁵². Sin embargo, la Corte Interamericana observó que –conforme a la legislación peruana– era una facultad de la Corte Constitucional del Perú no aplicar la norma sobre la cual se rechazó el amparo y pudo haber entrado a evaluar el fondo del asunto.⁵³ En consecuencia, la Corte IDH estableció que el juzgador estuvo en condiciones de evitar la vulneración de la Convención Americana al no haber aplicado el artículo 9 del Decreto Ley antes mencionado. Por esta razón, siguiendo el precedente del caso Almonacid la Corte Interamericana señaló que

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

51 *Cfr. Ibid.*, párr. 119.

52 *Cfr. Ibid.*, párr. 120.

53 *Cfr. Ibid.*, párr. 127.

de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones⁵⁴.

La Corte IDH mantuvo la misma estructura utilizada en el caso Almonacid Arellano para referirse a la doctrina del control de convencionalidad. Sin embargo, es posible observar cinco cambios importantes en relación con la sentencia en el mismo contra Chile: (i) la obligación de realizar un control de convencionalidad fue directamente ligada a la obligación de garantizar el efecto útil de la CADH; (ii) la Corte Interamericana estableció que el control de convencionalidad debía ser ejecutado de oficio, independientemente de que las partes lo solicitaran; (iii) asimismo, decidió que el control de convencionalidad debía ser llevado a cabo por los jueces de conformidad con las regulaciones procesales correspondientes, por supuesto con excepción de aquellos casos en donde dichas regulaciones violaran la Convención Americana; (iv) con este criterio, clarificó que la doctrina no confiere atribuciones a las autoridades estatales pues el control debe ser realizado en el marco de sus respectivas competencias, lo cual es determinado por la ley; y (v) eliminó el vínculo entre el deber de realizar control de convencionalidad y la nulidad *ab initio* de las leyes.

2. El control de convencionalidad se realiza sobre todas las normas del sistema jurídico nacional: el caso Boyce y otros contra Barbados

El caso Boyce y otros implicó la responsabilidad del Estado de Barbados por la violación del artículo 2 de la Convención

54 *Cfr. Ibid.*, párr. 128.

Americana en relación con los artículos 1.1, 4.1, 4.2 y 25 de dicho instrumento, provocada por la naturaleza obligatoria de la pena de muerte impuesta contra Lennox Ricardo Boyce y otras tres personas. Las cuatro fueron sentenciadas muerte de conformidad con lo establecido en el artículo 2 de la Ley de Delitos contra las Personas (en adelante LDCP), de 1868, el cual establece que “[c]ualquier persona condenada por homicidio será sentenciada a, y sufrirá, la muerte”⁵⁵. Por otro lado, el artículo 26 de la Constitución de Barbados establece una cláusula de exclusión la cual previene que se pueda declarar judicialmente la inconstitucionalidad de leyes existentes que hubieran sido promulgadas antes de entrar en vigor la Constitución; es decir, antes de 1966. En consecuencia, sobre estas bases, el máximo tribunal de apelaciones de Barbados –el Comité Judicial del Consejo Privado (en adelante el CJCP)– sostuvo que la constitucionalidad del artículo 2 de la LDCP no podía ser revisada a nivel interno.⁵⁶ Sin embargo, el CJCP afirmó en 2004 que si no fuera por dicha cláusula de exclusión, hubiese declarado que la pena de muerte obligatoria va en contra del derecho constitucional de toda persona a no ser sometida a una pena cruel, inhumana y degradante⁵⁷.

La Corte IDH concluyó, de conformidad con su jurisprudencia previa en materia de pena de muerte, que el artículo 2 de la LDCP es una norma que impide el derecho a no ser privado arbitrariamente de la vida y –de este modo– es *per se* contrario a la Convención Americana, estando el Estado obligado a suprimirla o eliminarla de conformidad con el

55 Cfr. Corte IDH. *Caso Boyce y otros vs. Barbados* (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 20 de noviembre de 2007, Serie C N° 169, párr. 75.

56 Cfr. *Ibid.*

57 *Ibid.*, párr. 76.

artículo 2 del mismo instrumento⁵⁸. En un sentido similar, la Corte Interamericana observó que la conclusión del CJCP en relación con la imposibilidad de revisar la inconstitucionalidad del artículo 2 de la LDCP, por la aplicación de la cláusula de exclusión, fue a través de un análisis puramente constitucional en el cual no se consideraron las obligaciones del Estado conforme a la Convención Americana y a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados⁵⁹. La Corte IDH concluyó que –como una cuestión de derecho internacional– el análisis del CJCP no debía haberse limitado a evaluar si la LDCP era inconstitucional sino también debió haber considerado si la ley también era convencional, para de esta forma determinar si la LDCP restringía o violaba los derechos reconocidos en la Convención Americana⁶⁰. El CJCP debió, entonces, realizar un control de convencionalidad y no solo de constitucionalidad sobre la normativa nacional.

De esta forma, a través del control de convencionalidad, el CJCP tenía que haber evitado la aplicación del artículo 26 constitucional pues esta disposición le niega a los ciudadanos de Barbados en general y a las presuntas víctimas, en particular, el derecho a la protección judicial contra violaciones del derecho a la vida⁶¹. En consecuencia, en el caso Boyce la Corte Interamericana decidió que los jueces debían ejercer un control de convencionalidad sobre todas las normas del sistema jurídico nacional para garantizar la efectividad de los derechos reconocidos por la Convención Americana, lo que incluye normas de rango constitucional. Esta aproximación permite distinguir conceptualmente entre el control de constitucionalidad

58 *Ibid.*, párr. 72.

59 *Ibid.*, párr. 77.

60 *Ibid.*, párr. 77.

61 *Ibid.*, párr. 78.

y el control de convencionalidad, pues los jueces deben no solo controlar la constitucionalidad de las leyes nacionales sino también su convencionalidad⁶². Esto significa que las autoridades nacionales deben inaplicar una norma de rango constitucional que sea contraria a la Convención Americana, en caso de ser necesario para garantizar la protección de los derechos humanos. De esta forma, el juez nacional podrá asegurar el efecto útil de este instrumento regional.

3. El control de convencionalidad y la obligación de utilizar recursos penales para garantizar el efecto útil de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. El caso Heliodoro Portugal contra Panamá

En este caso, la Corte IDH estableció que la tipificación de la desaparición forzada de personas como un delito autónomo y la definición expresa de las conductas punibles que lo componen, tienen un carácter primordial para la efectiva erradicación de este delito particularmente grave. En su jurisprudencia este patrón criminal constituye un fenómeno diferenciado, caracterizado por la violación múltiple y continua de varios derechos protegidos por la Convención Americana. Es por esta razón que la normativa penal relativa al plagio, el secuestro, la tortura o el homicidio no es suficiente para sancionarlo⁶³. En ese sentido, la Corte Interamericana consideró en el caso Heliodoro Portugal que la falta de tipificación del delito autónomo obstaculizó el desarrollo

62 Cfr. Serrano Guzmán, Silvia. *El control de convencionalidad en la jurisprudencia...*, p. 28.

63 Cfr. Corte IDH. *Caso Heliodoro Portugal vs Panamá* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 12 de agosto de 2008, Serie C N° 186, párr. 181.

efectivo de un proceso penal, que abarcara los elementos que constituyeron la desaparición forzada de esta víctima; ello permitió que se perpetuara la impunidad⁶⁴.

La Corte IDH observó que la obligación particular del Estado de Panamá de tipificar el delito de desaparición forzada surgió para este del texto del artículo 2 de la Convención Americana y del artículo III de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (en adelante la CIDFP); este último establece que “[l]os Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales, las medidas legislativas que fueren necesarias para tipificar como delito la desaparición forzada de personas, y a imponerle una pena apropiada que tenga en cuenta su extrema gravedad”. La Corte Interamericana recordó que, derivado del artículo 2 de la CADH, los operadores de justicia deben realizar un control de convencionalidad como una práctica conducente a cumplir con las obligaciones estatales internacionales y garantizar el efecto útil de los instrumentos internacionales, lo que incluye la CIDFP⁶⁵.

En consecuencia, ante la imperiosa necesidad de evitar la impunidad en lo relativo a la desaparición forzada de personas cuando un Estado no la haya tipificado como delito autónomo, existe el deber de utilizar aquellos recursos penales a la disposición del operador de justicia para garantizar la investigación y la sanción adecuadas de sus responsables en los términos previstos por el derecho internacional. El control de convencionalidad debe ser utilizado como un medio a través del cual se suple el incumplimiento del Poder Legislativo de su deber de adoptar las medidas de derecho interno en los

64 Cfr. *Ibid.*, párr. 183.

65 Cfr. *Ibid.*, párr. 180.

términos previstos por el artículo III de la CIDFP, de forma tal que el operador de justicia utilice aquellos recursos penales a su disposición que guarden relación con la protección de los derechos fundamentales que –en casos de desaparición forzada de personas– se pueden ver afectados en casos de desaparición forzada como son el derecho a la libertad, a la integridad personal y a la vida⁶⁶.

Adicionalmente, en este caso hizo una importante apreciación conceptual pues trazó el vínculo entre la existencia del control de convencionalidad y las obligaciones del artículo 2, al establecer lo siguiente:

En relación con la obligación general de adecuar la normativa interna a la Convención, la Corte ha afirmado en varias oportunidades que “[e]n el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha celebrado un convenio internacional, debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de las obligaciones asumidas”. En la Convención Americana este principio es recogido en su artículo 2, que establece la obligación general de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de la misma, para garantizar los derechos en ella reconocidos, lo cual implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio de *effet utile*).

La Corte ha interpretado que tal adecuación implica la adopción de medidas en dos vertientes, a saber: 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

66 Cfr. *Ibid.*, párrs. 180 a 182.

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. **Precisamente, respecto a la adopción de dichas medidas, es importante destacar que la defensa u observancia de los derechos humanos a la luz de los compromisos internacionales en cuanto a la labor de los operadores de justicia, debe realizarse a través de lo que se denomina “control de convencionalidad”, según el cual cada juzgador debe velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales**, de manera que no quede mermado o 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 humanos⁶⁷.

4. El control de convencionalidad y el deber de interpretar las normas nacionales de conformidad con la Convención Americana y la jurisprudencia de la Corte: el Caso Radilla Pacheco contra México

El caso Radilla Pacheco es particularmente relevante en el desarrollo del control de convencionalidad, pues la Corte IDH enfatizó que la obligación a cargo de los jueces de realizarlo incluye no solo el deber de no aplicar las normas contrarias a las disposiciones de la Convención Americana, sino también de interpretar las normas nacionales de conformidad con esta y los principios establecidos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana⁶⁸. Este criterio significó una importante adición

67 *Ibid.*, párrs. 179 y 180. (El subrayado es del autor).

68 Cfr. Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 23 de noviembre de 2009, Serie C

a la doctrina en relación con lo originalmente establecido en Almonacid Arellano, pues notó que la interpretación y la aplicación de una norma nacional pueden generar violaciones de derechos humanos, aun cuando la norma nacional puede no ser contraria a la CADH. Por este motivo, las autoridades deben velar porque sus interpretaciones del derecho nacional no vulneren los derechos humanos y el control de convencionalidad es un medio para alcanzar este objetivo.

Radilla Pacheco es el primero de una serie de casos contra el Estado mexicano que involucraba violaciones a los artículos 8 y 25 en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, derivados de la aplicación de los artículos 57 del Código de Justicia Militar y el 13 de la Constitución Política de dicho país. Estos artículos servían como base para negar que el fuero común conociera de casos relacionados con delitos cometidos por miembros de las fuerzas castrenses, no conectados con la disciplina militar y donde civiles eran víctimas⁶⁹. La jurisprudencia de la Corte Interamericana había restringido el ejercicio de la jurisdicción penal militar desde el caso Castillo Petruzzi contra Perú⁷⁰, por lo que esta encontró que el artículo 57 era parcialmente incompatible con la CADH y debía ser modificado en razón de su artículo 2, pero encontró que el artículo 13 de la Constitución mexicana no era *per se* incompatible con la Convención Americana y que el problema se encontraba en la forma en que era interpretado por autoridades nacionales.

Nº 209, párr. 340.

69 *Cfr. Ibid.*, párrs. 280 a 282; *cfr.* Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros vs. México* (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), *sentencia del 30 de agosto de 2010*, Serie C Nº 215; y *cfr.* Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México* (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), *sentencia del 26 de noviembre de 2010*, Serie C Nº 220.

70 *Cfr. Caso Castillo Petruzzi y otros...*, párr. 128; y *cfr.* Corte IDH. *Caso Lori Berenson Mejía...*, párr. 142.

En consecuencia, la Corte IDH estableció que los jueces deben realizar un control de convencionalidad, de forma tal que es

necesario que la aplicación de las normas o su interpretación, en tanto prácticas jurisdiccionales y manifestación del orden público estatal, se encuentren ajustadas al mismo fin que persigue el artículo 2 de la Convención. En términos prácticos, la interpretación del artículo 13 de la Constitución Política mexicana debe ser coherente con los principios convencionales y constitucionales de debido proceso y acceso a la justicia, contenidos en el artículo 8.1 de la Convención Americana y las normas pertinentes de la Constitución mexicana⁷¹.

De tal manera, es necesario que las interpretaciones constitucionales y legislativas referidas a los criterios de competencia material y personal de la jurisdicción militar en México, se adecuen a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal, los cuales han sido reiterados en el presente caso⁷².

A partir de la decisión en el caso Radilla Pacheco, se ha considerado que el control de convencionalidad primordialmente requiere a las autoridades realizar una “interpretación conforme” entre todas las normas del sistema jurídico nacional y el *corpus juris* interamericano, independientemente de si la ley es incompatible *per se* con la CADH. En consecuencia, solo en caso de que no sea posible realizar una interpretación conforme –pues la norma es manifiestamente contraria a la Convención Americana– las autoridades deberán evitar la aplicación de dicha norma, siempre actuando dentro de sus respectivas competencias y las regulaciones procesales correspondientes. En tal sentido, este caso es también relevante al ser la primera ocasión en que la

71 Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco...*, párr. 338.

72 *Ibid.*, párr. 340.

Corte IDH utilizó la doctrina como una forma de evitar futuras violaciones de derechos humanos, al establecerla como una garantía de no repetición en el texto de la sentencia.

5. Desarrollos posteriores del control de convencionalidad. De Cabrera García y Montiel Flores contra México a la Opinión Consultiva OC-24/17

En esta caso, la Corte IDH extendió el rango de las autoridades que están obligadas a realizar un control de convencionalidad al establecer que “todos los órganos [del Estado], incluidos sus jueces”, también están sometidos a la Convención Americana y quedan obligados a velar por su efecto útil⁷³. Este cambio de lenguaje fue adoptado para dejar en claro que el control de convencionalidad “debe realizarse por cualquier juez o tribunal que materialmente realice funciones jurisdiccionales, incluyendo, por supuesto, a las Cortes, Salas o Tribunales Constitucionales, así como a las Cortes Supremas de Justicia y demás altas jurisdicciones”⁷⁴. Este caso también es importante por la opinión concurrente del entonces juez *ad hoc* Ferrer Mac-Gregor, actual presidente de la Corte Interamericana, en donde son explicados a detalle los desarrollos y retos de la doctrina hasta ese momento⁷⁵. Esta opinión concurrente es un punto importante

73 Cfr. Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores...*, párr. 225.

74 Cfr. *Ibid.*, voto concurrente de Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, párr. 20.

75 Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay* (Supervisión de cumplimiento de sentencia), resolución del 20 de marzo de 2013, voto concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot; y Corte IDH. *Caso Liakat Ali Alibux vs. Surinam* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 30 de enero de 2014, Serie C N° 276, voto concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot.

de referencia para el entendimiento de los alcances del control de convencionalidad.

En el mismo sentido, en el caso *Gelman* la Corte IDH estableció que el deber de realizar un control de convencionalidad es “función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial”⁷⁶. Este criterio sigue la lógica del caso *Velásquez Rodríguez*, en el sentido de que el deber de cumplimiento con las obligaciones generales establecidas en los artículos 1.1 y 2 requiere que todo el aparato estatal se oriente al cumplimiento del deber de respeto y garantía. Con la aproximación en el caso *Gelman*, la Corte Interamericana dio un paso –controversial, sin duda– para establecer que el control de convencionalidad sirva como un mecanismo para todas las autoridades en el ámbito de sus respectivas competencias –no solo los jueces– en función de garantizar el efecto útil de la Convención Americana. Así, en la resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia del caso *Gelman* se estableció que el control de convencionalidad ha sido concebido como una “institución que se utiliza para aplicar el Derecho Internacional, en este caso el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y específicamente la Convención Americana y sus fuentes, incluyendo la jurisprudencia de este Tribunal”⁷⁷.

76 Cfr. Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay* (Fondo y Reparaciones), sentencia del 24 de febrero de 2011, Serie C N° 221, párr. 239.

77 Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay* (Supervisión de cumplimiento...), párr. 65. Recientemente se ha establecido que el control de convencionalidad también debe ser realizado sobre la base de las opiniones consultivas, pues al hacerlo se estaría realizando un control de convencionalidad preventivo. Cfr. Corte IDH. *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, Opinión Consultiva OC-21/14 del 19 de agosto de 2014, Serie A N° 21, párr. 31; y Corte IDH. *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*

En la misma resolución, se determinó que existen dos manifestaciones distintas de la obligación de ejercer un control de convencionalidad. Dichas manifestaciones son determinadas dependiendo si la sentencia, en donde se interpreta una disposición de la CADH, se ha dictada en un caso en el cual el Estado ha sido parte de la controversia pues la norma convencional interpretada y aplicada adquiere distinta vinculación, dependiendo si el Estado fue parte material o no en el proceso internacional⁷⁸. En virtud de lo anterior, la Corte Interamericana determinó que el control de convencionalidad posee un rol importante en el cumplimiento de sus sentencias por parte de las autoridades nacionales, pues complementa la obligación estatal de “cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes” especialmente cuando dicho acatamiento queda a cargo de los jueces⁷⁹.

De esta forma, a través del control de convencionalidad las autoridades tienen la función de hacer prevalecer la Convención Americana y los fallos de la Corte IDH sobre la normatividad interna, las interpretaciones y las prácticas que obstruyan el cumplimiento de lo dispuesto en un determinado caso. Tal y como lo explica Ferrer MacGregor, dichas sentencias –en tanto adquieren la autoridad de cosa juzgada internacional– producen una eficacia *inter partes* que consiste en la obligación estatal de cumplir todo lo establecido en las mismas de forma pronta, íntegra y efectiva. Existe una vinculación total y absoluta de sus efectos, que se deriva de los artículos 67 y 68.1 de la CADH⁸⁰.

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 N° 22, párr. 31.

78 Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay* (Supervisión de cumplimiento...), párr. 67.

79 *Cfr. Ibid.*, párr. 73.

80 *Cfr. Ibid.*

Pero el control de convencionalidad es también una obligación para todas las autoridades de los Estados aun cuando no hayan sido parte del procedimiento, pues por el mero hecho de pertenecer a uno que es parte de la Convención Americana están constreñidas a garantizar que la emisión y la aplicación de las normas nacionales sean consistentes con las obligaciones internacionales del mismo y con las interpretaciones que de la CADH haya hecho la Corte IDH⁸¹. En dicha lógica, esta determinó en la Opinión Consultiva OC-21/16 que el deber de prevención requiere que el control de convencionalidad sea realizado también sobre la base de los criterios emanados –precisamente– de opiniones consultivas. La Corte Interamericana estimó “necesario que los diversos órganos del Estado realicen el correspondiente control de convencionalidad, también sobre la base de lo que 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’”⁸².

81 *Cfr. Ibid.*, párr. 69.

82 *Cfr. Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración...*, párr. 31; Corte IDH. *Titularidad de derechos de las personas jurídicas...*, párr. 152; y *cfr. Corte IDH. Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-23/17 del 15 de noviembre de 2017, Serie A N° 23, párr. 28; y Corte IDH. *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-24/17 del 24 de noviembre de 2017, Serie A N° 24, párr. 26.

Recientemente se ha hecho un énfasis en la íntima relación entre el control de convencionalidad y el principio de complementariedad o subsidiariedad⁸³. En el caso Masacre de Santo Domingo, la Corte IDH estableció que dicho principio informa transversalmente al sistema interamericano, de forma tal 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 [...] reparar, antes de tener que responder ante instancias internacionales como el Sistema Interamericano, lo cual deriva del carácter subsidiario que reviste el proceso internacional frente a los sistemas nacionales de garantía de los derechos humanos”⁸⁴. El control de convencionalidad se ha entendido como una institución jurídica que fortalece la complementariedad del mencionado sistema regional, pues incrementa la efectividad de los mecanismos nacionales de protección de los derechos humanos.

La Corte Interamericana ha reconocido cuando los jueces nacionales realizan un adecuado control de convencionalidad en la resolución de casos sujetos a su jurisdicción, tal y como sucedió en la reciente sentencia del caso Tenorio Roca⁸⁵. En esta misma lógica, en el caso Andrade Salmón la Corte Interamericana determinó que el carácter complementario de la

83 Cfr. Corte IDH. *Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia* (Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones), sentencia del 30 de noviembre de 2012, Serie C N° 259, párr. 142; cfr. Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay* (Supervisión de cumplimiento...), párr. 70; y cfr. Corte IDH. *Caso Andrade Salmón vs. Bolivia* (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 1 de diciembre de 2016, Serie C N° 330, párr. 93.

84 Cfr. Corte IDH. *Caso Masacre de Santo Domingo...*, párr. 142.

85 Corte IDH. *Caso Tenorio Roca y otros vs. Perú* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 22 de junio de 2016, Serie C N° 314, párr. 231.

jurisdicción internacional significa que el Estado es el principal garante de los derechos de las personas, abundando en que el control de convencionalidad es una obligación que surge justamente para coadyuvar a que las autoridades estatales sean las primeras en garantizar que la interpretación y la aplicación del derecho nacional sean consistentes con las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos⁸⁶. En este último caso, también se hizo referencia sobre cómo la complementariedad del sistema interamericano ha impactado la jurisprudencia de la Corte IDH, sobre todo en aquellos casos donde los Estados han resuelto la violación alegada en el caso y han dispuesto reparaciones razonables⁸⁷.

IV. Reflexiones en torno al futuro del control de convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana y en los Estados parte de la Convención Americana

Los últimos casos donde se ha hecho referencia al control de convencionalidad, muestran dos aproximaciones distintas. Por un lado, la Corte IDH ha expandido los alcances de esta doctrina con un enfoque “vertical”; por ejemplo, en el caso Cabrera García y Montiel Flores así como en el caso Gelman ha determinado que todas las autoridades de los Estados parte de la CADH deben realizar un control de convencionalidad o ha establecido que las opiniones consultivas son un parámetro para el ejercicio del control de convencionalidad (en las opiniones

86 Cfr. Corte IDH. *Caso Andrade Salmón vs. Bolivia* (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 1 de diciembre de 2016, Serie C N° 330, párr. 93.

87 Cfr. *Ibid.*, párrs. 94 y 102.

consultivas 21⁸⁸, 22⁸⁹, 23⁹⁰ y 24⁹¹). Por otro lado, la Corte Interamericana ha vinculado conceptualmente la obligación de las autoridades de realizar un control de convencionalidad al principio de subsidiariedad o complementariedad –en el caso Masacre de Santo Domingo y en la supervisión del cumplimiento de sentencia en el caso Gelman– e incluso le ha dado algún valor normativo a esta aproximación, reconociendo así una deferencia a las actuaciones de los Estados a nivel interno, como ocurrió en los casos Tenorio Roca y Andrade Salmón.

En este punto, cabe preguntarse cuál es el camino que la Corte IDH debe seguir en su aproximación respecto al control de convencionalidad; sobre todo, a partir de esta etapa marcada por el 40 aniversario de la entrada en vigor de la Convención Americana. ¿Debe continuar desarrollando

88 Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21., párr. 31

89 Corte IDH. 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 de 26 de febrero de 2016. Serie A No. 22., párr. 26

90 Corte IDH. Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017. Serie A No. 23., párr. 28

91 Corte IDH. Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Serie A No. 24., párr. 26.

esta doctrina de forma tal que expanda cada vez más los alcances de sus pronunciamientos y competencias en aras de garantizar una mayor protección de derechos, pero teniendo poca o ninguna consideración sobre el derecho nacional de los Estados o los límites fijados por la voluntad de los Estados en la CADH? ¿O debe dar mayor peso a la naturaleza subsidiaria o complementaria del sistema interamericano, promoviendo así un pluralismo jurídico en la región? En otras ocasiones ya he desarrollado la tesis acerca de por qué una construcción apegada al principio de subsidiariedad resultaría más adecuada para el éxito presente y futuro de esta doctrina y, en general, para la protección de derechos humanos en la región⁹². Sin embargo, cabe agregar razones adicionales que responden a dos legítimos cuestionamientos que se pueden hacer al entendimiento común de los alcances del control de convencionalidad.

El primero es que la Corte Interamericana estaría excediendo sus competencias al afirmar la obligatoriedad y supremacía de sus interpretaciones para Estados que no hayan sido parte de un litigio. El segundo es que una visión maximalista del control de convencionalidad estaría rivalizando con el derecho constitucional de la mayoría de los Estados, al presuponer o

92 *Cfr.* González Domínguez, Pablo. *The Doctrine of Conventionality Control. Between Uniformity and Legal Pluralism in the Inter-American Human Rights System*, Intersentia, Reino Unido, 2018; González Domínguez, Pablo. “La relación entre la doctrina del control de convencionalidad y el derecho nacional”, *Cuestiones Constitucionales, Revista del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, N° 38, enero-junio 2018, pp. 200-226; González Domínguez, Pablo. “La doctrina del control de convencionalidad a la luz del principio de subsidiariedad”, *Estudios Constitucionales. Revista del Centro de Estudios Constitucionales de la Universidad de Talca*, Año 15, N° 1, pp. 55 a 98; y Carozza, Paolo G. y González Domínguez, Pablo. “The final word? Constitutional dialogue and the Inter-American Court of Human Rights: A reply to Jorge Contesse”, *International Journal of Constitutional Law (ICON)*, Vol. 15, N° 2, pp. 414 a 435.

afirmar la supremacía de la jurisprudencia de la Corte IDH sobre el derecho nacional. Y es que sucede que una versión maximalista del control de convencionalidad, en efecto, presupone que una vez que la Corte Interamericana se pronuncie sobre cualquier cuestión relacionada con derechos humanos –ya sea en ejercicio de sus competencias contenciosa, consultiva o de supervisión– los Estados tienen el deber de hacerse a ese criterio sin importar ninguna cuestión de derecho nacional en contrario. Sin embargo, en opinión de quien escribe, esta posición debe ser rechazada al menos por dos razones.

La primera es que evitar afirmar la supremacía de sus pronunciamientos le permitiría a la Corte Interamericana conservar su libertad para decidir sobre casos atendiendo a las circunstancias específicas que los rodean. Una visión del control de convencionalidad que respete la subsidiariedad del sistema interamericano, y los límites de la Convención Americana, reconocería que la obligación de las autoridades nacionales de aplicar la jurisprudencia de la Corte IDH no es absoluta más allá de los casos en que su Estado ha sido condenado en un procedimiento contencioso. De esta forma, podría realizar interpretaciones más expansivas de la CADH atendiendo a las particularidades de casos concretos, sin tener que considerar que ese criterio se transformará en una regla de aplicación obligatoria para todos los Estados. Esto sería especialmente benéfico en aquellas materias donde no existe consenso regional respecto al alcance de la protección de los derechos reconocidos por la Convención Americana, y donde la propia naturaleza de los derechos involucrados permite diversas interpretaciones válidas, como sucede en materia de protección al derecho a la participación política o en el ámbito de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, por mencionar dos ejemplos particularmente controversiales.

La segunda razón es que respetar el pluralismo jurídico implícito en el artículo 2 de la Convención Americana, y en general el pluralismo implícito en los sistemas internacionales de protección de derechos humanos, en lo que respecta a la jerarquía constitucional que gozan las fuentes de derecho internacional en los ordenamientos jurídicos nacionales, permitiría a las instituciones nacionales realizar un adecuamiento de los requerimientos del control de convencionalidad en atención a los sistemas constitucionales vigentes⁹³. Esta posición incrementaría la efectividad del control de convencionalidad en los Estados parte de la CADH, al permitir que su implementación avance de manera conjunta en la apertura constitucional a las fuentes del derecho internacional que puedan existir en un Estado en particular. También podría servir como una herramienta más para generar cambios al interior de los Estados, sin necesidad de imponer la muy problemática noción de que la jurisprudencia de la Corte Interamericana es suprema al derecho nacional. Esto evitaría tensiones políticas y controversias jurídicas innecesarias entre la Corte IDH y los Estados; asimismo, permitiría que la implementación de los derechos humanos avance en un espíritu dialógico entre diversos actores políticos en nuestra región.

Reconocer el importante rol del principio de subsidiariedad en la interpretación de la Convención Americana en general, y del control de convencionalidad en particular, beneficiaría la efectividad de los instrumentos internacionales de protección a los derechos humanos en el largo plazo. También permitiría que la construcción del alcance de los derechos y de los mecanismos para su implementación, se realice de manera conjunta entre la acción de los Estados y de la Corte Interamericana. De igual forma, evitaría generar tensiones políticas innecesarias y

93 Cfr. Corte IDH. *Caso Trabajadores Cesados de Petroperú y otros...*, voto parcialmente disidente del juez Humberto Sierra Porto, párr. 25.

contraproducentes para la fortaleza del sistema interamericano, así como para la protección de los derechos humanos. Estas tensiones se han generado recientemente –por mencionar los ejemplos más representativos– con Uruguay en 2013, República Dominicana en 2014, Argentina en 2017, Perú en 2018 y Costa Rica en 2018⁹⁴. Por supuesto, tomar en serio el principio de subsidiariedad implica reconocer que existen límites a los alcances de las competencias contenciosa, consultiva, preventiva y de supervisión de la Corte IDH; también que esta no es el único –ni definitivo– actor relevante para determinar el alcance regional de la protección de los derechos humanos en los Estados parte de la Convención Americana.

Conclusión

La creación del control de convencionalidad está relacionada con el progresivo fortalecimiento de la naturaleza prescriptiva del artículo 2 de la CADH. La posición asumida por la Corte Interamericana desde el caso Suárez Rosero entendió dicho artículo como la fuente de obligaciones exigibles en el plano internacional, no como una norma programática que limitaba su competencia para pronunciarse sobre su violación; ello abrió la puerta para la práctica de la Corte IDH de evaluar la compatibilidad entre normas nacionales y la Convención Americana, así como la de ordenar a los Estados las medidas “legislativas o de otro carácter” que debían tomar para garantizar el efecto útil de la CADH. El desarrollo progresivo del artículo 2 derivó en la creación de la doctrina del control de convencionalidad en el caso Almonacid Arellano, como una

94 Cfr. Fuchs, María-Christine. *¿Está la Corte Interamericana de Derechos Humanos a punto de convertirse en actor político?*, marzo 2018, pp. 1 y 2, disponible en http://www.kas.de/wf/doc/kas_51720-1522-4-30.pdf?180312223822

especificación del tipo de medidas que los jueces nacionales deben adoptar –conforme a dicho artículo– ante la presencia de una norma inconvencional, para así evitar que dicha norma sea la causa de violaciones de derechos humanos protegidos internacionalmente.

El control de convencionalidad ha continuado su desarrollo normativo en la jurisprudencia de la Corte Interamericana, aunque sus elementos fundacionales no han sido alterados en esencia. En este sentido, ha avanzado de ser una doctrina elaborada para resolver una circunstancia particular en el caso Almonacid Arellano, para convertirse en una obligación a cargo de todas las autoridades de los Estados parte de la Convención Americana de crear, interpretar y aplicar cualquier norma jurídica nacional –Constitución, leyes, decretos, reglamentos, etc.) de conformidad con *corpus juris interamericano*; en caso de que exista una manifiesta incompatibilidad entre la norma jurídica nacional y dicho *corpus juris*, las autoridades estatales deberán abstenerse de aplicar la norma nacional para evitar la vulneración de derechos humanos protegidos internacionalmente. Las autoridades estatales deben ejercer de oficio el control de convencionalidad, pero siempre actuando dentro de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes⁹⁵.

La reciente vinculación entre el control de convencionalidad y el principio de complementariedad o subsidiariedad, iniciada en el caso Masacre de Santo Domingo y continuada en Andrade Salmón, ha abierto la puerta para que esta doctrina permita una

95 Cfr. Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. *Control de Convencionalidad (sede interna)*; en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y otros (coord.), *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*, Tomo I, Poder Judicial de la Federación, Consejo de la Judicatura Federal, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014, México, p. 233.

mayor efectividad de los derechos humanos al reconocer el rol de los Estados en la aplicación de la Convención Americana y la jurisprudencia de la Corte Interamericana en el ámbito interno. Una aproximación que tome en serio el principio de subsidiariedad permitirá reconocer –no solo en el discurso, sino también en la práctica– aquellos casos donde el Estado ha realizado una adecuada aplicación del derecho internacional de los derechos humanos y ha reparado las violaciones producidas, promoverá un verdadero diálogo judicial entre la Corte IDH y los tribunales nacionales, y será útil para continuar desarrollando un *jus constitutionale commune* para Latinoamérica que respete la pluralidad de aproximaciones que los Estados pueden tener, para garantizar la efectividad de los derechos humanos en el ámbito nacional.

Instituto Interamericano de Derechos Humanos

Asamblea General

(Composición 2018)

Presidencia Honoraria

Thomas Buergenthal
Pedro Nikken
Sonia Picado

Claudio Grossman
Presidente

Wendy Singh
Vicepresidenta

Mónica Pinto
Vicepresidenta

Mayra Alarcón
Carlos M. Ayala Corao
José Antonio Aylwin Oyarzún
Lorena Balardini
Line Bareiro
Lloyd G. Barnett
César Barros Leal
Carlos Basombrío
Eduardo Bertoni
Allan Brewer Carías
Antonio A. Cançado Trindade
Santiago A. Cantón
Douglass Cassel
Margaret Crahan
Suzana Cavenaghi
Ariel E. Dulitzky
Héctor Fix-Zamudio
Robert K. Goldman
María Elena Martínez Salgueiro
Juan E. Méndez
Elizabeth Odio Benito
Nina Pacari
Carlos Portales
Víctor Manuel Rodríguez Rescia
Hernán Salgado Pesantes
Fabián Salvioli
Mitchell A. Seligson
Mark Ungar
José Antonio Viera Gallo
Renato Zerbini Ribeiro Leao

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Margarette May Macaulay
Esmeralda Arosemena de Troitiño
Luis Ernesto Vargas Silva
Francisco Eguiguren Praeli
Joel Hernández García
Antonia Urrejola
Flávia Piovesan

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot
Eduardo Vio Grossi
Humberto Antonio Sierra Porto
Elizabeth Odio Benito
Eugenio Raúl Zaffaroni
Leoncio Patricio Pazmiño Freire

José Thompson J.
Director Ejecutivo

Los programas y actividades del Instituto Interamericano de Derechos Humanos son posibles por el aporte de agencias internacionales de cooperación, fundaciones, organizaciones no gubernamentales, agencias del sistema de Naciones Unidas, agencias y organismos de la Organización de los Estados Americanos, universidades y centros académicos. Las diferentes contribuciones fortalecen la misión del IIDH, reforzando el pluralismo de su acción educativa en valores democráticos y el respeto de los derechos humanos en las Américas.

REVISTA **IIDH**

La Revista IIDH es una publicación semestral
del Instituto Interamericano de Derechos Humanos