

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el derecho interno

*Pedro Nikken**

Introducción

La internacionalización de los derechos humanos tiene sus raíces en notas fundamentales de su concepto. Por ser **inherentes a la persona humana**, existen sobre la tierra porque la persona humana existe sobre la tierra, y los ha hecho valer. No dependen de la nacionalidad del individuo ni emanan de la soberanía, que son las barreras que separan a los Estados como entidades diferenciadas de la comunidad internacional. Los derechos humanos son doblemente universales porque, por una parte, emanan de la dignidad universal de la persona humana y, por la otra, porque los derechos humanos arraigan universalmente y son el objeto de una amplia gama de obligaciones internacionales de los Estados.

Si esa es la base conceptual de la internacionalización, en la práctica el régimen internacional de protección de los derechos humanos encuentra su justificación en la demostrada insuficiencia de las garantías que ofrece la jurisdicción interna para asegurar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. La internacionalización expresa un punto crítico en la historia, determinado por el devastador legado criminal de la era Nazi y, en general, de los totalitarismos

* Venezolano. Abogado (Universidad Católica Andrés Bello), tiene un diplomado de Estudios Superiores (Universidad de París II) y es doctor en Derecho (Universidad de Carabobo). Fue juez y presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. También presidió el IIDH y ha sido miembro de su Consejo Directivo y su Asamblea General desde su fundación; actualmente es su Consejero Permanente. También ha sido Presidente de la Comisión Internacional de Juristas, con sede en Ginebra y Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela.

que desencadenaron la Segunda Guerra Mundial, que originó una nueva forma de organización de la comunidad internacional, plasmada en la Carta de las Naciones Unidas. La aplicación de la Carta en las primeras dos décadas de existencia de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), tuvo como prioridades operativas el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales y el proceso de descolonización. La Declaración Universal de los Derechos Humanos fue la máxima expresión de ideales que parecieron inalcanzables a la sombra de la Guerra Fría, que paralizó los esperados avances hacia la internacionalización. Pero, progresivamente, el ámbito de la acción de la ONU y la emergencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) fueron conformando el régimen internacional que hoy conocemos, siempre en expansión, a pesar de la resistencia persistente de no pocos gobiernos, progresivamente doblegada gracias, por una parte, al peso conceptual de los derechos humanos en los ámbitos jurídico, político y moral y, por la otra, a la posición contrastante de otros gobiernos que sí están abiertos a hacer efectiva en la jurisdicción interna la protección internacional de los derechos humanos.

La primera cuestión que surge, por lo tanto, para abordar el tema de esta presentación, es el de la posición del DIDH dentro de la jurisdicción interna, de lo que me ocuparé de inmediato en su primera parte (1). Luego, en la segunda parte, me referiré a la aplicación del DIDH por las autoridades judiciales y administrativas de cada Estado (2).

1. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la jurisdicción interna

a. Introducción

Aunque la obligación de adaptar el orden interno a las obligaciones internacionales resultantes de un tratado surge del derecho internacional general, varias de las convenciones más relevantes sobre derechos humanos la definen específicamente a través de **cláusulas paraguas**, que enuncian obligaciones generales con respecto a todos

los derechos que son objeto de la protección internacional dispensada por el tratado correspondiente:

PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS

Artículo 2

1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a **respetar** y a **garantizar** a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción, los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

2. Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las **disposiciones legislativas o de otro carácter** que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter.

PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

Artículo 2

1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de **medidas legislativas** la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.

2. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a **garantizar** el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS

Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a **respetar** los derechos y libertades reconocidos en ella y a **garantizar** su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, **las medidas legislativas o de otro carácter** que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

PROTOCOLO DE SAN SALVADOR

Artículo 1. Obligación de Adoptar Medidas

Los Estados partes en el presente Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos se

comprometen a adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo.

Artículo 2. Obligación de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno

Si el ejercicio de los derechos establecidos en el presente Protocolo no estuviera ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de este Protocolo, **las medidas legislativas o de otro carácter** que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos.

(Todos los énfasis han sido añadidos por el autor).

Estas normas, que imponen deberes de respetar, garantizar, satisfacer, proteger y legislar, ponen de manifiesto que **el Estado es jurídicamente el ente llamado a poner en ejecución el sistema de protección de los derechos humanos internacionalmente protegidos**. Ese concepto adquiere particular relevancia a la luz de la naturaleza particular de los tratados sobre derechos humanos y a las consecuencias que de dicha naturaleza dimanar.

Según el derecho internacional general, los tratados internacionales, sean multilaterales o bilaterales, persiguen un intercambio recíproco de beneficios y ventajas entre los Estados que los suscriben. De allí resulta una correlación entre los derechos y los deberes que se han pactado por esa convención. En esa perspectiva, el equilibrio entre la posición de las partes delimita, en buena medida, los efectos del tratado. De allí que, según la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados,

el incumplimiento grave de sus obligaciones por una de las partes puede ser la base para la terminación del tratado o para la suspensión parcial o total de sus efectos (art. 60), e igualmente, que, por obra de la cláusula *rebus sic stantibus*, dentro de determinadas condiciones, un cambio fundamental de circunstancias, sobrevenido después de la celebración de un tratado, puede ser una causa legítima para que la parte afectada lo dé por terminado o se retire de él. Puede decirse, pues, que el equilibrio entre los intereses de las partes representa un límite del alcance de los tratados.

Ello no ocurre en las convenciones relativas a los derechos humanos, a las que debe considerarse, no como un medio para equilibrar recíprocamente intereses entre los Estados, sino para el establecimiento de un orden público común, cuyos destinatarios son los seres humanos que se encuentran bajo su jurisdicción y no los demás Estados partes en el tratado. De allí que un efecto típico de la reciprocidad, como es la terminación o la suspensión de un tratado por determinación de una de las partes, a causa del incumplimiento grave de sus obligaciones por otra, no es aplicable “a las disposiciones relativas a la protección de la persona humana contenidas en tratados de carácter humanitario, en particular las disposiciones que prohíben toda forma de represalia con respecto a las personas protegidas por tales tratados”, según el artículo 60 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

La Corte Internacional de Justicia (CIJ) subrayó las particularidades de estas convenciones cuando, respecto de la de genocidio, señaló:

En tal convención los Estados contratantes no tienen intereses propios, tienen solamente, todos y cada uno de ellos, un interés común, que es el de preservar los fines superiores que son la razón de ser de la convención. En consecuencia, en una convención de este tipo no puede hablarse de ventajas o desventajas individuales de los Estados, ni de mantener un equilibrio contractual exacto entre derechos y deberes. La consideración de los fines superiores de la convención es, en

virtud de la voluntad común de las partes, el fundamento y la medida de todas sus disposiciones¹.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), por su parte, ha enfatizado que dichos instrumentos

[...] no son tratados multilaterales del tipo tradicional concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción².

Esta naturaleza particular impregna el tema de la incorporación de los derechos internacionalmente protegidos al derecho interno, así como su justiciabilidad ante los tribunales nacionales, pues la vigencia de lo internacional y la fuerza obligatoria de las convenciones sobre derechos humanos en la esfera internacional no disminuye la relevancia de lo interno.

El goce efectivo de los derechos humanos está determinado por una nota conceptual, según la cual ellos **se afirman frente al poder público**. La internacionalización no significa que la comunidad internacional asume como una tarea propia la de respetar y garantizar los derechos humanos de cada persona en este mundo. Esa es una tarea del Estado, a través de su orden jurídico, su aparato administrativo y su sistema judicial. El papel de lo internacional es el de estimular,

1 CIJ, *Reservas a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*, opinión consultiva de 8 de mayo de 1951, pág. 23.

2 Corte IDH, *El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 74 y 75)*, opinión consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982, Serie A No. 2, párr. 29.

en una gradación diversa, a los mecanismos nacionales para que resuelvan sus falencias en ese cometido. Los estímulos pueden ir desde las actividades de mera promoción que se sitúan en la esfera de la cooperación internacional, hasta la determinación de la responsabilidad internacional del Estado a través de la sentencia de un tribunal internacional, que impone al Estado responsable la obligación de resultado de cumplir ese fallo integralmente, pasando por los dictámenes de entidades internacionales de protección de derechos humanos que imponen al Estado al que se halle responsable de haberlos violado, la obligación de comportamiento de poner, de buena fe, todos los medios a su alcance para cumplir con dicho dictamen.

En realidad, si bien el DIDH, en su contenido, **deriva del derecho interno**, en su ejecución **deriva hacia el derecho interno**, puesto que **la vocación de las obligaciones internacionales sobre derechos humanos es la de cobrar vida y ejecutarse o violarse en el ámbito doméstico**. De allí la importancia de la estrecha interrelación entre la esfera nacional y la internacional.

La interrelación ofrece una doble perspectiva. En la primera están las obligaciones legislativas que emanan de un tratado, consistentes en la adaptación del orden jurídico interno al cumplimiento de las obligaciones contraídas por ese tratado. Esto significa que los Estados deben adecuar su orden jurídico, político y administrativo para que se hagan efectivos, dentro de su respectiva jurisdicción, los derechos humanos internacionalmente protegidos, así como las decisiones de los órganos internacionales de protección. En segundo lugar, más allá de las convenciones internacionales específicas sobre derechos humanos, los Estados deben adoptar las providencias apropiadas para que sus autoridades administrativas y judiciales den cumplimiento, cuando sea menester, a toda obligación internacional del Estado relativa a los derechos humanos.

La adecuación del orden jurídico interno al internacional implica:

[...] 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 humanos³.

El derecho internacional no impone ningún sistema para su incorporación al interno, pero queda claro que el escogido por cada Estado nunca podrá ser invocado como justificación para el incumplimiento de una obligación internacional. Para el derecho internacional es indiferente que una infracción a las obligaciones convencionales se origine en que el juez nacional, por ejemplo, no aplicó directamente un tratado justificando esa omisión en la inexistencia de una ley u otro acto que lo incorpore al derecho interno; o si, no siendo necesaria esa ley, el juez nacional ignoró directamente el tratado y omitió su aplicación directa para la cual estaba autorizado. Es este el tema de la autoejecutividad de la normativa internacional por los órganos del poder público doméstico (*self-executing*). Se trata, pues, de un asunto que concierne más a cada sistema jurídico nacional que al derecho de gentes, de un problema de derecho interno y no de derecho internacional, aunque también puede depender en cierta medida de cómo ha sido concebida la obligación internacional en el texto que la recoge.

Este tema general se relaciona con la confrontación a las llamadas teorías o doctrinas monista y dualista en el derecho internacional general. A grandes rasgos, el dualismo postula la independencia entre las esferas normativas nacional e internacional, mientras que el monismo apunta hacia su integración, en el entendido de que en caso de conflicto, prevalece el derecho internacional. Monismo y dualismo pueden ser entendidos también en un sentido menos conceptual y más práctico, según la actitud de los Estados con respecto a la aplicabilidad directa del derecho internacional por sus agentes. Desde esa perspectiva debe considerarse que un Estado abraza el monismo cuando los tratados son aplicables directamente dentro del

3 Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*, fondo, sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C No. 4, párr. 166, también párrs. 164-177; *Caso Godínez Cruz Vs. Honduras*, fondo, sentencia de 20 de enero de 1989, Serie C No. 5, párrs. 175, también párrs. 173-188.

orden jurídico interno, sin más requisito que el de su entrada en vigor mediante la ratificación. Dualistas, en cambio, son aquellos Estados donde los tratados ya ratificados no son directamente aplicables en el ámbito interno, pues requieren de un acto adicional, normalmente legislativo, que permite la aplicación del derecho internacional en derecho interno. Sin embargo, como bien lo ha apuntado el juez Conforti, más allá de un debate sobre teoría jurídica entre los extremos del monismo y el dualismo, hay un problema práctico de cultura jurídica que debe irse resolviendo con una práctica adecuada:

Es más bien un asunto de cambio de mentalidad de quienes están involucrados en la actividad jurídica, especialmente los legisladores, los funcionarios públicos y los jueces. Es cuestión de persuadirlos de usar todos los medios y mecanismos que el Derecho interno suministra, para perfeccionarlos, con el objeto de asegurar el cumplimiento de la normativa internacional⁴.

Esta confrontación conceptual no debería tener cabida en el ámbito del DIDH, donde no corresponde hacer distinciones entre la esfera nacional y la internacional, toda vez que las obligaciones de los Estados producen sus efectos primarios y se ejecutan o violan esencialmente en el ámbito de la jurisdicción interna. Su cumplimiento o incumplimiento benefician o perjudican directamente a las personas humanas bajo la jurisdicción del Estado y no a los otros Estados parte en la convención de derechos humanos. Plantearse una distinción entre esfera nacional y esfera internacional para las obligaciones que surgen para los Estados de los tratados sobre derechos humanos supone ignorar la base conceptual de esas obligaciones, así como el objeto y fin de las convenciones de donde dimanar.

La consideración de una doble esfera entre el derecho internacional y el interno en materia de derechos humanos, conduce inevitablemente

4 Conforti, Benedetto, "Notes on the Relationship Between International Law and National Law", *International Law Forum* 3, 2001, pág. 18. Traducción de autor: "It is rather a question of a change of the mentality of people involved in legal affairs, especially legislators, public administrators, and judges. It is a question of persuading this people to use all means and mechanisms provided by municipal law, and to perfect them in order to ensure compliance with international rules".

a que, cuando esas dos esferas no se han fusionado formalmente a través de un acto específico de incorporación del derecho internacional al interno, una autoridad doméstica puede incurrir en una acción u omisión legítima según el ordenamiento jurídico nacional pero violatoria del DIDH. Esto coloca las formas por encima de la dignidad humana y es conceptualmente inaceptable.

Adicionalmente, si en el Estado de Derecho el ejercicio del poder está ontológicamente limitado por el respeto debido a los derechos humanos, no es concebible que el Estado violente esos límites a través de ningún acto que pueda ser considerado legítimo, pretendiendo que esa legitimidad emana de la falta de conformidad entre el orden jurídico interno y las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos. El derecho interno y la actuación de los órganos del Estado no pueden legítimamente escapar a las obligaciones internacionales del Estado referentes al respeto, garantía, satisfacción y protección de derechos inherentes a la dignidad de la persona humana. Ésta, por su naturaleza unitaria e indivisible, no admite conceptualmente que una misma conducta del Estado sea legítima e ilegítima al mismo tiempo. Por lo tanto, el concepto monista es, sin duda, el *único* adecuado al derecho de los derechos humanos, basado en la dignidad inherente a la persona humana, la cual no admite ser concebida de una manera diferente en el ámbito nacional y el internacional. La jurisprudencia interamericana ha construido el concepto de **control de convencionalidad**, al que se hará referencia más adelante, que es útil para resolver los dilemas planteados.

“De lo que se trata es de establecer cómo cada sistema jurídico nacional provee lo necesario para que el Estado cumpla, en el ámbito interno, con sus obligaciones internacionales, para lo cual debe examinarse el mecanismo de Derecho interno para incorporar el Derecho internacional al ámbito nacional”⁵. A este respecto, el Comité de Derechos Humanos ha considerado que esta obligación

5 Cfr. Pinto, Mónica, *Temas de Derechos Humanos*. Editores del Puerto, Buenos Aires, Argentina, 2009, págs. 63-83.

ha de cumplirse de conformidad con la estructura constitucional de cada Estado y que no impone necesariamente de incorporar el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) como tal al derecho interno, pero también opinó, sin embargo, “que las garantías del Pacto pueden recibir una mayor protección en los Estados en los que automáticamente o por medio de una incorporación concreta pasa a formar parte del ordenamiento jurídico interno”⁶.

Propuesta en esos términos, la solución de esta cuestión debe apoyarse en los sistemas particulares de incorporación del derecho internacional general al derecho interno de cada Estado. Los países latinoamericanos en general son monistas, pues la ratificación de los tratados debe ser previamente aprobada por el órgano legislativo mediante un acto que les confiere, al menos, el rango de las leyes internas, lo que supone, en principio, su incorporación automática al ordenamiento jurídico doméstico. En ciertos casos, el sistema legal interno contempla que la aprobación parlamentaria debe hacerse a través de ley formal (las llamadas “leyes aprobatorias”)⁷, pero es posible también que la aprobación legislativa y su ratificación por el Jefe del Estado tengan, por sí misma, fuerza de ley interna, incluso si no reviste el carácter de ley formal⁸. Adicionalmente, en algunos países de la región los derechos humanos internacionales no sólo se incorporan al derecho interno, sino que adquieren rango constitucional o se integran al bloque de constitucionalidad.

6 Comité de Derechos Humanos, *Observación general No. 31. La índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto*, ONU, párr. 13.

7 En el caso de Colombia, de especial interés para el Curso dictado en Medellín, los tratados deben ser aprobados por el Congreso mediante una ley formal llamada “aprobatoria” que reproduce el texto del tratado y lo traduce al derecho interno. Además, en lo que concierne a los derechos humanos, el artículo 93 de la Constitución, en cuyos términos: “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”. A su vez, el artículo 164 dispone: “El Congreso dará prioridad al trámite de los proyectos de ley aprobatorios de los tratados sobre derechos humanos que sean sometidos a su consideración por el Gobierno”.

8 Es el caso, por ejemplo, del artículo 144 de la Constitución de El Salvador.

El cuadro europeo es diferente. Entre otros métodos posibles de resolver la aplicabilidad interna de la Convención Europea de Derechos Humanos en los países dualistas de Europa⁹, se ha impuesto el método de la ley de incorporación, una práctica característicamente europea y circunscrita a la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH). Todos esos Estados han incorporado la CEDH a su derecho interno mediante leyes de incorporación, entendiendo por tales aquellas leyes de alcance general que declaran que un tratado (en el caso la CEDH), en todo o en parte, se aplica como tal tratado en el derecho interno¹⁰.

Este asunto ha sido abordado y resuelto por la jurisprudencia internacional, a la que me referiré, con especial énfasis a la de la Corte IDH, relativa, claro está, a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), pero que postula conceptos de aplicación general. Esa jurisprudencia ha venido precisando el sentido y alcance de las obligaciones legislativas de los Estados en lo que se refiere a la garantía jurídica de los derechos humanos protegidos por la CADH en el orden interno (b). A esto debe agregarse un capítulo no enteramente desarrollado hasta ahora pero de evidente vigencia, en mi opinión, como lo es la adopción de medidas legislativas y de otro carácter para la puesta en práctica en la jurisdicción interna de las decisiones de las instituciones internacionales de protección de los derechos humanos (c).

9 Básicamente, el método de **transformación del tratado en ley interna**, a través de la transcripción de sus disposiciones en un acto con fuerza de ley doméstica; y el método de la **referencia a los tratados en la ley nacional**, consistente en la inserción de una cláusula en una ley interna mediante la cual una o más convenciones internacionales se aplican con preferencia a ciertas materias que pueden caer dentro del ámbito de esa ley. El primer método tiene la desventaja de que el juez o funcionario nacional no aplica el tratado sino una ley interna, de modo que cualquier infidelidad en la transcripción puede traducirse en una frustración del método y la violación del tratado. En el segundo, si bien el juez o agente nacional aplica la o las convenciones referidas en la ley, sólo puede hacerlo dentro del reducido ámbito de las materias reguladas por la ley de referencia. Cfr. Sciotti-Lam, Claudia, *L'applicabilité des traités internationaux relatifs aux droits de l'homme en droit interne*. Bruylant, Bruselas, 2004, págs. 135-161.

10 *Ibidem*, pág. 162.

b. Legislar para aplicar el Derecho Internacional de los Derechos Humanos

De la jurisprudencia internacional pueden extraerse cuatro postulados, a saber: i) la obligación de adoptar medidas legislativas es inmediatamente exigible; ii) se debe legislar para dar cumplimiento a las obligaciones internacionales sobre derechos humanos; iii) se deben abrogar las normas domésticas incompatibles con las obligaciones internacionales sobre derechos humanos, y, iv) no se debe jamás legislar contra las obligaciones internacionales sobre derechos humanos.

i. La obligación de adoptar medidas legislativas es inmediatamente exigible

La Corte IDH, en su más temprana jurisprudencia, censuró una interpretación según la cual el artículo 2 de la CADH comportaría una obligación sólo exigible progresivamente, es decir, que se trataría de una disposición que dotaría a la CADH de una naturaleza programática: el artículo 1(1) expresaría solamente el objetivo final del Pacto de San José, mediante el cual los Estados parte se obligarían, “a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción”; pero la exigibilidad inmediata de estas obligaciones quedaría sujeta al cumplimiento por los mismos Estados de lo que sería su deber primario, esto es, adoptar “las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”, de conformidad con el artículo 2 de la misma Convención¹¹. Esta interpretación es incompatible con una regla de

11 Una discusión análoga se planteó a propósito del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que planteaba el dilema sobre si las obligaciones que los Estados parte asumían eran directamente exigibles, según lo indicaba el texto del párrafo 2.1, o si eran meramente programáticas, con base en una lectura aislada del artículo 2.2. La mayoría abrumadora de la doctrina y la práctica del Comité de Derechos Humanos han coincidido desde el primer momento en que el artículo 2.1 impone a los Estados parte en el Pacto obligaciones inmediatamente exigibles, que no se limitan a una conducta meramente pasiva (a un “no hacer”), en el sentido de abstenerse de violar los derechos y libertades reconocidos por el tratado, sino que implican deberes de contenido positivo de parte de la administración y de los órganos legislativos, orientadas a garantizar la vigencia

derecho internacional consuetudinario, recogida en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, según la cual un Estado “no podrá invocar las disposiciones de su Derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”. Además, habría conducido al absurdo resultado de concebir al artículo 2 de la CADH como una suerte de cláusula de exoneración de responsabilidad por toda violación a los derechos humanos, en toda situación en que dicha violación estuviera autorizada por el derecho interno; es decir, se exoneraría al Estado de las consecuencias de ignorar el artículo 1(1) **por una causa exclusivamente imputable al mismo Estado**¹².

La Corte IDH muy pronto aclaró que el artículo 2

[...] recoge una regla básica del derecho internacional, según la cual todo Estado Parte en un tratado tiene el deber jurídico de adoptar las medidas necesarias para cumplir con sus obligaciones conforme al tratado, sean dichas medidas legislativas o de otra índole. En el contexto de la Convención esta conclusión concuerda con el artículo 43 que dice: “Los Estados Partes se obligan a proporcionar a la Comisión las informaciones que ésta les solicite sobre la manera en que su Derecho interno asegura la aplicación efectiva de cualesquiera disposiciones de esta Convención”¹³.

de los derechos protegidos, como ocurre, por ejemplo, con el derecho a la vida o la prohibición de la tortura. Únicamente el artículo 23.4 del Pacto (igualdad de derechos de los cónyuges), podría considerarse una disposición programática y no exigible ipso jure, sino sujeta a un desarrollo legislativo. Cfr. Nowak, Manfred, U.N. Covenant on Civil and Political Rights. CCPR Commentary. N.P. Engel Publisher, Kehl/Strasbourg/Arlington, 1993, págs. 56-57 y 553-557.

- 12 No se trataba de un asunto meramente académico o especulativo, sino de un concepto que ha sido sostenido nada menos que por los Estados Unidos, con un alcance aún más devastador para la fuerza obligatoria de la CADH. En efecto, en su momento, los Estados Unidos atribuyeron a la norma del artículo 2 de la Convención el sentido de considerarla como una disposición que desproveería de autoejecutividad a la Convención en su conjunto. Así lo sostuvo la delegación norteamericana en la Conferencia Especializada donde se adoptó la Convención. Cfr. Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 7-22 de noviembre de 1969. Actas y Documentos, OEA/Ser.K/XVI/1.2, 1973, págs. 146-147. Al enviar la Convención al Senado para su aprobación, el gobierno federal propuso una declaración interpretativa en ese sentido.
- 13 Corte IDH, *Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta (arts. 14.1, 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, opinión consultiva OC-7/86 del 29 de agosto de 1986, Serie A No. 7, párr. 30.

Este concepto ha sido reiterado y ampliado por la Corte en numerosas ocasiones:

[...] en el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha ratificado un tratado de derechos humanos debe introducir en su Derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas. La Corte ha señalado en otras oportunidades que esta norma impone a los Estados partes la obligación general de adecuar su Derecho interno a las normas de la propia Convención, para garantizar así los derechos consagrados en ésta. Las disposiciones de Derecho interno que se adopten para tales fines han de ser efectivas. **Lo que significa que el Estado tiene la obligación de consagrar y adoptar en su ordenamiento jurídico interno todas las medidas necesarias para que lo establecido en la Convención sea realmente cumplido y puesto en práctica**¹⁴. (Énfasis añadido por el autor).

El Comité de Derechos Humanos se ha pronunciado en idéntico sentido con respecto al artículo 2(2) del PIDCP. En su Observación General No. 31, postuló lo siguiente:

El requisito establecido en el párrafo 2 del artículo 2 de que se adopten medidas para hacer efectivos los derechos del Pacto **no está sometido a condiciones y es de efecto inmediato. La falta de cumplimiento de esta obligación no puede estar justificada alegando consideraciones políticas, sociales, culturales o económicas dentro de ese Estado**¹⁵. (Énfasis añadido por el autor).

14 Corte IDH, *Caso Cantos Vs. Argentina*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 28 de noviembre de 2002, Serie C No. 97, párr. 59. Igualmente, *Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 5 de febrero de 2001, Serie C No. 73, párr. 87; *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros Vs. Trinidad y Tobago*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 21 de junio de 2002, Serie C No. 94, párr. 112.

15 Comité de Derechos Humanos, *Observación general No. 31. La índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto...* párr. 14.

ii. Legislar a favor de las obligaciones internacionales sobre derechos humanos

En un contexto más amplio, la garantía que los Estados deben ofrecer al pleno disfrute y ejercicio de los derechos humanos no se agota en el enunciado del artículo 2(1) del PIDCP y el artículo 1(1) de la CADH. En efecto, si el artículo 2(2) del PIDCP y el artículo 2 de la CADH se interpretan con arreglo estricto a las reglas sobre interpretación de los tratados¹⁶, establecen, además de las obligaciones precedentes, otro deber jurídico, indisociable de la garantía debida a los derechos humanos, como lo es la obligación de **adoptar disposiciones de derecho interno** necesarias para hacer efectivo el goce de tales derechos. Se trata de una garantía legislativa que se deduce del texto mismo de los aludidos artículos 2(2) del PIDCP y 2 de la CADH, así como de la buena fe. Según esto, los Estados están obligados a proveer una legislación apropiada para que el orden interno sea un instrumento real para la protección y el respeto de los derechos humanos, para la prevención y reparación de sus violaciones y para el tratamiento de éstas como un hecho ilícito que acarrea la responsabilidad de los perpetradores.

iii. Abrogar las normas domésticas y suprimir las prácticas incompatibles con las obligaciones internacionales del Estado

El Comité de Derechos Humanos ha enunciado explícitamente un corolario incuestionable de la obligación de adaptar el orden interno al PIDCP, como ocurre “cuando existan incompatibilidades entre el Derecho interno y el Pacto”, situación en la cual “el artículo 2 exige que el derecho o la práctica interna se modifique para cumplir las normas impuestas por las garantías sustanciales del Pacto”¹⁷. Así mismo, Corte IDH ha precisado que el artículo 2 de la CADH no sólo obliga a los

16 Según el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, éstos deben “interpretarse de buena fe, conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin”.

17 *Ibidem*.

Estados parte a adoptar nuevas disposiciones de derecho interno que doten de efectividad a la Convención en el orden doméstico, **están también obligados a suprimir toda norma o práctica** que resulte incompatible con los deberes asumidos según la misma Convención:

El deber general del artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos implica la adopción de medidas en dos vertientes. Por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención. Por la otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías¹⁸.

La Corte IDH ha aplicado estos principios en varios casos contenciosos. Por ejemplo, en el caso *La Última Tentación de Cristo*, concluyó que la violación a la libertad de expresión implicada en la censura a la exhibición de una película, por estar fundada la censura en disposiciones constitucionales chilenas, imponía al Estado el deber de reformar su ordenamiento jurídico para suprimir ese género de censura. En la parte resolutive de esta sentencia, la Corte IDH decidió:

[...] que el Estado debe modificar su ordenamiento jurídico interno, en un plazo razonable, con el fin de suprimir la censura previa para permitir la exhibición de la película “*La Última Tentación de Cristo*”, y debe rendir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dentro de un plazo de seis meses a partir de la notificación de la presente Sentencia, un informe sobre las medidas tomadas a ese respecto¹⁹.

18 Corte IDH, *Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 30 de mayo de 1999, Serie C No. 52, párr. 207; *Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 2 de febrero de 2001, Serie C No. 72, párr. 180; *Caso Durand y Ugarte Vs. Perú*, fondo, sentencia de 16 de agosto de 2000, Serie C No. 68, párr. 137. En el mismo sentido, sobre un caso concreto de violación del derecho a la libertad personal, cfr. *Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador*, fondo, sentencia de 12 de noviembre de 1997, Serie C No. 35, párr. 99.

19 Corte IDH, *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile...* párr. 103(4).

También en el caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, la Corte IDH concluyó que la legislación procesal penal costarricense no garantizaba ciertos aspectos del derecho al debido proceso, tal como éste se encuentra recogido en la Convención. En consecuencia, ordenó:

Que dentro de un plazo razonable, el Estado debe adecuar su ordenamiento jurídico interno a lo establecido en el artículo 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 2 de la misma, en los términos señalados en el párrafo 198 de la presente Sentencia²⁰.

iv. Jamás legislar contra las obligaciones internacionales sobre derechos humanos

Por otra parte, la adaptación del derecho interno a los compromisos internacionales en materia de derechos humanos no se agota en la obligación (positiva) de dictar nuevas normas para poner en vigencia, dentro de la jurisdicción nacional, los derechos internacionalmente reconocidos, ni en la obligación (también positiva) de suprimir normas o prácticas incompatibles con la plenitud del goce y ejercicio de dichos derechos. También comporta la obligación (negativa) o prohibición de dictar leyes contrarias al DIDH. La Corte IDH ha expresado:

Son muchas las maneras como un Estado puede violar un tratado internacional y, específicamente, la Convención. En este último caso, puede hacerlo, por ejemplo, omitiendo dictar las normas a que está obligado por el artículo 2. **También, por supuesto, dictando disposiciones que no están en conformidad con lo que de él exigen sus obligaciones dentro de la Convención.** Si esas normas se han adoptado de acuerdo con el ordenamiento jurídico interno o contra él, es indiferente para estos efectos²¹. (Énfasis añadido por el autor).

20 Corte IDH, *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 2 de julio de 2004, Serie C No. 107, párr. 207(5); ver igualmente, párrs. 167, 168, 175 y 198.

21 Corte IDH, *Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (artículos 41, 42, 46, 47, 50 y 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, opinión consultiva OC-13/93, 16 de julio de 1993, párr. 26.

La sola expedición de una ley violatoria o incompatible con la CADH constituye una infracción del derecho internacional, que puede desencadenar la responsabilidad internacional del Estado, puesto que, al menos, estaría admitiendo como lícita en el ámbito doméstico una agresión contra los derechos humanos proscrita por el derecho internacional:

La Corte concluye que la promulgación de una ley **manifiestamente** contraria a las obligaciones asumidas por un Estado al ratificar o adherir a la Convención constituye una violación de ésta y que, en el evento de que esa violación afecte derechos y libertades protegidos respecto de individuos determinados, genera responsabilidad internacional para el Estado²². (Énfasis añadido por el autor).

A fortiori, la Corte IDH concluyó “que el cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley **manifiestamente** violatoria de la Convención, produce responsabilidad internacional para el Estado”²³. Una manifestación concreta de este enunciado general fue la censura a las leyes de autoamnistía promulgadas en el Perú para proteger a los presuntos responsables de los asesinatos denunciados en el caso *Barrios Altos*: “la adopción de las leyes de autoamnistía incompatibles con la Convención incumplió la obligación de adecuar el Derecho interno consagrada en el artículo 2 de la misma”²⁴. La Corte IDH agregó:

[...] a la luz de las obligaciones generales consagradas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, los Estados Partes tienen el deber de tomar las providencias de toda índole para que nadie sea sustraído de la protección judicial y del ejercicio del derecho a un recurso

22 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, párr. 50.

23 *Ibidem*, párr. 57.

24 Corte IDH, *Caso Barrios Altos Vs. Perú*, fondo, sentencia de 14 de marzo de 2001, Serie C No. 75, párr. 42.

sencillo y eficaz, en los términos de los artículos 8 y 25 de la Convención. Es por ello que **los Estados Partes en la Convención que adopten leyes que tengan este efecto, como lo son las leyes de autoamnistía, incurren en una violación de los artículos 8 y 25 en concordancia con los artículos 1.1 y 2 de la Convención.** Las leyes de autoamnistía conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana²⁵.

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 Perú²⁶. (Énfasis añadido por el autor).

El principio sería, entonces, que la promulgación y, con más razón, la aplicación de una ley violatoria a la CADH, en menoscabo de los derechos que ella protege, es un hecho ilícito que compromete la responsabilidad internacional del Estado. Sin embargo, la Corte IDH, en la antes aludida OC-14/94, agregó a este concepto el requisito de que se trate una ley “**manifiestamente** violatoria de la Convención”²⁷. En mi opinión, esta última conclusión de la Corte IDH es restrictiva respecto de las condiciones en las cuales un Estado es jurídicamente responsable por aplicar una ley incompatible con sus obligaciones

25 Ibidem, párr. 43.

26 Ibidem, párr. 44.

27 Corte IDH, *Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*... párrs. 50, 57 y 58.

internacionales, en general, y en materia de derechos humanos, muy en particular²⁸. Basta que la ley interna sea contraria a la CADH y que una persona bajo la jurisdicción de un Estado sufra una violación a sus derechos humanos por efecto de su aplicación, para que el Estado sea internacionalmente responsable por esa infracción, según las reglas de derecho internacional relativas a la imputación al Estado de hechos cometidos por sus agentes o bajo la cobertura del poder público o del orden jurídico doméstico. En efecto, según la reconocida norma de derecho internacional consuetudinario recogida en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que antes he citado, “una parte no podrá invocar las disposiciones de su Derecho interno como justificación del incumplimiento del tratado” (art. 27.1). Esta regla **no hace distinción entre violaciones manifiestas o no del derecho internacional por reglas de derecho interno**. Si la aplicación del derecho interno resulta en una violación de los derechos humanos de una persona bajo la jurisdicción de un Estado parte, es irrelevante que la contradicción entre el orden jurídico nacional y el internacional sea manifiesta: si los derechos internacionalmente protegidos fueron violados, el Estado incurre en responsabilidad, por ignorante que sea el agente de la violación de que, aplicando una ley interna, estaba violando una obligación internacional²⁹.

Por lo tanto, el deber de los Estados parte de adecuar su derecho interno a la CADH no sólo es exigible inmediatamente, sino que se integra y forma parte esencial del deber general de garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos que deben los Estados a toda

28 Esta observación es válida no sólo dentro del ámbito del DIDH, pues resulta aplicable, en principio, a todo supuesto de incompatibilidad entre leyes internas y obligaciones contraídas conforme al derecho internacional general.

29 La única circunstancia en que la violación “manifiesta” de derecho interno puede tener relevancia sobre el valor de las obligaciones contraídas, está referida a la causal de nulidad de los tratados prevista en el artículo 46 de la misma Convención de Viena, cuando una convención es celebrada por una autoridad incompetente para ello, situación en la cual el tratado queda viciado de nulidad si el derecho interno en materia de atribución de competencia ha sido violado y siempre “que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su Derecho interno”. Se entiende por violación manifiesta aquella que “resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe”.

persona bajo su jurisdicción. En ese sentido, el artículo 2 de la CADH expresa el mismo principio que el artículo 1(1), como mecanismo de garantía de los derechos humanos, referido en particular a la obligación internacional de adecuar de inmediato el derecho interno al régimen de protección estipulado en la misma Convención.

c. Medidas para ejecutar la protección internacional de los derechos humanos

i. El derecho a la protección internacional en el sistema de la CADH

La CADH consagra, implícitamente, el **derecho a la protección internacional de los derechos humanos**. Refiriéndolo al derecho interno, el artículo 25 reconoce el llamado **derecho a la protección judicial**, según el cual,

Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención.

En la dimensión internacional, ese derecho tiene una expresión correlativa en la *actio popularis* para que toda persona pueda ejercer a favor de la víctima el **derecho de petición internacional**, con el que se desencadena el sistema de protección basado directamente en la CADH. Ese mecanismo fue durante mucho tiempo una particularidad única y sobresaliente del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), y destaca como un aporte regional a la protección internacional de los derechos humanos³⁰.

30 Cfr. Buergenthal, Thomas, "The American and the European Conventions on Human Rights. Similarities and Differences", *The American University Law Review* 30, 1980; del mismo autor: *International Human Rights*. West Publishing Co., St. Paul, 1995, págs. 199-200. Aguilar, Andrés, "Procedimiento que debe aplicar la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el examen de las peticiones o comunicaciones individuales sobre presuntas violaciones de derechos humano", en: *Derechos Humanos en las Américas, in memoriam de Carlos A. Dunshee de Abranches*. Organización de los Estados Americanos,

El sistema de peticiones individuales se deduce del artículo 44 del Pacto de San José, que establece:

Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado parte³¹.

El artículo 44 de la CADH es la expresión procesal de que el único y verdadero titular de los derechos protegidos por ese instrumento internacional es el ser humano³². Esa titularidad debe ser la guía fundamental para la interpretación del Pacto de San José y para la formulación de la normativa secundaria – como los reglamentos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y de la Corte IDH – encargada de desarrollar este derecho y de regular en el plano procesal la protección internacional de los derechos humanos.

Desde el momento en que la CADH, inspirada en la práctica inveterada de la CIDH, reconoció como regla general de procedimiento

Washington, D.C., 1984, págs. 199-216; del mismo autor: “La protección de los derechos humanos en el ámbito regional”, *Revista de Derecho Público Caracas* 3, julio septiembre 1980; Vasax, K., *La Commission Interamericaine des Droits de l’Homme*. LGDJ, París, 1968, págs. 46 y ss.; Frowein, J., “The European and American Conventions on Human Rights: A Comparaison”, *Hum. Rights L.J.* 1, 1980; Nikken, Pedro, *La protección internacional de los derechos humanos. Su desarrollo progresivo*. IIDH/CIVITAS, Madrid, 1987, págs. 205-219; Buergenthal, Thomas, Claudio Grossman y Pedro Nikken, *Manual Internacional de Derechos Humanos*. IIDH/EJV, San José/Caracas, 1990, págs. 98 y 99; Faúndez Ledesma, Héctor, *El Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Aspectos Institucionales y Procesales*. IIDH, San José, Costa Rica, 1996, págs. 232-234.

31 El artículo 20 del Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que es aplicable a los miembros de la Organización de los Estados Americanos que no son parte en la CADH, establece un derecho de petición análogo por su amplitud, pues atribuye competencia a ésta para “examinar las comunicaciones que le sean dirigidas y cualquier información disponible”.

32 Cfr. a este respecto, el importante estudio de Cançado Trindade, Antônio Augusto, “Las cláusulas pétreas de la protección internacional del ser humano: el acceso directo de los individuos a la justicia a nivel internacional y la intangibilidad de la jurisdicción obligatoria de los tribunales internacionales de derechos humanos”, en: *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el umbral del siglo XXI. Memoria del Seminario (noviembre de 1999)*. Corte IDH, San José, Costa Rica, 2001, págs. 3-68.

el derecho de petición individual para denunciar la violación de los derechos por ella protegidos, se abrió un campo formidable para el florecimiento de la personalidad jurídica internacional del ser humano³³. Tal como lo ha destacado el juez Cançado Trindade,[...] no se puede analizar el artículo 44 como si fuera una disposición como cualquier otra de la Convención, como si no estuviera relacionada con la obligación de los Estados Partes de no crear obstáculos o dificultades para el libre y pleno ejercicio del derecho de petición individual, o como si fuera de igual jerarquía que otras disposiciones procedimentales. El derecho de petición individual constituye, en suma, **la piedra angular del acceso de los individuos al mecanismo de protección de la Convención Americana**³⁴. (Énfasis añadido por el autor).

Siguiendo ese concepto, los reglamentos de la CIDH y de la Corte IDH se han adecuados al objeto y fin del tratado, para asegurar al máximo los derechos procesales de la víctima y del peticionario, interpretando con amplitud las disposiciones pertinentes de la CADH. Según las normas procesales vigentes de la CIDH, el peticionario tiene derecho, en principio, a que, en el trámite de su caso, se agoten todos los mecanismos de protección previstos en la CADH. Por lo tanto, sólo a título excepcional podría impedirse que sea sometido a la consideración de la Corte IDH un caso en el que la CIDH concluya que el tratado ha sido violado³⁵, según lo dispone el artículo 45(1) del Reglamento de la Comisión³⁶:

33 Hace apenas quince años abordé el asunto con optimismo, pero reconociendo que aún se estaba en una fase de aproximación que no había cristalizado, como ocurre en el presente. Cfr. Nikken, Pedro, *La protección internacional de los derechos humanos. Su desarrollo progresivo...* págs. 65 y ss.

34 Corte IDH, *Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú*, excepciones preliminares, sentencia de 4 de septiembre de 1998, Serie C No. 41, voto concurrente del Juez A. A. Cançado Trindade, párr. 3.

35 En mi opinión, incluso cuando la CIDH concluye que no hubo violación de la CADH, si la víctima manifiesta su aspiración a que el caso sea sometido a la Corte IDH, la CIDH debería introducir a la instancia: el recurso a la Corte es un medio de protección de los derechos humanos y no un derecho procesal de la CIDH. Las razones para denegar el acceso a la Corte de estos casos deberían estar sometidos a la misma regla del artículo 45(1) del Reglamento de la CIDH: decisión fundada de la mayoría de los miembros de la Comisión.

36 Aprobado por la CIDH en su 137o. período ordinario de sesiones, celebrado del 28 de octubre al 13 de noviembre de 2009, y modificado el 2 de septiembre de

Si el Estado en cuestión ha aceptado la jurisdicción de la Corte Interamericana, de conformidad con el artículo 62 de la Convención Americana, y la Comisión considera que no ha cumplido las recomendaciones del informe aprobado de acuerdo al artículo 50 del referido instrumento, someterá el caso a la Corte, salvo por decisión fundada de la mayoría absoluta de los miembros de la Comisión.

En cuanto a la Corte IDH, el artículo 39(1) (d) de su Reglamento³⁷, ordena a la Secretaría que se notifique a la presunta víctima la presentación del caso por parte de la CIDH, y el artículo 25 establece que las presuntas víctimas “podrán presentar en forma autónoma su escrito de solicitudes, argumentos y pruebas y continuarán actuando de esa forma durante todo el proceso”. A su vez, el artículo 37 otorga a la presunta víctima “un plazo improrrogable de 2 meses [...] para presentar autónomamente a la Corte su escrito de solicitudes, argumentos y pruebas”. Por lo tanto, una vez sometido un caso a la Corte IDH (actuación que, según el artículo 61(1) de la CADH, es monopolio de los Estados parte y de la CIDH), el ser humano individual puede ejercer plenamente su derecho a ser parte plena, con total autonomía, en el proceso ante la Corte IDH. Más aún, en la reforma reglamentaria de noviembre de 2009, el rol de la CIDH en el proceso ante la Corte quedó reducido al sometimiento del caso y a su intervención en situaciones en las que esté interesado el orden público interamericano (arts. 35(1)(f) y 52(3) del Reglamento de la Corte), “permitiendo así que la Comisión juegue más un papel de órgano del sistema interamericano afianzando, así, el equilibrio procesal entre las partes”³⁸.

De esta manera, los reglamentos de la CIDH y de la Corte IDH han desarrollado con progresiva claridad un derecho autónomo, establecido y regulado en la misma CADH y en los citados reglamentos: el

2011 y en su 147o. período ordinario de sesiones, celebrado del 8 y el 22 de marzo de 2013, para su entrada en vigor el 1 de agosto de 2013.

37 Aprobado por la Corte IDH en su LXXXV Período Ordinario de Sesiones, celebrado del 16 al 28 de noviembre de 2009.

38 *Exposición de Motivos* del Reglamento, pág. 2.

derecho a la protección internacional de los derechos humanos.

Esta formulación se sustenta sobre tres pilares: 1) la cuestión conceptual según la cual el titular subjetivo de los derechos humanos es la persona y nadie más; 2) la formulación procesal del artículo 44 de la Convención, y, 3) el sistema general de protección dispuesto por el tratado.

ii. La efectividad del derecho a la protección internacional de los derechos humanos

El derecho a la protección internacional, como cualquier otro, debe ser **efectivo**, y debe estar sometido a los mismos deberes de **respeto y garantía** que pautan el artículo 1(1) de la CADH, para su libre y pleno ejercicio. Así lo imponen la interpretación de buena fe de esos tratados y el *effet útil* que debe reconocerse siempre a los mismos. Por lo mismo, ese derecho comporta nuevos deberes para los Estados, como lo son, en primer lugar, el deber (negativo) o prohibición de establecer obstáculos para el acceso de la persona a la protección internacional³⁹; en segundo lugar, el deber (positivo) de cooperar en el buen desarrollo del proceso, y, en tercer lugar, el deber (positivo) de **adoptar las medidas legislativas y de otro carácter** necesarias para ejecutar las decisiones de los órganos internacionales de protección a los derechos humanos.

No debe olvidarse que la Corte IDH ha interpretado el artículo 2 de la CADH de manera general y ha dejado claro, que un Estado parte en un tratado “tiene el deber jurídico de adoptar las medidas necesarias para cumplir con sus obligaciones conforme al tratado, sean dichas medidas legislativas o de otra índole”⁴⁰, y que “en el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha ratificado un tratado de derechos humanos debe introducir en su Derecho interno

39 Cfr. Faúndez Ledesma, Héctor, *El Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Aspectos Institucionales y Procesales...* pág. 232; y voto concurrente del juez Cançado Trindade, ya citado, en el *Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú*, excepciones preliminares...

40 Corte IDH, Corte IDH, *Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta (arts. 14.1, 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*... párr. 30.

las modificaciones necesarias para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas⁴¹. Estas conclusiones son de aplicación general.

Los derechos de las víctimas presuntas, así como los deberes del Estado, no se agotan, pues, en el acceso a la protección internacional, sino que comprenden **su efectividad**, sin la cual el sistema internacional de salvaguarda de los derechos humanos carecería de **efecto útil**. Por lo tanto, las decisiones tutelares de instituciones internacionales de protección son de obligatorio cumplimiento para los Estados parte, los cuales deberán adoptar las **disposiciones legislativas o de otro carácter** necesarias para ponerlas en práctica, en la medida en que tales mecanismos no existan en el derecho interno (CADH, art. 2). Esta conclusión conduce a examinar el tema de la fuerza obligatoria o vinculante de las decisiones de las instituciones interamericanas de protección de los derechos humanos.

Los Estados parte en la CADH están obligados a adoptar las disposiciones legislativas y de otro carácter necesarias para dotar de efectividad en el orden interno a **todos los compromisos asumidos al ratificar el tratado y reconocer la competencia de los órganos de protección en él previstos**. Las sentencias de la Corte IDH, más allá de ninguna discusión, son de obligatorio cumplimiento para los Estados sometidos a su jurisdicción en un caso contencioso. Así lo estipula el artículo 68 de la CADH:

1. Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes.
2. La parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado.

Esta disposición debe interpretarse en su más amplio sentido, pues no debe restringirse sólo a la sentencia sobre el fondo del caso sino a todas las sentencias, resoluciones y demás providencias que en el

41 Corte IDH, *Caso Cantos Vs. Argentina...* párr. 59.

curso del proceso adopte el tribunal, en particular a aquellas que se refieren las excepciones preliminares, a reparaciones o a la ejecución de la sentencia, así como a las medidas provisionales que la Corte IDH ordene de conformidad con el artículo 63.2 de la CADH. Sin embargo, la única previsión sobre ejecución de sentencias que contiene la CADH es la relativa a la indemnización compensatoria que pudiere acordar la sentencia. Esto resulta a todas luces insuficiente, pues numerosas providencias judiciales están referidas a actuaciones a las cuales debe proveer el Estado al cual está dirigida la sentencia y que no implican el pago de una indemnización. Lamentablemente, las resoluciones de la Corte IDH no indemnizatorias, como las de restitución, investigación, sanción y no repetición, exhiben niveles de cumplimiento menor que las de indemnización pecuniaria.

En cuanto a la **obligatoriedad de las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos**, la jurisprudencia de la Corte IDH ha aclarado lo siguiente:

[...] en virtud del principio de buena fe, consagrado en el mismo artículo 31.1 de la Convención de Viena, *si un Estado suscribe y ratifica un tratado internacional, especialmente si trata de derechos humanos, como es el caso de la Convención Americana, tiene la obligación de realizar sus mejores esfuerzos para aplicar las recomendaciones de un órgano de protección como la Comisión Interamericana* que es, además, uno de los órganos principales de la Organización de los Estados Americanos, que tiene como función “*promover la observancia y la defensa de los derechos humanos*” en el hemisferio (Carta de la OEA, artículos 52 y 111).

Asimismo, el artículo 33 de la Convención Americana dispone que la Comisión Interamericana es un órgano competente junto con la Corte “*para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes*”, por lo

que, *al ratificar dicha Convención, los Estados Partes se comprometen a atender las recomendaciones que la Comisión aprueba en sus informes*⁴². (Las cursivas son de la Corte; los resaltados han sido añadidos por el autor).

La anotada conclusión de la Corte IDH encuentra su fuente, una vez más, en el principio de buena fe, capital en el derecho internacional general, que está recogido en el ya citado artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

Una obligación de “**realizar los mejores esfuerzos**” también es, en términos jurídicos, una típica **obligación de comportamiento**, que impone examinar la actuación del Estado frente a tales recomendaciones. La conducta del Estado debe someterse al **estándar de “los mejores esfuerzos” tomando en cuenta todas las circunstancias del caso**. Una reacción del Estado meramente pasiva frente a las recomendaciones de la CIDH, que implique una completa omisión de medidas encaminadas a poner en práctica las recomendaciones, difícilmente sería compatible con la buena fe; pero aun así, sería necesario examinar las circunstancias del caso para determinar si el Estado no estaba, por circunstancias muy especiales, en condiciones de hacer ningún esfuerzo inmediato para ese propósito. En cambio, en los supuestos en que el Estado emprenda algún tipo de acción para satisfacer esas recomendaciones, será necesario examinar dichas acciones con el fin de determinar si las mismas alcanzan el umbral requerido por la buena fe y por el estándar de “los mejores esfuerzos”, para concluir si se está ante un comportamiento del Estado que cumple con las recomendaciones o que está enderezado hacia el cumplimiento de las mismas, o que configura un cumplimiento incompleto o defectuoso.

Totalmente diferente es el supuesto en que la conducta del Estado frente a las recomendaciones de la CIDH esté encaminada a contravenirlas o violentarlas. La desatención explícita de las

42 Corte I.D.H., *Caso Loayza Tamayo*. Sentencia del 17 de septiembre de 1997. Serie C, No. 33; párrs. 80 y 81.

recomendaciones debe considerarse, en general, incompatible con la buena fe que debe presidir la aplicación de la CADH, de modo que semejante conducta, debe tenerse como una nueva violación de la misma Convención así como de las obligaciones del Estado según los preceptos del derecho internacional general.

En síntesis, las recomendaciones de la CIDH, aunque no tienen la naturaleza de una sentencia en sentido estricto, obligan a los Estados a los cuales están dirigidas, sin menoscabo del recurso, por lo demás nunca utilizado hasta el presente, que tiene todo gobierno que considere infundado el informe emitido por la Comisión en aplicación del artículo 50 de la CADH, de tomar la iniciativa de la demanda ante la Corte IDH para impugnar dicho informe y las recomendaciones en él contenidas.

2. La aplicación directa del Derecho Internacional de los Derechos Humanos por los órganos administrativos y judiciales del Estado

El deber de los Estados de introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas en virtud de la CADH, no puede entenderse como un condicionamiento previo para que las autoridades administrativas y judiciales apliquen directamente lo prescrito por ella. Este es básicamente un problema de derecho interno, que es donde se define el mecanismo de incorporación y aplicación de los tratados en la jurisdicción doméstica. Si para poner en práctica un tratado, el derecho interno no requiere medidas legislativas adicionales a su ratificación que lo incorporen al orden doméstico, sino que los diferentes agentes internos pueden aplicarlo directamente a través de actuaciones cuyo fundamento inmediato es el tratado mismo, se está en presencia de convenciones, o más exactamente, de obligaciones internacionales **autoejecutables** o *self-executing*. No debe olvidarse que el artículo 2 de la CADH, como el artículo 2 del Protocolo de San Salvador (y el artículo 2(2) del PIDCP), prescriben que las medidas de ejecución de lo pactado en el ámbito nacional, pueden ser legislativas o **de otro**

carácter. Dentro de esas medidas de otro carácter se encuentran las que puedan adoptar los órganos administrativos y judiciales del Estado parte para aplicar directamente el derecho internacional en la esfera doméstica, sin necesidad de una nueva ley que “reciba” el tratado.

La aplicación directa de los tratados sobre derechos humanos por el juez ha dado origen a lo que se ha denominado el **control de convencionalidad**, consistente en un juicio sobre la compatibilidad entre los actos del Estado relativos a un caso sometido a la jurisdicción interna y sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos o, en sentido más general, según el derecho internacional convencional.

Cabe, entonces, preguntarse si la incorporación al derecho interno y la autoejecutividad de las obligaciones internacionales de los Estados, presenta particularidades especiales cuando dichas obligaciones conciernen a los derechos humanos, porque la relación entre el derecho interno, particularmente el derecho constitucional, y el DIDH tampoco es fácilmente comprensible si no se tienen en cuenta esas características propias de este último. Sobre ese punto (a) versará el primer grupo de consideraciones del capítulo que ahora abordamos. Seguidamente (b) se hará un breve repaso de los mecanismos de inserción del DIDH en el derecho interno, con particular referencia a los ordenamientos jurídicos de América Latina.

a. La inserción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el derecho interno. Referencia al derecho comparado en América Latina

Por su naturaleza, el DIDH manifiesta una marcada tendencia a insertarse y permear el derecho constitucional, de donde, precisamente, se origina. Así, de la **internacionalización del derecho constitucional** que se origina en la internacionalización de los derechos humanos, se ha pasado a la **constitucionalización del derecho internacional**, resultante de la inserción de los derechos humanos internacionales en el bloque de constitucionalidad. En ese sentido, a través de distintas formulaciones, diferentes órdenes constitucionales, en particular en

América Latina, han reconocido jerarquía constitucional a los derechos humanos reconocidos internacionalmente. Sin embargo, ese concepto es menos evidente en ordenamientos nacionales que no reconocen rango constitucional a los tratados sobre derechos humanos. Las consideraciones que siguen son, pues, aplicables a la situación en la que el derecho interno sí reconoce ese rango a dichos tratados.

En esas situaciones, la inserción específica de los tratados sobre derechos humanos al derecho interno adquiere una dimensión particular con respecto a otros mecanismos de incorporación aplicables al derecho internacional general. Se trata de una nota específica del DIDH, cuyas manifestaciones internas tienden a ubicarse en la jerarquía formal de la Constitución más que en el rango estrictamente propio de las leyes.

Las fórmulas y mecanismos a través de los cuales se produce esta confluencia entre el DIDH y el derecho constitucional son de diverso tenor⁴³. A los efectos de esta presentación, dichos mecanismos se ordenarán en dos grupos, a saber, primero la inserción explícita, esto es, mediante una disposición que expresamente reconoce el rango constitucional de las convenciones concernientes a los derechos humanos, o de algunas de entre ellas (i); segundo, la inserción implícita, a través de la extensión del reconocimiento de un rango particular a los derechos humanos, más allá de que su figuración expresa el enunciado constitucional de los mismos (ii).

i. La inserción explícita

Algunos ordenamientos constitucionales contemplan expresamente la supremacía del derecho internacional, bien en general⁴⁴, bien

43 Sobre el tema, cfr. Ayala, Carlos, “La jerarquía de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos”, en: *El nuevo Derecho Constitucional Latinoamericano*, Volumen II. Konrad Adenauer Stiftung/Fundación Pensamiento y Acción/CIEDLA/Asociación Venezolana de Derecho Constitucional/COPRE, Caracas, 1996, págs. 740-763. Del mismo autor: “Recepción de la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos por la jurisprudencia constitucional”, en: *Libro Homenaje a Humberto J. La Roche*. Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2001.

44 Cfr., por ejemplo, Constitución de Costa Rica, art. séptimo; Constitución de Honduras, art. 18; Constitución de El Salvador, art. 144.

a propósito de ciertas materias como, precisamente, los derechos humanos, lo que autoriza a los tribunales nacionales para subsanar el asunto aplicando el tratado por encima de la nueva ley.

Me limitaré a mencionar algunos ejemplos en los que la Constitución reconoce la preeminencia de las convenciones relativas a la promoción, protección y garantía de los derechos humanos sobre el derecho interno. En ciertos casos, el enunciado de dicha preeminencia es en tal grado general que puede concluirse que está referida a la totalidad del orden jurídico doméstico, caso en el cual los tratados de esa naturaleza tienen jerarquía supraconstitucional. En otros casos, se reconoce a las convenciones sobre derechos humanos jerarquía constitucional. Desde otra perspectiva, ciertas constituciones hacen referencia al rango prevaleciente de los tratados sobre derechos humanos frente al derecho interno en términos generales, mientras que otras limitan esa superioridad jerárquica a ciertas convenciones taxativamente mencionadas. En el primero de estos grupos se encuentra la Constitución de Guatemala, cuyo artículo 46 dispone:

Preeminencia del Derecho Internacional. Se establece el principio general de que **en materia de derechos humanos**, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, **tienen preeminencia sobre el Derecho interno**. (Énfasis añadido por el autor).

En la misma dirección se sitúa el artículo 93 de la Constitución de Colombia:

Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben la limitación de éstos en estados de excepción, **prevalecen en el orden interno**. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia. (Énfasis añadido por el autor).

La tendencia más reciente en el constitucionalismo latinoamericano es la de reconocer rango supraconstitucional o preponderante a los

derechos humanos internacionalmente protegidos, en la medida en que ofrecen una garantía más amplia que la establecida en la Constitución. La Constitución venezolana de 1999 inauguró esta tendencia, pues expresamente consagró dicho rango preponderante para los derechos humanos internacionalmente reconocidos, y reconoció jerarquía constitucional al derecho individual de petición internacional en materia de derechos humanos:

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

Artículo 31. Toda persona tiene derecho, en los términos establecidos por los tratados, pactos y convenciones sobre derechos humanos ratificados por la República, a dirigir peticiones o quejas ante los órganos internacionales creados para tales fines, con el objeto de solicitar el amparo a sus derechos humanos.

El Estado adoptará, conforme a procedimientos establecidos en esta Constitución y la ley, las medidas que sean necesarias para dar cumplimiento a las decisiones emanadas de los órganos internacionales previstos en este artículo.

La jurisprudencia constitucional venezolana, empero, no ha aplicado con fidelidad el avanzado concepto recogido en el texto constitucional⁴⁵.

45 El importante avance en el plano dogmático que marca la Constitución venezolana de 1999 despertó una positiva expectativa que, no obstante, se ha visto frustrada por la sorprendente interpretación de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en varios fallos, particularmente las sentencias 1.013 de 19 de julio de 2001 (sobre la crítica a esta sentencia, cfr. *La libertad de expresión amenazada. Sentencia 1013* (varios autores), Instituto Interamericano

Dentro de esa corriente, la más reciente expresión se encuentra en el artículo primero de la Constitución mexicana, en su reforma de 2011, en el cual es notoria la influencia de la jurisprudencia interamericana, elevó explícitamente los tratados sobre derechos humanos y su protección internacional al rango constitucional y aun preponderante sobre la Constitución:

En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección *más amplia*⁴⁶.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

de Derechos Humanos/Editorial Jurídica Venezolana, Caracas/San José, 2001) y 1.942 de 15 de julio de 2.003 (sobre la crítica a esta sentencia, cfr. *Sentencia 1942 vs. Libertad de expresión* (varios autores), Acquitas/Comisión Andina de Juristas, Caracas, 2003), a las que se añaden los “acuerdos” o “comunicados” que siguieron a ambas decisiones. En ellas, el Tribunal Supremo se aparta de la preeminencia del orden internacional más favorable, en contradicción con el expreso postulado del artículo 23 de la Constitución.

46 La Suprema Corte de Justicia de la Nación, sin embargo, ha emitido un fallo (*Contradicción de Tesis 293/2013*) que no se compadece con el principio *pro persona* enunciado en el artículo primero de la Constitución, pues si bien reconoce que los derechos humanos de fuente internacional a partir de la reforma al artículo primero constitucional tienen la misma eficacia normativa que los previstos en la Constitución, es decir, se les reconoce el mismo rango constitucional, también determinó que cuando haya una restricción expresa en la Constitución al ejercicio de los derechos humanos, **se deberá estar a lo que indica la norma constitucional.**

La Constitución de Ecuador de Montecristi de 2008, establece en su artículo 417:

Los tratados internacionales ratificados por el Ecuador sujetarán a lo establecido en la Constitución. En el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios pro ser humano, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución.

A su vez, el artículo 11(3) de la misma Constitución determina que

Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.

Dentro de esta misma orientación se sitúa la Constitución de Bolivia de 2009, cuyo artículo 13(IV) proclama:

Los tratados y convenios internacionales ratificados por la Asamblea Legislativa Plurinacional, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los Estados de Excepción prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Constitución se interpretarán de conformidad con los Tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Bolivia.

Igualmente, el artículo 74(3) de la Constitución de la República Dominicana de 2010 establece:

Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por el Estado dominicano, tienen jerarquía constitucional y son de aplicación directa e inmediata por los tribunales y demás órganos del Estado.

Otras constituciones, en cambio, hacen referencia más precisa a las convenciones internacionales a las que se reconoce jerarquía constitucional. Es el caso del artículo 75, párrafo 22 de la Constitución argentina:

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia tienen **jerarquía constitucional**, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la **jerarquía constitucional**. (Énfasis añadidos por el autor).

También la Constitución de Nicaragua (artículo 46) hace un enunciado limitado de instrumentos internacionales de rango constitucional:

En el territorio nacional toda persona goza de la protección estatal y del reconocimiento de los derechos inherentes a la persona humana, del irrestricto respeto,

promoción y protección de los derechos humanos y de la plena vigencia de los derechos consignados en la Declaración Universal de Derechos Humanos; en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de las Naciones Unidas y en la Convención Americana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos.

Sin embargo, como esta disposición también hace mención, de manera genérica a los “derechos inherentes a la persona humana”, también ubica a la Constitución nicaragüense en el segundo grupo de ordenamientos constitucionales, en los que la inserción a dichos ordenamientos de los derechos humanos internacionalmente reconocidos se hace de una manera implícita.

La Constitución de Paraguay, por su parte, enuncia una posición de principio:

Artículo 145.- Del orden jurídico supranacional.

La República del Paraguay, en condiciones de igualdad con otros Estados, admite el orden jurídico supranacional **que garantice la vigencia de los derechos humanos**, de la paz, de la justicia, de la cooperación y del desarrollo en lo político, económico, social y cultural. (Énfasis añadido por el autor).

Así mismo, en el caso paraguayo el elenco de los derechos humanos internacionalmente reconocidos es susceptible de ampliarse por la vía implícita del expreso reconocimiento de que los derechos reconocidos por la Constitución no se agotan en una lista taxativa sino meramente enunciativa.

Hasta aquí la inserción explícita de las convenciones sobre derechos humanos al ordenamiento constitucional en varios países de América

Latina. También se han ideado mecanismos que conducen a la inserción implícita de esas convenciones en el bloque de constitucionalidad de numerosos países de la región.

- ii. La inserción implícita. El *numerus apertus* de los derechos humanos y las cláusulas constitucionales de apertura
- Las cláusulas de *apertura o abiertas*

En numerosas Constituciones latinoamericanas el problema queda directamente resuelto mediante la expresa estipulación de que la enumeración de los derechos humanos contenida en la Constitución es meramente enunciativa y no taxativa. Es lo que denominaré una “cláusula de apertura” constitucional⁴⁷ (también denominada “cláusula abierta”)⁴⁸. Es el caso, por ejemplo, del artículo 94 de la Constitución de Colombia:

Artículo 94. La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos.

Disposiciones similares se encuentran en las constituciones de la Argentina, art. 33; de Bolivia, art. 13(II); de la República Federativa de Brasil art. 50.- LXXVII-2 (que menciona expresamente las convenciones internacionales como fuente de reconocimiento de derechos no enunciados expresamente en la Constitución); de Costa Rica, art. 74; de Ecuador, art. 11(7); de Guatemala, art. 4; de Honduras,

47 Cfr. Carpio Marcos, Edgar, “El significado de la cláusula de los derechos no enumerados”, en: *Cuadernos Constitucionales* 3, México, 2000.

48 El origen de este género de cláusulas se encuentra, sin duda, en la Novena Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos (parte del *Bill of Rights*, 1791): “The enumeration in the Constitution, of certain rights, shall not be construed to deny or disparage others retained by the people”. Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Suprema estadounidense no ha reconocido a la Novena Enmienda la virtualidad suficiente para incorporar los derechos humanos internacionalmente reconocidos, de modo que no ha funcionado, en esa dimensión, como una cláusula de apertura en el sentido como es entendida en este trabajo.

art. 63; Nicaragua, art. 46 (que, como ya se ha expresado, menciona además, varios instrumentos internacionales); de la República Dominicana, art.74(1); del Paraguay, art. 45; del Perú, art. 3o.; del Uruguay, art. 72, y de Venezuela, art. 22.

Las bases de la **inherencia** se inspiran en diversas orientaciones filosóficas, pero lo decisivo es, más que el fundamento, el concepto resultante: se trata de derechos que se reconocen universalmente para la especie humana y cuya titularidad y ejercicio deben respetarse en cabeza de cada persona. El Estado sólo los reconoce, no los crea ni los atribuye. La protección a los derechos humanos expresa una ideología universal, de la humanidad como un todo.

De textos como el comentado cabe extraer, sin mayor dificultad, un cierto número de consecuencias:

- **Primero.** Que la enumeración de los derechos constitucionales es enunciativa y no taxativa.
- **Segundo.** Que los derechos así enunciados no agotan los que deben considerarse como “inherentes a la persona humana”.
- **Tercero.** Que todos los derechos enunciados en la Constitución, empero, sí son considerados por ésta como “inherentes a la persona humana”.
- **Cuarto.** Que todo derecho “inherente a la persona humana” podría haber sido recogido expresamente por el texto constitucional.
- **Quinto.** Que una vez establecido que un derecho es “inherente a la persona humana”, la circunstancia de no figurar expresamente en el texto constitucional no debe entenderse en menoscabo de la protección que merece.

Textos con un contenido semejante indican, en suma, que lo jurídicamente relevante es que ese determinado derecho sea **inherente a la persona humana**. Es por esa razón, y no por el hecho de figurar en el articulado de la Constitución, que esos derechos deben ser

considerados como atributos inviolables que, por fuerza de la dignidad humana, deben ser objeto de protección y garantía por el Estado. En consecuencia, no cabe hacer distinciones en cuanto al tratamiento y régimen jurídico de los derechos de la naturaleza apuntada con base en el solo criterio de que figuren expresamente o no en la Constitución. Para determinar si estamos frente a un derecho que merezca la protección que la Constitución acuerda para los que expresamente enumera, lo decisivo no es tanto que figure en tal enunciado, sino que pueda ser considerado como inherente a la persona humana.

De todo ello resulta, pues, que aquellos derechos reconocidos en convenciones internacionales como atributos inherentes a la persona⁴⁹, en Estados cuyas constituciones contengan disposiciones de este género, deben considerarse sometidos en forma implícita al régimen de los derechos humanos constitucionales. En todo caso, lo dispuesto por normas de este género configura un régimen particular, dentro del derecho interno, para los derechos humanos reconocidos por tratados en los cuales el Estado en cuestión es parte. Los derechos humanos recogidos en tales instrumentos tienen rango constitucional y, además, reúnen *prima facie*, los requisitos para ser justiciables ante los tribunales internos.

Pero, más allá incluso de esa expresa apertura, conceptualmente la unidad de la dignidad humana apareja la unidad de sus atributos y de los derechos que los expresan. Cabe entonces preguntarse si es conceptualmente válido discriminar entre derechos expresamente reconocidos en la Constitución y aquellos que son el objeto de reconocimiento internacional por el Estado concernido, pero no figuran expresamente en el texto de la Constitución. La respuesta debe

49 Numerosas convenciones internacionales referentes a los derechos humanos los califican expresamente como inherentes a la persona humana. Tal es el caso, por ejemplo, del Preámbulo (común) a los Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y de Derechos Civiles y Políticos; del Preámbulo de la Convención Internacional sobre la Eliminación a Todas las Formas de Discriminación Racial; del Preámbulo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos y Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, y del Preámbulo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que los define como atributos de la persona humana. Conceptualmente, el mismo principio figura en la generalidad de las convenciones internacionales sobre la materia.

ser negativa. Semejante distinción es meramente formal y no atiende a la sustancia de los derechos humanos. En verdad, una vez que el Estado se ha organizado a partir del concepto de preeminencia de la dignidad humana, no es dable considerar las declaraciones constitucional e internacional de derechos humanos como catálogos opuestos o separados, sino como inventarios complementarios de los derechos que el Estado reconoce como dimanando de la dignidad humana. Por lo tanto, no deben dividirse sino sumarse y acordarles la protección unitaria que su única naturaleza impone. Es una disyuntiva que no ofrece espacios intermedios: o bien se opta por una interpretación *contra homine* de la declaración constitucional de derechos humanos y se la considera cerrada a toda ampliación que incluya otros derechos que el mismo Estado ha reconocido como inherentes a la persona humana, o bien se practica una interpretación *pro homine* según la cual los límites de la protección constitucional vienen dados por los derechos inherentes a la persona y no por el texto de la Constitución.

El reconocimiento internacional por parte del Estado de derechos humanos proclamados internacionalmente como **inherentes a la dignidad de la persona humana**, acarrea cierto número de consecuencias jurídicas, que serán objeto de los comentarios que siguen.

b. Consecuencias de la inserción

i. Rango constitucional

No hay razón lógica, conceptual ni jurídica para que los derechos humanos reconocidos expresamente sólo en instrumentos internacionales tengan un rango inferior a aquellos que también ha sido objeto de reconocimiento explícito en la Constitución. De esta conclusión se derivan varias consecuencias.

- *Supremacía jerárquica*

Los derechos humanos reconocidos en convenios internacionales tienen, en el orden jurídico nacional, el rango de los derechos

constitucionales. Esta conclusión es independiente de la posición que pueda adoptarse con relación a la jerarquía de los tratados frente a las leyes internas, pues el rango aludido no dimana de que tales derechos sean objeto de una convención internacional, sino de haber sido reconocidos como inherentes a la persona humana. De esto sigue que las limitaciones a su ejercicio, en el supuesto de que estén autorizadas por el tratado respectivo, sólo pueden hacerse a través de la ley, pues es conocido que las restricciones a los derechos constitucionales forman parte de la reserva legal.

Un tema conexo, que puede revestir cierta complejidad, es el del posible conflicto de leyes entre la CADH o una convención cualquiera relativa a los derechos humanos, con otro tratado de diferente propósito o naturaleza. Existen ciertas reglas o técnicas propias del derecho internacional que deberían facilitar la solución de los conflictos normativos, como la preeminencia del derecho internacional imperativo o *ius cogens* sobre cualquier acuerdo que lo contradiga⁵⁰; o el de la *lex specialis*, según el cual, la regla más específica debe prevalecer sobre la más general; o el de la *lex posteriori*, que reconoce prioridad a la regla del tratado más reciente por sobre la del más antiguo, sobre la misma materia. Sin embargo, estos criterios no son siempre aplicables o son de dudosa aplicación. Además, son criterios generales de derecho internacional y no específicamente vinculados con las convenciones internacionales relativas a los derechos humanos. ¿Existen reglas específicas para resolver conflictos de leyes entre un tratado sobre derechos humanos y otro concerniente a materia diferente?

La más reciente tendencia jurisprudencial en el ámbito del derecho internacional general apunta hacia una interpretación integradora de los tratados, lo cual no deja de presentar diversas dificultades

50 De acuerdo con el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, una “norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”.

prácticas⁵¹. En todo caso, la Corte Internacional de Justicia, en un caso reciente⁵², aplicó por primera vez el artículo 31(3)(c) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, según la cual, en la interpretación de un tratado debe tenerse en cuenta, como parte de su contexto, “toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes”.

La Corte IDH, por su parte, tuvo ante sí un caso en el que un tratado bilateral de inversiones podría entrar en conflicto con la CADH⁵³. La Corte expresó lo siguiente:

[...] la Corte considera que la aplicación de acuerdos comerciales bilaterales (**sic**) no justifica el incumplimiento de las obligaciones estatales emanadas de la Convención Americana; por el contrario, su aplicación **debe ser siempre compatible** con la Convención Americana, **tratado multilateral** de derechos humanos dotado de **especificidad propia**, que genera **derechos a favor de individuos** y **no depende enteramente de la reciprocidad** de los Estados⁵⁴. (Énfasis añadidos por el autor).

El asunto no fue realmente resuelto como una materia determinante en el litigio, pero es clara la sugerencia de la Corte IDH de que, en caso de conflicto, el Estado concernido debe tratar de armonizar ambos tratados, pero sin sacrificar, en ningún caso, el cumplimiento de los deberes que le impone la CADH. Esa conclusión se fundamentaría sobre cuatro consideraciones relativas a ella: i) es un tratado

51 Campbell McLachlan, “The Principle of Systemic Integration and Article 31(3)(c) of the Vienna Convention”, 54 *International and Comparative Law Quarterly* 279, 2005.

52 Case Concerning Oil Platforms, (Iran v. U.S.), Judgment, I.C.J. Reports 2003. La Corte se valió de las reglas de derecho internacional general sobre uso de la fuerza para interpretar el Tratado de Amistad, Relaciones Económicas y Derechos Consulares entre Irán y los Estados Unidos.

53 Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 29 de marzo de 2006, Serie C No. 146.

54 *Ibidem*, párr. 140

multilateral; ii) tiene especificidad propia (*lex specialis?*); iii) genera derechos a favor de individuos, y, iv) no depende enteramente de la reciprocidad entre Estados. La Corte IDH no hizo elaboración alguna sobre esos cuatro componentes, pero es claro que su inclinación es la de considerar una especial jerarquía para la CADH frente a acuerdos de naturaleza sustancialmente económica o comercial.

- *Irreversibilidad*

Una vez que un determinado derecho ha sido formalmente reconocido como inherente a la persona humana queda definitiva e irrevocablemente integrado a la categoría de aquellos derechos que, en virtud de ese carácter, deben considerarse implícitamente incluidos en la enumeración constitucional, aunque no figuren en ella de manera expresa. La dignidad humana no admite relativismos, de modo que sería inconcebible que lo que hoy se reconoce como un atributo inherente a la persona, mañana pudiera dejar de serlo por una decisión gubernamental. Así, en el supuesto de que un tratado de las características apuntadas fuera denunciado (si se trata de una convención denunciante, pues no todas lo son), la denuncia no tendría efecto sobre la calificación de los derechos que en él se han reconocido como inherentes a la persona. El Estado denunciante sólo se libraría, a través de esa hipotética denuncia, de las obligaciones internacionales contraídas por el tratado y, desde luego, de los mecanismos internacionales para reclamar su cumplimiento, particularmente de los procedimientos previstos para la protección de los derechos humanos, pero no del reconocimiento de los derechos humanos que la convención denunciada postuló como “inherentes a la persona humana”.

El impacto de la aprobación de una declaración o de la ratificación o adhesión a un tratado sobre el derecho interno es irreversible. El tratado, como los actos que lo aprueban y ratifican, al igual que la Constitución, no crean ni confieren derechos humanos, sino que los reconocen como inherentes a la persona, de modo que, en esa medida, no pueden ser suprimidos.

- *Progresividad*

De la interacción entre los tratados y el derecho interno resulta una manifestación, esta vez en el ámbito doméstico, del fenómeno de progresividad, característico de la protección internacional de los derechos humanos⁵⁵. La progresividad se manifiesta, en primer lugar, en el ya señalado efecto de la ratificación de los tratados que reconocen derechos como inherentes a la persona, la cual conduce a un desarrollo capaz de definir con rango de derechos constitucionales a algunos que no figuran expresamente en el texto de la Constitución. Se extiende así, de modo irreversible, el alcance de la protección a los derechos humanos en el derecho interno.

Por otra parte, también en este ámbito está llamado a operar lo que se ha descrito como la “cláusula del individuo más favorecido”. En efecto, de la interacción entre el derecho internacional y el derecho constitucional va a resultar que si un mismo derecho es regulado de modo diferente por la Constitución y por un tratado, debe aplicarse la disposición más favorable al ser humano. Un tratado no puede restringir los derechos constitucionales, de modo que siempre habría que aplicar la norma constitucional más amplia que la internacional. Pero en cambio, nada obsta a que, por la vía de un compromiso libremente asumido, el Estado acuerde para ciertos derechos una protección más amplia que la prevista en el derecho interno, caso en el cual no puede aplicarse la norma nacional más restrictiva, pues ello implicaría la violación del tratado y justificaría el recurso a la protección internacional.

ii. *Defensa constitucional y control de convencionalidad*

Si los derechos humanos merecen protección más por ser atributos inherentes a la persona humana que por figurar expresamente en el enunciado constitucional, no cabe negar la tutela que la Constitución y

55 Abordé este tema en una monografía hace un cuarto de siglo, cuyo sentido y conclusiones se han visto confirmadas por la evolución del DIDH desde entonces: Nikken, Pedro, *La protección internacional de los derechos humanos. Su desarrollo progresivo...*

la ley extienden a los derechos constitucionales a aquellos que, siendo inherentes a la persona, no figuren expresamente en la Constitución. La consecuencia lógica de dicha norma es la de extender a los derechos humanos internacionalmente reconocidos por el Estado la misma tutela administrativa y judicial que ordinariamente puede hacerse valer para la defensa de los derechos constitucionales, incluido, según el sistema adoptado por cada Estado para ese fin, el control de la constitucionalidad de las leyes y demás actos normativos de efectos generales o particulares emanados de los distintos órganos del poder público. Todo ello ha dado origen a una creciente aplicación de los derechos humanos internacionalmente reconocidos por los tribunales de la jurisdicción interna en América Latina, donde, en general, operan conjuntamente el mecanismo característico de incorporación de los tratados al orden jurídico interno mediante una ley aprobatoria que precede a su ratificación y las cláusulas de apertura o abiertas mediante las cuales se reconoce el rango constitucional de los derechos humanos internacionales o, al menos, de los derechos inherentes a la dignidad de la persona humana.

Sin embargo, el control que el juez interno está llamado a ejercer en aplicación directa de tratados concernientes a los derechos humanos no se agota y no tiene por qué agotarse, en el que se origina en el rango constitucional que pueda reconocerse a las obligaciones internacionales del Estado. El juez, como órgano que es del Estado, puede también estar en posición de dar cumplimiento a esas mismas obligaciones internacionales mediante el ejercicio del llamado **control de convencionalidad**, el cual implica la aplicación directa por el juez nacional de las disposiciones de un tratado, particularmente de los relativos a los derechos humanos⁵⁶.

56 Cf. Ayala Corao, Carlos, *Del Diálogo Jurisprudencial al Control de Convencionalidad*. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2012; Brewer-Carías, Allan R., y J.O. Santofimio Gamboa, *Control de Convencionalidad y Responsabilidad del Estado*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013; Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Reflexiones sobre el control difuso de convencionalidad a la luz del caso Cabrera García y Montiel Flores”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* 131, 2013, estudio en el cual se vierte el voto razonado del entonces juez *ad hoc* Eduardo Ferrer Mac-Gregor en Corte IDH, *Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*, excepción preliminar,

La Corte IDH expresó por primera vez este concepto en el caso *Almonacid Arellano*, en lo términos siguientes:

[...] cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana⁵⁷.

fondo, reparaciones y costas, sentencia de 26 de noviembre de 2010, Serie C No. 220; Carbonell, Miguel, *El control de convencionalidad: la idea del bloque de constitucionalidad y su relación con el control de constitucionalidad en materia electoral*. Líneas Jurisprudenciales/Tribunal Electoral de la Federación, México, 2013; Hitters, Juan Carlos, “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación (criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)”, *Estudios Constitucionales* Año 2, No. 2, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, 2009; Castilla, Karlos, “Control de convencionalidad: un nuevo debate en México a partir de la sentencia en el Caso Radilla Pacheco”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. XI 2011, págs. 593-624; Ruiz-Chiriboga, Oswaldo R., “The Conventionality Control: Examples of (Un)Successful Experiences in Latin-America (February 24, 2011)”, *Inter-American and European Human Rights Journal*, Vol. 3, No. 1-2, 2010, págs. 200-219, disponible en: <<http://ssrn.com/abstract=1929887>>, a 13 de noviembre de 2013.

57 Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C No. 154, párr. 124. Desde entonces, la Corte IDH ha acudido reiteradamente al mismo concepto para enfatizar la función del juez interno en la aplicación de la CADH y como agente del Estado para ese propósito: *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 24 de noviembre de 2006, Serie C No. 158, párr. 128; *Caso La Cantuta Vs. Perú*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 29 de noviembre de 2006, Serie C No. 162, párr. 173; *Caso Boyce y otros Vs. Barbados*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 20 de noviembre de 2007, Serie C No. 169, párr. 78; *Caso Heliodoro Portugal*

En su desarrollo jurisprudencial ulterior, la Corte IDH ha añadido que la obligación del juez nacional, relativa al control de convencionalidad, no está sujeta a que dicho control le sea solicitado *ex parte*, sino que debe ejercerlo aun de oficio⁵⁸. La Corte IDH no ha expresado el fundamento legal del control de convencionalidad, ni tiene por qué hacerlo, pues se trata de una conclusión inseparable del deber jurídico que pesa sobre los Estados parte en la CADH de hacer plenamente efectiva la normativa convencional, dentro de su jurisdicción; sin embargo, esa omisión no ha dejado de ser objeto de críticas, lo mismo que el sentido general de la jurisprudencia interamericana relativa al control de convencionalidad⁵⁹.

Vs. Panamá, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 12 de agosto de 2008, Serie C No. 186, párr. 180; *Caso Radilla Pacheco Vs. México*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 23 de noviembre de 2009, Serie C No. 209, párr. 339; *Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 31 de agosto de 2010, Serie C No. 216, párr. 219; *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña Vs. Bolivia*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 1 de septiembre de 2010, Serie C No. 217, párr. 202; *Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) Vs. Brasil*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 24 de noviembre de 2010, Serie C No. 219, párr. 176; *Caso Cabrera García y Montiel Flores...*, párr. 225; *Chocrón Chocrón Vs. Venezuela*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 1 de julio de 2011, Serie C No. 227, párr. 164; *Caso Atala Ríffo y Niñas Vs. Chile*, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 24 de febrero de 2012, Serie C No. 239, párr. 282; *Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 31 de agosto de 2012, Serie C No. 246, párr. 303; *Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 4 de septiembre de 2012, Serie C No. 250, párr. 262; *Caso Gudiel Álvarez y otros (Diario Militar) Vs. Guatemala*, fondo reparaciones y costas, sentencia de 20 noviembre de 2012, Serie C No. 253, párr. 330; *Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia*, sentencia de excepciones preliminares, fondo y reparaciones de 30 de noviembre de 2012, Serie C No. 259, párr. 142 y nota al pie 193; *Caso Mendoza y otros Vs. Argentina*, excepciones preliminares, fondo y reparaciones, sentencia de 14 de mayo de 2013, Serie C No. 260, párr. 225.

58 Así lo ha expresado la Corte IDH en su jurisprudencia: *Caso Trabajadores Cesados del Congreso...* párr. 128; *Caso Radilla Pacheco...*, párr. 339; *Caso Cabrera García y Montiel Flores...* párr. 225; *Caso Furlan y Familiares...* párr. 303; *Caso Masacres de Río Negro...* párr. 262; *Caso Gudiel Álvarez (Diario Militar)...* párr. 330; *Caso de la Masacre de Santo Domingo...* párr. 142 y nota al pie 193; *Caso Mendoza y otros...* párr. 225.

59 Sobre la crítica a esta jurisprudencia, cfr. Fuentes Torrijo, Ximena, “El derecho internacional y el derecho interno: definitivamente una pareja dispareja”, Yale Law School. Disponible en: <http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/XimenaFuentes__Spanish_.pdf>, a 21 de noviembre de 2013.

El criterio expresado por la Corte IDH no debería encontrar mayores dificultades en el ámbito latinoamericano – al cual están referidas todas las sentencias que hacen mención al control de convencionalidad –, puesto que el mecanismo generalmente aplicado en los países de América Latina de incorporar los tratados al derecho interno mediante una ley nacional que los aprueba antes de que el Jefe de Estado los ratifique, confiere a dichos tratados y a los derechos que protegen el rango de leyes internas, cuando menos. A esto se añade la tendencia general del constitucionalismo regional de reconocer rango constitucional y aun preponderante sobre la Constitución. Sin embargo, según conceptos tradicionales sobre la incorporación del derecho internacional al derecho interno, podría ofrecer resistencias con respecto a los sistemas jurídicos nacionales donde tal mecanismo no ha sido adoptado.

Ahora bien, el sistema jurídico interno para alcanzar la exigibilidad de las obligaciones internacionales en derechos humanos, no puede ser invocado como justificativo para incumplirlas⁶⁰. En el caso de la CADH, por ejemplo, su artículo 1(1) obliga a los Estados a respetar y garantizar los derechos protegidos de manera inmediata y sin condiciones. Igualmente, el artículo 1 de la Convención Europea reconoce de manera inmediata e incondicional los derechos en ella enunciados a todas las personas bajo la jurisdicción de los Estados parte. Por lo tanto, el Estado viola sus obligaciones internacionales si un derecho humano internacionalmente reconocido por un tratado no puede ser garantizado en el orden doméstico por el juez, porque el sistema jurídico interno no lo autoriza para así hacerlo mientras no haya sido incorporado a éste. Así lo afirmó la Corte IDH en su jurisprudencia más temprana con relación a la exigibilidad en el

60 Este principio proviene del derecho internacional consuetudinario y quedó expresado en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Fue invocado recientemente por la Corte Internacional de Justicia a propósito de la aplicación en el derecho interno de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Inhumanos, Crueles o Degradantes. Cfr. CIJ, *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader. Belgique vs. Sénégal*. Arrêt, 20 juillet 2012, párr. 113.

derecho interno del derecho de rectificación o respuesta garantizado por el artículo 14 de la CADH⁶¹

El hecho de que los Estados Partes puedan fijar las condiciones del ejercicio del derecho de rectificación o respuesta, **no impide la exigibilidad conforme al derecho internacional de las obligaciones que aquellos han contraído según el artículo 1.1**, que establece el compromiso de los propios Estados Partes de “respetar los derechos y libertades” reconocidos en la Convención y de “garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción...” En consecuencia, si por cualquier circunstancia, el derecho de rectificación o respuesta no pudiera ser ejercido por “toda persona” sujeta a la jurisdicción de un Estado Parte, ello constituiría una violación de la Convención, susceptible de ser denunciada ante los órganos de protección por ella previstos⁶².

[...] todo Estado Parte que no haya ya garantizado el libre y pleno ejercicio del derecho de rectificación o respuesta, **está en la obligación de lograr ese resultado, sea por medio de legislación o cualesquiera otras medidas que fueren necesarias según su ordenamiento jurídico interno para cumplir ese fin**. Este criterio justifica la conclusión de que el concepto de “ley”, tal como lo utiliza el artículo 14.1, comprende todas las medidas dirigidas a regular el ejercicio del derecho de rectificación o respuesta⁶³. (Énfasis añadidos por el autor).

En sentido estricto, en el SIDH el control de la convencionalidad de los actos del Estado corresponde exclusivamente a la Corte IDH,

61 “Toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley”.

62 Corte IDH, *Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta (Arts. 14, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*... párr. 24.

63 *Ibidem*, párr. 33.

pues ella es el órgano jurisdiccional competente para conocer casos relativos a la interpretación y aplicación del Pacto de San José, en los términos del artículo 63(3) del mismo, lo cual comporta un juicio sobre la compatibilidad entre los actos del Estado relativos al caso y sus obligaciones según la CADH, es decir, la confrontación normativa entre ella y un acto del Estado⁶⁴. Sin embargo, la propia Corte IDH ha empleado la expresión “control de convencionalidad” o “una especie de control de convencionalidad” para referirse a la obligación que pesaría sobre los jueces de los Estados parte en la CADH de aplicarla directamente a los casos sometidos a su jurisdicción, procediendo incluso *ex officio*. La Corte IDH, sin embargo, también se ha cuidado de aclarar que ese control deben hacerlo los jueces nacionales “en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes”⁶⁵.

Estos diferentes niveles de control de convencionalidad fueron explicados con conceptos traídos del derecho constitucional, por el juez Ferrer Mac-Gregor, distinguiendo entre el control concentrado y el control difuso de convencionalidad⁶⁶. El **control concentrado de convencionalidad** lo realiza exclusivamente la Corte IDH cuando coteja los actos y las normas jurídicas de los Estado parte con sus obligaciones internacionales según la CADH, y determina su compatibilidad con ésta así como las consecuencias de un juicio adverso al respecto. El **control difuso de convencionalidad**, en cambio, es tarea de las autoridades de cada Estado, particularmente

64 Cfr. Rey Cantor, Ernesto, *Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos*. Porrúa, Ciudad de México, 2008, pág. 46; Castilla, Karlos, *Control de convencionalidad...* págs. 596 y ss.

65 Cf., por ejemplo, Corte IDH, *Caso Radilla Pacheco...* párr. 339; *Caso Cabrera García y Montiel Flores...* párr. 225; *Caso Furlan y Familiares...* párr. 303; *Caso Masacres de Río Negro...* párr. 262; *Caso Gudiel Álvarez (Diario Militar)...* párr. 330; *Caso de la Masacre de Santo Domingo...* párr. 142 y nota al pie 193; *Caso Mendoza y otros...* párr. 225.

66 Cf. Voto razonado del juez Ferrer Mac-Gregor en el *Caso Cabrera García y Montiel Flores...* párrs. 22 y ss. Esas ideas habían sido sugeridas por el ex Presidente de la Corte, Sergio García Ramírez en su voto razonado en el *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros)...*, en especial, párrs. 12 y 13. Igualmente, Carbonell, Miguel, *El control de convencionalidad: La idea del bloque de constitucionalidad y su relación...* págs. 7 y ss.

de los jueces a cuyo cargo está “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”. El juez nacional, por lo tanto, no solamente debe reparar las consecuencias que surjan de un acto lesivo a los derechos humanos protegidos por la CADH, sino inaplicar las normas jurídicas domésticas incompatibles con ésta.

El control de convencionalidad resulta de las obligaciones de los Estados según el derecho internacional general y según las disposiciones expresas de algunos tratados (PIDCP, art. 2(2); CADH, art. 2; Protocolo de San Salvador, art. 2, por ejemplo) de adoptar disposiciones legislativas o de otro carácter para dar cumplimiento a sus obligaciones internacionales, particularmente las referidas al respeto y la garantía de los derechos humanos. El juez es un órgano del Estado que tiene atribuidas funciones clave en esta materia, al punto que el agotamiento de los recursos de la jurisdicción interna es, en general, un requisito para acceder a la protección internacional. En definitiva, el juez tiene a su cargo el último grado de control en las instancias domésticas para verificar si las actuaciones imputables al Estado se adecuaron o no a sus obligaciones internacionales sobre derechos humanos. En el ejercicio de esa función, el juez debe ejercer control de convencionalidad, en el sentido de contrastar los actos imputables al Estado con sus obligaciones internacionales y condenar los desajustes que observe, siempre, desde luego, dentro de los límites de la competencia, para así hacerlo según el orden jurídico doméstico. El juez, como órgano del Estado, puede ser vehículo para el cumplimiento o la violación de esas obligaciones internacionales, lo que implica el deber jurídico de actuar en consonancia con éstas, a menos que un obstáculo insalvable de naturaleza jurídica se lo proscriba, particularmente en razón del mecanismo constitucional para la recepción en el orden interno del derecho internacional o de su competencia para aplicar directamente los tratados sobre derechos humanos.

En un sentido más amplio, el control de convencionalidad representa un mecanismo válido para dotar de efecto útil al DIDH. Ya hemos recordado que las convenciones sobre derechos humanos difieren conceptualmente de los tratados tradicionales. Éstos persiguen un intercambio de prestaciones entre los Estados que los suscriben y están destinados a producir sus efectos en la esfera de las relaciones jurídicas entre éstos. En cambio, los relativos a los derechos humanos tienen como objeto y fin la protección de las personas humanas sujetas a la jurisdicción de los Estado parte, dentro de cuyo ámbito producen sus más importantes efectos, particularmente los relativos al respeto, la protección, la satisfacción y la garantía de los derechos humanos. Es el ser humano y no el Estado el acreedor de las obligaciones que emanan de esas convenciones; y es cada Estado el sujeto obligado para proporcionar, a través de sus distintos órganos, incluido el judicial, la tutela de los derechos humanos a la que se ha comprometido a través del tratado.

En verdad, desde un punto de vista meramente formal, la aplicabilidad directa de los tratados sobre derechos humanos no depende únicamente de la voluntad del juez. El juez nacional puede encontrar un serio obstáculo para efectuar el control de convencionalidad si el sistema jurídico interno no le autoriza a aplicar directamente el derecho internacional con preferencia al doméstico, sino que se requiere de un acto formal de incorporación y éste no se ha producido. En semejante supuesto, los jueces nacionales están sujetos, *prima facie*, a decidir “en el marco de sus respectivas competencias”, que les impone abstenerse de aplicar la norma internacional que ofrece protección a la persona de cuyos derechos se trata⁶⁷. Al actuar así, el juez sujeta su actuación al derecho interno, el cual aplica correctamente, pero también perfecciona y completa la violación de

67 Ello no obstante, el activismo judicial ha sido un resorte importante para impulsar actos formales de incorporación de tratados sobre derechos humanos, en países dualistas en los que tales actos son necesarios. En el Reino Unido, por ejemplo, la *Human Rights Act*, estuvo precedida de una posición de las jurisdicciones británicas que se apoyaban a menudo en la Convención Europea de Derechos Humanos, aunque ésta no constituía una fuente de derecho disponible en el derecho inglés. Lo mismo ocurrió en los países escandinavos. Esta suerte de “incorporación judicial” de la Convención Europea puso presión sobre los respectivos parlamentos para que sancionaran una ley de incorporación.

sus obligaciones internacionales por parte del Estado. Este enfoque formalista conduce al contrasentido de considerar como legítimo en el orden interno una acción u omisión del Estado que viola obligaciones internacionales sobre derechos humanos y ofende estos derechos.

Este enfoque formalista, apoyado en conceptos tradicionales del derecho internacional, surgidos en la prehistoria de la protección internacional de los derechos humanos y no adaptados a ella, se traduce en una línea de resistencia a la preeminencia de la dignidad humana sobre la otrora soberanía absoluta del Estado. La protección internacional de los derechos humanos ha sido concebida y puesta en práctica, precisamente, para salvaguardar a las víctimas del ejercicio arbitrario del poder soberano del Estado, de modo que es una burla a los compromisos internacionales sobre derechos humanos que se prohíba al juez nacional dotarlos de efectividad, porque ese mismo poder soberano no los ha dotado expresa y formalmente de competencia para así hacerlo. En mi opinión, aunque resulta una anormalidad de cara a los conceptos tradicionales, el derecho internacional, en estos casos, atribuye competencia al juez nacional para hacer prevalecer la protección internacional de los derechos humanos sobre el orden nacional, inaplicándolo si fuere menester.

El control de convencionalidad concebido por la Corte IDH abre caminos para hacer efectivo ese propósito. En primer lugar, porque determina que el juez nacional está obligado “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”. Al afirmar que se trata de una **obligación** del juez nacional, se lo protege dentro del orden jurídico interno al poner en práctica el control de convencionalidad desbordando los límites de la competencia que formalmente le atribuyen las leyes internas. Actuando en esa dirección, el juez nacional no sólo procede como juez interamericano a nivel doméstico, sino que actúa como órgano ejecutor de obligaciones internacionales del Estado con respecto a seres humanos que están bajo la jurisdicción del mismo juez nacional.

El artículo 2 de la CADH, al igual que el artículo 2(2) del PIDCP y el artículo 2 del Protocolo de San Salvador, contiene una obligación general a cargo de los Estados parte de adoptar las disposiciones necesarias para hacer efectivos los derechos protegidos por el respectivo tratado, disposiciones que no son solo “legislativas”, sino que pueden ser también “de otro carácter”. Las providencias judiciales entran, precisamente, dentro de las disposiciones “de otro carácter”, apoyadas en la doctrina judicial internacional relativa al control de convencionalidad, que el juez nacional está llamado a adoptar para dotar de efectividad en el ámbito nacional a la protección internacional.

En otro sentido, tras el recuerdo que ha hecho la Corte IDH a los jueces nacionales de su función en el “control de convencionalidad” hay también una advertencia a los Estados para que su sistema jurídico interno reconozca la competencia de los jueces para ejercer ese control y aplicar directamente las reglas de DIDH. Los Estados parte en el Pacto de San José no están obligados únicamente a adaptar el orden jurídico interno a las obligaciones que emanan del texto de ese tratado, sino también a lo que resulta de las sentencias de la Corte IDH. Por lo tanto, más allá del cumplimiento que, en la práctica, den los jueces nacionales a sus deberes como agentes del control de convencionalidad, los Estados están sometidos a la obligación internacional de atenerse a lo resuelto por la Corte IDH sobre esta materia, y a remover cualquier obstáculo que pudiera oponerse a que su sistema judicial ponga efectivamente en práctica el control de convencionalidad.

Conclusión

A la luz de la jurisprudencia de la Corte IDH y de la interpretación del artículo 2 – en el contexto del derecho de petición ante los órganos del SIDH, que implícitamente se reconoce a toda persona bajo la jurisdicción de los Estados parte en la CADH –, dicho artículo 2 representa una pieza de significativa importancia para la **garantía de los derechos humanos** reconocidos por la misma Convención. Lo mismo cabe afirmar del artículo 2(2) del PIDCP y del artículo 2 del Protocolo de San Salvador. Aunque se trata de conclusiones

parcialmente fundadas sobre la jurisprudencia interamericana, ellas expresan principios generales aplicables a otras fuentes convencionales del DIDH.

Esa garantía implica cierto número de obligaciones a cargo de los Estados parte. Algunas de esas obligaciones son de contenido positivo, en el sentido de que implican **un hacer** por parte de los órganos del poder público; mientras que otras son negativas, en cuanto comportan **prohibiciones** que limitan la esfera de actuación legítima de dichos órganos. Quedan así comprendidas: i) la obligación de **adoptar sin dilación disposiciones de derecho interno** necesarias para hacer efectivos los derechos humanos internacionalmente protegidos; ii) la obligación de **suprimir toda norma o práctica** incompatible con las obligaciones internacionales de los Estados en materia de derechos humanos; iii) la prohibición de dictar normas u otros actos, así como la de establecer prácticas violatorias de esas obligaciones internacionales; iv) la prohibición de aplicar o dar cumplimiento a leyes u otras normas violatorias de las mismas obligaciones; v) la obligación de adoptar las medidas legislativas o de otro carácter necesarias para hacer efectivas las sentencias y demás providencias de la Corte IDH, así como las decisiones, recomendaciones o dictámenes de la CIDH y demás órganos internacionales de protección de naturaleza análoga, y, vi) el efectivo ejercicio del control de convencionalidad sobre las normas jurídicas internas violatorias de las obligaciones internacionales del Estado concernientes a los derechos humanos o incompatibles con ellas.