

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

ESCUELA DE POSGRADO



**PONTIFICIA
UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DEL PERÚ**

“La fuerza vinculante de los estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Alcances y límites”

Tesis para optar el grado de Magíster en Investigación Jurídica

AUTOR

Juan Carlos Díaz Colchado

ASESOR

César Rodrigo Landa Arroyo

**LIMA – PERÚ
2018**

Resumen

El presente trabajo aborda el estudio de la fuerza vinculante de los estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con la finalidad de determinar si tienen fuerza vinculante para los tribunales nacionales de Estados que no han sido condenados en los casos donde se establecieron. Para ello, se establece el concepto de estándar, luego se analizan los diferentes argumentos esgrimidos en torno a su fuerza vinculante, tanto los desarrollados por la propia Corte Interamericana como por la doctrina especializada. De ahí se desarrolla, desde una perspectiva general, la recepción de los estándares interamericanos por las cortes nacionales para, finalmente, analizar la recepción y seguimiento del estándar sobre la invalidez de las leyes de auto-amnistía. Con el análisis de casos de la Corte Interamericana que establecen ese estándar y de las cortes de Argentina, Uruguay y Colombia que los reciben y utilizan se arriba a la conclusión que su fuerza vinculante depende, en gran medida, del uso que le dan las cortes nacionales.

Palabras clave: Corte Interamericana de Derechos Humanos, estándar, fuerza vinculante, leyes de auto-amnistía.

Abstract

The present work deals with the study of the binding force of the standards of the Inter-American Court of Human Rights, with the purpose of determining if they have binding force for the national courts of States that have not been condemned in the cases where they were established. To this end, the concept of a standard is established, then the different arguments put forward regarding its binding force are analyzed, both those developed by the Inter-American Court itself and by the specialized doctrine. From there, from a general perspective, the reception of the inter-American standards by the national courts is developed to, finally, analyze the reception and follow-up of the standard on the invalidity of the self-amnesty laws. With the analysis of cases of the Inter-American Court that establish that standard and of the courts of Argentina, Uruguay and Colombia that receive and use them, it is concluded that their binding force depends, to a large extent, on the use of the national courts.

Keywords: Inter-American Court of Human Rights, standard, binding force, self-amnesty laws.

Índice de contenidos

Resumen/Abstract	2
Índice de contenidos	3
Introducción	5
Capítulo 1: Los estándares de la Corte IDH como fuente de DIDH en el SIDH	10
1.1.- La jurisprudencia de los tribunales internacionales como fuente de derecho en el derecho internacional:	10
1.2.- La jurisprudencia de la Corte IDH como fuente de derecho en el SIDH	17
Capítulo 2: Análisis de los argumentos que justifican la fuerza vinculante de los estándares de la Corte IDH en relación con Estados que no han sido parte de casos contenciosos	39
2.1.- Posición de la Corte IDH respecto de la fuerza vinculante de sus estándares: argumentos a partir del control de convencionalidad	39
2.2.- Posición de la doctrina en torno a la fuerza vinculante de los estándares de la Corte IDH: argumentos justificatorios, replicantes y críticos	44
2.3.- Balance de las posiciones asumidas por la Corte IDH y la doctrina en torno a la fuerza vinculante de los estándares interamericanos	48
Capítulo 3: Recepción de los estándares de la Corte IDH por las cortes supremas y tribunales constitucionales nacionales	60
3.1.- Incorporación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Derecho Constitucional nacional	60
3.2.- Las relaciones entre la Corte IDH y las cortes supremas y tribunales constitucionales nacionales: diálogo jurisprudencial y control de convencionalidad	72
3.3. Posiciones de las cortes nacionales respecto de la fuerza vinculante de los estándares de la Corte IDH: análisis de la recepción del estándar interamericano de forma general	77

Capítulo 4: El estándar sobre la invalidez de las leyes de auto-amnistía de la Corte IDH y su recepción por los tribunales y cortes de países no partes del caso en que se establecieron	90
4.1.- El estándar interamericano sobre la invalidez de las leyes de auto-amnistía	90
4.2.- Recepción del estándar interamericano sobre la invalidez de las leyes de auto-amnistía por tribunales y cortes nacionales de Estados no parte del caso en el que fue establecido	102
Conclusiones	120
Referencias bibliográficas	124



Introducción

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) es el órgano de carácter jurisdiccional que, de manera subsidiaria y complementaria, se encarga de velar por el cumplimiento de los compromisos asumidos por los Estados que han ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH). La subsidiariedad y complementariedad de su actuación y, por extensión, del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en adelante SIDH) deriva del hecho de que en principio corresponde al Estado otorgar protección a los derechos humanos protegidos por la CADH y, en su caso, reparar las violaciones a los mismos.

Este deber deriva de lo establecido en el artículo 1 de la Convención Americana que establece: “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 (...)”. Entonces, cuando el Estado no cumple con dicho deber las víctimas pueden acudir al SIDH a efectos de que, primero mediante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y luego, de ser el caso, a través de la Corte IDH se puedan reparar las violaciones a sus derechos. Esta solo actúa cuando el Estado denunciado no quiere o la Comisión no puede reparar el derecho vulnerado (principio de subsidiariedad), de esta manera la jurisdicción interamericana no sustituye, sino que complementa la protección de los derechos humanos en la región (principio de complementariedad). Al respecto, en el párrafo 37 de la sentencia del caso Zulema Tarazona y otros vs. Perú, la Corte IDH señaló que:

(...) la responsabilidad estatal bajo la Convención sólo puede ser exigida a nivel internacional después de que el Estado haya tenido la oportunidad de establecer, en su caso, una violación de un derecho y reparar el daño ocasionado por sus propios medios. Lo anterior se asienta en el principio de complementariedad (o subsidiariedad), que informa transversalmente el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el cual es, tal como lo expresa el Preámbulo de la misma Convención Americana, “coadyuvante o complementario de la [protección] que ofrece el derecho interno de los Estados americanos”. De tal manera, el Estado “es el principal garante de los derechos humanos de la personas, de manera que, si se produce un acto violatorio de dichos derechos, es el propio Estado quien tiene el deber de resolver el asunto a nivel interno y, [en su caso,] reparar, antes de tener que responder ante instancias internacionales como el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, lo cual deriva del carácter subsidiario que reviste el proceso internacional frente a los sistemas nacionales de garantías de los derechos humanos”. El referido carácter subsidiario de la jurisdicción internacional significa que el sistema de protección instaurado por la Convención Americana sobre Derechos Humanos no sustituye a las jurisdicciones nacionales, sino que las complementa.

De acuerdo a los artículos 62 y 64 de la CADH, la Corte IDH cuenta con dos competencias: a) la competencia contenciosa y b) la competencia consultiva. La primera le permite “conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados Partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia (...)” (artículo 62.3 de la CADH). Al amparo de su competencia consultiva el tribunal interamericano se pronuncia “(...) acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos” (artículo 64.1 de la CADH) o a solicitud de los propios Estados “podrá darle opiniones [a estos] acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales” (artículo 64.2 de la CADH).

En relación con las decisiones de la Corte IDH en ejercicio de su competencia contenciosa habría que distinguir y diferenciar entre el efecto que tiene la sentencia sobre los Estados que han sido parte en un caso, y sus efectos respecto de aquellos otros que no lo han sido. Estos efectos abren dos escenarios que aunque diferenciables son complementarios: el escenario del cumplimiento de la sentencia por el Estado condenado y el escenario del seguimiento de los estándares interamericanos por aquellos Estados que no fueron condenados.

En el primer escenario, no hay duda que el fallo de una sentencia de la Corte es vinculante para el Estado que ha sido condenado en el caso, porque como tal debe cumplirlo, según lo establecido por el artículo 68.1 de la CADH, pues los Estados “(...) se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes”.

En lo que respecta al segundo escenario identificado, desde el texto de la CADH no es posible sostener que las sentencias de la Corte IDH vinculen de alguna manera a los Estados que no han sido condenados por no ser parte del caso de referencia. No obstante, diversas cortes supremas y tribunales constitucionales nacionales han recibido lo estándares interamericanos. Con ello, de manera indirecta, le reconocerían alguna fuerza vinculante, a pesar que no existe disposición específica en la CADH que establezca ello.

La Corte IDH ha señalado que sus sentencias tienen un efecto de cosa juzgada internacional y que su jurisprudencia (precedentes o lineamientos jurisprudenciales, como los denomina) debe ser aplicada mediante el control de convencionalidad por los Estados que, aun cuando no han sido parte del caso contencioso, ratificaron la CADH y aceptaron su competencia contenciosa:

Respecto de la segunda manifestación del control de convencionalidad, en situaciones y casos en que el Estado concernido no ha sido parte en el proceso internacional en que fue establecida determinada jurisprudencia, por el solo hecho de ser Parte en la Convención Americana, todas sus autoridades públicas y todos sus órganos, incluidas las instancias democráticas, jueces y demás

órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, están obligados por el tratado, por lo cual deben ejercer, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, un control de convencionalidad tanto en la emisión y aplicación de normas, en cuanto a su validez y compatibilidad con la Convención, como en la determinación, juzgamiento y resolución de situaciones particulares y casos concretos, teniendo en cuenta el propio tratado y, según corresponda, los precedentes o lineamientos jurisprudenciales de la Corte Interamericana. (Resolución de Supervisión de Sentencia del caso Gelman vs. Uruguay del 20 de marzo de 2013, párrafo 69)

Esta aproximación vertical del tema se enfrenta a dos dificultades. En primer lugar, la Corte fuera de un caso no tendría facultades coercitivas sobre los Estados que forman parte del sistema de la CADH, por lo que no podría obligarlos a seguir sus estándares. Por ello y en segundo lugar, el seguimiento de esos criterios, en cierto modo, queda librada a la forma como son recibidos por los tribunales constitucionales y cortes supremas de los Estados y si estas le reconocen algún tipo de fuerza vinculante.

Si bien algunas han establecido el seguimiento de los criterios de la Corte IDH, unas como mandatos vinculantes, como en Perú o Argentina, otros las han concebido como pautas o criterios orientadores para la interpretación de los derechos fundamentales como ha sucedido en México o en Colombia (al respecto puede verse el numeral 3.3 del capítulo 3 del presente trabajo).

Entonces, al existir una divergencia de pareceres sobre la fuerza vinculante de los estándares interamericanos, la investigación realizada tiene por finalidad responder a la siguiente pregunta ¿Cuáles son los alcances y los límites de la fuerza vinculante de los estándares de la Corte IDH respecto de aquellos Estados que no han sido parte del caso contencioso en el que se establecen dichos estándares?

Como hipótesis de trabajo consideramos que los alcances y límites de la fuerza vinculante de los estándares de la Corte IDH respecto de Estados que no han sido parte en los casos que se establecieron dichos estándares va a depender de la forma de incorporación de los tratados de derechos humanos por parte de los ordenamientos nacionales (aspecto formal) y, fundamentalmente, de la recepción y uso que de ellos hagan las cortes supremas y los tribunales constitucionales de los Estados que tienen encomendada la función de control de constitucionalidad (aspecto material), porque pueden seguir esos estándares y utilizarlos como *ratio decidendi* de sus fallos (grado fuerte de vinculación), otras veces como *obiter dictum* (grado débil de vinculación); o bien pueden no seguirlos, con lo que no le reconocerían ningún valor a los estándares interamericanos.

Para validar la hipótesis formulada y con ello responder al problema de investigación, la investigación se planteó tres objetivos: a) establecer un concepto de estándar de la Corte IDH; b) analizar los argumentos que sustentan la fuerza vinculante de los estándares de

la Corte IDH respecto de aquellos Estados que no han sido parte de los casos contenciosos, tanto aquellos desarrollados por el propio tribunal interamericano a partir del control de convencionalidad, como los desarrollados por la doctrina que se ha ocupado del tema; y c) determinar los alcances y los límites de la fuerza vinculante de los estándares de la Corte IDH respecto de aquellos Estados que no han sido parte de los casos contenciosos, para lo cual se analizó la recepción y uso del estándar interamericano sobre la invalidez de las leyes de auto-amparado establecido en la sentencia de los casos *Barrios Altos vs. Perú* y ratificado en los casos *Almonacid Arellano vs. Chile*, *La Cantuta vs. Perú* y *Gómes Lund (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*.

Sin negar que dicho estándar puede ser empleado por los jueces nacionales de todas las instancias, el trabajo se enfocó en su recepción y uso por parte de las cortes supremas y tribunales constitucionales de los Estados por las siguientes dos razones: a) son las cortes vértices de sus respectivos sistemas judiciales, por ende, sus sentencias tienen un impacto en los jueces inferiores, por lo que a partir de ellas se podría determinar qué tan vinculante resultan los estándares de la Corte IDH para todos los jueces nacionales; y, b) esas cortes y tribunales al detentar el control de constitucionalidad sobre la ley y ser los últimos garantes de los derechos humanos en sede nacional integran el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (en adelante DIDH) con el Derecho Constitucional, por lo que el estudio de sus sentencias permitirá sistematizar sus experiencias y encontrar tendencias en el tratamiento y grado de vinculación que reconocen tener frente a los estándares de la Corte IDH.

De otro lado, consideramos que el desarrollo de una investigación como la propuesta se justifica porque se inserta en un debate de mayor calado: la armonización e integración del DIDH y el derecho constitucional, ya que ambas disciplinas confluyen en una finalidad común: la protección de los derechos fundamentales o humanos de la persona. Por ello, resulta importante estudiar la fuerza vinculante de los estándares de la Corte IDH, pues conlleva una forma de integrar el estándar internacional con el nacional en lo relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones que reconocen los derechos humanos en el SIDH.

La investigación planteada también tiene relevancia social porque permitirá a los tribunales y cortes nacionales, así como a los litigantes (abogados del Estado, defensores de los derechos humanos, víctimas), emplear de manera adecuada las sentencias de la Corte IDH en los litigios en sede nacional e interamericana, así como en la formulación y planteamiento de sus estrategias procesales.

La investigación que se propone representará un aporte metodológico porque confrontaremos las distintas perspectivas teóricas sobre el problema de investigación con la práctica jurisprudencial, en especial a partir del análisis de las razones teóricas que se han venido construyendo desde las sentencias de la Corte IDH para justificar la eficacia vinculante de sus estándares y cómo estos han sido recogidos, matizados,

ignorados o contradichos por la práctica jurisprudencial de las cortes supremas y tribunales constitucionales nacionales en las materias que serán objeto de análisis.

Para lograr lo señalado y siguiendo los objetivos formulados, se han elaborado tres capítulos. En el primero de ellos, se aborda la construcción del concepto de estándar, para lo cual se desarrollan las razones por las cuáles la jurisprudencia de las cortes internacionales constituiría fuente indirecta de derecho internacional, aun cuando tradicionalmente solo se la ha considerado como un medio auxiliar de los tratados y la costumbre internacionales.

En el segundo capítulo se analiza los argumentos elaborados a partir de lo señalado por la Corte IDH y la doctrina para justificar o asumir una posición crítica sobre el carácter vinculante de los estándares interamericanos. En el tercer capítulo, a partir del análisis del debate en torno a la integración entre el DIDH y el derecho constitucional, se aborda de manera general la recepción y uso del estándar interamericano de acuerdo a las apreciaciones de cortes y tribunales constitucionales y supremas nacionales.

En el cuarto capítulo se analiza de manera específica la recepción del estándar sobre la invalidez de las leyes de auto-amnistía por parte de cortes nacionales. Para ello, se ha analizado diferentes casos de la Corte IDH que establecen dicho estándar y luego una serie de casos de Argentina, Colombia y Uruguay, países no condados por la Corte IDH sobre dicha materia, para determinar el uso que sus cortes de más alto rango le han dado al referido estándar. Para cerrar la tesis se alcanzan algunas conclusiones.

No puedo dejar de agradecer a mi asesor de tesis el Dr. César Landa Arroyo, verdadero padre académico que me ha guiado, con paciencia y sabiduría infinitas, en el camino recorrido para culminarla de forma satisfactoria. Asimismo, dejo constancia de sus consejos en todo momento, de su impulso y apoyo constante en mi desarrollo académico y profesional, marcando con su especial dedicación a la vida académica y profesional una marca y ejemplo que espero algún día poder alcanzar. Todo ello no hace más que graficar la increíble persona que es para quienes tenemos el enorme privilegio de conocerlo y de contarnos entre sus discípulos, dado que además de ejemplo de académico dedicado a la vida universitaria, es un enorme paradigma de un ciudadano comprometido con la democracia y la defensa de los derechos humanos.

Asimismo, dedico esta tesis a mi madre querida, Gabriela Colchado Chinchay, quien siempre me ha apoyado e impulsado a ser lo que soy. Así como a mi papá, Carlos Díaz Guarniz, a quien he recuperado después de muchos años. De igual manera a mis hermanos: Liliana, Ketty, Irina, Katherine y Miguel, quienes con su amor y paciencia, dadas mis ausencias, me animan de distintas formas a seguir adelante; así como a mis sobrinos: Valeria, Alejandro, Yago, Stephano, Sebastián y Fabricio; y, especialmente a mi querida sobrina-ahijada a quien amo como si fuera mi hija: Gia Khalessi Bisbal Ruesta.

Finalmente, quiero agradecer a quien vio el surgimiento de la idea que encierra la tesis, la animó en su desarrollo y la reanimó en su tramo final, a Paola Geraldine Miranda Cerna, de quien aprendí muchísimas cosas valiosas, pero sobre todo que las conexiones más intensas e inexplicables basadas en el amor son las más duraderas.

Capítulo 1: Los estándares de la Corte IDH como fuente de DIDH en el SIDH

El objetivo de este capítulo es desarrollar el concepto de estándar de la Corte IDH como fuente de DIDH en el ámbito del SIDH. Para ello, dos son los temas involucrados que desarrollaremos: el de la jurisprudencia de los tribunales internacionales como fuente de derecho internacional (numeral 1.1) y el de estándar de la Corte IDH y su consideración como fuente de derecho en el SIDH (numeral 1.2).

1.1.- La jurisprudencia de los tribunales internacionales como fuente de derecho en el derecho internacional:

Antes de ingresar a determinar si la jurisprudencia de los tribunales internacionales es fuente de derecho internacional debemos acercarnos previamente al concepto de fuente. Al respecto, no existe un concepto unívoco de fuente (Álvarez 2005, p. 138; Torres 2006, pp. 443-444). Una idea simple para aludir al concepto es referirse a esta como el origen o principio de algo, por lo que referido al derecho alude al punto de partida y causa de sus manifestaciones (Rivera y Bautista 2007, p. 79; Páucar y otros 2006, pp. 97-98), es decir, al origen (fuente de creación) o fundamento de las normas que lo integran (fuente de validez).

Con su primera acepción, como fuentes de creación del derecho, se alude a los modos de producción de las normas en un determinado ordenamiento jurídico.

Al respecto, desde bases positivistas se han dado tres grandes respuestas¹. En principio, las fuentes de creación del derecho serían las normas superiores del ordenamiento jurídico que determinan como se crean las normas inferiores (Kelsen 1979, p. 243). En un sentido autopoiético, serían las normas del propio derecho que, como ordenamiento jerarquizado, establecen quiénes son las autoridades que crean normas jurídicas (competencias) y los mecanismos que deben seguir para hacerlo (procedimientos). Esto con independencia de su contenido moral o político.

Desde otra perspectiva, también positivista, se alude a la naturaleza social de las fuentes, en el sentido de que estas fuentes de creación no estarían en el propio derecho (tesis de la teoría pura), sino en los hechos sociales, en virtud del cual, las fuentes del derecho se encontrarían dentro de una regla de reconocimiento, al que todos los

¹ Descartamos una aproximación iusnaturalista al tema de las fuentes porque buscan el origen de las normas o su fundamento de validez en consideraciones metafísicas. En buena cuenta, estas parten de la creencia común que el origen y fundamento del derecho se encuentra en el mundo de la fe o en el mundo de las ideas. Pero en tanto creencia compartida no deja de ser un fenómeno social, por ello una aproximación positivista al tema de las fuentes, nos parece más adecuada.

individuos de una comunidad la reconocen como tal, pues contiene las reglas de competencia y procedimiento para que los miembros de esa comunidad reconozcan cuáles son las normas jurídicas de su comunidad (Hart 1963, pp. 117, 127).

Finalmente, desde una perspectiva realista, se ha señalado que las fuentes del derecho deben ser entendidas como una serie de factores que influyen en el juez para que éste adopte su decisión frente a un caso determinado. Estos factores son variables siendo el criterio de diferenciación su objetividad, ya que las fuentes pueden ser reglas precisas (legislación) o un material vago e indeterminado (precedentes y costumbre) que luego del trabajo del juez se transforma en una regla para resolver el caso (Ross 2005, pp. 107-108).

De estos enfoques, el último debe descartarse en tanto pone el acento en uno de los operadores, el juez, y pierde de vista la mirada del derecho como un todo. Las dos primeras en cambio apuntan a básicamente lo mismo, las fuentes del derecho son normas o hechos sociales que nos permiten identificar cuando estamos frente a una norma que se califica como jurídica y que por ello su acatamiento es obligatorio. Entonces siguiendo esta perspectiva, lo que habría que identificar sería la norma o regla social que otorga la competencia a un órgano (autoridad) y los procedimientos a seguir para la creación de las normas; con ello se evalúa si una regla del sistema cumple esas condiciones. De cumplirlas, será considerada como una norma jurídica, en caso contrario, no lo será.

Ahora, el segundo sentido de fuente, como fundamento de validez, alude a la idea última que fundamenta y otorga validez a todo el sistema jurídico. Esto nos lleva a la discutida tesis en la filosofía del derecho entre iusnaturalistas y positivistas sobre la incorporación de la moral en el derecho. Según los positivistas, el fundamento de validez del derecho es el derecho mismo que regula sus modos de producción y que se encuentra en la norma fundante básica (Kelsen 1979, p. 205) o en la regla de reconocimiento (Hart 1963, p. 127). En cambio para los iusnaturalistas, el fundamento de validez del derecho se encontraría en una moral ideal (racionalista o teológica).

Esta tesis ha sido discutida ampliamente a partir del debate entre Hart (1963 y 2000, pp. 10 y ss.) y Dworkin (1984) y la incorporación y reconfiguración del concepto de los principios, según el cual estos serían pautas morales (como los de la buena fe, la solidaridad, el bien común, los derechos humanos, etc.). Es más el constitucionalismo contemporáneo se nutre de dicho debate. Y a partir de ello se han generado corrientes de pensamiento bastante antagónicas. No es el lugar adecuado para ingresar a tallar en el mismo. Solo haremos un somero planteo del tema.

En el derecho contemporáneo es indudable que los principios han ingresado en la discusión académica, sobre todo animado por los procesos de constitucionalización del derecho (Landa 2013, pp. 13-36; Guastini 2016, pp. 277-291), dado que las constituciones surgidas luego de la II Guerra Mundial incorporaron disposiciones que

reconocen derechos humanos o fundamentales. A partir de ello, asumiendo la tesis de la supremacía jurídica de la Constitución, las demás fuentes del ordenamiento se subordinan a las disposiciones constitucionales que contienen principios. Por ende, una norma para ser válida dentro de cualquier sistema constitucional, no solo debe haber sido emitida por la autoridad competente y siguiendo los procedimientos establecidos, sino que además, su contenido no puede ser contrario al catálogo de principios contenidos en una Constitución.

Por ello, las fuentes del derecho no pueden ser entendidas solo en términos formales (competencia y procedimientos) sino también debe atenderse a su contenido, de modo tal que una norma jurídica para ser calificada como tal y válida deberá, además de haber sido dictada por la autoridad competente siguiendo los procedimientos establecidos, ser conforme con los principios que informan al sistema jurídico de referencia. De modo tal que las fuentes cumplen un rol identificador (para determinar la existencia) y un rol justificatorio (para determinar la validez) del derecho.

En el caso del derecho contenido en leyes o tratados internacionales, es claro que los mismos son creados por autoridades (legisladores o Estados) que tienen competencia para ello (atribuida en sus constituciones, para las leyes, o fundados en su soberanía, para los tratados), que actualmente no pueden tener cualquier tipo de contenido, de ahí que existan mecanismos de control de esa legislación (para el caso de las leyes el control de constitucionalidad y para el caso de los tratados si bien no hay un control jurídico en estricto, los Estados de no estar de acuerdo con su contenido pueden no ratificarlos o si ya ha sido ratificado y el Estado no está de acuerdo con el mismo, existen mecanismos internos en el propio tratado para que un Estado pueda desvincularse, como la denuncia).

En términos generales, la jurisprudencia es emitida por una autoridad dotada de competencia que emana de la constitución, la ley o del tratado (si se trata de un juez nacional o internacional), y su contenido, es decir, el contenido de sus decisiones debe ser conforme no solo al derecho positivo legislado (leyes y tratados), sino que también debe ser conforme a una serie de valores y principios que están contenidos en las constituciones o en las normas y principios del derecho internacional. De ahí que la jurisprudencia, en términos generales puede ser considerada como una fuente del derecho.

Esta consideración será diferente en el derecho interno y en el derecho internacional. En el primero, va a depender del sistema (*civil law* o *common law*) y de su ordenación en torno a las fuentes, los que pueden o no dotarle de algún grado de fuerza vinculante a la jurisprudencia (el *stare decisis* en el *common law* o el propio derecho legislado en los países de *civil law*, como el peruano por ejemplo). En el derecho internacional, en cambio la jurisprudencia tradicionalmente no se ha considerado como una fuente de derecho internacional. Por ello, cabe estudiar las posiciones que a la fecha existen sobre el particular.

1.1.1.- Postura clásica: la jurisprudencia de los tribunales internacionales como herramienta auxiliar para determinar reglas de derecho internacional

El rol de la jurisprudencia de los tribunales internacionales en el derecho internacional ha sido estudiado a partir de lo establecido en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (aprobado por la Asamblea General de la ONU en 1945) (Ramacciotti 2009, p. 219). Esta disposición establece lo siguiente:

Artículo 38

1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:
 - a. las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;
 - b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;
 - c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas;
 - d. las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 59.
2. La presente disposición no restringe la facultad de la Corte para decidir un litigio ex aequo et bono, si las partes así lo convinieren.

Dado que nuestro interés se limita en las decisiones judiciales como fuente de derecho internacional, corresponde señalar que el artículo 59 del Estatuto señala que “La decisión de la Corte no es obligatoria sino para las partes en litigio y respecto del caso que ha sido decidido”.

Por ello, no puede afirmarse, al menos desde una perspectiva formal, que el fallo (lo decidido por un tribunal internacional) pueda ser aplicado a un Estado que no ha sido parte del caso de referencia. De ahí que en un primer momento se ha entendido que la jurisprudencia de los tribunales internacionales tiene un rol muy limitado, ya que “no es en sí misma fuente independiente y autónoma de derecho internacional” (Monroy 1978, p. 3), pues no pueden “(...) operar solas, sino en función de otra fuente principal. Éstas son la jurisprudencia y la doctrina, que son formalmente fuentes interpretativas o cognitivas y sirven para identificar la materia normativa objeto de las tres primeras” (Monroy 2005, p. 84).

Entonces, desde una perspectiva que podemos calificar como clásica, la jurisprudencia de los tribunales internacionales no es fuente del derecho internacional, sólo sería un medio auxiliar para determinar e interpretar las reglas del derecho preexistente frente a vacíos o ambigüedades. Por ello, Monroy Cabra afirma que “(...) sirve para interpretar normas jurídicas oscuras o dudosas, para llenar los vacíos de la norma mediante la aplicación de los principios generales del derecho internacional y, desde luego, la

equidad (...) Sin embargo, sirve para determinar o reconocer la costumbre internacional y los principios generales del derecho” (Monroy 1978, p. 3).

En buena cuenta, la jurisprudencia en el derecho internacional sería un medio de reconocimiento de la costumbre y de los principios generales del derecho internacional (Novak y García-Corrochano 2000, pp. 457-458).

Sin perjuicio de lo señalado, respecto al rol de la jurisprudencia como fuente de derecho internacional existe un enconado debate entre los especialistas (Pastor 2003, p. 82; y Novak y García Corrochano 2000, pp. 454-459, quienes reproducen algunas de esas posiciones, sin tomar claramente postura en el mismo). Por ello, existe un sector que va creciendo en torno a aceptar que la jurisprudencia de los tribunales internacionales podría asumir el rol de fuente indirecta de derecho internacional, pues sus decisiones tendrían algún grado de vinculación (Thirlway 2003, p. 132).

Entonces, podría afirmarse que la jurisprudencia de los tribunales internacionales ha ido abandonando ese rol clásico de ser solo un medio auxiliar para determinar el derecho aplicable a un caso y que se convierte en una fuente de derecho, claro no como un tratado, que sería una fuente directa, pero si consideramos que sería una fuente indirecta para la interpretación y aplicación de los tratados en vigor, ya que precisan o delimitan, en función de los casos, el contenido de las obligaciones que los Estados contraen en virtud a los tratados que ratifican.

1.1.2.- Postura contemporánea: la jurisprudencia como fuente indirecta de derecho internacional

Desde posiciones más contemporáneas se ha afirmado que si la costumbre es fuente de derecho internacional con mayor razón debería serlo la jurisprudencia de los tribunales internacionales, pues:

si la costumbre se forma en el proceso de actuación espontánea del Derecho a través de una repetición de actos que se saben conformes a los principios superiores, la jurisprudencia se establece en el proceso de actuación forzosa del derecho a través de una repetición de soluciones extraídas también de los principios superiores (Pastor 2003, p. 83).

En esa misma dirección, Novak y García-Corrochano afirman que “la jurisprudencia no solo permite interpretar y probar la existencia de normas jurídicas internacionales sino que adicionalmente, provoca el surgimiento y transformación de las mismas” (2000, p. 459).

Por ello, aunque la jurisprudencia de los tribunales internacionales formalmente no es reconocida como fuente de derecho, sino como medio auxiliar, dado el desarrollo de las prácticas internacionales de los últimos años, en los hechos las cosas son diferentes.

A partir de la constatación formal de que la jurisprudencia de los tribunales internacionales no puede calificar como fuente directa de derecho internacional, se debe prestar atención a la labor que de hecho efectúan los jueces, pues de una parte deciden controversias a partir de un derecho preexistente que aún no es objetivamente claro, pero al que le dan el “empujón definitivo para que esa norma en formación, revestida de *autoritas* jurisprudencial, “parezca” a todos que lo es” o cuando “un juez internacional induce de los Ordenamientos internos un principio general del derecho, la norma, el principio, que resuelve el caso es “amasado” por él en su formación concreta” (Gutiérrez y Cervell 2012, pp. 252 y 253).

Al respecto, por ejemplo, la Corte Internacional de Justicia cuando resolvió el diferendo por los límites marítimos entre Perú y Chile (2014) al momento de definir si uno de los instrumentos analizados podría calificar como un tratado de límites (la Declaración de Santiago de 1952) alude a su jurisprudencia previa para sustentar porque no recurrirá a los trabajos preparatorios y las circunstancias de su celebración –como medios complementarios de interpretación de los tratados- para interpretar el aludido instrumento:

66. A la luz de lo que antecede, la Corte no tiene necesidad, en principio, de recurrir a los medios complementarios de interpretación, tales como los *travaux préparatoires* de la Declaración de Santiago de 1952 y las circunstancias de su conclusión, para determinar su significado. Sin embargo, como en otros casos (ver, por ejemplo, Soberanía sobre Pulau Ligitan y Pulau Sipadan (Indonesia/Malasia), Fallo, I.C.J. Reports 2002, p. 653, párrafo 53; Delimitación Marítima y Cuestiones Territoriales entre Qatar y Baréin, Jurisdicción y Admisibilidad, Fallo, I.C.J. Reports 1994, p. 21, párrafo 40; Controversia Terrestre (Jamahiriya Árabe Libia/Chad), Fallo, I.C.J. Reports 1994, p. 27, párrafo 55), la Corte ha considerado el material relevante, que confirma la interpretación que le ha dado a la Declaración de Santiago de 1952. (Ministerio de Relaciones Exteriores 2015, p. 66)

De igual manera, es práctica recurrente en el derecho internacional de las inversiones reconocer cierto carácter de fuente a los laudos de los tribunales de arbitraje (Viñuales 2016, p. 3), especialmente del CIADI. Estos suelen citar, como fuente de criterios para resolver los casos, a los laudos de otros tribunales de arbitraje del propio CIADI u otros centros de arbitraje e incluso de tribunales internacionales. Al respecto, puede verse el caso ABR/07/6, Tza Yap Shum vs. Perú, donde se hace uso de otro laudo CIADI para interpretar los alcances del recurso adecuado en el derecho de las inversiones:

223. La parte Demandada ha indicado correctamente que en casos internacionales sobre expropiación una consideración importante ha sido si el inversionista tuvo medios legales adecuados para recurrir. Tal como lo indicó en su momento el tribunal en el caso ADC Affiliate Limited c. República de

Hungría (ADC Affiliate Ltd. v. Republic of Hungary, Caso CIADI No. ARB/03/16, Laudo (2 de octubre de 2006), párr. 435): "Algunos mecanismos legales básicos, como lo son la notificación dentro de un plazo razonable, un juicio justo y un árbitro objetivo e imparcial para evaluar las acciones en disputa, se espera que estén disponibles y accesibles al inversionista para darle sentido a dicho procedimiento. En general, el procedimiento legal debe ser de una naturaleza tal que le otorgue al inversionista afectado una posibilidad razonable dentro de un plazo razonable de reclamar sus legítimos derechos y hacer escuchar su reclamación".

En el SIDH la Corte IDH hace un uso intenso de su jurisprudencia para sustentar sus sentencias y opiniones consultivas. En dicho sentido, puede citarse la sentencia del caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador donde para construir su argumentación sobre la relación entre los derechos a la consulta y la propiedad comunal con el derecho a la identidad cultural emplea sus decisiones previas sobre la materia:

212. (...) la Corte ha reconocido que “[a]l desconocerse el derecho ancestral de las comunidades indígenas sobre sus territorios, se podría[n] estar afectando otros derechos básicos, como el derecho a la identidad cultural y la supervivencia misma de las comunidades indígenas y sus miembros” (Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 147.). Puesto que el goce y ejercicio efectivos del derecho a la propiedad comunal sobre “la tierra garantiza que los miembros de las comunidades indígenas conserven su patrimonio” (Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 146), los Estados deben respetar esa especial relación para garantizar su supervivencia social, cultural y económica (Cfr. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 91). Asimismo, se ha reconocido la estrecha vinculación del territorio con las tradiciones, costumbres, lenguas, artes, rituales, conocimientos y otros aspectos de la identidad de los pueblos indígenas, señalando que “[e]n función de su entorno, su integración con la naturaleza y su historia, los miembros de las comunidades indígenas transmiten de generación en generación este patrimonio cultural inmaterial, que es recreado constantemente por los miembros de las comunidades y grupos indígenas”(Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 154; las invocaciones a casos previos colocados entre paréntesis dentro de la cita se han trasladado de los pies de página de la sentencia que es donde originalmente aparecen).

Por ello, la cuestión de fondo no es discutir en torno a si la jurisprudencia tiene o no carácter de fuente, pues de hecho que lo es, al menos para los propios tribunales internacionales en cuya práctica es común recurrir a su propia jurisprudencia (como una suerte de autoprecedente) y la de otros tribunales a los que reconocen mayor *autorictas* (paradigmático es el caso de la Corte Internacional de Justicia, Thirlway 2003, p. 133),

sino a título de qué (justificación) y en qué grado (alcances) debe seguirse la jurisprudencia de los tribunales internacionales, sobre todo por parte de los jueces nacionales.

Esto es de especial importancia en el campo del DIDH y su integración con el derecho constitucional interno, dado que la evolución que ha experimentado acarrea cambios y un mayor grado de vinculación de la jurisprudencia internacional sobre los Estados y sus tribunales nacionales (Corlataan 2013, 68-69). De ahí que cierto sector considere que “(...) se puede incluir la interpretación de tratados de derechos humanos hecho por órgano supranacional, como una fuente del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, particularmente para la aplicación por parte de jueces y tribunales nacionales” (Castañeda 2012, p. 45).

1.2.- La jurisprudencia de la Corte IDH como fuente de derecho en el SIDH

En términos generales, hemos visto en el acápite anterior que la jurisprudencia de los tribunales sería una fuente indirecta de derecho internacional. Esta cuestión está directamente aparejada con otra más general acerca de si los jueces, y especialmente los jueces internacionales, crean derecho.

Esta cuestión conlleva muchas preguntas de hondo calado teórico y filosófico, como el concepto de derecho y el rol de los jueces en la creación del derecho. Ello porque si queremos saber si los jueces crean derecho, debemos primero saber qué es el derecho y, luego de ello, determinar si eso que es derecho es creado por los jueces.

Si bien, dichas cuestiones exceden ampliamente los límites del presente trabajo, podemos asumir algunas ideas que están más o menos asentadas. En dicho sentido, por derecho, en términos generales, se entiende un complejo sistema de enunciados normativos (Bobbio 2013, p. 3) cuya finalidad es regular la conducta de las personas (Guastini 1999, p. 94), estableciendo qué conductas pueden realizar, qué otras están impedidos de hacer y qué conductas se deben realizar de manera obligatoria (Alchourrón y Bulygin 2000, p. 134).

En la teoría del derecho contemporánea, luego del debate sostenido en la década del sesenta del siglo pasado entre Hart y Dworkin, se reconoce que además de enunciados que regulan la conducta de los hombres bajo la forma de reglas (aquellas que enlazan casos genéricos con soluciones normativas) también existen principios que tienen un hondo contenido moral, por ello el derecho siempre conllevaría una pretensión de corrección (Alexy 1994 y 2013). La discusión en torno a las distinciones entre uno y otro tipo de enunciado normativo es amplia en la teoría y filosofía del derecho (Aarnio 1997, pp. 17-35; Ródenas 2016, pp. 15-25).

Para efectos del presente trabajo, debemos retener que el derecho es un sistema complejo de enunciados normativos que pueden asumir la forma de reglas o principios

que regulan la conducta humana. Por lo que, cabe preguntarse si los jueces, a través de su jurisprudencia, crean derecho en el sentido anotado.

1.2.1.- Los jueces como creadores de derecho

En la filosofía del derecho es recurrente el debate en torno al rol de los jueces en la creación del derecho. Al respecto, Bulygin (2003, p. 7) señala que sobre la materia existen al menos tres posiciones:

- a) Los que sostienen que el derecho, entendido como reglas, es creado por el legislador y el juez solo se limita a aplicarlas a casos particulares. De alguna forma, sería la posición que se asumió sobre el rol de los jueces a partir de Montesquieu: los jueces como meras bocas que pronuncian las palabras de la ley en los casos concretos.
- b) Los que, a partir de Kelsen (1979, pp. 240, 242, 243), sostienen que el derecho está conformado por normas generales (abstractas) y normas individuales (concretas), donde los jueces, a la vez que aplican el derecho, también lo crean (o recrean), en tanto pasar las normas de sus enunciados generales a enunciados particulares para resolver un caso, supone no solo un acto de aplicación de la norma general, sino también de creación de la norma particular.
- c) Los que señalan que los jueces no crean derecho en situaciones normales, pero que sí lo hacen en situaciones muy especiales, particularmente, frente a las lagunas o vacíos normativos, es decir cuando no hay norma que regule el caso.

En general, consideramos que un análisis de estas posturas debe reposar en la distinción analítica entre disposición y norma, según la cual debemos entender por ‘disposición’ a un “enunciado que forme parte de un documento normativo”, en tanto que ‘norma’ sería un “enunciado que constituye el sentido o significado atribuido (por alguien) a una disposición (...)” (Guastini 2011, p.136). En otras palabras, la disposición es el texto de una ley o reglamento (o cualquier otra fuente del derecho positivo), en tanto que la norma viene a ser el resultado de su interpretación, esto es el significado que se atribuye al texto.

De esta manera, lo que los jueces hacen cuando requieren aplicar la ley (la disposición) deben interpretarla y asignarle un significado a esa disposición (norma). A partir de esta distinción es que debemos analizar las diferentes posiciones doctrinarias en torno al rol de los jueces en la creación del derecho (enunciados normativos o normas).

Sobre la primera posición, es claro que la práctica actual de la judicatura desmiente totalmente que los jueces sean meros repetidores de las palabras de la ley. Miremos la práctica de los tribunales locales que ejercen el control de constitucionalidad, mediante la emisión de precedentes y sentencias interpretativas sobre la ley. A nivel de la Corte

IDH el texto de la CADH se lee de manera muy diferente a partir de su jurisprudencia (contenciosa y consultiva).

Así por ejemplo, en Perú, la Constitución de 1993 contiene dos disposiciones que de manera clara establecen que no procede la revisión judicial de las decisiones del Jurado Nacional de Elecciones (los artículos 142 y 181). A pesar de ello, el Tribunal Constitucional, siguiendo el estándar interamericano del caso *Yatama vs. Nicaragua* y mediante una interpretación unitaria de las disposiciones constitucionales citadas más su artículo 200.2, estableció que a través del amparo cabe la posibilidad de revisar judicialmente las decisiones de la autoridad electoral cuando estas lesionen derechos fundamentales. De modo tal que, la comprensión actual de los artículos 142 y 181 de la Constitución de 1993 no es la que se desprende de su tenor literal, sino que ha cambiado a partir de la interpretación realizada por el Tribunal Constitucional:

20. Al referir que las resoluciones del JNE en materia electoral se dictan en última instancia y no pueden ser objeto de control constitucional en sede jurisdiccional, los artículos 142 y 181 de la Constitución, tienen por propósito garantizar que ningún otro órgano del Estado se arrogue la administración de justicia sobre los asuntos electorales, pues en esta materia técnico-jurídica, el JNE es, en efecto, instancia definitiva. (...)

Asunto distinto se presenta cuando el JNE ejerce funciones excediendo el marco normativo que la Constitución le impone. Ello tendría lugar, claro está, si se expide una resolución contraria a los derechos fundamentales. En tales supuestos, el criterio del JNE escapa a los asuntos técnico-jurídicos de carácter estrictamente electoral, siendo de inmediata aplicación el inciso 2) del artículo 200° de la Constitución que dispone que el proceso de amparo “procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los (...) derechos reconocidos por la Constitución”. En otras palabras, en tales casos, la jurisdicción constitucional se torna inmediatamente en el fuero competente para dirimir la litis circunscrita a si existió o no violación de la Carta Fundamental. Sin que pueda haber aquí, desde luego, una subrogación en las funciones reservadas constitucionalmente al JNE. (Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. N.º 5854-2005-PA)

En el caso de la CADH, por ejemplo, el derecho de propiedad reconocido en su artículo 21, de acuerdo a su tenor literal (disposición), garantiza que “Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes” y según el artículo 1 numeral 2 de la misma Convención “persona es todo ser humano”. De ahí que una primera lectura de la disposición del artículo 21 citado podría llevar a entender que la CADH solo protege al derecho de propiedad en sentido individual, como el derecho de una sola persona.

No obstante, la práctica jurisprudencial de la Corte IDH se ha decantado por ampliar su ámbito de aplicación, pues a partir de la interpretación del mencionado artículo 21 con

el artículo 29 de la misma CADH se amplió el sentido individual del artículo 21 para considerar que también protege a la propiedad colectiva o comunal de los pueblos indígenas:

148. Mediante una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, tomando en cuenta las normas de interpretación aplicables y, de conformidad con el artículo 29.b de la Convención - que prohíbe una interpretación restrictiva de los derechos - , esta Corte considera que el artículo 21 de la Convención protege el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal, la cual también está reconocida en la Constitución Política de Nicaragua (caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tigni vs. Nicaragua).

Entonces, el artículo 21 de la CADH ya no puede ser leído solo en clave individual, sino que a partir de la sentencia citada (reiterada en otras posteriores) puede y debe leerse en clave colectiva cuando la controversia gire en torno al derecho de propiedad de los pueblos indígenas.

De ahí que la labor judicial no es una actividad meramente mecánica de aplicación sin mayor tipo de reflexión o argumentación de normas a casos, sino que implican lecturas creativas de los textos positivos, en buena cuenta creación de enunciados normativos.

En lo que respecta a la segunda teoría, según la cual los jueces crean derecho cuando interpretan la norma general para generar un norma individual y de ahí aplicarla al caso, consideramos que se aproxima un poco a la práctica, pero según Bulygin, en estricto, no serían actos de creación de enunciados normativos, sino de interpretación de los enunciados generales de los textos normativos para concretizarlos en función del caso concreto. No obstante, somos de opinión que algunos actos de interpretación, pueden ser verdaderos actos de creación de enunciados normativos (en este sentido Vogelfanger 2015, pp. 260-268).

La interpretación puede ser entendida en dos sentidos: como un acto de conocimiento o como un acto de voluntad. En el primer sentido, la interpretación supondría descubrir un contenido que ya está en la disposición (fuente de derecho escrito), la voluntad del legislador, de modo tal que el aporte creativo del juez sería nulo. Por el segundo sentido, la interpretación se entiende como un acto de voluntad o decisión, debido a que el juez frente a un precepto (disposición, enunciado por interpretar), cuando aplica los criterios de interpretación aceptados, puede construir varios significados, de ahí que para resolver la controversia decide adscribirle un determinado significado (norma, enunciado interpretado), es decir, que elige entre diferentes opciones interpretativas. En dicho sentido, Guastini señala que:

(...) parece obvio que los enunciados interpretativos –en abstracto (“la disposición D expresa la norma N”) y en concreto (“El caso X queda comprendido en el ámbito de aplicación de la norma N”)- son fruto de elección y decisión, no de conocimiento. Es decir, estos no tienen carácter descriptivo o cognitivo, sino más bien adscriptivo (...) (2017, p. 52).

Kelsen fue el primero en advertir esta característica de la interpretación jurídica cuando escribió que:

Si por "interpretación" se entiende la determinación en cuanto conocimiento del sentido del objeto interpretado, el resultado de una interpretación jurídica sólo puede ser determinar el marco que expone el derecho por interpretar, y, por lo tanto, el conocimiento de varias posibilidades dadas dentro de ese marco. Por lo tanto, la interpretación de una ley no conduce necesariamente a una decisión única, como si se tratara de la única correcta, sino posiblemente a varias, todas las cuales -en tanto son cotejadas solamente con la ley que haya de aplicarse- tienen el mismo valor, aunque solo una de ellas se convertirá en derecho positivo en el acto del órgano de aplicación de derecho, en especial, en el acto del tribunal. Que una sentencia judicial esté fundada en ley no significa, en verdad, sino que se mantiene dentro del marco que la ley despliega; sino que es una de las normas individuales -y no la norma individual- que pueden ser producidas dentro del marco ofrecido por la norma general (1979, pp. 351-352).

Para ejemplificar lo señalado, en el caso peruano, el Tribunal Constitucional al resolver la controversia sobre las leyes antiterroristas del Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional dadas luego del autogolpe del 5 de abril de 1992, analizó la validez de las normas que atribuían competencia a los jueces militares para juzgar a los civiles acusados del delito de terrorismo. En aquella ocasión, estas normas se basaron en lo establecido en el artículo 173 de la Constitución cuya disposición establece que:

En caso de delitos de función, los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional están sometidos al fuero respectivo y al Código de Justicia Militar. Las disposiciones de éste no son aplicables a los civiles, salvo en el caso de los delitos de traición a la patria y de terrorismo que la ley determina (...)

A partir de esta disposición constitucional una primera interpretación que se le dio y que se recogía en las leyes antiterroristas era que los jueces militares podían juzgar a los civiles acusados de terrorismo:

96. La doctrina y la jurisprudencia nacional consideran que la norma aludida autorizaría la competencia de la justicia militar para conocer los procesos seguidos contra civiles en los casos de delitos de terrorismo y traición a la patria. Tal criterio, por otra parte, en cierta forma es fiel a lo que en su momento se

sostuvo en el Congreso Constituyente Democrático (...). (Sentencia del Exp. N.º 00010-2002-AI/TC)

No obstante, en la misma sentencia se da cuenta que dicho entendimiento había sido cuestionado en su momento por la Corte IDH y por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos:

98. También los órganos de protección supranacional de los derechos humanos (tanto la Corte como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos) han sido especialmente críticos con esta forma de comprender el artículo 173º de la Constitución y, en particular, con su desarrollo y aplicación por la legislación de menor jerarquía (...). (Sentencia del Exp. N.º 00010-2002-AI/TC)

A partir de ello, el Tribunal Constitucional decide darle una interpretación distinta al artículo 173 de la Constitución, más acorde con su propio tenor literal:

104. En ese sentido, el Tribunal Constitucional considera que si bien el artículo 173º de la Constitución puede ser interpretado en el sentido en que se ha venido efectuando (y que ha cuestionado tanto la Corte como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos), no es esa la única lectura interpretativa que de dicha cláusula constitucional pueda efectuarse.

En efecto, una interpretación literal del artículo 173º de la Constitución, no incompatible con lo expresado por la Corte Interamericana, es aquella según la cual dicho precepto constitucional, en realidad, no autoriza a que los civiles sean juzgados por los tribunales militares, sino solo a que, mediante ley, se disponga que ciertas disposiciones del Código de Justicia Militar puedan ser utilizadas en el procesamiento de civiles acusados de la comisión de los delitos de terrorismo y traición a la patria en el ámbito de la jurisdicción ordinaria.

105. Tal interpretación de la norma constitucional de conformidad con los tratados sobre derechos humanos, por otra parte, exigida por la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, exige, pues, no considerar que sean los tribunales militares los facultados para conocer los procesos seguidos contra civiles, aun en los casos de delitos por terrorismo y traición a la patria, pues ello implicaría una afectación del derecho constitucional al juez natural.

106. En ese sentido, el Tribunal Constitucional estima que las disposiciones del Código de Justicia Militar que pueden ser recogidas por la ley, a efectos de ser utilizadas en el procesamiento de civiles acusados de la comisión de los delitos de terrorismo y traición a la patria, en ningún caso podrán entenderse como referidas al “órgano”, sino sólo a reglas de procedimiento para ser utilizadas por la justicia ordinaria, y siempre que estas, a su vez, sean acordes con las garantías

mínimas del debido proceso previstas en la Constitución. (Sentencia del Exp. N.º 00010-2002-AI/TC, subrayado del original)

Este caso, ejemplifica que el Tribunal Constitucional, al interpretar el artículo 173 de la Constitución peruana tenía dos opciones, aquella que habilitaba la competencia de los jueces militares para juzgar a civiles acusados de terrorismo y otra que la negaba. El juez constitucional, para compatibilizar la disposición constitucional con otra que reconocía el derecho al juez natural y el DIDH decidió otorgar una interpretación al artículo 173 que negaba competencia a los jueces militares para procesar a civiles acusados de terrorismo.

En esa misma dirección, tenemos la ampliación vía interpretación del contenido del derecho a ser oídos por un “juez competente, independiente e imparcial”, contenido en el numeral 1 del artículo 8 de la CADH en conjunto con el derecho a un “recuso sencillo y rápido” del numeral 1 del artículo 25 del mismo tratado, en relación con los artículos 1 y 2, que establecen las obligaciones internacionales de los Estados de respetar y garantizar los derechos humanos de la CADH y adecuar el derecho interno a dicho instrumento, para que ambas disposiciones se constituyan, por decisión de la Corte IDH, en parámetro de validez de las leyes de auto-amparato que restringían el acceso a la justicia de las víctimas de graves violaciones a derechos humanos sucedido en épocas de dictaduras militares.

A partir de las disposiciones citadas, en el caso *Barrios Altos vs. Perú*, se señalaría que:

42. La Corte, conforme a lo alegado por la Comisión y no controvertido por el Estado, considera que las leyes de amnistía adoptadas por el Perú impidieron que los familiares de las víctimas y las víctimas sobrevivientes en el presente caso fueran oídos por un juez, conforme a lo señalado en el artículo 8.1 de la Convención; violaron el derecho a la protección judicial consagrado en el artículo 25 de la Convención; impidieron la investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y sanción de los responsables de los hechos ocurridos en Barrios Altos, incumpliendo el artículo 1.1 de la Convención, y obstruyeron el esclarecimiento de los hechos del caso. Finalmente, la adopción de las leyes de autoamparato incompatibles con la Convención incumplió la obligación de adecuar el derecho interno consagrada en el artículo 2 de la misma.

Este estándar fue reiterado en otros casos, como en *Almonacid Arellano vs. Chile* donde el tribunal interamericano señaló que:

127. Conforme a la jurisprudencia de este Tribunal, 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 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 Americana. Este tipo de leyes impide la identificación de los individuos responsables de violaciones a derechos humanos, ya que se obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia e impide a las víctimas y a sus familiares conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente.

En los casos citados la Corte IDH decide otorgar una interpretación que no se desprende del tenor literal de las disposiciones que se interpretan, sino que esta se construye a partir de los requerimientos del caso. Se establece un contenido nuevo de los derechos a ser oído por un juez competente, independiente e imparcial; y, al recurso sencillo, rápido y efectivo, según el cual, las leyes de auto-amnistía no tienen validez en tanto sean un obstáculo para el ejercicio del derecho de acceso a la justicia de las víctimas y sus familiares y en tanto representan un obstáculo para investigar, procesar y, en su caso, sancionar las graves violaciones a los derechos humanos.

En otras palabras, se establece un enunciado normativo según el cual toda víctima de violación de sus derechos humanos tiene el derecho a cuestionar los hechos que constituyen esa violación a través de un recurso sencillo y rápido ante un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, por lo que si una ley, como las leyes de auto-amnistías, no permiten que ello suceda, dichas leyes se constituyen en una violación de las obligaciones del Estado de garantizar y respetar ese derecho, en tanto impiden el juzgamiento de esos hechos; así como de la obligación de adecuar el derecho interno a la CADH, pues mientras dichas leyes sigan vigentes, continúan siendo un impedimento para que los derechos de la CADH sean efectivos.

El derecho al juez competente, independiente e imparcial también se empleó para establecer que los procesos seguidos ante la justicia militar contra militares acusados de graves violaciones a los derechos humanos no tenían validez, en tanto eran de competencia de la justicia ordinaria (caso Barrios Altos vs. Perú), y de igual manera que los procedimientos parlamentarios, como el juicio político, deben garantizar la imparcialidad de los que resuelven esos procedimientos (caso Tribunal Constitucional vs. Perú).

También podemos citar la ampliación del concepto de propiedad privada que se reconoce en el artículo 21 de la CADH para entender que forma parte del patrimonio de las personas no solo los bienes sino también las pensiones legalmente obtenidas, aun cuando estos, en la doctrina, se reconocen como un típico derecho social antes que de tipo civil (caso Cinco Pensionistas vs. Perú); o -como ya vimos- para incluir el concepto

de propiedad comunal de los pueblos indígenas (caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tigni vs. Nicaragua).

En lo que respecta a la tercera teoría, Bulygin precisa que frente a un vacío normativo, es decir, una situación en la cual frente a un caso en la que no existe una norma general que lo regule, el juez se encuentra habilitado para crear una norma general (no una norma individual) y a partir de ella, resolver el caso. En palabras de Bulygin

Precisamente, esa es mi tesis. Aunque yo agregaría que esa actividad creadora del juez no ocurre en forma habitual sino que solamente tiene lugar en situaciones excepcionales, a saber, cuando hay casos no regulados por las normas generales del derecho. En estos casos, el juez se ve obligado a suplir una norma general que resuelva el caso y que le permita adoptar una decisión sobre el caso particular (Bulygin 2001, p. 485).

De modo tal que los jueces solo crearían derecho –enunciados normativos- cuando están frente a un vacío, es decir, cuando el caso que deben de resolver no tiene una respuesta dentro del sistema jurídico vigente. Esta tesis es conocida como la tesis de la discrecionalidad judicial, según la cual si el caso no ha sido previsto por el legislador, el juez no puede dejar de resolver, por ello, debe crear derecho *ad hoc* para el caso. Esta es la tesis de Hart (2000, p. 54), que bien podría denominarse como tesis fuerte de la discrecionalidad, en la medida que no existe ninguna referencia de derecho positivo que el juez debe usar para crear derecho.

No obstante, podría plantearse una tesis según la cual, la discrecionalidad no es absoluta sino relativa, pues existe algún referente positivo que ampara la discrecionalidad judicial. Estos referentes son las cláusulas de apertura del sistema para incorporar elementos extra jurídicos o las de derechos no enumerados.

En dicho sentido, muchos sistemas, como el peruano establecen que los jueces no pueden dejar de resolver por vacío o deficiencia de la ley, en tales casos recurren a los principios generales del derecho o al derecho consuetudinario (artículo 139 inciso 8 de la Constitución de 1993). El sistema constitucional colombiano, por su parte, reconoce a la equidad, la jurisprudencia, los principios y la doctrina como criterios auxiliares de la actividad judicial (artículo 230 de la Constitución de 1991). En el caso mexicano, se establece que en los juicios civiles a falta de ley aplicable la sentencia se fundará en los principios generales del derecho (artículo 14 de la Constitución de 1917).

Si bien en el cuerpo de la CADH no existe una disposición similar que permita acudir a principios generales o la costumbre, no hay duda que en el derecho internacional, en la que se inserta el DIDH, se reconoce que los principios y la costumbre internacional son fuente de derecho (artículo 38 del Estatuto de la CIJ), por lo que la Corte IDH puede acudir a ella para ampliar el catálogo de derechos reconocidos por la CADH. En la práctica de la Corte IDH encontramos la invocación al uso de una práctica nacional e

internacional de reconocimiento vía legislación o sentencias de los altos tribunales nacionales para incorporar al derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas como un derecho protegido dentro del SIDH:

164. Diversos Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos, a través de su normatividad interna y por medio de sus más altos tribunales de justicia, han incorporado los estándares mencionados. De ese modo, la normatividad interna de varios Estados de la región; como por ejemplo en Argentina, Bolivia, Chile, Colombia, Estados Unidos, México, Nicaragua, Paraguay, Perú y Venezuela, se refiere a la importancia de la consulta o de la propiedad comunitaria. Además, varios tribunales internos de Estados de la región que han ratificado el Convenio N° 169 de la OIT se han referido al derecho a la consulta previa de conformidad con las disposiciones del mismo. En ese sentido, altos tribunales de Argentina, Belice, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, México, Perú o Venezuela han señalado la necesidad de respetar las normas de consulta previa y de dicho Convenio. Otros tribunales de países que no han ratificado el Convenio N° 169 de la OIT se han referido a la necesidad de llevar a cabo consultas previas con las comunidades indígenas, autóctonas o tribales, sobre cualquier medida administrativa o legislativa que los afecte directamente así como sobre la explotación de recursos naturales en su territorio. De ese modo, se observan desarrollos jurisprudenciales similares por parte de altas cortes de países de la región como Canadá o Estados Unidos de América, o de fuera de la región como Nueva Zelanda. Es decir, la obligación de consulta, además de constituir una norma convencional, es también un principio general del Derecho Internacional (caso Pueblo Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, por razones de espacio las extensas notas al pie de este párrafo de la sentencia han sido suprimidas).

Por otro lado, las constituciones suelen reconocer que sus declaraciones de derechos no excluyen el reconocimiento de otros que se derivan de la dignidad de la persona o que los derechos deben ser interpretados de conformidad con los tratados de derechos humanos ratificados por el Estado (artículo 3 y IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución peruana de 1993); o que esas declaraciones no deben entenderse como negación de otros derechos no enumerados que nacen del principio de soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno (artículo 33 de la Constitución de Argentina).

En el SIDH a partir de los criterios de interpretación contenidos en el artículo 29 de la CADH² se ha incorporado el principio *pro homine* o *pro persona* por el cual debe

² CADH, artículo 29. Normas de Interpretación

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;

preferirse la disposición y la interpretación de esa disposición que sea más favorable o que optimice el ejercicio de los derechos reconocidos en la CADH. Este principio contiene dos tipos de mandatos: preferencia interpretativa y preferencia normativa, es decir, según la primera se opta por efectuar una interpretación extensiva de sus contenidos e interpreta de manera restringida sus limitaciones, y según la segunda se prefiere la norma más protectora y se conserva la norma más favorable (Aguilar y Nogueira 2016, pp. 18-23).

Asimismo, podría considerarse como una cláusula de apertura para la incorporación, por vía interpretativa, de derechos no enumerados el literal c) del artículo 29 que establece: “Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno”, que en una interpretación a contrario habilitaría a la Corte IDH a interpretar las disposiciones de la CADH en el sentido de incluir otros derechos y garantías inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno. Con ello, el contenido normativo de las disposiciones que reconocen derechos humanos se amplía notablemente.

A modo de ejemplo, la Corte IDH en el caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile* acudió al principio *pro persona* y al artículo 29 de la CADH para reconocer que las categorías de orientación sexual e identidad de género se encuentran protegidas por el artículo 1.1 de la CADH y por lo tanto en el marco del SIDH ningún Estado parte podría realizar actos discriminatorios en contra de sus nacionales basados en dichos criterios:

83. La Corte ha establecido, al igual que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación consagradas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como las establecidas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

84. En este sentido, al interpretar la expresión "cualquier otra condición social" del artículo 1.1. de la Convención, debe siempre elegirse la alternativa más favorable para la tutela de los derechos protegidos por dicho tratado, según el principio de la norma más favorable al ser humano.

b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;

c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y

d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

85. Los criterios específicos en virtud de los cuales está prohibido discriminar, según el artículo 1.1 de la Convención Americana, no son un listado taxativo o limitativo sino meramente enunciativo. Por el contrario, la redacción de dicho artículo deja abiertos los criterios con la inclusión del término “otra condición social” para incorporar así a otras categorías que no hubiesen sido explícitamente indicadas. La expresión “cualquier otra condición social” del artículo 1.1. de la Convención debe ser interpretada por la Corte, en consecuencia, en la perspectiva de la opción más favorable a la persona y de la evolución de los derechos fundamentales en el derecho internacional contemporáneo.

(...)

91. Teniendo en cuenta las obligaciones generales de respeto y garantía establecidas en el artículo 1.1 de la Convención Americana, los criterios de interpretación fijados en el artículo 29 de dicha Convención, lo estipulado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, las Resoluciones de la Asamblea General de la OEA, los estándares establecidos por el Tribunal Europeo y los organismos de Naciones Unidas (supra párrs. 83 a 90), la Corte Interamericana deja establecido que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención. Por ello está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual. (Se han suprimido las extensas notas a pie de página).

Estos actos de creación de enunciados normativos se recogen en las sentencias de los tribunales, tanto locales como internacionales, de ahí que en su práctica sea moneda común el uso recurrente a su propia jurisprudencia anterior para extraer enunciados normativos y aplicarlos a los nuevos casos. Por ello, Pastor Ridruejo refiriéndose a la práctica de la Corte Internacional de Justicia ha señalado que esta

(...) se atiende a la consideración de su jurisprudencia como auténtica fuente del Derecho, ya que no tiene el menor inconveniente en aplicar ciertas reglas por el construidas y que invoca no a título de principios generales del Derecho, costumbre o convenciones, sino como su propia jurisprudencia (Pastor 2003, p. 83).

En buena cuenta los jueces crean derecho, es decir enunciados normativos, ya que vía la interpretación de las disposiciones de los textos legales o convencionales amplían significativamente sus significados originales, o cuando frente a un vacío normativo,

acuden a las cláusulas de apertura del sistema que les habilitan el uso de criterios extra jurídicos o a principios propios, como el *pro persona*.

Ahora bien, en el SIDH esta creación de derecho por parte de la Corte IDH nunca se ha enunciado de manera explícita, en su práctica esta suele hacer referencia a sus estándares, los que en conjunto con las disposiciones de la CADH son empleados para juzgar la actuación de los Estados en los casos contenciosos. Por ello, en el siguiente numeral se abordara el concepto de estándar de la Corte IDH.

1.2.2.- La construcción del concepto de estándar de la Corte IDH como fuente de derecho en el SIDH

En la práctica de la Corte IDH y de una amplia literatura el empleo del concepto de estándar es frecuente. Así, por ejemplo, en la Resolución del 30 de mayo de 2018 de supervisión de sentencia de los casos Barrios Altos y La Cantuta contra el Perú, la Corte IDH alude al concepto en el siguiente párrafo:

5. El caso Barrios Altos es uno de los casos emblemáticos de la jurisprudencia de este Tribunal en tanto, por primera vez, se dispuso que “son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”. Este estándar ha sido reiterado por la Corte de forma constante en su jurisprudencia (subrayado nuestro) (las extensas notas al pie han sido suprimidas).

Aquí el concepto de estándar se emplearía como regla de origen judicial, en la medida que el estándar en cuestión está contenido en la sentencia del caso Barrios Altos vs. Perú y “ha sido reiterado por la Corte en forma constante en su jurisprudencia”.

Por el lado de la doctrina, a título meramente ejemplificativo, tenemos los trabajos de Salmón y Bregaglio (2014, pp. 383-444) en el que hacen referencia a los estándares interamericanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales; Calderón (2013, pp. 145-219) por su parte alude a los estándares en materia de reparación integral que resultarían aplicables para México; Núñez y Zuluaga (2012, pp. 207-230) aluden a la misma materia pero referido a Colombia; Parra (2012, pp. 5-51) hace referencia a los estándares de la Corte IDH en materia de lucha contra la impunidad; Escobar, Benítez-Rojas y Cárdenas (2011, pp. 165-190) emplean el concepto para referirse a la influencia de los estándares interamericanos de reparación en la jurisprudencia del Consejo de Estado colombiano; Medina (2007, pp. 71-79) emplea el concepto para referirse a los

estándares sobre las condiciones de reclusión y el uso de la fuerza en esos mismos lugares, entre otros.

Este concepto es un anglicismo derivado del término “*standard*” que, en términos sencillos, debe entenderse como sinónimo de criterio, norma, nivel, medida, rasero o patrón (Alcaraz, Hughes y Campos 2012, p. 536). Una primera aproximación sería la que ofrece Candia cuando señala que “(...) existen dentro del texto de las convenciones internacionales de derechos humanos estándares que, reconociendo derechos, no especifican de forma más o menos clara cuáles son las obligaciones correlativas asociadas a los mismos” (2016, p. 55). Consideramos que esta aproximación es errada, en tanto para el autor citado el concepto de estándar sería equivalente a la de disposición del instrumento internacional que reconoce el derecho (el texto formal). Consideramos que el estándar no se encuentra en la disposición del tratado, sino que se encontraría en la sentencia de la Corte IDH.

Desde la teoría de la argumentación se asimila el concepto de “estándar” con el de “concepto jurídico indeterminado”. Así se ha señalado que los estándares “cumplen la finalidad de englobar en una regla simple una infinidad de acciones específicas que deben ser realizadas u omitidas” porque “al legislador le resulta imposible prever todas las posibles combinaciones de circunstancias que el futuro puede deparar”, por ello “las normas necesariamente deben incluir formulaciones genéricas”, estas formulaciones contenidas en los textos del derecho positivo vienen a ser los estándares (Etala 2016, p.132).

Así, por ejemplo, serían estándares los conceptos de “buen padre de familia”, “interés público”, “buena fe”, “buenas costumbres”, típicos conceptos jurídicos indeterminados que abarcan e imponen una serie de conductas, cuyo respeto o lesión no se puede determinar *a priori*, sino en función a las particulares circunstancias de un caso concreto y que, en último término, son valorados por el juez al momento de resolver (Etala 2016, p. 133.). Consideramos que esta aproximación no sería adecuada para la práctica de la Corte IDH, en la medida que estos conceptos jurídicos indeterminados no pueden asimilarse a los estándares de la Corte, pues como vimos al citar la Resolución de Supervisión del 30 de mayo de 2018 de los casos Barrios Altos y La Cantuta el estándar, tal y como lo entendería la Corte IDH sería un enunciado más preciso y no tan amplio o indeterminado como los aludidos por Etala.

Hart señala que un estándar sería una pauta o criterio de conducta a partir de la cual se apreciarían de manera crítica las acciones de las personas (Hart 1963, p. 41). En este sentido, un estándar sería sinónimo de parámetro de enjuiciamiento. Es decir, una regla a partir de la cual se determina si una conducta se ajusta (subsume) o no a la misma. Consideramos que esta aproximación podría ser cercana a la empleada por la Corte IDH porque en sus sentencias los estándares serían enunciados más precisos que se construyen a partir de la interpretación de las disposiciones más amplias de la CADH y con los que se enjuicia las acciones del Estado, contenidas en leyes, actos

administrativos, sentencias judiciales y/o actuaciones de hecho, como una detención arbitraria o la desaparición forzada de personas.

En las páginas previas hemos citado casos en los que la Corte IDH ha ampliado los conceptos del derecho a ser oído por un juez independiente e imparcial y el derecho al recurso sencillo y rápido, para juzgar las leyes de auto-amnistía, así como el derecho a la propiedad para incluir a la propiedad comunal.

Sobre su empleo por parte de la Corte IDH, Quinche señala que el concepto de estándar incluiría los puntos resolutivos de sus sentencias, así como sus elementos doctrinales y las reglas jurisprudenciales contenidos en su parte considerativa (2009a, p. 167). Por su parte, Landa indica que los estándares serían criterios de interpretación para los jueces y también canon de validez de las normas nacionales (2016, p. 166).

Consideramos que la aproximación de Quinche respondería a la pregunta ¿dónde se ubican los estándares? El estándar está en alguna parte de la sentencia, sea en el fallo o sea en su motivación –parte considerativa-. Por su parte, la postura de Landa nos llevaría a responder a la pregunta ¿para qué sirve un estándar de la Corte IDH? Sirve para interpretar las disposiciones de la CADH y para juzgar las normas de los Estados.

Por nuestra parte, consideramos que el concepto de estándar no puede ser y no podría estar ubicado en el fallo de una sentencia de la Corte IDH, porque esta parte de la sentencia impone determinadas actuaciones al Estado que ha sido condenado (agrupados bajo el concepto de reparación integral: pagar indemnizaciones, reabrir procesos penales, impartir cursos sobre derechos, difundir la sentencia o parte de ellas, etc.), por ende, como tal, y conforme a lo que se desprende del artículo 68 de la CADH solo resulta vinculante para ese Estado y no para otros.

Asimismo, consideramos que el concepto estándar no podría estar constituido por los desarrollos doctrinales de la Corte en la medida que esta ejerce una función jurisdiccional, más no académica. Ello no niega que no pueda desarrollar una labor pedagógica, pero ello es diferente a desarrollar doctrina y más aún pretender otorgarle un carácter vinculante para Estados que no fueron parte del caso contencioso.

Distinto es el caso de las reglas jurisprudenciales, que serían el producto (resultado) de la interpretación de los derechos contenidos en la CADH y los otros instrumentos sobre los que la Corte IDH tiene competencia material y que emplea para evaluar los actos del Estado que son sometidos a su conocimiento en virtud a su competencia contenciosa.

En esta dirección, Laurence Burgorgue-Larsen sostiene que los estándares están constituidos por las interpretaciones efectuadas por el juez interamericano o europeo sobre las disposiciones contenidas en los respectivos convenios, como tales son impuestos y consensuados al mismo tiempo, dado que su seguimiento -su fuerza vinculante- depende del grado de adhesión de los jueces nacionales

(...) para que la obligación desemboque en una aplicación de normas determinadas por los estándares, es necesario que dichas normas sean objeto de una adhesión por el receptor del estándar. El juez interno, primer destinatario del estándar internacional, debe adherirse a dicho estándar para aceptarlo y darle vida a la obligación determinada por el derecho internacional (textual y jurisprudencial) (2013, pp. 205-206).

Estas reglas jurisprudenciales se ubicarían en la *ratio decidendi* de la sentencia, que es una “regla de derecho que implícita o explícitamente [es] considerada por el juez como necesaria para llegar a su conclusión” (Cross y Harris 2012, p. 96; en sentido similar Marinoni 2013, pp. 267-268).

En un segundo momento, Quinche señala que:

En las sentencias de la Corte Interamericana los estándares son usados tanto como pautas de comportamiento de los Estados partes en la Convención, como criterios de evaluación del mismo comportamiento y como reglas jurídicas, cuyo contenido implica el establecimiento de obligaciones concretas a cargo de los Estados cuya inobservancia acarrea consecuencias en materia de responsabilidad internacional (2009b, p. 28).

Para sustentar esta posición, el autor cita tres extractos de la jurisprudencia de la Corte IDH donde esta emplea el concepto estándar. El párrafo 143 del caso *la Cantuta vs. Barrios Altos*:

La Sala Penal de la Corte Suprema peruana resolvió la contienda de competencia a favor del fuero militar, que no cumplía con los estándares de competencia, independencia e imparcialidad expuestos y que condenó a algunos militares por los hechos del caso, dispuso el sobreseimiento a favor de otros y dio aplicación a las leyes de amnistía (...) (resaltado nuestro).

De la sentencia del caso *Almonacid Arellano vs. Chile* el siguiente párrafo:

50. (...) En otras palabras, la Corte no tiene competencia para declarar una presunta violación al artículo 2 de la Convención al momento en que dicho Decreto Ley fue promulgado (1978), ni respecto a su vigencia y aplicación hasta el 21 de agosto de 1990, porque hasta ese momento no existía el deber del Estado de adecuar su legislación interna a los estándares de la Convención Americana. No obstante, a partir de esa fecha rige para Chile tal obligación, y esta Corte es competente para declarar si la ha cumplido o no (resaltado nuestro).

Finalmente, de la sentencia La Masacre de la Rochela vs. Colombia cita un extracto del párrafo 198:

Finalmente, el Estado tiene el deber ineludible de reparar de forma directa y principal aquellas violaciones de derechos humanos de las cuales es responsable, según los estándares de atribución de responsabilidad internacional y de reparación establecidos en la jurisprudencia de esta Corte (...) (resaltado nuestro).

En el primer y tercer caso, según el autor citado, el concepto de estándar es utilizado como parámetro de enjuiciamiento del Estado, en la medida que la actuación de la Corte Suprema de Perú “*no cumplía con los estándares*” y Colombia tenía el deber ineludible de reparar “*según los estándares*” de la Corte IDH establecidos en su jurisprudencia. Sobre el segundo caso, el concepto de estándar se emplea como fuente de obligaciones, ya que hasta antes del reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte IDH Chile no tenía el deber “*de adecuar su legislación interna a los estándares de la Convención Americana*” (Quinche 2009b, pp. 29-32).

No compartimos esta última apreciación, dado que en este caso la Corte no usa el concepto de estándar como fuente de obligaciones, sino como un parámetro, es decir, o la legislación chilena estuvo adecuada a la CADH o no lo estuvo. Es evidente que antes de que Chile ratifique la CADH tal obligación de adecuación no existía, pero luego de ello, tal obligación existe. Y la adecuación debe hacerse conforme a los estándares que se derivan de la CADH.

En el mismo trabajo Quinche asimila el concepto de estándar con el de enunciado normativo (norma). Al respecto, señala que en nuestro sistema de derecho continental:

(...) la norma, más que un concepto, corresponde a una estructura conformada por cuatro componentes: i) un titular, ii) un destinatario, c) un contenido deóntico (básicamente caracterizable como un mandato, una prohibición o una autorización), iv) y un mecanismo eventual de efectividad. De esta manera, para determinar si un enunciado lingüístico es o no normativo, no habría que apelar a la determinación de un concepto, sino a verificar si los cuatro elementos que conforman la estructura de una norma se cumplen o no en el enunciado, de modo tal que de cumplirse, se estaría frente a una norma jurídica, independientemente de la designación lingüística que le haya sido dada (regla legislativa, regla jurisprudencia, principio estándar, directriz, etc.). Así (...) el estándar es un enunciado normativo (...) que se comporta como una regla jurídica aplicable a los casos concretos y es exigible como una obligación estatal concreta” (2009b, pp. 33-34).

De modo tal que el estándar es un enunciado normativo, esto es, es una regla que se construye (o reconstruye) a partir de la jurisprudencia de la Corte IDH, para efectos del este trabajo, la jurisprudencia emitida en casos contenciosos.

Estos enunciados normativos, reglas o estándares no se encuentran en el fallo (*decisum*), ni en los *obiter dicta* (razones accesorias), sino en las *ratio decidendi* de las sentencias. A partir de ellos los estándares se construyen. Esta labor compete por un lado a la propia Corte IDH cuando para resolver un nuevo caso, recurre a casos anteriores. En este supuesto, el estándar para la Corte IDH tendría un efecto de auto precedente, en el sentido de que debe seguir sus propios estándares. No obstante, esta no es una regla rígida, dado que los estándares pueden ser modificados, ampliados o precisados, en función a los nuevos casos que lleguen a su conocimiento.

Sobre el particular, en sede nacional, Renata Bregaglio señala que si bien, vía el control de convencionalidad, se pretendería apuntalar hacia un sistema de precedentes, esto es que los estándares interamericanos tengan una eficacia *erga omnes*, el sistema y la práctica de la Corte IDH enfrenta una serie de dificultades para instaurarlo: no hay uniformidad de las reglas jurisprudenciales (estas son variadas (ampliadas) sin que se señale expresamente ello), según la Corte IDH no solo resulta vinculante la *ratio decidendi* de la sentencia (donde habitualmente se ubica el precedente) sino toda la sentencia; y, no todo lo decidido por la Corte resulta estandarizable para los Estados (2016, pp. 346-354).

Por nuestra parte, consideramos que la interacción entre los estándares que la Corte IDH ha venido estableciendo en sus sentencias y su recepción, adhesión y seguimiento por parte de las cortes y tribunales nacionales no debe regirse por la idea del precedente. Por ello, no coincidimos con quienes afirman que:

(...) no debe olvidarse que las decisiones de la Corte IDH que según la jurisprudencia forman cosa interpretada, establecen un sistema de precedentes, donde los razonamientos y motivación de las decisiones interamericanas deben servir de instrumento para los Estados. Pero este deber de observar la interpretación de la Corte IDH no se puede confundir con los efectos *erga omnes* de las decisiones, sino que, se corresponde con un sistema de precedentes judiciales (Machado 2017, p. 369).

En un sistema jurídico regido por el precedente las decisiones judiciales, especialmente las de las altas cortes, son vinculantes por el principio de *stare decisis*, principio asentado en sistemas propios del *common law*, que tienen una tradición que explica tal vinculación. No obstante, tal principio no ha sido invocado en el seno de la práctica del SIDH, menos aún por la Corte IDH, aun cuando en alguna ocasión haya hecho referencia a sus “precedentes o lineamientos jurisprudenciales” (párrafo 69 de la Resolución de Supervisión de la Sentencia del caso Gelman vs. Uruguay de fecha 20 de marzo de 2013).

El precedente también se encuentra asentado en sistemas cuya organización judicial se asiente en el principio de jerarquía, según el cual los jueces inferiores deben seguir las interpretaciones de los jueces superiores. No obstante, la interacción entre la Corte IDH y las cortes de los estados que integra el SIDH no se rige por el principio de jerarquía, en la medida que el tribunal interamericano no tiene una posición jerárquica superior a las cortes nacionales.

Asimismo, la CADH no le otorga dicho carácter a las sentencias de la Corte IDH y, más importante aún, la mayor parte de países que actualmente le reconocen competencia son tributarios del sistema de derecho romano-germánico, europeo o continental, en los que no rige el principio de *stare decisis* que es el que sustenta el precedente. Lo señalado no implica que los estándares no tengan algún tipo o grado de fuerza vinculante, consideramos que los tienen, pero no a título de precedente.

Consideramos que esta fuerza vinculante no viene predeterminada por la autoridad de la Corte IDH, sino por la adhesión y el seguimiento a los mismos por parte de los jueces nacionales al resolver las controversias que conllevan la aplicación de las disposiciones de la CADH que reconocen derechos humanos. Es en este escenario, de aplicación judicial de la CADH en el derecho interno, en la cual los jueces al adherirse y seguir los estándares les reconocen fuerza vinculante.

Estos estándares o reglas jurisprudenciales una vez desarrolladas por la Corte IDH en sus sentencias en relación con otros Estados, particularmente, sus jueces, pueden tener dos tipos de efectos. Como señala Landa (2016, pp. 216), tienen efectos interpretativos, en la medida que los jueces nacionales los pueden emplear para interpretar las disposiciones que reconocen derechos humanos en sus constituciones, en el marco de la interpretación constitucional conforme a la CADH. A su vez, se constituyen en parámetro de validez del derecho interno de los Estados y de sus actuaciones, ya que se incorporan al bloque de constitucionalidad que se emplea como parámetro de juicio en el control de constitucionalidad.

El bloque de constitucionalidad es un concepto que se generó en el ámbito de la doctrina francesa para aludir al fenómeno de ampliación de su Constitución de 1958, por obra del Consejo Constitucional, para incluir a la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y al Preámbulo de la Constitución francesa de 1946 que incluye a su vez, como elemento marginal, a los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República (Favoreau 1990, pp. 50-55), así como la Carta del Medio Ambiente (incorporada en el año 2005 al preámbulo de la Constitución de 1958).

Este concepto, luego pasa a la experiencia española donde se le otorga otro uso, al incorporar en el bloque normas de rango legislativo (leyes orgánicas) para determinar el reparto de competencias entre el Estado español y las Comunidades Autónomas e

incluso otras que sirven de parámetro en el control de constitucionalidad de la ley (Rubio 2012, pp. 115-124).

De ambas experiencias puede apreciarse dos tendencias: la ampliación del catálogo de derechos con otros instrumentos considerados de rango constitucional y la incorporación de normas de rango infraconstitucional para enjuiciar la validez de la ley.

Este concepto es recibido en Latinoamérica en donde se emplea en países como México, Colombia, Argentina, Bolivia o Perú, en los sentidos anotados previamente. Ahora, en lo que se refiere a la ampliación del catálogo de derechos que sus constituciones reconocen, a partir del reconocimiento de su carácter como instrumento inacabado o incompleto (Gutiérrez 2007, pp. 23, 29 y 87), resulta de especial signo la incorporación de los tratados de derechos humanos en el bloque de constitucionalidad por obra de las propias constituciones y de los jueces nacionales.

Esta incorporación tiene dos consecuencias, de un lado, se incorpora el propio tratado al bloque como fuente formal o como instrumento para la interpretación de esos catálogos con la finalidad de ampliarlos; y de otro, también se incorpora de forma paulatina la interpretación de esos tratados efectuada por sus órganos de control, siendo paradigmático el caso de la interpretación jurisprudencial de la CADH efectuada por la Corte IDH (sus estándares) y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Uprimny 2008, pp. 91-97; Nash 2013, pp. 73-99).

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina señaló en la sentencia del caso *Ekmekdjian Miguel A. c. Sofovich Gerardo y otros* (07 de julio de 1992) que para aplicar la CADH en su ámbito interno debe tenerse en cuenta la interpretación realizada por la Corte IDH:

20. (...) debe tenerse presente que cuando la Nación ratifica un tratado que firmó con otro Estado, se obliga internacionalmente a que sus órganos administrativos y jurisdiccionales lo apliquen a los supuestos que ese tratado contemple, siempre que contenga descripciones lo suficientemente concretas de tales supuestos de hechos que hagan posible su aplicación inmediata. Una norma es operativa cuando está dirigida a una situación de la realidad en la que puede operar inmediatamente, sin necesidad de instituciones que deba establecer el Congreso (...).

21. Que la interpretación del Pacto debe, además, guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, uno de cuyos objetivos es la interpretación del Pacto de San José (Estatuto, art. 10).

En lo que respecta al caso de Perú, su Tribunal Constitucional tiene asentado que los derechos reconocidos en su Constitución deben interpretarse según los tratados de

derechos humanos, lo que concluye la interpretación realizada sobre esos instrumentos por sus órganos de control y seguimiento, como es el caso de la corte IDH:

23. Los derechos fundamentales reconocidos por nuestra Constitución, deben ser obligatoriamente interpretados de conformidad con los tratados y los convenios internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Perú y en concordancia con las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte (Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución y artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional).

En tal sentido, el ejercicio interpretativo que realice todo órgano jurisdiccional del Estado (o que desempeñe funciones materialmente jurisdiccionales), para determinar el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales, debe estar obligatoriamente informado por las disposiciones de los tratados internacionales de derechos humanos y por la interpretación de las mismas realizada por los tribunales internacionales sobre derechos humanos a través de sus decisiones. (Sentencia del Exp. N.º 5854-2005-PA/TC)

En esa misma línea, el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia tiene establecido que la interpretación de los tratados de derechos humanos efectuado por los tribunales internacionales forma parte del bloque de constitucionalidad:

(...) la Constitución boliviana del año 2009, es sin duda mucho más vanguardista en lo referente a la protección de los Derechos Humanos (...) la Constitución se integra por normas de carácter formal insertas expresamente en el texto de la Constitución -normas que están en el texto constitucional- y otras normas de carácter material que si bien no aparecen en el texto constitucional pueden utilizarse como parámetro de constitucionalidad por su contenido -normas que por su valor axiológico o principista como los Derechos Humanos deben considerarse como constitucionales- (...integración que...) debe entenderse bajo una interpretación *pro homine*, sistemática e histórica que el concepto de Constitución Política del Estado implica y conglomerada a los Tratados de Derechos Humanos que tienen un trato preferencial en el contexto constitucional en referencia al resto de Tratados Internacionales. Interpretación que al tenor del art. 13.IV de la CPE, establece: “Los derechos y deberes consagrados en esta Constitución se interpretarán de conformidad con los Tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Bolivia”, integrándose además los razonamientos de las Sentencias de tribunales internacionales en materia de derechos humanos al bloque de constitucionalidad sea o no el Estado boliviano parte procesal en virtud a que se constituyen en intérpretes oficiales de los tratados internacionales de derechos humanos (...) (Sentencia Constitucional Plurinacional 85/2012).

En Colombia su Corte Constitucional ha empleado el concepto de bloque de constitucionalidad como un mecanismo de integración del derecho internacional, particularmente el DIDH, con el derecho constitucional:

La relación entre derecho internacional y derecho interno ha sido uno de los asuntos más complejos que se han suscitado en la doctrina constitucional colombiana. Sin embargo, desde hace un tiempo, la Corte Constitucional ha elaborado una teoría excepcional según la cual, algunos tratados, por regla general de derechos humanos, que no hacen parte del articulado superior, integran la Constitución. Esa teoría ha sido denominada por esta Corporación como el bloque de constitucionalidad

El bloque de constitucionalidad se define como aquella unidad jurídica compuesta “por normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional *strictu sensu*”. No obstante, esa integración es excepcional pues de lo que se trata es de definir qué hace parte de nuestra Constitución. (Sentencia T-280A/16).

Asimismo, al incorporarse los tratados al bloque también se incorpora la interpretación que sobre esos tratados han efectuado los tribunales internacionales, especialmente la Corte IDH:

(...) la Corte coincide con el interviniente en que en esta materia es particularmente relevante la doctrina elaborada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que es el órgano judicial autorizado para interpretar autorizadamente la Convención Interamericana. En efecto, como lo ha señalado en varias oportunidades esta Corte Constitucional, en la medida en que la Carta señala en el artículo 93 que los derechos y deberes constitucionales deben interpretarse “de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”, es indudable que la jurisprudencia de las instancias internacionales, encargadas de interpretar esos tratados, constituye un criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales. (Sentencia C-067/03).

La Corte colombiana con mayor claridad ha señalado que la incorporación de los tratados se efectúa vía interpretación de las disposiciones constitucionales en la que debe tenerse en cuenta la interpretación de esos tratados contenidos en la jurisprudencia de los tribunales internacionales, por lo que:

Ello obliga a indagar sobre lo que realmente se incorpora por esta vía, pues no puede interpretarse una norma positiva de textura abierta (como las que definen derechos constitucionales) con otra norma que reviste las mismas características. Sólo es posible (i) fundir ambas normas (la nacional y la internacional) y (ii), acoger la interpretación que las autoridades competentes hacen de las normas internacionales e integrar dicha interpretación al ejercicio hermenéutico de la Corte. Por ello esta Corte ha señalado, en varias oportunidades, que la jurisprudencia de las instancias internacionales de derechos humanos constituye una pauta relevante para interpretar el alcance de esos tratados y por ende de los propios derechos constitucionales. (Sentencia T-1319/01).

Entonces los estándares de la Corte IDH se incorporan al derecho constitucional mediante la interpretación que efectúan las cortes nacionales de las disposiciones que reconocen derechos fundamentales.



Capítulo 2: Análisis de los argumentos que justifican la fuerza vinculante de los estándares de la Corte IDH en relación con Estados que no han sido parte de casos contenciosos

En el capítulo 1 hemos sostenido que la jurisprudencia de los tribunales internacionales, es fuente indirecta de derecho internacional. Asimismo, que los estándares de la Corte IDH son enunciados normativos que se construyen a partir de las *ratio decidendi* de sus sentencias sobre casos contenciosos.

Ahora, corresponde reflexionar críticamente en torno a los argumentos que se han elaborado desde la Corte IDH y la doctrina que se ha ocupado del asunto para justificar que los estándares de dicho tribunal vincularían a Estados no condenados en un caso contencioso.

2.1.- Posición de la Corte IDH respecto de la fuerza vinculante de sus estándares: argumentos a partir del control de convencionalidad

La Corte IDH no ha señalado de manera directa y expresa que sus estándares tengan fuerza vinculante para todos los Estados que integran el SIDH. No obstante, desde el año 2006, en la sentencia del caso Almonacid Arellano vs. Chile (párrafo 124) ha señalado que mediante el control de convencionalidad los jueces nacionales tienen el deber de confrontar las disposiciones del derecho interno con el parámetro interamericano para determinar su compatibilidad. Este parámetro, en palabras de la Corte IDH, está compuesto por los instrumentos del SIDH y su jurisprudencia.

La singularidad de la aplicación de los estándares contenidos en la jurisprudencia de la Corte IDH vía el control de convencionalidad tendría el efecto de hacerlos vinculantes para los Estados que no han sido parte del caso de referencia. Por ello se ha señalado que:

(...) la obligación de que las autoridades internas realicen el control de convencionalidad posee una tercera implicación aún más importante. Tal fórmula, especialmente cuando se asocia la idea de obligación a la necesidad de que el juez del tribunal interno tenga en cuenta la interpretación que hace la Corte Interamericana de la Convención Americana de Derechos Humanos, saca a la luz la difícil cuestión de los efectos *erga omnes* de las decisiones de un tribunal internacional. Aunque el lenguaje no sea del todo claro, los casos sugieren que los efectos de las decisiones, incluso en sus fundamentos, se extienden a todos los Estados que aceptan la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, independientemente de que sean partes o interesados directamente en el caso. (Bandeira 2015, p. 243)

En similar sentido, se afirma que por el control de convencionalidad “(...) aparecería la eficacia interpretativa objetiva indirecta de la norma convencional (*res interpretata*)

hacia todos los Estados partes de la Convención Americana (...)”, por lo que la relación de ambos produciría que los Estados apliquen “(...) la jurisprudencia interamericana derivada de aquellos casos en que no han sido partes” (Aguilar 2016, pp. 140-141).

Somos conscientes que desde su surgimiento en el lenguaje y la práctica de la Corte IDH, el control de convencionalidad ha sido objeto de múltiples estudios y controversias, dando origen a una muy amplia literatura sobre sus fundamentos (Torres 2012, Ferrer y Queralt 2017, pp. 134-135), implicancias y riesgos (Dulitzky 2014 pp. 533-569, Lovatón 2017, pp. 60-73). No obstante, el objeto de este trabajo no requiere realizar un estudio profundo de tales implicancias. Solo interesa abordarlo en tanto a partir del mismo se construye una línea de argumentación que justifica la fuerza vinculante de los estándares de la Corte IDH para los Estados no parte de un caso contencioso. De ahí que solo se aborden algunos de sus aspectos generales, vinculados principalmente con los propios desarrollos de la Corte IDH.

El concepto de control de convencionalidad fue incorporado primero a través de los votos del Juez Sergio García Ramírez (párrafo 27 de su Voto concurrente razonado en el caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala* de 25 de noviembre de 2003) y ha sido afinado por la Corte IDH en diferentes casos luego de la sentencia del caso *Almonacid Arellano vs. Chile*.

El control de convencionalidad es un concepto que se ha incorporado en el lenguaje de la Corte IDH y que permite comprender su práctica de control cuando aplica la CADH y otros instrumentos del SIDH e incluso otros que no fueron aprobados en su seno, como el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales, al determinar si un Estado ha violado o no los derechos protegidos por los referidos instrumentos sobre los que tiene competencia material.

En torno a cómo se activa su uso y quiénes pueden ejercerlo, se ha señalado que debe ser realizado de oficio por las autoridades estatales y en el marco de las competencias y regulaciones procesales que correspondan a cada derecho interno (caso *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*, párrafo 128). De igual manera, que corresponde aplicarlo a los jueces y órganos vinculados a los sistemas de administración de justicia (caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, párrafo 225), criterio que luego fue ampliado cuando se ha señalado que corresponde efectuarlo a todas las autoridades del Estado (caso *Gelman vs. Uruguay*, párrafo 239).

Ahora en lo que respecta al cómo deben ejercer el control los Estados, se ha señalado que desde la CADH no se impone un determinado modelo de control de convencionalidad (*Liakat Ali Alibux vs. Surinam*, párrafo 124), con lo que este deberá integrarse al control de constitucionalidad, de acuerdo al diseño adoptado por el derecho constitucional de los Estados, de modo tal que ambos deberían ser “ejercidos de forma complementaria” (Resolución de supervisión de sentencia del caso *Gelmán vs. Uruguay*, 20 de marzo de 2013, párrafo 88 *in fine*).

Sobre su estructura, el control de convencionalidad supone la presencia de dos elementos: un objeto y un parámetro de control (Torres 2013, pp. 12-16). El objeto de control está constituido por las normas y actos del Estado (constituciones, leyes, reglamentos, actos administrativos, sentencias judiciales, etc.) que son juzgados por la Corte IDH como actos que constituyen presuntas violaciones a los derechos humanos protegidos por la CADH.

El parámetro de control, por su parte, está constituido por la CADH y otros instrumentos sobre los que la Corte IDH tiene competencia material (caso Gudiel Álvarez y otros vs. Guatemala), tanto del SIDH como de otros ordenamientos ratificados por los Estados que han reconocido su competencia contenciosa (el Convenio 169 de la OIT es paradigmático en dicho sentido). También se incluyen en el parámetro a las opiniones consultivas de la propia Corte (Opinión Consultiva OC-21/14, párrafo 31).

En la misma sentencia del caso Almonacid Arellano vs. Chile se señaló que en el ejercicio del control de convencionalidad no solo debe tenerse en cuenta el tratado sino “también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana” (párrafo 124 *in fine*, reiterado en La Cantuta vs. Perú, párrafo 173)³.

Ello quiere decir que si las interpretaciones que efectúa la Corte IDH de la CADH se integran al parámetro del control de convencionalidad y este debe ser efectuado de oficio por los jueces nacionales, los estándares de la Corte IDH resultarían vinculantes para dichos jueces.

A partir de los desarrollos de la Corte IDH se construye una afirmación indirecta de la fuerza vinculante de sus estándares. Ello porque el control de convencionalidad debe ser aplicado por todos los Estados y no solo por el que fue condenado en el marco de un caso concreto, y para efectuar tal aplicación debe emplearse los estándares desarrollados por dicha instancia judicial. En esa dirección, en la Resolución de Supervisión del caso Gelman vs. Uruguay, la Corte IDH ha señalado que:

se ha acuñado en la jurisprudencia interamericana el concepto del “control de convencionalidad”, concebido como una institución que se utiliza para aplicar el Derecho Internacional, en este caso el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y específicamente la Convención Americana y sus fuentes, incluyendo la jurisprudencia de este Tribunal (párrafo 65, subrayado nuestro).

Por lo que, no aplicar los estándares interamericanos implicaría no realizar de modo leal el control de convencionalidad y en buena cuenta incumplir la CADH, dado que sus

³ Como ya se ha señalado la Corte IDH ha incluido dentro del parámetro del control de convencionalidad a sus opiniones consultivas. No obstante, el estudio de este aspecto excede los límites del presente trabajo.

disposiciones deben leerse teniendo en cuenta “la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana” (caso Almonacid Arellano párrafo 124 *in fine*, reiterado en el caso La Cantuta vs. Perú, párrafo 173).

De ahí que el control de convencionalidad englobe dos temas interrelacionados: el control propiamente dicho que busca dotar de eficacia normativa al DIDH en la jurisdicción internacional e interna; y, de otro lado, el otorgamiento del carácter de fuente de derecho a la jurisprudencia de la Corte IDH “haciéndola obligatoria más allá del caso en el cual la sentencia ha sido dictada” (Vítolo 2013, p. 359).

El tribunal interamericano en la citada Resolución de Supervisión del caso Gelman vs. Uruguay señaló que el control de convencionalidad tiene dos dimensiones que dependen de si el Estado ha sido parte o no de un caso contencioso. Sobre la primera dimensión, respecto del Estado condenado la sentencia tiene carácter de cosa juzgada y vincula a todos sus órganos, por ende,

(...) están sometidos al tratado y a la sentencia de este Tribunal, lo cual les obliga a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención y, consecuentemente, las decisiones de la Corte Interamericana, no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin o por decisiones judiciales o administrativas que hagan ilusorio el cumplimiento total o parcial de la sentencia. Es decir, en este supuesto, se está en presencia de cosa juzgada internacional, en razón de lo cual el Estado está obligado a cumplir y aplicar la sentencia (párrafo 68).

Pero si el Estado no ha sido parte, la Corte IDH considera que por el solo hecho de ser parte de la CADH aquél y todos sus órganos “están obligados por el tratado” por lo que deben ejercer el control de convencionalidad aplicando la CADH así como sus “precedentes o lineamientos jurisprudenciales” (párrafo 69). De esta manera, indirectamente la Corte IDH le otorga fuerza vinculante a sus estándares, a los que llama precedentes o lineamientos jurisprudenciales.

Por ello, debido a la integración de la jurisprudencia interamericana dentro del parámetro del control de convencionalidad, la justificación de esta fuerza vinculante, según los desarrollos de la propia Corte estribarían en cuatro argumentos: a) el rol de la Corte IDH como intérprete último de la CADH; b) el efecto útil de la CADH; c) el valor de la cosa interpretada; y, d) el seguimiento de la jurisprudencia interamericana por las cortes nacionales.

En relación con el primer argumento, la Corte en Almonacid Arellano vs. Chile sostuvo que el control de convencionalidad supone la confrontación del derecho interno con las disposiciones de la CADH y que en esta tarea los jueces nacionales no solo deben tomar en cuenta las disposiciones de la CADH sino también su interpretación efectuada por la Corte en su condición de “intérprete última de la Convención Americana” (párrafo 124

in fine, reiterado en *Boycé y otros vs. Barbados*, párrafo 78; *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, párrafo 225, *Gelman vs. Uruguay*, párrafo 193, entre otras).

Este estatus de la Corte derivaría de la interpretación conjunta de las disposiciones de la CADH que establecen que tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de sus disposiciones (artículo 62.3); y que sus fallos son definitivos e inapelables (artículo 67)

Con el argumento del efecto útil, la Corte ha resaltado que cuando un Estado ratifica un tratado como la CADH sus jueces también se encuentran sometidos a ella “lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin” (*Trabajadores cesados del Congreso vs. Perú*, párrafo 128), por ello en el marco del artículo 2 de la CADH, que establece el deber de adecuar el derecho interno, tienen el deber de aplicar el control de convencionalidad, que incluye sus estándares, con la finalidad de ratificar el carácter normativo de la CADH frente a los actos de los Estados.

El valor de cosa interpretada de la jurisprudencia interamericana se derivaría del carácter de cosa juzgada de la sentencia. Esta tendría dos efectos: uno subjetivo y directo que recae sobre el Estado condenado, y otro objetivo e indirecto que se predicaría de los Estados que integran el SIDH y que no han sido condenados. Este segundo efecto

produce una eficacia *erga omnes* hacia todos los Estados Parte de la Convención, en la medida en que todas las autoridades nacionales quedan vinculados a la efectividad convencional y, consecuentemente, al criterio interpretativo establecido por la Corte IDH, en tanto estándar mínimo de efectividad de la norma convencional, derivada de la obligación de los Estados de respeto, garantía y adecuación (normativa e interpretativa) que establecen los artículos 1º y 2º de la Convención Americana; y de ahí la lógica de que la sentencia sea notificada no sólo “a las partes en el caso” sino también “transmitido a los Estados partes en la Convención” en términos del artículo 69 del Pacto de San José (Voto razonado del Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot a la Resolución de Supervisión del caso *Gelman vs. Uruguay* de 20 de marzo de 2013, párrafo 33).

Finalmente, la Corte IDH ha señalado que las cortes supremas y tribunales constitucionales de los Estados con diferente intensidad “se han referido al carácter vinculante de las sentencias de la Corte Interamericana o han aplicado el control de convencionalidad teniendo en cuenta interpretaciones efectuadas por ésta” (Resolución de Supervisión del caso *Gelman vs. Uruguay*, párrafo 74).

Con ello, la fuerza vinculante de sus estándares se derivaría no solo del deber que tienen los Estados de cumplir con sus obligaciones internacionales, sino también del

seguimiento que efectúan las cortes nacionales. De lo cual se sigue que “la jurisprudencia internacional [de la Corte IDH] es fuente de derecho, si bien con distintos alcances [pues las cortes nacionales], han utilizado los *obiter dicta* y/o las *ratio decidendi* de dicha jurisprudencia para fundamentar o guiar sus decisiones e interpretaciones” (Resolución de Supervisión del caso Gelman vs. Uruguay, párrafo 86).

2.2.- Posición de la doctrina en torno a la fuerza vinculante de los estándares de la Corte IDH: argumentos justificatorios, replicantes y críticos

En la doctrina es posible ubicar hasta tres posturas en torno a la fuerza vinculante de los estándares de la Corte IDH para Estados no condenados. De un lado, quienes postulan argumentos para justificarla, empleando argumentos distintos a los de la Corte. Otros que de alguna manera replicarían los argumentos de la Corte IDH a partir del control de convencionalidad. Y en último lugar, algunas posiciones críticas que niegan que los estándares de la Corte tengan fuerza vinculante para Estados que no han sido parte del caso contencioso.

En el primer sector, se han formulado diversas estrategias argumentativas para sostener que las sentencias de la Corte IDH vinculan a todos los Estados que han aceptado su competencia contenciosa.

En dicho sentido, se ha acudido a la posición institucional de la Corte, a su estatus, para señalar que sus interpretaciones constituyen argumentos de autoridad y que sientan las bases generales en materia de derechos humanos a nivel regional, por lo que estas se tornan en obligatorias para los Estados, aun cuando no han sido parte en un caso contencioso, pero han aceptado su competencia contenciosa (Mondragón 2009, p. 148). También se ha acudido a los principios del derecho internacional, tales como el de la buena fe, para sostener que corresponde al Estado realizar sus mayores esfuerzos para acatar sus compromisos internacionales, los que incluirían el acatamiento de las decisiones de sus órganos de control. En esa medida se señala que la jurisprudencia sería vinculante, a modo de guía o pauta interpretativa, pero no obligatoria porque el Estado no habría sido condenado (Gozáini 2006, p. 354).

Landa ha señalado que la interpretación de los derechos contenidos en las constituciones nacionales debe realizarse según los tratados y la jurisprudencia internacional, pues con ello se cumplen los principios de *pacta sunt servanda* y buena fe que rigen en el ámbito de los tratados internacionales (2002, p. 13). De igual manera, Hitters señala que a partir del postulado de la buena fe que rige en el derecho internacional es posible predicar una “*vincularidad moral y también jurídica de acatamiento* ya que el incumplimiento de los Tratados y de las directivas del Tribunal de San José impone la responsabilidad internacional del Estado en cualquiera de sus tres poderes (art. 1.1 y 2 del Pacto de San José)” (2008, p. 148, cursiva del original).

Finalmente, el acatamiento y seguimiento de los estándares de la Corte IDH tendría su fundamento en evitar la responsabilidad internacional del Estado (argumento

consecuencialista), pues, de no seguir el estándar bastaría acudir a las instancias interamericanas para que la misma resulte aplicable al caso (Trucco s/f, p 14).

Desde una perspectiva analítica, se ha dicho que las interpretaciones de la CADH efectuadas por la Corte se constituyen como normas convencionales adscritas a las disposiciones de la Convención, por ello, la interpretación convencional gozaría de la misma fuerza vinculante que se predica de la CADH. En razón de lo indicado, los estándares de la Corte IDH resultarían vinculantes para todos los Estados que han aceptado su competencia contenciosa:

En este punto conviene plantear la pregunta del alcance de la vinculación de las interpretaciones convencionales que elabore la Corte IDH. No cabe duda, por lo que se acaba de manifestar, que la vinculación ocurre respecto del Estado denunciado. Pero la vinculación se extiende también a todos los demás Estados firmantes de la CADH, hayan o no reconocido la competencia contenciosa de la Corte IDH. La justificación es la siguiente: las interpretaciones que de la CADH formule la mencionada Corte, se adscriben a las normas convencionales directamente estatuidas, de manera que a partir de ese momento, las disposiciones de la CADH se han de entender según tales interpretaciones; así, los Estados vinculados a la CADH, se hallan vinculados también a las interpretaciones de sus disposiciones (Castillo 2013, pp.19 y 20).

Desde una posición institucional, Landa sostiene que los estándares de la Corte IDH vincularían en grados diferentes a los países que han ratificado la CADH. Los estándares tendrían una vinculación fuerte (efectos normativos) cuando la Corte directamente ha señalado que las normas de auto-amnistía de los Estados carecerían de efectos jurídicos. También tendrían una vinculación intermedia (efectos normativos/interpretativos), mediante los que la Corte deja a los Estados un margen de acción para que adecúen su legislación interna a la CADH. Finalmente, los estándares vincularían en un grado menor (efectos interpretativos) donde los Estados siguen la interpretación efectuada por la Corte en sus sentencias (2016, pp. 175-183).

En el segundo sector, la doctrina replica en cierta forma los argumentos elaborados por la Corte para sostener la fuerza vinculante de sus estándares a partir del control de convencionalidad (Nogueira 2013, pp. 264-270; Hitters 2013, pp. 321-327). Humberto Nogueira es quién sigue de cerca dichos argumentos cuando señala que:

En el caso de la CADH, además se obligan los Estados partes a adecuar su ordenamiento jurídico y la conducta de sus autoridades a tales derechos, a través de medidas normativas y de otro carácter, con el objeto de dotar de eficacia a tales derechos (artículo 2 de la CADH), todo ello conforme a la jurisprudencia de su intérprete auténtico y final que es la corte IDH, como lo establece con claridad meridiana el artículo 62.3 de la CADH (2017, p. 275)

En el argumento de Nogueira puede advertirse la influencia de la tesis del estatus postulado por la Corte IDH, lo que es más notorio cuando afirma que:

(...) la posición de la Corte IDH está plenamente justificada, ya que dichas sentencias emanan del intérprete auténtico y final de la CADH conforme al artículo 62.3 de la CADH. No hay razón que justifique que un estado miembro diferencie la intensidad de su vinculación a la jurisprudencia según haya sido o no parte del conflicto jurídico específico. En esta perspectiva es necesario tener presente que el artículo 69 de la CADH determina que el fallo de la Corte será notificado a las partes en el caso y transmitido a los Estados partes de la Convención (2017, p. 277).

Esta misma línea de argumentación la sigue Gonzalo Aguilar cuando señala que:

La Corte IDH es la intérprete auténtica y final de la CADH en la medida que establezca principios y estándares más favorables para el individuo, las comunidades y los pueblos que aquellos que podrían derivar de la interpretación efectuada por un juez estatal, cualquier juez estatal, actuando como juez común de derechos humanos. La interpretación que efectúa la Corte IDH forma parte de la norma convencional objeto de la interpretación, ya que esta representa el entendimiento de la norma convencional que desarrolla el órgano autorizado. En este sentido, la interpretación forma un todo con la norma interpretada, la cual una vez ratificada, es vinculante para los Estados partes. Esta obligatoriedad no solo se extiende por mandato convencional a la sentencia de condena, sino que además se refiere a todo Estado que haya aceptado la jurisdicción de la Corte IDH para aplicar e interpretar la CADH. En este ámbito, se aprecia la función pedagógica y también preventiva de la Corte IDH con efectos *erga omnes* (...) (2017, p. 183).

De igual manera, siguiendo el caso *Gelman vs. Uruguay*, se ha recibido el concepto de cosa interpretada para sostener, sin matices, que los estándares de la Corte son vinculantes:

Podemos elegir “cosa interpretada” y, como sinónimo, “interpretación vinculante” para denotar que los Estados miembros deben cumplir las obligaciones derivadas del sistema del convenio según resultan de la interpretación del TEDH o la Corte IDH, y asegurarse de su cumplimiento por todos los poderes públicos. Esta interpretación vinculante en el concreto caso latinoamericano viene impuesto por el control de convencionalidad que exige seguir la interpretación de la Corte IDH (García y Nogueira 2017, p. 101).

Finalmente, las voces críticas a la tesis de la fuerza vinculante de los estándares de la Corte IDH señalan cuatro tipos de argumentos:

- a) Desde el derecho internacional público se señala que la fuente de las obligaciones en el derecho internacional es el consentimiento de los Estados y su alcance se reduce al ámbito de los compromisos expresamente asumidos. De ahí que se señale que “el único fundamento plausible que se puede señalar para el derecho internacional es el consenso y el consentimiento” (Benavides- Casal 2016, p. 28). Por ello, un tratado como la CADH debe interpretarse conforme a su propio tenor, y en su tenor no existe disposición que establezca que los estándares de la Corte IDH tengan fuerza vinculante más allá del caso y del Estado que ha sido condenado.

Por ello, atribuir a los criterios de la Corte una fuerza vinculante *erga omnes* supone un error conceptual, ya que una cosa son esos criterios (como el principio *pro homine*, de progresividad o de proporcionalidad), que como tales son transversales y utilizados por cualquier operador del derecho, y otra muy diferente es afirmar que los resultados de la aplicación de esos criterios, lo que en este trabajo denominamos estándares, tengan fuerza vinculante.

Ello porque “tanto la Corte como el Estado a través de sus órganos son intérpretes auténticos de la Convención” (Benavides-Casal 2015, p. 157). Por lo que para sostener que los estándares de la Corte vinculan a quien no fue parte del caso contencioso, se requeriría una fuente jurídica –una disposición en la Convención- en dicho sentido (Benavides-Casals 2015, p. 160).

- b) De las disposiciones de la CADH no se sigue que exista la obligatoriedad de seguir la jurisprudencia de la Corte IDH (Malarino 2012, p. 76), esta fuerza vinculante tampoco puede fundarse en la propia jurisprudencia interamericana en la medida que ello llevaría a una falacia argumentativa: la petición de principio, ya que:

(...) no puede inferirse lógicamente de la cita de la jurisprudencia de ese tribunal que la afirma, pues tal tipo de argumentación presupone en sus premisas lo que se debe demostrar, a saber, si la jurisprudencia de ese tribunal es obligatoria. En otras palabras, solo es posible afirmar que existe un deber de seguir la jurisprudencia de la Corte IDH en virtud de la doctrina judicial del control de convencionalidad si antes se ha concluido que la jurisprudencia de la Corte IDH (también aquella que estableció el control de convencionalidad) es obligatoria. Para eludir caer en una petición de principio es necesario encontrar razones independientes a la misma jurisprudencia de la Corte IDH que permita concluir el deber de seguir dicha jurisprudencia” (Malarino 2012, p. 77).

Tampoco podría derivarse la obligatoriedad de seguir la jurisprudencia de la Corte de su estatus, ya que si bien dicho tribunal es la autoridad final en el caso

de ello no se sigue que su jurisprudencia debe ser seguida por todos los Estados que han aceptado su competencia contenciosa, porque:

(...) para que esto sea así el sistema debe contar con una regla adicional que establezca el carácter vinculante de los precedentes y esta regla no existe en el sistema interamericano. Por eso, mal puede derivarse una obligación de seguir la jurisprudencia del solo hecho de que un tribunal tenga la autoridad final para decidir un caso (Malarino 2012, p. 78).

- c) Desde una perspectiva analítica, se ha respondido a los argumentos que emplea la Corte IDH para sostener la fuerza vinculante *erga omnes* de su jurisprudencia. De esta manera, la Corte no puede irrogarse la posición de intérprete última de la CADH porque no existe disposición en ella que le atribuya tal estatus, por lo tanto, su interpretación no puede ser catalogada como única, exclusiva o final.

Asimismo, el no acatamiento o seguimiento de sus estándares en modo alguno puede afectar el efecto útil de la CADH, pues el no seguimiento de los estándares no menoscaba la efectividad de las disposiciones de la Convención. En tercer lugar, otorgar carácter *erga omnes* a los estándares lesionaría el principio democrático, en tanto los jueces de la Corte no han sido elegidos ni están sujetos a contralor alguno.

Finalmente, el seguimiento de los estándares de la Corte IDH por parte de las cortes nacionales *per se* no los convertiría en vinculantes, en la medida que la práctica de las cortes nacionales evidencia que tal seguimiento no es uniforme ni tienen el mismo grado de recepción (Vítolo 2013, p. 376).

- d) A partir de la perspectiva de los modelos de integración entre el derecho interno e internacional, se ha señalado que apuntalar hacia un modelo donde los Estados deben acatar las sentencias de la Corte IDH aun cuando no han sido parte del caso de referencia, se asienta en un modelo jerárquico de prevalencia del derecho internacional sobre el derecho interno (tesis monista) que no resultaría viable, porque genera resistencia y paradojas donde su propia autoridad puede verse debilitada (Bandeira 2015, pp. 239-240).

2.3.- Balance de las posiciones asumidas por la Corte IDH y la doctrina en torno a la fuerza vinculante de los estándares interamericanos

Para efectos del balance de este capítulo subdividiremos nuestras apreciaciones sobre los argumentos de la Corte IDH y sobre las posiciones de la doctrina, con la finalidad de evidenciar las fortalezas y debilidades de cada postura y arribar a una propia en torno a la fuerza vinculante de los estándares de la Corte IDH.

2.3.1.- Posición en torno a los argumentos de la Corte IDH en torno a la fuerza vinculante de sus estándares

Las razones de la Corte IDH, desarrollados en 2.1, pueden reformularse en los siguientes cuatro argumentos que tienen carácter justificatorio, dado que están orientados a responder la cuestión siguiente ¿por qué deben seguirse sus estándares?:

Argumento	Formulación
Argumento del estatus	Los estándares de la Corte IDH deben seguirse porque contienen la última palabra sobre la interpretación de la CADH y otros instrumentos sobre los que tiene competencia.
Argumento del efecto útil (eficacia)	Los estándares deben seguirse porque de esa manera la CADH y otros instrumentos tendrán un efecto útil, es decir, serán efectivamente aplicados por los Estados, especialmente por sus jueces.
Argumento de la cosa interpretada	Los estándares deben seguirse porque están contenidos en sentencias definitivas de la Corte que tienen autoridad de cosa interpretada.
Argumento del seguimiento	Los estándares deben seguirse porque los tribunales supremos o constitucionales de la región los siguen.

Replicaremos a los argumentos desarrolladas por la Corte en los siguientes puntos.

a) Réplica al argumento del estatus

En relación con el argumento del estatus debemos señalar que la misma es débil por dos razones, una de índole formal y otra material. Formalmente, la CADH no le otorga a las decisiones de la Corte IDH un efecto más amplio que el de resolver las controversias sobre la aplicación e interpretación de sus disposiciones en el marco de un caso concreto o solicitud de interpretación.

De igual manera, la CADH no le atribuye el estatus de “intérprete último y definitivo” del sistema. Aunque, dicha condición sí es alcanzada por la Corte IDH cuando resuelve un caso.

En el marco de una controversia contenciosa sobre la violación de los derechos protegidos por la CADH, si bien la interpretación de la Corte IDH formalmente se constituye en la última palabra sobre la CADH, esta condición materialmente se circunscribe a ese caso concreto y su decisión será vinculante, de modo pleno, para el Estado condenado, pero no para los demás. Por lo que, sus estándares, a partir del argumento del estatus, no podrían ser exigibles a los Estados que no han sido parte del caso.

Desde una perspectiva material, este argumento lleva a un equívoco que desnaturaliza la interrelación entre sistemas, puesto que, asumir que la Corte IDH tiene la última palabra, presupondría que esta se encontraría jerárquicamente por encima de las cortes y tribunales de los Estados. Lo cual no se condice con la verdadera forma de interrelación entre el SIDH y los sistemas nacionales, regidos por los principios de subsidiariedad y complementariedad, a partir de estos no existen relaciones de jerarquía entre la Corte IDH y las cortes y tribunales nacionales, sino complementariedad para optimizar la protección de los derechos humanos en la región, sobre la base del principio *pro persona*.

De otro lado, la tesis del estatus lleva a una petición de principio, pues la fórmula de la última palabra puede llevar a formalismos interpretativos. Si asumimos que la Corte IDH tiene la última palabra, porque es el órgano de cierre del sistema, las demás cortes y tribunales deben estar sujetos a sus interpretaciones porque deberán ser asumidas como correctas e infalibles, dado que son la última palabra en cuanto a la interpretación de la CADH y los otros instrumentos que se aplican en el SIDH. Esta postura es errada por dos tipos de razones.

Primero, porque si bien la Corte IDH es la última intérprete de la CADH en un caso, no es su única intérprete. Las cortes y tribunales de los Estados también lo son e incluso pueden adoptar posiciones más favorables a la protección de los derechos humanos en la región. Al respecto, puede citarse el reconocimiento de la obligación para los Estados de obtener el consentimiento de los pueblos indígenas en el marco de la consulta previa (en circunstancias excepcionales claro está) por parte de la Corte Constitucional de Colombia (sentencia T-129/2011) que la Corte IDH aún no reconoce (sentencia del caso Pueblo Kichwa de Sarayacu vs. Ecuador).

En segundo lugar, porque no todos los casos de derechos humanos llegan a la Corte IDH y cuando llegan ha sucedido mucho tiempo desde que las violaciones a los derechos han ocurrido. En esas condiciones muchas veces, del expediente, no se desprende todo el contexto social y político en que dichas violaciones ocurrieron. Así que puede ser que sus interpretaciones y decisiones no tomen en cuenta ese contexto. Lo

que no es un elemento baladí, desde que la Corte IDH como órgano jurisdiccional no debería ser ajeno al contexto social y político en el que sus decisiones se insertarán.

Esto no quiere decir que sus decisiones deban de gustar a todos los actores del SIDH, especialmente a los Estados condenados, y ello porque la defensa de los derechos humanos puede y debe ser incómoda, pero sí es necesario que la Corte IDH sin dejar de asumir su rol como protector de derechos humanos, evidencie esos contextos, dado que no se encuentra en una torre de marfil.

b) Réplica al argumento del efecto útil (eficacia)

Según este argumento se busca que las disposiciones de un tratado o instrumento internacional no sean mera letra en el papel. Es decir, se pretende que los compromisos asumidos por los Estados en virtud a tratados y convenios sean eficaces en la práctica. Como señala Fabián Novak “cuando se analizan las disposiciones de un tratado, se debe escoger aquella interpretación que le brinda un sentido, efectos prácticos o utilidad a las mismas; por el contrario, se deben descartar aquellas interpretaciones que conviertan el acuerdo en inejecutable o inútil. Las disposiciones de un tratado, por tanto, deben cumplir una función práctica” (2013, p. 82).

Como ha señalado Vítolo (2013, pp. 372-373) el efecto útil está dirigido a dotar de eficacia a las disposiciones de un tratado, no a las interpretaciones que se han realizado sobre ese tratado.

En esa dirección, la tesis del efecto útil está dirigida al aplicador del tratado, a su intérprete, la Corte IDH y los jueces nacionales, a fin de que entre las múltiples interpretaciones posibles adopte aquella que mejor se ajusta a su objeto y fin, según lo establecido en el artículo 31.1 de la Convención de Viena.

En el caso de los tratados de derechos humanos, su objeto y fin es la protección de estos, por lo que la interpretación que efectúa la Corte IDH de las disposiciones de la CADH será una de las posibles opciones interpretativas que los jueces nacionales podrían adoptar, pues como ya se dijo, estos pueden elegir interpretaciones que optimicen el ejercicio de los derechos en función del principio *pro persona*.

c) Réplica al argumento de la cosa interpretada

La Corte IDH señala que sus sentencias tienen dos tipos de efectos: cosa juzgada (*res judicata*) y de “norma convencional interpretada” (*res interpretata*). La primera es un efecto que resulta oponible al Estado condenado, por la segunda, las interpretaciones de la CADH efectuados por Corte IDH, sus estándares, vincularían a los demás Estados que forman parte del sistema de la CADH y que no fueron parte del caso de referencia.

El concepto de “norma convencional interpretada” alude directamente a la interpretación asumida por la Corte IDH sobre una disposición de la CADH. Este

argumento lleva a una petición de principio, ya que a falta de fuente positiva, asumimos que la norma convencional interpretada debe ser seguida por haber sido establecida por la propia Corte IDH, esto significa regresar al argumento del estatus, por lo que nos remitimos al análisis efectuado en el literal a).

Sin perjuicio de lo señalado, para apoyar esta posición se ha dicho que el artículo 69 de la CADH establece que el fallo de la Corte IDH se notifica a las partes del caso y se transmite a los Estados partes los que, al conocer el fallo, deberían adecuar su derecho interno a las normas convencionales interpretadas porque la transmisión de la sentencia “(...) produce una eficacia *erga omnes* hacia todos los Estados Parte de la Convención (...)”, (Voto razonado del Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot a la Resolución de Supervisión del caso Gelman vs. Uruguay de 20 de marzo de 2003, párrafo 33).

Este no es un buen argumento para sustentar la fuerza vinculante de los estándares de la Corte porque cuando la disposición citada alude a la “transmisión” de la sentencia, consideramos que la misma tiene un efecto cognoscitivo, informativo, comunicativo, más no jurídico, por ello, al referirse a las partes del caso se emplea el término “notificación” que sí los tiene. No debemos olvidar que los Estados no condenados por el fallo -los que no fueron partes del caso- no tienen nada que cumplir si conocen del mismo.

d) Réplica al argumento del seguimiento

Este argumento fue expresado en la Resolución de Supervisión de la sentencia del caso Gelman vs. Uruguay. Lo que en aquella ocasión se dijo, de manera circular, fue que los lineamientos jurisprudenciales de la Corte IDH deben ser seguidos porque los tribunales y cortes de los Estados los siguen. Para sustentar ello citó una serie de enunciados de diferentes sentencias de los tribunales y cortes nacionales.

No obstante, consideramos que este argumento no podría justificar la fuerza vinculante *per se* de sus estándares por al menos dos razones: en primer lugar, lo señalado solo demuestra que el seguimiento de los estándares de la Corte IDH depende de la decisión de los propios tribunales y cortes nacionales y no porque los estándares tengan una fuerza vinculante *per se*. En segundo lugar, porque como ha señalado Vítolo

En algunos de los casos citados [por la Corte IDH], por ejemplo, el tribunal nacional adopta la doctrina de la obligatoriedad de la jurisprudencia interamericana sólo porque esta lo ha dispuesto. En otros casos, la sentencia referenciada simplemente reconoce el valor de norma relevante (pero no necesariamente obligatoria) de la jurisprudencia de la Corte, o su valor obligatorio deriva de normas del ordenamiento interno. Por último, en otros casos, la declaración realizada por el estado se refiere a la obligatoriedad de cumplimiento de sentencias en casos en los que el estado había sido parte, de donde la obligatoriedad deviene expresa de la propia Convención. (2013, p. 376)

Entonces, en algunos de los extractos tomados de las sentencias nacionales citadas por la Corte IDH, estas consideraciones tendrían carácter de *obiter dictum*.

Por nuestra parte, consideramos que para efectos de determinar si un estándar de la Corte IDH tiene fuerza vinculante, tal carácter se determina por su reconocimiento y seguimiento por parte de tribunal o corte nacional. En esa dirección, estos deberían emplear el estándar no solo como *obiter dictum* (razón accesorio), sino fundamentalmente como *ratio decidendi* (razón fundamental) de su decisión. Uso que además debe ser leal y guardar coherencia con el caso en el que se estableció, pues, como ha sucedido en el caso peruano o boliviano, se ha hecho un uso manipulado de ciertos estándares para justificar decisiones que no se condicen con lo establecido por la Corte IDH.

En el caso peruano, en materia de justicia militar, puede verse la sentencia del Tribunal Constitucional del Perú recaída en el Exp. N° 0001-2009-PI/TC, donde el entonces magistrado César Landa, en su voto singular, demostró que la mayoría hizo uso fragmentario de sentencias de la Corte IDH para justificar que los militares en actividad podían ser jueces y no lesionar el principio de independencia judicial:

15. En el fundamento 37 de la decisión en mayoría se sostiene lo siguiente: "(...) la sentencias que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha emitido contra el Perú en materia de justicia militar, no han versado sobre el juzgamiento, en la jurisdicción militar, de militares en actividad por la comisión de delitos de función. Este órgano supranacional tampoco ha denegado la posibilidad de que oficiales en actividad se desempeñen como magistrados de la jurisdicción militar (...)"

16. Sobre el particular, a efectos de aclarar lo sostenido por la decisión en mayoría, conviene presentar expresamente lo argumentado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como otros organismos internacionales de derechos humanos:

(...)

17. De la cita completa de las partes pertinentes de las decisiones de los mencionados organismos internacionales de derechos humanos, no se desprende aquello que la decisión en mayoría de este Tribunal ha interpretado, sino antes bien que: a) en el caso de la Corte Interamericana, si ha existido un pronunciamiento expreso incluso contra el Estado peruano respecto de la incompatibilidad entre el rol de juez y la condición de oficial en actividad de las fuerzas armadas; b) en el caso de la Comisión Interamericana, de la interpretación en conjunto de las decisiones antes citadas, se desprende que el sistema de justicia militar sometido a control en su respectiva oportunidad,

poseía ciertas características particulares que impedían a un tribunal independiente e imparcial y que tal sistema judicial militar no podía ser considerado como un verdadero sistema judicial pues dependía del Poder Ejecutivo, entre otros aspectos; y e) en el caso del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, aunque no es vinculante en nuestro ordenamiento jurídico, resulta interesante lo afirmado en el sentido de que "para poder establecer si un tribunal puede ser considerado 'independiente' debe tenerse en cuenta, entre otras cosas, la forma de designación de sus miembros y la duración de su mandato, la existencia de garantías frente a presiones externas y la cuestión relativa a la apariencia de independencia que presenta el colegiado" requisitos que como ya lo han reflejado la Corte y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos no reunían los modelos anteriores de justicia militar peruana y que como vamos viendo tampoco asegura del todo el actual modelo objeto de control.

De otro lado, en el caso boliviano, recientemente se ha apelado al control de convencionalidad, al carácter preferente de la CADH en materia de derechos humanos, así como al estándar del caso *Castañeda Gutman Vs. México* (de 6 de agosto de 2008), según el cual las reglas de los sistemas electorales nacionales no deben ser discriminatorios, para justificar que cuando su Constitución Plurinacional establece un límite para las reelecciones de autoridades –en estricto la posibilidad de que el Presidente en funciones, Evo Morales, pueda ser nuevamente reelegido- existiría una antinomia con el derecho a ser elegido reconocido en su carta constitucional y, de manera amplia, en el artículo 23 de la CADH:

(...) resulta indudable que el art. 23 de la CADH, consigna derechos políticos de la manera más amplia, sin ningún tipo de limitaciones o restricciones, autorizando únicamente al legislador la regulación de su ejercicio por causales taxativas en la forma anteriormente señalada; sin que ninguna de ellas en particular, tenga que ver en lo absoluto, con eventuales restricciones a la posibilidad de ser reelecta o reelecto y menos que ésta se limite a una sola vez de manera continua. En otros términos, la Convención, entre las causales por las que se autoriza al legislador reglamentar el ejercicio de los derechos políticos, estableciendo restricciones y limitaciones, no señala concretamente la prohibición de ser reelecto y/o el número de veces en que ello sería posible, puesto que las únicas razones por las que eventualmente podrían imponerse restricciones o limitaciones al ejercicio de estos derechos, tendrían que sustentarse “exclusivamente” en la edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental o condena, por juez competente, en proceso penal y cumpliendo tres condiciones necesarias desarrolladas por la Comisión (...) En ese sentido, es posible afirmar que el art. 23 de la CADH, en relación a los arts. 156, 168, 285.II Y 288 de la CPE, declara derechos más favorables, puesto que aquél respeto de éstos, restringe en menor medida los derechos de participación política; fundamentalmente, en cuanto a concurrir como elegible a la formación del poder público, puesto que no limita en lo absoluto su ejercicio, al señalar que todos los ciudadanos gozan del derecho a “...ser elegidos en

elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores...”, sin que al respecto establezca ninguna exclusión, limitación, impedimento o prohibición y menos alguna que esté relacionada propiamente, con la posibilidad o imposibilidad de reelección del titular del derecho y la limitación del número de veces que podría hacerla; por el contrario, conforme se anotó reiteradamente, simplemente detalla las razones por las que se faculta al legislador la reglamentación de estos derechos, causales que por lo demás, tienen carácter "numerus clausus. Por el contrario, las disposiciones constitucionales indicadas, en la parte de su texto cuya inaplicabilidad se demanda, al señalar respecto a la posibilidad de que las autoridades que indican puedan ser reelectas o reelectos "por una sola vez de manera continua" (arts. 156 y 168) o "de manera continua por una sola vez" (arts. 285 y 288), establecen una clara restricción o limitación a los indicados derechos consagrados por la Convención, los cuales resultan disminuidos o mermados por la aplicación de disposiciones de la Constitución Política del Estado señaladas, ya que anulan toda posibilidad de ejercicio del derecho a la participación política y a ser elegido en elecciones periódicas y auténticas que proclama la CADH en su art. 23, cuyas normas sobre el particular resultan ser más favorables, puesto que no establece ninguna prohibición o restricción frente a la eventualidad de una nueva postulación” (Tribunal Constitucional Plurinacional. Sentencia Constitucional Plurinacional 0084/2017, de fecha 28 de noviembre de 2017, pp. 67 y 68)

No obstante, como es conocido el estándar del caso *Castañeda Gutman vs. México* además de establecer que los sistemas electorales no deben ser discriminatorios no limita la posibilidad de que los Estados puedan establecer limitaciones adicionales a las contempladas en el segundo párrafo del artículo 23 de la CADH, siempre y cuando las mismas superen el test de proporcionalidad. Así, en el párrafo 161 de la sentencia citada se dijo:

(...) la Corte estima que no es posible aplicar al sistema electoral que se establezca en un Estado solamente las limitaciones del párrafo 2 del artículo 23 de la Convención Americana. Sin embargo, las medidas que los Estados adoptan con el fin de garantizar el ejercicio de los derechos convencionales no están excluidas de la competencia de la Corte Interamericana cuando se alega una violación de los derechos humanos previstos en la Convención. Consecuentemente, la Corte debe examinar si uno de esos aspectos vinculados a la organización y reglamentación del proceso electoral y de los derechos políticos, la exclusividad de nominación de candidatos a cargos federales por parte de los partidos políticos, implica una restricción indebida a los derechos humanos consagrados en la Convención.

Lo anotado evidencia un riesgo claro de que los estándares pueden ser manipulados en sede nacional. Para evitar ello, los actores del SIDH y las comunidades nacionales

deben estar atentos al uso que se hace de los estándares por las autoridades judiciales (y otras autoridades estatales) en sede nacional.

2.3.2.- Posición en torno a lo señalado por la doctrina sobre la fuerza vinculante de los estándares

Los argumentos esbozados por la doctrina, como ya vimos, se pueden agrupar en torno a tres posiciones, a las que podemos identificar como argumentos justificatorios, replicadores y críticos sobre la fuerza vinculante de los estándares de la Corte. Para graficar lo señalados tenemos el cuadro siguiente:

Tipos de argumento	Postulado
Justificatorios	Desarrollan razones para justificar la fuerza vinculante de los estándares de la Corte IDH para Estados que no han sido parte del caso de referencia en el que se estableció el estándar
Replicadores	En mayor o menor medida, siguen los argumentos de la Corte IDH a partir del control de convencionalidad para justificar la fuerza vinculante de sus estándares para Estados que no han sido parte del caso de referencia en el que se estableció el estándar
Críticos	Niegan que los estándares de la Corte IDH tengan fuerza vinculante para Estados que no fueron parte del caso de referencia en el que se estableció el estándar

a) Sobre los argumentos justificatorios

En relación con este tipo de argumentos, dentro de los que nos adscribimos, consideramos que debe descartarse la posición asumida por Mondragón (2009, p. 148), en la medida que recae en el argumento del estatus de la Corte IDH como intérprete último de las disposiciones de la CADH y de otros instrumentos sobre los que tiene competencia, por las razones ya aludidas en 2.3.1.a).

De igual manera, consideramos que deben descartarse los argumentos consecuencialistas (los Estados siguen los estándares de la Corte IDH porque no quieren

incurrir en responsabilidad internacional), porque los Estados siguen incurriendo en violaciones a derechos humanos, quizás ya no por aquellos casos de la primera hora (desapariciones forzadas, asesinatos), pero sí por nuevas circunstancias motivadas por el surgimiento de nuevos tipos de relaciones y conflictos sociales dentro de los Estados (discriminación por identidad de género, pueblos indígenas, protección del medio ambiente, protección de derechos sociales). Como las respuestas de la Corte IDH son dinámicas y no estáticas, no se puede asumir un argumento consecuencialista en tanto el conjunto de sus estándares no es un cuerpo rígido, pues a partir de uno o pocos casos no se pueden prever todas las consecuencias posibles.

No obstante, sí nos parecen razonables aquellos que construyen argumentos para justificar la fuerza vinculante de los estándares de la Corte a partir de los principios del derecho internacional. No debe perderse de vista que el DIDH, a pesar de sus especiales características, no deja de ser derecho internacional. Indudablemente, los principios de buena fe y *pacta sunt servanda* en el cumplimiento de las obligaciones internacionales son argumentos fuertes en ese sentido.

Asimismo, consideramos que las especiales características del DIDH juega un rol importante, especialmente, los principios que lo informan como principio el *pro persona*, de progresividad, entre otros. En esa misma dirección, los principios de subsidiariedad y complementariedad que informan las relaciones que deben desarrollarse entre los sistemas nacionales y regionales de protección de los derechos humanos. Esto ameritará un mayor desarrollo, que radicará en el capítulo 3 del presente trabajo (numerales 3.1 y 3.2), por ello, lo señalado hasta aquí, respecto de este punto, es un alcance preliminar.

b) Sobre los argumentos replicadores

Ciertamente que el argumento de la fuerza vinculante de los estándares de la Corte IDH a partir del control de convencionalidad es un argumento persuasivo, dado que, por su intermedio, su estándar se integraría en el bloque de constitucionalidad y serviría como parámetro para evaluar la constitucionalidad (y, por extensión, la convencionalidad) de los actos del Estado dentro de su propia jurisdicción.

No obstante, esta tesis es débil porque, por un lado, no hay disposición expresa en la CADH que establezca la obligatoriedad del control de convencionalidad por parte de los tribunales y cortes nacionales. Por ello, su incorporación como parámetro en el control de constitucionalidad dependerá de la fórmula de incorporación del DIDH según lo establecido en el derecho interno (las constituciones). Así como de los propios tribunales y cortes nacionales, que podrían seguir o no los estándares de la Corte o incluso falsearlos, como cierta práctica lo demostraría.

Ahora, pretender -como lo hace la Corte IDH- que el control de convencionalidad sea una obligación que las cortes y tribunales nacionales (y los demás operadores estatales)

debe ejercer (incluso de oficio), conlleva caer nuevamente en la tesis del estatus, según la cual, se deben aplicar los estándares de la Corte IDH a través del control de convencionalidad porque la propia Corte IDH así lo establece. Por lo que nos remitimos a las críticas ya esbozadas sobre el particular.

c) Sobre los argumentos críticos

Los dos primeros argumentos críticos parten desde consideraciones del derecho internacional público y la otra apunta hacia la falta de legitimidad democrática de la Corte IDH para sostener que sus estándares no tienen fuerza vinculante.

En relación con el primer tipo de argumento, se parte de una tesis de las fuentes formales del derecho internacional, en virtud de la cual los estándares de la Corte solo podrían ser vinculantes si existiera una disposición expresa en el texto de la CADH que así lo estableciera y que le diera a la Corte el estatus correspondiente de supremo interprete de la CADH. Conectado con esto, se ha señalado que un principio basilar del derecho internacional público es el consentimiento de los Estados, por lo que al no haber disposición expresa en el sentido de que los estándares de la Corte serían vinculantes, los Estados no están obligados a su cumplimiento o seguimiento (Benavides-Casal 2015, pp. 141-166).

Consecuencia de asumir esta posición es que la CADH como instrumento del derecho internacional público deba leerse conforme a sus propios términos (interpretación literal). De estos no se desprende ni la obligación de seguir la jurisprudencia de la Corte IDH ni que ello deba hacerse por su condición de autoridad final en los casos que resuelve (Malarino 2012, pp. 76-78).

El otro argumento, también desde el derecho internacional público, señala que predicar la fuerza vinculante de los estándares de la Corte IDH lleva al problema de la integración del derecho internacional y del derecho nacional, y que pretender la prevalencia del primero sobre el segundo importa asumir un modelo monista y jerárquico que puede comprometer la propia autoridad de la Corte (Bandeira 2015, pp. 239-250).

Estos argumentos si bien pueden ser consistentes, parten del derecho internacional público, al cual el DIDH ciertamente se inserta, pero no debe perderse de vista que este tiene características especiales que lo apartan del primero, siendo esencial en ella la finalidad que cada uno persigue. En general, la ordenación de las relaciones e intereses de los Estados en el primero y la protección de la persona y sus derechos en el caso del segundo. Lo que tiene importantes consecuencias en los principios que los informan y su configuración normativa. Asimismo, un tratado de derechos humanos no solo debe leerse en función a sus propias disposiciones (interpretación literal), sino también en función a los otros principios del derecho internacional público como el de la buena fe o

el *pacta sunt servanda*, así como sus propios principios (*pro persona*, progresividad) y su finalidad: la protección de la persona y sus derechos (Castañeda 2012, pp. 26-27).

En el DIDH el principio del consentimiento estatal se relativiza, aunque todavía es indispensable para que los Estados asuman compromisos ratificando los tratados de derechos humanos, los instrumentos de *soft law* (actos unilaterales de los Estados, documentos generados por organismos internacionales de derechos humanos) adquieren gradualmente un mayor protagonismo; igualmente, la interpretación de los tratados ya no busca en estricto la voluntad estatal común contenida en ellos, sino optimizar el ejercicio de los derechos protegidos por dichos instrumentos. En esta misma dirección, las normas de *ius cogens* que incorporan “(...) valores esenciales de la comunidad internacional (...)” y serían inderogables por dicha razón, conllevan que frente a ellas no puedan admitirse “(...) acuerdo en contrario y no operan circunstancias excluyentes de responsabilidad respecto a su violación” (Cépeda 2016, pp. 6-7), se constituyen en un verdadero límite a la voluntad de los Estados.

En el mismo sentido, los principios de subsidiariedad y complementariedad que rigen a los sistemas de protección de los derechos humanos conllevan que la interrelación entre estos y los sistemas nacionales no sean estáticas ni jerarquizadas, sino que permanentemente interactúen y se complementen. Por ello, la relación e integración de los estándares de la Corte IDH y su seguimiento por las cortes y tribunales nacionales no puede ser comprendido a partir de argumentos formalistas (no hay disposición de la CADH que establezca su fuerza vinculante) ni de jerarquía estática (como son establecidas por la Corte IDH, los estándares deben ser seguidos), sino de elementos dinámicos, que conllevan la superación de las tesis monistas y dualistas sobre la integración del DIDH y el Derecho Constitucional. Mayores esfuerzos argumentativos respecto de este punto se realizarán en los numerales 3.1 y 3.2 del capítulo 3 del presente trabajo.

Desde la perspectiva de la tesis de la falta de legitimidad democrática se apunta a la falta de elección de los jueces que integran la Corte IDH por parte del pueblo y que no estarían sujetos a ningún tipo de control (Vítolo 2013, p. 374). Esta posición traslada los argumentos que en sede nacional se dirigen contra los tribunales nacionales o cortes supremas que ejercen el control judicial de la ley.

Frente a este argumento no debe perderse de vista que los jueces de la Corte IDH son elegidos por la Asamblea General de la OEA, por lo que, en cuanto a su elección, tendrían una legitimidad democrática indirecta. Ahora, en cuanto a la falta de control, consideramos que si bien no hay un control jurídico sobre las decisiones de la Corte, pues sus fallos, son definitivos e inapelables, sí existe un control de legitimidad social y también político. Dado que, existen amplios sectores de la población que consideran acertadas las decisiones de la Corte IDH y aquellos que no, finalmente, las someten a crítica severa cuando no mordaz. Finalmente, este tipo de control, al que también están

sometidos los jueces nacionales, radica más en el campo de la sociología que en el del derecho propiamente dicho.

Capítulo 3: Recepción de los estándares de la Corte IDH por las cortes supremas y tribunales constitucionales nacionales

La recepción de los estándares de la Corte IDH por las cortes nacionales pasa por una definición previa en torno a la incorporación del derecho internacional, en general, y del DIDH, en particular, por parte de los Estados en su derecho interno; así como, y esto consideramos que es lo esencial, la recepción y adhesión que han tenido los estándares en la jurisprudencia de las cortes y tribunales nacionales. Por ello, Laurence Burgorgue-Larsen ha señalado que la adhesión de los jueces nacionales a los estándares:

(...) va a depender de dos datos objetivos. El primero deriva de la configuración constitucional interna: la obligación internacional debe pasar por un vector interno, por no decir constitucional, que va a dar una fisonomía particular a la aceptación del estándar. Aquí entra en escena la, más o menos, gran “apertura” de los derechos constitucionales a la “cosa” internacional y a la arquitectura constitucional interna, determinando la labor de los jueces nacionales y más particularmente, la de los jueces constitucionales respecto del derecho internacional (...) El segundo dato se refiere a la fuente del estándar establecida por el derecho internacional. Un estándar no lo es únicamente por los textos de derecho internacional, lo que reduciría el análisis a la cuestión de la integración de los tratados internacionales en los órdenes jurídicos internos y su lugar en la jerarquía de las normas. En la actualidad, el estándar (material y procesal) es mucho más profundo y [viene] determinado en la interpretación de estos tratados internacionales por parte de los tribunales internacionales (2012, p. 207).

Para dicho efecto, en un primer momento se presentarán y analizarán las tesis que se han formulado en torno a la incorporación del derecho internacional en el derecho interno (dualista y monista), para luego, señalar las particularidades que el tema tiene en

cuanto a la incorporación del DIDH con el derecho constitucional nacional y la recepción, en términos generales, de los estándares de la Corte IDH por las cortes y tribunales nacionales.

3.1.- Incorporación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Derecho Constitucional nacional

3.1.1. Teorías sobre las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno: dualismo y monismo

La reflexión en torno a las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno ha preocupado a los internacionalistas desde que el derecho internacional empezó a desarrollarse. En dicho sentido, dos han sido las propuestas desarrolladas para entenderlas: el dualismo y el monismo. Seguidamente describiremos sucintamente las propuestas de ambas teorías, para ello hemos empleado las descripciones realizadas en Arias Schreiber (1963); Pizzolo (1999, pp. 512-519); Novak y García-Corrochano (2003, pp. 539-549); Dermikazy (2004, pp. 832-833); Abugattas (2006, pp. 445-448); Acosta (2016, pp. 17-25); y, Ribera y Gornic (2016, pp. 18-29).

Para los defensores de la teoría dualista el ordenamiento internacional y el ordenamiento interno forman sectores del derecho independientes y sin conexiones entre ellos, por ende, entre los mismos no existirían puntos de contacto ni relaciones jerárquicas, menos aún conflictos normativos, habida cuenta que estos fenómenos solo se presentan en aquellos ordenamientos que conforman una sola unidad.

Para justificar esta postura se han establecido hasta tres criterios de diferenciación entre el ordenamiento internacional y el derecho interno: a) la fuente de validez, b) el objeto y c) el ámbito de aplicación territorial. Por el primero, se sostiene que el ordenamiento internacional, conformado por los tratados, pactos y convenios que adoptan los Estados, tiene su fuente de validez en el consentimiento que brinda el Estado para adoptar los instrumentos internacionales. De este modo, el consentimiento estatal se constituye como un límite a la soberanía que detentan. En cambio, la fuente de validez del derecho interno no es el consentimiento de los ciudadanos (súbditos) del Estado, sino su propio ordenamiento jurídico (básicamente sus constituciones o leyes). Esto por cuanto el derecho interno de los Estados, en relación con los ciudadanos, no es un derecho que se adopte consensualmente, sino que se impone a través del *ius imperio* del propio Estado como expresión de su soberanía.

En segundo lugar, se señala que el objeto de regulación del derecho internacional son las relaciones políticas, económicas y de cualquier tipo que, a partir de tratados, pactos y convenios, surgen entre los Estados. De modo tal que, el objeto de atención del derecho internacional son las relaciones inter-estatales. En cambio, en el derecho interno, su objeto está dado por la regulación de las relaciones privadas de los

ciudadanos, así como las relaciones que se suscitan entre estos y el Estado correspondiente.

Por último, se afirma que el derecho internacional, en tanto regula las relaciones entre los Estados, no se encontraría limitado al territorio de uno de ellos, sino de todos aquellos que suscriben el respectivo instrumento internacional. En cambio, el derecho interno se encuentra limitado y, por ende, solo puede ser aplicado dentro del territorio del Estado que lo ha generado.

Desde esta perspectiva, no existirían relaciones de jerarquía o coordinación entre uno y otro ordenamiento. Por lo que, si se necesitara que el derecho internacional resulte de aplicación y sea exigible en sede interna, el Estado debe efectuar un acto de incorporación o transformación del derecho internacional, de modo tal que el mismo se transforme en derecho interno.

Algunas consecuencias de esta tesis son las siguientes (Pizzolo 1999, pp. 513-514):

- Entre ambos ordenamientos no pueden emanar normas obligatorias que deriven del otro, de esto se sigue, desde una perspectiva material, que las normas internacionales que generan los Estados no condicionan la validez de las normas de su derecho interno. Por lo que, desde una perspectiva formal, si se quiere que las normas internacionales generen efectos en el derecho interno de los Estados, estos deben transformar mediante algún acto adicional la norma internacional en derecho interno.
- De lo anterior se sigue que si los jueces resuelven casos a partir de normas internacionales, es porque estas han sido previamente transformadas en derecho interno, habida cuenta que los jueces estatales solo juzgan en virtud al derecho interno.
- Finalmente, siendo ordenamientos distintos no pueden existir conflictos entre las normas internacionales y las normas nacionales.

Por otro lado, la teoría monista -formulada y defendida por Kelsen- sostiene que derecho internacional y derecho nacional forman una unidad, un mismo ordenamiento jurídico. Ello hace posible que sus disposiciones interactúen y puedan incluso entrar en conflicto (Novak y García-Corrochano 2003, p. 543).

Siendo parte de un mismo ordenamiento, derecho internacional y derecho interno, tendrían una misma fuente de validez: la norma fundamental presupuesta. A partir de esto, hay quienes sostienen que esta fuente última de validez se encuentra en el derecho

interno, en tanto que otros, entre ellos Kelsen, dicha norma residiría en el derecho nacional. Consecuencia de lo anterior es que en caso de conflicto prevalecerá aquel ordenamiento en donde se encuentre dicha norma fundamental. De este modo:

si la norma fundamental está en el Derecho Internacional, el Derecho Interno encontrará su razón de validez en el Derecho Internacional, subordinándose a él; si, por otro lado, se ubica la norma fundamental en el Derecho Interno, el Derecho Internacional encontrará su razón de validez en el Derecho Interno, subordinándose a él. En ambos casos, esa subordinación exigida para justificar la validez de las normas, hace que los ordenamientos se entiendan necesariamente unidas (Abugattas 2006, 446).

A partir de ello, la solución de los posibles conflictos normativos entre las normas nacionales y las internacionales dependerá de la opción monista que acoja el Estado. En buena cuenta, a partir de esta teoría es posible predicar cierta relación de jerarquía entre el derecho internacional y el derecho interno, de modo tal que, dependiendo de la opción estatal, en algunos casos el derecho internacional prevalecerá y en otros el prevalente será el derecho nacional.

De igual manera a partir de la unidad de los ordenamientos, las normas internacionales son de aplicación automática en el derecho interno, serían autoejecutables (Dermizaky 2004, p. 832), por lo que no sería necesario realizar actos adicionales de incorporación o transformación del derecho internacional en derecho nacional, ya que “(...) estas normas [las internacionales] llegan a obligar directamente a los particulares o a los órganos del Estado” (Novak y García-Corrochano 2003, p. 543); por lo que si se dieran actos de incorporación o transformación, estos no lo son tal, sino que constituyen ejecución de un derecho superior.

A nivel de derecho positivo, la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados ha establecido en su artículo 27 cierta prevalencia del derecho internacional, dado que el derecho interno no puede justificar el incumplimiento de obligaciones internacionales contenidas en tratados. Esta disposición bien podría tener una lectura monista, en tanto, existe una prevalencia del derecho internacional, dado que el Estado aun contra sus normas nacionales debe cumplir sus obligaciones internacionales bajo pena de incurrir en responsabilidad internacional. Pero también podría tener una lectura dualista, pues el cumplimiento de las normas internacionales no determinaría la invalidez de las normas nacionales.

Ahora bien la utilidad de estas teorías, formuladas una a fines del siglo XIX (la dualista) y la otra en la década de 1930 (la monista), en la actualidad ha sido fuertemente cuestionada. Ello por las siguientes razones:

- Surgieron en un momento histórico determinado, en donde las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno era apenas incipiente y no alcanzaban el grado de desarrollo y complejidad que hoy tienen (Pizzolo

1999, p. 517). En efecto, a fines de los siglos XIX y principios del XX los sujetos de derecho internacional eran por excelencia los Estados, hoy sin embargo el panorama internacional incluye a otros sujetos, tales como los organismos internacionales de diferente alcance (universales –ONU y sus demás órganos- y regionales –SIDH o el sistema de la Unión Europea-). Por ello, se afirma que:

El Derecho Internacional, no obstante conservar gran parte de sus principios fundamentales, ha tenido que incorporar en su dinámica nuevos actores y sujetos internacionales, reconocer diferentes situaciones y ampliar su campo de aplicación hacia otros ámbitos antes considerados en la esfera de los asuntos internos (derechos humanos, democracia, medio ambiente, seguridad pública, justicia, entre otros) o más allá de la jurisdicción nacional (espacio ultraterrestre, fondos marinos, etc.) (Ramacciotti 2009, p. 220).

- De modo tal que el centro de producción del derecho internacional ya no solo radicaría en la voluntad de los Estados, sino que existirían diversos centros de producción de derecho internacional cuyos instrumentos tienen diversos grados de vinculación, de ahí que se señale que el derecho internacional atraviesa un proceso de fragmentación con el surgimiento de sectores particulares y altamente especializados (DIDH, derecho internacional del ambiente, derecho internacional de las inversiones, etc.) (Pagliari 2009, p. 12-13). Al respecto, la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas en su informe Anual de 2006 señalaría que

243. La fragmentación del mundo social internacional adquiere significado jurídico al ir acompañada de la aparición de normas o conjuntos de normas, instituciones jurídicas y esferas de práctica jurídica especializados y (relativamente) autónomos. Lo que antes aparecía regido por el «derecho internacional general» se ha convertido en campo de operaciones para sistemas especializados tales como el «derecho mercantil», el «derecho de los derechos humanos», el «derecho ambiental», el «derecho del mar», el «derecho europeo», e incluso conocimientos tan sumamente especializados como el «derecho de las inversiones» o el «derecho internacional de los refugiados», etc., cada uno de los cuales posee sus propios principios e instituciones (Comisión de Derecho Internacional 2006, p. 193).

Este proceso de fragmentación que impulsa la especialización y profundización del derecho internacional general ha sido especialmente impulsado por la presencia de tribunales internacionales (Rodríguez 2014, pp. 34-39, pp. 100-101), siendo paradigmático el desarrollo y la especialización que hoy presenta un sector como el DIDH.

- Consecuencia de lo anterior, es que ni dualismo ni monismo han logrado percibir los cambios suscitados en el derecho internacional, de ahí que se apunte el surgimiento de una suerte de pluralismo jurídico que “no implica una estricta separación entre regímenes jurídicos; por el contrario, promueve la idea de que evite una interacción entre los distintos ordenamientos jurídicos” (Bogdandy 2012, p. 26) auspiciado por la globalización (Sánchez 2014, pp. 55-108).
- Uno de los cambios más significativos que ha experimentado el derecho internacional ha sido la incursión del ser humano, de la persona individual como un auténtico sujeto de derecho internacional. Por ello se postula la “humanización del derecho internacional” a partir del surgimiento de una serie de principios generales (prohibición de toda forma de tortura, no discriminación, acceso a la justicia para las víctimas de violaciones a los derechos humanos, etc.) que se constituyen en el fundamento del derecho internacional: la preocupación de la protección del ser humano y sus derechos frente al Estado y frente a otros sujetos privados en el ámbito internacional. De ahí que “el amplio reconocimiento de la personalidad jurídica internacional -activa y pasiva- del individuo vino a atender una verdadera necesidad de la comunidad internacional como un todo” (Cançado 2007a, p. 52). Por ello, se ha señalado que

El reconocimiento de la personalidad jurídica internacional del individuo, además de reflejar el proceso de *humanización* del derecho internacional contemporáneo, resalta la apremiante necesidad de superar las limitaciones clásicas de su *legitimitio ad causam* en el derecho internacional. Tanto el Estado (creado, a propósito, para la realización del bien común), como los individuos que lo componen, son dotados de personalidad jurídica internacional. Lo que hay de verdaderamente revolucionario en la evolución de la doctrina jurídica internacional como un todo, en las últimas décadas, es, a mi modo de ver, precisamente la consolidación de la personalidad y la capacidad jurídicas internacionales del individuo como sujeto del derecho internacional (Cançado 2007b, pp. 279-280).

Lo que ha motivado la progresiva ampliación del *ius cogens* internacional para considerar en su interior la protección de los derechos humanos (Cançado 2010, pp. 54-63; y también en 2007c).

- El nuevo panorama entre el derecho internacional y el derecho interno no se resuelve en base a relaciones de jerarquía normativa, sino que debe apuntarse a una suerte de integración, complementación (Díaz 2012, pp. 264, 269) o armonización (Pagliari 2009, pp. 19-20; López-Medina y Sánchez-Mejía

2008, pp. 317-331) de los distintos ordenamientos, con la finalidad de optimizar los fines que los informan.

- Por último, cuando se formularon ambas teorías solo tuvieron en miras los tratados internacionales en sus distintas formas (pactos, convenios, acuerdos, etc.) más no el desarrollo de otros instrumentos que no se ajustan al modelo clásico del tratado, así como al desarrollo jurisprudencial que hoy se experimenta en el derecho internacional con la proliferación de tribunales y otro tipo de órganos con competencia cuasi jurisdiccional encargados de la supervisión del cumplimiento de los tratados. Estos últimos han dado origen a una copiosa jurisprudencia internacional que dependiendo de los sectores también busca ser incorporada en los ordenamientos nacionales.

En dicho sentido, las relaciones entre el DIDH y el derecho constitucional (que desde la perspectiva de los Estados disciplina las relaciones entre derecho interno y derecho internacional) no pueden explicarse hoy a partir del monismo y el dualismo, sino de la articulación de una serie de principios que permiten ordenar tanto la incorporación del primero al segundo, como la actuación de la jurisdicción internacional y nacional en materia de derechos humanos.

3.1.2. Superación de las tesis monista y dualista en el espacio de integración de los derechos humanos

El DIDH, en relación con el derecho internacional público, es un ordenamiento especial, que puede ser entendido como “aquel sector del ordenamiento internacional, compuesto por normas de naturaleza convencional, consuetudinaria e institucional que tienen por objeto la protección de los derechos y libertades fundamentales del ser humano inherentes a su dignidad” (Fernández 2003, p. 61).

Precisamente su objeto, la protección de los derechos del ser humano, conlleva que los Estados tengan “una obligación general de protección y respeto de tales derechos ante la comunidad internacional en su conjunto”, que tienen carácter *erga omnes* (Quel 2005, p. 95). Este objeto, hace que el DIDH se aleje del derecho internacional público, en tanto lo dota de características especiales.

En dicho sentido, se ha señalado que el DIDH se caracteriza por la *heterogeneidad* de sus normas (dado que, como derecho, está integrado por normas de origen convencional, consuetudinario e institucional, siendo necesario examinar las relaciones que existen entre ellas), un gran protagonismo del *consentimiento* del Estado (pues las técnicas de control –informes, denuncias, investigación confidencial, visitas- están condicionadas por la previa aceptación de los Estados para habilitar la competencia del órgano internacional previsto en el tratado), su marcado carácter *evolutivo* y *dinámico* (con el tiempo y la progresiva aceptación de los Estados se ha ido fortaleciendo, por el paulatino reconocimiento de la responsabilidad penal individual de la persona, aún si ejerció función pública, y la progresiva adaptación de instrumentos para hacer frente a

violaciones concretas de derechos humanos –Convenio 169-), su fuerte *ideologización* inicial (dado que en su origen los instrumentos iniciales tomaron como referencia las declaraciones de derechos de algunos pocos Estados –mayoritariamente del bloque occidental [Europa y América]-), finalmente, la *protección diferenciada* (pues no todos los derechos que se dicen humanos están reconocidos y entre estos no todos gozan del mismo nivel de protección) (Fernández 2005, pp. 61 y 62).

En esta medida el DIDH es un derecho que vincula no solo a los Estados sino a estos con las personas, por ello rige en las relaciones que se suscitan, dentro de los Estados, entre estos y las personas que están bajo su imperio (Gómez-Robledo 2009, pp. 131, 135). Asimismo, su misión fundamental consiste en “establecer y garantizar un estándar mínimo común en materia de reconocimiento y respeto de derechos fundamentales frente a la insuficiente o deficitaria actividad de las naciones en esta materia (...)” (Martínez y Olivera 2014, p. 151), propiciando que el derecho interno los alcance (Mosquera-Monelos 2015, pp.7-8).

Estos estándares “(...) constituyen un mínimo inderogable en cuanto que representan valores e intereses propios de la Comunidad Internacional que en su conjunto está teóricamente garantizado por un “derecho de protección” para cuyo ejercicio existe una legitimación general” (Quel 2005, p. 105).

A partir de lo señalado, los derechos humanos se constituyen en un espacio de integración entre el DIDH y el Derecho Constitucional, en la medida que confluyen para lograr dicho objetivo común. Por ello, ambos ordenamientos deben integrarse y armonizarse, ya que estos derechos “(...) establecen una interrelación entre los ordenamientos constitucionales y los tratados internacionales en la materia (...)” (Castañeda 2012, p. 165). No obstante dicho objetivo, ambos órdenes no tienen los mismos alcances, siendo posibles los conflictos y tensiones entre ambos. Por ello se afirma que:

(...) si bien los órdenes jurídicos interno e internacional comparten el fundamento de las normas de protección de los derechos humanos, es decir, la preocupación por la salvaguarda de la dignidad de la persona, ello no asegura una total coincidencia respecto del tratamiento particular que desarrollen en cada uno de sus ámbitos de aplicación. Si bien esta coincidencia permite una complementariedad entre las normas pertenecientes a uno y otro ordenamiento, no siempre existe un encaje de engranajes en forma perfecta (Díaz 2012, p. 269)

A pesar de estas dificultades de articulación entre el DIDH y el derecho constitucional se apunta hacia una complementariedad debido a la afinidad de objetivos, ya que por tener un mismo fundamento “las normas interna e internacional no se desplazan ni trasponen, sino se complementan en beneficio de los individuos” (Díaz 2012, p. 274).

Por ello, la integración entre el DIDH y el derecho constitucional se sustentaría en base a los siguientes principios:

- a) *Subsidiariedad*, según el cual los mecanismos internacionales de protección de los derechos humanos solo operan cuando se han agotado los recursos internos previstos por el Estado. Este principio disciplina las relaciones entre los mecanismos de protección de tipo jurisdiccional internacional y nacional, así como la actuación de los respectivos ordenamientos marcando los límites entre la acción de la jurisdicción internacional y el respeto de la soberanía de los Estados. De ahí que la Corte IDH no se constituye como una cuarta instancia de súper revisión de lo realizado por las instancias judiciales internas.

Pero, además de esta lectura procesal, también es posible una lectura sustantiva del referido principio en la medida que “la doctrina de la subsidiariedad aplicada en el contexto internacional tiene un valor relevante desde la perspectiva de la democracia y el autogobierno” (Candia 2016, p. 61), porque la protección de los derechos humanos le corresponde en principio a los Estados antes que a la comunidad internacional y solo cuando los primeros fallen, corresponde que intervenga la autoridad internacional. De ahí que los estándares deben ser implementados en el derecho interno a través de la legislación y las políticas públicas (democracia y autogobierno); por lo que cuando un caso llega a la jurisdicción interamericana los jueces de la Corte IDH “(...) deben decidir si: (a) seguir la interpretación propuesta por el Estado denunciado en relación con la aplicación de la correspondiente convención, o bien (b) seguir su propia aproximación respecto del criterio a aplicar para resolver el caso” (Candia 2016, p. 63).

La solución a este dilema no es algo que pueda establecerse *a priori*, sino en función a las circunstancias del caso siguiendo como criterio relevante el principio *pro persona*, en sus vertientes de preferencia interpretativa y preferencia normativa (Aguilar y Nogueira 2016, pp. 18-23). En este escenario surge el denominado margen de apreciación nacional, que no tiene mucho predicamento en sede interamericana, no obstante, sí en el ámbito europeo, donde el concepto es muy discutido. De acuerdo con García Roca “se funda en una diplomática deferencia que deja el enjuiciamiento de algunas interferencias en manos de los Estados en ciertas cuestiones sensibles para las opiniones públicas nacionales. Su aplicación posee una acusada concreción o dependencia del contexto” (2014, p. 901).

Se ha señalado que el margen de apreciación permite a una corte internacional, como la Corte IDH, dejar ciertos temas librados a la libre configuración de los Estados, dado que expresa un respeto a la soberanía estatal (García Roca 2014, p. 901), pero también, especialmente, al legislador democrático, ya que es “una herramienta que permite lograr el equilibrio entre decisiones democráticas de los

Estados respecto de la tutela de un derecho o limitación de los mismos y la protección de los derechos reconocidos en instrumentos internacionales” (Torres Zúñiga 2016, p. 288).

No obstante, se han levantado voces críticas respecto de la incorporación del concepto en el lenguaje y la práctica del SIDH, señalándose que a pesar de las afinidades entre el SIDH y el sistema europeo, porque

(...) esa gran utilidad práctica que esgrimen autores como García Roca como una de las razones principales que justifican el margen de apreciación nacional en la realidad europea o es trasladable al Sistema Interamericano, al menos no con esa misma intensidad y necesidad. Si bien es cierto que América es un continente diverso, esta diversidad bien puede ser armonizada con los estándares universales de derechos humanos, a partir de los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad (...) (Lovatón 2017, p. 95),

En nuestro concepto, el margen de apreciación nacional se emplea para enjuiciar el debido cumplimiento de las obligaciones internacionales que asume un Estado a partir de un tratado de derechos humanos, en el marco de un caso ante un tribunal internacional. En buena cuenta, ese tribunal deberá evaluar si adopta una decisión vinculada con la protección o limitación de derechos humanos protegidos internacionalmente o deja esa decisión en manos del Estado.

Aquel es un escenario distinto en el que se inserta la investigación que se desarrolla, pues el seguimiento de estándares por los tribunales nacionales de Estados no condenados, no supone el enjuiciamiento del cumplimiento de las obligaciones internacionales por parte de los Estados, en todo caso, es un escenario previo dado que, como se sostiene en este trabajo, el seguimiento de los estándares de la Corte IDH depende en definitiva del grado de adhesión que muestran las propias cortes nacionales hacia los estándares interamericanos.

De otro lado, el principio de subsidiariedad no agota las relaciones que se dan entre ambos ordenamientos, por ello, se ha considerado que el más apropiado, por su amplitud es el de complementariedad: “(...) el principio de subsidiariedad se emplea tan solo en algunos ámbitos de la relación existente entre el derecho internacional y los ordenamientos internos –principalmente en temas de orden jurisdiccional-; no obstante, no resulta factible aplicar esta visión a la totalidad de las materias a las cuáles está sujeta esta relación entre sistemas, como, por ejemplo, a la labor de codificación y promoción que realiza el DIDH” (Nash 2012a, p. 14)

- b) *Complementariedad*, es decir que el sistema internacional, en cuanto a la protección y promoción de los derechos humanos se refiere, viene a

complementar al derecho interno, ya que las disposiciones y normas que reconocen derechos humanos en el ámbito internacional “(...) pasan a integrar, precisar y enriquecer el contenido de los derechos reconocidos en la Constitución. Esta perspectiva considera que las normas del ordenamiento interno y del internacional tienen un sentido y alcance que deben articularse en un sistema en donde ninguna anule a la otra, ni estén en pugna, sino que deben aplicarse de tal modo que se alcance una congruencia armonizante” (Nash 2012a, p. 14). De esta manera, el DIDH “(...) no solo cumple el rol de suplir los vacíos que deja la inactividad en el ámbito interno de un Estado, sino que también, se erige como una fuente directa a aplicar en el resguardo de los derechos humanos” (Nash 2012a, p. 14).

En buena cuenta, el DIDH complementa el contenido de los derechos protegidos constitucionalmente, ello conlleva que los tribunales internos, especialmente el que tiene atribuido la función de control de constitucionalidad, integre y armonice los estándares internacional y constitucional en la materia (Caballero 2006, p. 58)

- c) *Intereacción o reciprocidad*. La complementariedad viene, si cabe, a complementarse con la interacción, puesto que la relación entre el DIDH y el Derecho Constitucional no es estática sino dinámica. Es necesario dar un paso adicional y comprender que tanto derecho interno como DIDH están inmersos en una relación de ida y vuelta, de viva interacción o reciprocidad, puesto que no solo el DIDH influye en el Derecho Constitucional, sino que este también retroalimenta al primero. Un ejemplo de esta interacción o influencia recíproca está representado por el uso de una herramienta empleada para la resolución de conflictos entre derechos por las cortes y tribunales nacionales como el principio de proporcionalidad, que también ha sido empleado por la Corte IDH en la sentencia del caso *Kimel vs. Argentina* para evaluar las restricciones a la libertad de expresión por parte del Estado argentino (revisar los párrafos 68 a 94 de la sentencia citada).

En dicho sentido, se señala que “(...) esta relación [entre DIDH y derecho constitucional] no solo es complementaria, sino también es de retroalimentación entre ambos sistemas jurídicos, ya que existe una relación recíproca entre ambos sistemas, en donde el sistema interno de cada Estado se enriquece de los aportes normativos y jurisprudenciales del sistema internacional y, en donde también, el sistema internacional mira el desarrollo normativo y jurisprudencial de los Estados para enriquecer su argumentación jurisprudencial” (Nash 2012a, p. 14).

- d) *Pro persona (o pro homine)*.- Principio que se constituye en un mecanismo de armonización entre el estándar internacional y el nacional, a partir del cual se debe dar preferencia, de cara a su aplicación en un caso, al estándar que ofrezca y proporcione un mayor y mejor espectro de protección para la persona cuyos

derechos se ven comprometidos en la controversia (Henderson 2004, pp. 92-95; Prada 2014, pp. 367-368)⁴.

Al respecto, Sagüés acepta que en una situación de disparidad entre el parámetro convencional y el nacional, prevalezca, o deba aplicarse aquél que mejor proteja a la persona, por ello afirma que:

Debe tenerse presente que el operador del caso debe siempre intentar el control constructivo de convencionalidad, antes que el represivo. No cabe presumir, por cierto, que los Estados dictan normas opuestas al material controlante. Por diversos motivos, es correcto realizar primero un trabajo de correcta y útil compatibilización entre las reglas nacionales y las del derecho internacional de los derechos humanos. Desde luego, si esa tarea de armonización es imposible, habrá de inaplicarse la norma local, y promoverse su abolición o modificación. Lo dicho es siempre con la salvedad, desde luego, de la aplicación de la doctrina *pro persona*: si la norma doméstica es más favorable que la proveniente del derecho internacional de los derechos humanos, ella prevalecerá (2015, p. 277)

A pesar de estas posiciones, es posible afirmar que en materia de protección de derechos humanos, debe propenderse siempre hacia la integración y armonización del estándar internacional y nacional, y solo cuando ello no sea posible, como *última ratio*, optar por la preferencia del estándar que ofrezca un mayor nivel de protección en defecto del otro. Ello porque, desde una perspectiva finalista, tanto DIDH y Derecho Constitucional comparten un objeto común ya puesto de relieve: la protección de los derechos humanos. En segundo lugar, desde una perspectiva política, deben evitarse las tensiones y conflictos entre el estándar internacional y el nacional, a fin de no deslegitimar a ninguno de los ordenamientos, habida cuenta del fin común que persiguen. Por cuanto:

Se trata de conformar la integración constitucional completa en materia de derechos, también con lo que prevén los tratados y los organismos a cargo de su interpretación, de forma tal que el alcance hermenéutico completo de un derecho fundamental se verifique en una conformación integral, que también comprenda los convenios internacionales en la materia y la jurisprudencia que se ha edificado en torno a ellos (Caballero 2006, p. 56)

⁴ Aunque para resolver las posibles contradicciones entre las normas internacionales y nacionales en materia de derechos, se ha propuesto una armonización a partir del principio de unidad de la persona, que se constituiría en última instancia en el fundamento común a los derechos humanos de fuente internacional y a los derechos fundamentales de fuente nacional (Castillo 2012, pp. 252-254).

Ahora bien, la integración entre el DIDH generado por la Corte IDH y el derecho constitucional interno por los tribunales nacionales se ha presentado a través de dos vías: el diálogo jurisprudencial y el control de convencionalidad.

Debemos precisar que la alusión al control de convencionalidad, realizada en este punto, como herramienta para integrar el DIDH y el derecho constitucional, se realiza desde una perspectiva distinta a la analizada en el capítulo 2. En el capítulo anterior se señaló que los argumentos que a partir de dicho instrumento se generaban para justificar la fuerza vinculante de los estándares de la Corte IDH eran inadecuados por las razones ahí desarrolladas.

No obstante, cosa distinta es que el empleo del control de convencionalidad tanto por la Corte IDH como por las cortes y tribunales nacionales se constituye en una herramienta que permita integrar los estándares nacionales y los estándares desarrollados por el tribunal interamericano. Desde esta perspectiva, la fuerza vinculante de los estándares de la Corte IDH no reposaría en el estatus de dicho tribunal *per se*, sino en el hecho de que las cortes y tribunales nacionales, a partir de la incorporación de los tratados de derechos humanos en el derecho interno, le reconocen dicha fuerza vinculante al seguirlos, aplicarlos e integrarlos en su derecho interno.

3.2.- Las relaciones entre la Corte IDH y las cortes supremas y tribunales constitucionales nacionales: diálogo jurisprudencial y control de convencionalidad

El concepto de diálogo jurisprudencial puede ser entendido en sentido amplio o en sentido estricto. A partir de la primera, se alude al diálogo cuando se advierte el uso de la jurisprudencia extranjera por parte de los tribunales locales, y en sentido estricto, el dialogo solo se presentaría “cuando se produce un recíproco y consciente intercambio de ideas entre distintos órganos jurisdiccionales” que presupone “la existencia de un conflicto previo que los órganos judiciales dialogantes deben resolver de forma consensuada, en tanto no existe regla clara de resolución de conflictos aplicable” (Díaz 2015, p. 294). Ambos sentidos del diálogo se advierten en la práctica de los tribunales locales y de la Corte IDH.

En dicho sentido, en las cortes nacionales con diferente intensidad se advierte el uso de los estándares desarrollados por el tribunal interamericano. Al respecto, en el capítulo 4 reseñamos una serie de casos donde se evidencia el uso del estándar sobre la invalidez de leyes de auto-amnistía por parte de los supremos tribunales de Argentina y Uruguay y, especialmente, por parte de la Corte Constitucional de Colombia. Y en el mismo sentido, la Corte Interamericana suele utilizar, en los últimos años de manera más intensa, estándares nacionales. Sobre ello, podría revisarse los casos *Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador* para evidenciar el reconocimiento de la consulta previa como derecho de los pueblos indígenas, así como la Resolución de Supervisión de Sentencia

del 20 de marzo de 2013 en donde se citan diversas sentencias nacionales para evidenciar la práctica de seguimiento de los estándares interamericanos.

Pero, desde una perspectiva estricta también se presentaría un diálogo. Al respecto, en la Sentencia C-007/18 de la Corte Constitucional de Colombia (que se sintetiza en el capítulo 4 numeral 4.2.b) se puede evidenciar el esfuerzo de dicho tribunal para integrar y armonizar los estándares internacionales en materia de acceso a la justicia, a la verdad y reparación de las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos con la realidad colombiana.

En el caso la Corte Constitucional determinó la constitucionalidad y compatibilidad de la Ley 1820 de 2016 por medio de la cual se dictan disposiciones sobre amnistía, indulto y tratamientos de penas especiales y otras disposiciones, con dichos estándares internacionales, entre los que se encontraban los interamericanos:

129. Aunque esta sentencia habla principalmente de las amnistías, los indultos y los tratamientos penales diferenciados, el enfoque holístico y la aspiración de reconciliación son muy relevantes en esta oportunidad, pues buena parte de las discusiones que ha suscitado la Ley 1820 de 2016 tienen que ver con la pregunta sobre cómo se entiende la ponderación entre las distintas facetas de la justicia y la paz; cómo se armonizan con los demás derechos de las víctimas, o si el resultado de la ponderación previamente realizada por los órganos políticos es admisible

(...)

138. Desde el punto de vista del DIH, entonces, las amnistías tienen validez y, si bien no constituyen una obligación perentoria, sí se perciben como un medio que debe propiciarse al máximo para lograr la reconciliación entre los participantes del conflicto, y de esa forma, alcanzar una paz estable. El protocolo citado no define los límites que deberían respetar las amnistías, aunque la doctrina autorizada ha identificado un conjunto de conductas que no podrían ser objeto de amnistías e indultos, especialmente, a partir de las categorías *genocidio*, *crímenes de guerra* y *delitos de lesa humanidad*.

139. Ahora bien, en el sistema regional de protección de los DDHH y, concretamente, en la jurisprudencia de la Corte IDH, las amnistías se han considerado problemáticas, si se traducen en una excepción amplísima e indefinida al deber de investigar, juzgar y sancionar las graves violaciones de derechos humanos. En una decisión reciente, a la que se hará referencia más adelante, la Corte IDH efectuó precisiones de gran importancia para una comprensión armónica de esta obligación con lo dispuesto en el artículo 6.5 del Protocolo II a los Convenios de Ginebra.

(...)

145. Con base en esas premisas, la Corte IDH concluyó que no toda amnistía o beneficio similar es incompatible con los derechos de las víctimas y el deber del Estado de investigar, juzgar y sancionar las graves violaciones a los derechos humanos, pues, de conformidad con el artículo 6.5 del Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, las amnistías pueden funcionar como un mecanismo para superar los estados de guerra, siempre y cuando (i) se excluyan los delitos más graves y; (ii) se garanticen en la mayor medida de lo posible los derechos a la verdad, la justicia y la reparación.

146. En suma, para la jurisprudencia de la Corte IDH (en el ámbito del DIDH), en principio, las auto amnistías (e indultos) están prohibidas por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos; otro tipo de amnistías resultan ‘sospechosas’, en virtud de su amplitud, como restricciones o limitaciones al deber de los Estados de investigar, juzgar y sancionar graves violaciones de derechos humanos. Y, finalmente, algunas amnistías y medidas similares son admisibles para alcanzar la reconciliación, siempre y cuando su objeto no recaiga en graves violaciones de derechos humanos o graves infracciones al derecho internacional humanitario; y, en cualquier caso, cuando los demás derechos de las víctimas (verdad y reparación) reciban un alto nivel de satisfacción, dada la interdependencia entre los derechos de las víctimas.

Cabe recordar que esta ley fue aprobada en el marco de la implementación de los Acuerdos de Paz suscritos por el Gobierno Colombiano con la guerrilla de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC), poniendo fin a un conflicto armado que ha durado más de cincuenta años. Por lo que la preocupación de la Corte colombiana por armonizar los estándares nacionales e internacionales en el caso reposa en el hecho de que dicha norma, importantísima para Colombia desde la perspectiva de obtener la paz definitiva con las FARC, podría, eventualmente ser cuestionada ante las instancias judiciales internacionales.

Ahora bien, los casos anotados serían una muestra pequeña para sustentar la existencia de un diálogo judicial en el ámbito del SIDH, por lo que sería necesario un estudio más amplio para determinar si el diálogo existe y con qué intensidad, tipos y particularidades, lo que excede los objetivos del presente trabajo.

De otro lado, una clasificación sencilla del diálogo jurisprudencial nos lleva a comprenderlo desde dos sentidos: diálogo horizontal que involucra a tribunales que se encuentran en un mismo nivel jerárquico (la interacción entre tribunales y cortes constitucionales de diferentes Estados) y un diálogo vertical que se presentaría entre tribunales que se encontrarían en una relación de jerarquía (suele hacerse referencia a las cortes internacionales de derechos humanos y los tribunales supremos o constitucionales nacionales).

No obstante, el concepto no ha estado exento de críticas, ello porque el recurso al derecho de otros países o la jurisprudencia de otros tribunales extranjeros o internacionales en la jurisprudencia nacional no es una cuestión que haya surgido en pleno siglo XXI. En su momento Peter Häberle señalaría que el uso del derecho extranjero o comparado por las cortes nacionales sería en realidad la muestra del surgimiento de un quinto método de interpretación constitucional (Häberle 2016, pp. 153-156).

De igual manera, se sostiene que la aplicación del concepto sería limitada, puesto que se solaparía con otros conceptos como el de *influencia* de un tribunal que se toma como paradigma respecto de otro considerado como receptor (Vergottini 2010, pp. 40-47). Al respecto, pensemos en la consideración que ha tenido la jurisprudencia del Tribunal Supremo de EE.UU. en países como México o Argentina que siguieron el modelo americano de control de constitucionalidad de la ley de cerca; la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania muy seguida por otros países europeos; la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de España respecto de los países latinoamericanos (como Perú); o la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Por ello, Giuseppe de Vergottini, a partir de la circulación de la jurisprudencia, potenciado por las tecnologías de la comunicación, sostiene que el dialogo entre jueces internacionales y nacionales debe entenderse como una interacción entre tribunales, el que se anima por un clima cultural en el que se insertan, pues comparten ciertos valores comunes (2010, pp. 62-73). Esta interacción “se puede construir con base en lo expresamente regulado por Constituciones y Convenciones y por lo introducido por las prácticas jurisprudenciales que han permitido encontrar un equilibrio de colaboración en los dos órdenes de jueces” (2010, p. 91). A partir de ello, sostiene que:

(...) tanto la normativa constitucional, como la del Convenio, tal y como son interpretadas por las jurisprudencias estatales e internacionales, permiten determinar una serie de soluciones mediante las cuales se hace posible una compatibilidad constructiva entre ordenamientos y jueces respectivos incluso en los casos en que no haya explícitas disposiciones que tengan por objeto establecer armonía entre los diversos órdenes judiciales (Vergottini 2010, p. 101).

La interacción o diálogo entre jueces internacionales y nacionales, con arreglo a las disposiciones del derecho positivo (constitucional y convencional), debe tender a integrar y armonizar los estándares de protección de los derechos, en función a los casos que vayan resolviendo. Ello por cuanto los tribunales no actúan de oficio, sino a instancia de parte, es decir, cuando se les presenta un caso que activa su competencia.

Esta interacción, entre la Corte IDH y las cortes nacionales, en términos prácticos, se presentaría a través del uso de la jurisprudencia interamericana y nacional en la resolución de los casos que llegan a ambas jurisdicciones.

Las cortes nacionales reciben y se nutren de los estándares que desarrolla la Corte IDH, pero esta también se enriquece de los desarrollos nacionales. En dicho sentido, la Corte IDH estableció como uno de sus primeros estándares la incompatibilidad de las leyes de auto-amnistías con la CADH, que se construyó a partir de los derechos a ser oído por un juez competente independiente e imparcial y al recurso sencillo, rápido y efectivo, reconocidos en los artículos 8.1 y 25 de la CADH. Este estándar, establecido en los casos Barrios Altos y La Cantuta ambos contra el Perú, luego ha sido retomado por Argentina cuando se evaluaron casos en los que se cuestionaban las leyes de punto final y obediencia debida que impedían las investigaciones penales a los crímenes cometidos durante la dictadura militar en dicho país.

En sentido inverso, la jurisprudencia interamericana ha hecho uso de herramientas generadas en el derecho constitucional interno. Particularmente podemos referir el caso del control de convencionalidad que no es sino, como lo ha reconocido su propio autor Sergio García Ramírez, en su Voto Concurrente Razonado a la sentencia del caso *Tibi vs. Ecuador* (párrafo 3), una forma de adaptar el control de constitucionalidad de las leyes que ejercen las cortes y tribunales constitucionales o supremas con dicha atribución al ámbito de la práctica de la Corte IDH para controlar la conformidad de las normas nacionales con las disposiciones de la CADH y los estándares de la Corte IDH (al respecto Nash 2012b, pp. 153-154).

La segunda vía de relación entre la Corte IDH y los tribunales nacionales se presenta a través del control de convencionalidad, que podría calificarse como una modalidad de interacción. Como ya se ha señalado, a través suyo, la Corte IDH conoce los estándares nacionales en materia de interpretación de los derechos protegidos por la CADH. Entonces, en cada caso que resuelve, puede confirmar su conformidad con el estándar interamericano. De esta forma, lo nacional se integra con lo internacional. Pero, la Corte IDH también puede rechazar el estándar nacional e imponer al Estado condenado el deber de adecuar su derecho interno al estándar interamericano.

De la misma manera, cuando las cortes nacionales emplean los estándares interamericanos al momento de aplicar el control de convencionalidad en sede interna para resolver casos, se da inicio a un proceso de armonización e integración de lo internacional con lo nacional, de modo tal que lo internacional pasa a integrar (más allá de la recepción formal) el derecho nacional y, por ende, resulta de aplicación inmediata. No debe perderse de vista que las cortes nacionales, a partir de las disposiciones constitucionales e incluso legales (como es el caso del Perú o Colombia), utilizan y emplean los estándares interamericanos para la interpretación de los derechos que las constituciones nacionales reconocen. De esta manera, el ámbito de aplicación de esos derechos o su contenido se va ampliando y enriqueciendo.

Lo señalado, determina que en sede nacional el control de convencionalidad se integre con el control de constitucionalidad, pues al aplicar las normas constitucionales para controlar la constitucionalidad de las normas y otros actos estatales, se emplean las normas de la CADH y la jurisprudencia de la Corte IDH, como ha sucedido en Perú (caso Santiago Martín Rivas sentencia del Exp. N° 679-2005-PA/TC), Argentina (caso Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ recurso de casación e inconstitucionalidad) y Colombia (en las normas sobre el proceso de paz con las FARC, sentencia C-007 de 2018).

Aunque cabe señalar que dicho proceso no ha sido uniforme, ni lineal (Lovatón 2017, p. 37) pues claramente también existen retrocesos (caso Fontevecchia en Argentina, paradigmático es el caso de Venezuela a propósito del caso Apitz Barbera vs Venezuela), así como usos manipulativos del control de convencionalidad y de la jurisprudencia interamericana para favorecer intereses particulares o institucionales incompatibles con los principios y valores que informan los diferentes ordenamientos jurídicos, tanto nacional como internacional (en Perú los casos Panamericana TV, sentencia del Exp. N° 4617-2012-PA/TC y sobre la justicia militar sentencia del Exp. N° 0001-2009-PI/TC; el detalle de los casos citados puede verse en: Landa 2015, pp. 194-222).

No obstante, estos avances y retrocesos dan cuenta que la interacción entre la Corte IDH y los tribunales nacionales es un proceso dinámico, no unidireccional. En buena cuenta, las tensiones pueden dar lugar a procesos de creación y recreación de estándares, aunque claro, siempre en la mira de lograr mejores y mayores niveles de protección de la persona, en virtud al principio *pro persona*.

3.3. Posiciones de las cortes nacionales respecto de la fuerza vinculante de los estándares de la Corte IDH: análisis de la recepción del estándar interamericano de forma general

Con relación a la recepción de los estándares de la Corte IDH se debe tener presente que las constituciones de los Estados no hacen referencia a la jurisprudencia o a los estándares de la Corte IDH. No obstante, las constituciones sí se refieren a los tratados de derechos humanos. En esta materia podemos identificar hasta tres sectores:

- Constituciones que otorgan a los tratados de derechos humanos algún rango jerárquico dentro del ordenamiento jurídico estatal, de mayor prevalencia que la ley y al mismo nivel que la Constitución.

Aquí se ubica Argentina luego de su reforma constitucional de 1994 pues según el artículo 75 inciso 22 de su Constitución “(...) Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos (...) tienen jerarquía constitucional (...)”. También

Brasil luego de la enmienda constitucional del año 2005 cuyo artículo 5 párrafo 3) de su Constitución de 1988 establece que “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos (...) serão equivalentes às emendas constitucionais”.

Asimismo, la Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia del año 2009 cuyo artículo 256 establece que “Los tratados e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos (...) que declaren derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, se aplicarán de manera preferente sobre ésta”. De igual manera, la Constitución de la República del Ecuador en su artículo 424 señala que “(...) La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público”.

Por último, ubicamos en este grupo a la Constitución de República Dominicana cuyo artículo 74 numeral 3 establece que “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”.

- Constituciones que indican que los derechos reconocidos en las constituciones se interpretarán de conformidad con dichos tratados, como la peruana de 1993 cuya IV Disposición Final y Transitoria establece que “Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”.

Sobre el caso peruano, habría que precisar que su Constitución no le otorga un rango a los tratados de derechos humanos, dado que su artículo 55 establece que los tratados forman parte del derecho nacional. No obstante, su Tribunal Constitucional ha señalado que los tratados de derechos humanos serían parámetro de constitucionalidad, por lo que jerárquicamente, estarían por encima de las leyes (sentencia del Exp. N° 00047-2004-AI/TC, fundamento 22).

En este grupo también se ubica la Constitución de Colombia de 1991 cuyo artículo 93 establece que “(...) Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia” o México cuyo artículo 1 luego de la reforma constitucional en materia de derechos humanos del año 2011 dispone que “(...) 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 (...)".

- Constituciones que no otorgan algún rango a los tratados, como Uruguay, cuya Constitución no contiene disposición sobre el rango de los tratados, quizás porque su Constitución entró en vigor en 1964, aunque su última reforma data del año 2004; o lo hacen de forma confusa, siendo necesaria la labor interpretativa para determinar ese rango, como Chile cuyo artículo 5 constitucional establece que:

(...) El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

Aunque puede ser un tema meramente formal, la problemática en torno al rango del tratado dentro del ordenamiento nacional es importante porque determina las relaciones entre el tratado y las normas internas, y, en lo que al presente trabajo interesa, la de su interpretación por la Corte IDH, contenida en sus sentencias sobre casos contenciosos, dentro del ordenamiento nacional.

A pesar de que las constituciones nacionales guardan silencio respecto de la fuerza vinculante de los estándares de la Corte IDH, Alfonso (2010, pp. 63-79), que recorre la legislación y jurisprudencia de diversos países latinoamericanos sobre el alcance vinculante de las decisiones de los estándares, ha encontrado que de diversas formas, incidiendo en su carácter de pauta interpretativa, los tribunales y cortes nacionales reconocen su vinculación a las sentencias interamericanas.

En esa dirección, algunas legislaciones de desarrollo más contemporáneas aluden expresamente a la vinculación que tienen los jueces nacionales a la interpretación efectuada por los tribunales internacionales constituidos en virtud a tratados de derechos humanos. En dicho sentido, son paradigmáticos los casos de Perú y República Dominicana. En el caso peruano, el artículo V de su Código Procesal Constitucional (aprobado por la Ley 28237) dispone que:

El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte

Por su parte el numeral 13 del artículo 7 de la Ley N° 137-11, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y de los procedimientos constitucionales de República

Dominicana establece como uno de los principios rectores de su justicia constitucional la “Vinculatoriedad” a partir de la cual “Las decisiones del Tribunal Constitucional y las interpretaciones que adoptan o hagan los tribunales internacionales en materia de derechos humanos, constituyen precedentes vinculantes para los poderes públicos y todos los órganos del Estado”.

Por otro lado, a nivel de la recepción jurisprudencial por parte de las propias cortes supremas y tribunales constitucionales nacionales, se ha señalado que:

Algunos tribunales tienden a asumir que la constitucionalización del texto de los tratados no implica en manera alguna que la jurisprudencia elaborada por los organismos de control tenga una fuerza particular en el ordenamiento nacional, pues lo que la constitución incorporó fue el texto del tratado, pero no sus interpretaciones. Esa parece ser la posición de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Venezuela [hoy retirado del SIDH]. Otros jueces, en posición totalmente opuesta, consideran que si la constitución del país respectivo otorga jerarquía constitucional a un determinado tratado de derechos humanos, entonces debe entenderse que la jurisprudencia emanada del órgano internacional de control del respectivo tratado no tiene un interés puramente académico sino que posee una autoridad jurídica especial pues adquiere el mismo valor constitucional de la norma interpretada. Esa parece ser la tesis de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica. Finalmente, en una posición intermedia parecen encontrarse el Tribunal Constitucional español y la Corte Suprema de Justicia argentina. Estos dos tribunales indican que la interpretación de los derechos constitucionales debe guiarse por la jurisprudencia internacional de los órganos de control (...) (Uprimny 2007, p. 135)

Por nuestra parte, consideramos que algunos tribunales han señalado que deben seguir los estándares de la Corte IDH de manera vinculante, en tanto que otras las han concebido como pautas o criterios orientadores para la interpretación de los derechos fundamentales.

En el primer grupo podríamos incorporar al Tribunal Constitucional del Perú, el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia y la Corte Suprema de Justicia de República Dominicana. En el caso peruano, su Tribunal Constitucional acepta su vinculación en los siguientes casos que en realidad consolidan una línea jurisprudencial asumida desde inicios de la década del año 2000:

- Sentencia del Exp. 05854-2005-PA/TC, caso Pedro Andrés Lizana Puelles del 08 de noviembre de 2005, cuando en sus fundamentos 23 y 28 señala respectivamente que:

El ejercicio interpretativo que realice todo órgano jurisdiccional del Estado (o que desempeñe funciones materialmente jurisdiccionales), para

determinar el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales, debe estar obligatoriamente informado por las disposiciones de los tratados internacionales de derechos humanos y por la interpretación de las mismas realizada por los tribunales internacionales sobre derechos humanos a través de sus decisiones.

(...)

El Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de referir (entre otras, en la STC 2409-2002-AA) que detrás del establecimiento de los procesos constitucionales de la libertad, se encuentra implícito el derecho a la protección jurisdiccional de los derechos o, lo que es lo mismo, el derecho a recurrir ante un tribunal competente frente a todo acto u omisión que lesione una facultad reconocida en la Constitución o en los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos. De conformidad con la jurisprudencia vinculante de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dicho derecho constituye parte del núcleo duro de la Convención Americana de Derechos Humanos y, en ese sentido, no puede obstaculizarse irrazonablemente su acceso o simplemente impedirse su cabal goce y ejercicio.

- Sentencia del Exp. N° 2730-2006-PA/TC caso Arturo Castillo Chirinos de fecha 21 de julio de 2006, en cuyo fundamento 11 se expresa que “(...) las obligaciones relativas a la interpretación de los derechos constitucionales no sólo se extiendan al contenido normativo de la Convención *strictu sensu*, sino a la interpretación que de ella realiza la Corte a través de sus decisiones (...)” y cuando en el fundamento 12, de forma más contundente se afirma que:

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

- Sentencia del Exp. N° 0007-2007-PI/TC, caso Amparo Electoral de fecha 19 de junio de 2007, en cuyos fundamentos 17 y 26 se afirmará que:

(...) para este Tribunal queda claro que la norma sometida a control no debe oponerse a una interpretación de los derechos y libertades reconocidos por la Constitución de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Estado peruano y las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos, constituidos según tratados de los que el Perú es parte.

(...)

De aquí se desprende la vinculación directa entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y este Tribunal Constitucional; vinculación que tiene una doble vertiente: por un lado, *reparadora*, pues interpretado el derecho fundamental vulnerado a la luz de las decisiones de la Corte, queda optimizada la posibilidad de dispensársele una adecuada y eficaz protección; y, por otro, *preventiva*, pues mediante su observancia se evitan las nefastas consecuencias institucionales que acarrearán las sentencias condenatorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para la seguridad jurídica del Estado peruano.

- Cabe agregar que todos estos casos están referidos al control judicial de las decisiones del Jurado Nacional de Elecciones mediante el proceso de amparo, y en todos se cita como argumento que integra la *ratio decidendi* el caso Yatama vs. Nicaragua.

En el caso boliviano su Tribunal Constitucional Plurinacional emitió la Sentencia Constitucional 0110/2010-R del 10 de mayo de 2010 donde se dejó sentado que las disposiciones de la CADH y la jurisprudencia emitida por la Corte IDH formaban parte de su bloque de constitucionalidad. En el caso se cuestionaba que las autoridades bolivianas continúen con las investigaciones de la desaparición forzada de José Carlos Trujillo Oroza ocurrido el 2 de febrero de 1972 (en la época de la dictadura de Hugo Banzer). Esta sentencia es importante porque es de la época de transición del régimen constitucional boliviano. En ella el tribunal boliviano señaló que:

En efecto, el Pacto de San José de Costa Rica, como norma componente del bloque de constitucionalidad, está constituido por tres partes esenciales, estrictamente vinculadas entre sí: la primera, conformada por el preámbulo, la segunda denominada dogmática y la tercera referente a la parte orgánica. Precisamente, el Capítulo VIII de este instrumento regula a la CIDH Interamericana de Derechos Humanos, en consecuencia, siguiendo un criterio de interpretación constitucional “sistémico”, debe establecerse que este órgano y

por ende las decisiones que de él emanan, forman parte también de este bloque de constitucionalidad.

Esto es así por dos razones jurídicas concretas a saber: 1) El objeto de la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; y, 2) La aplicación de la doctrina del efecto útil de las sentencias que versan sobre Derechos Humanos.

En efecto, al ser la CIDH el último y máximo garante en el plano supranacional del respeto a los Derechos Humanos, el objeto de su competencia y las decisiones que en ejercicio de ella emanan, constituyen piedras angulares para garantizar efectivamente la vigencia del “Estado Constitucional”, que contemporáneamente se traduce en el Estado Social y Democrático de Derecho, cuyos ejes principales entre otros, son precisamente la vigencia de los Derechos Humanos y la existencia de mecanismos eficaces que los hagan valer, por eso es que las Sentencias emanadas de este órgano forman parte del bloque de constitucionalidad y fundamentan no solamente la actuación de los agentes públicos, sino también subordinan en cuanto a su contenido a toda la normativa infra-constitucional vigente (numeral III.3 de los fundamentos jurídicos de la Sentencia Constitucional 0110/2010-R).

Finalmente, la Corte Suprema de Justicia de Republica Dominicana tiene señalado que

(...) es de carácter vinculante para el Estado dominicano, y, por ende, para el Poder Judicial, no sólo la normativa de la Convención Americana sobre Derechos Humanos sino sus interpretaciones dadas por los órganos jurisdiccionales, creados como medios de protección, conforme el artículo 33 de ésta, que le atribuye competencia para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados partes (Resolución 1920-2003 del 13 de noviembre de 2003).

En segundo lugar, entre las cortes que aceptan los estándares de la Corte IDH como criterios para la interpretación de las disposiciones de derechos fundamentales que reconocen las constituciones nacionales. Así tenemos a la Corte Constitucional de Colombia que en el fundamento 7 de la Sentencia C-010/00 de 19 de enero de 2000 señaló que:

Directamente ligado a lo anterior, la Corte coincide con el interviniente en que en esta materia es particularmente relevante la doctrina elaborada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que es el órgano judicial autorizado para interpretar autorizadamente la Convención Interamericana. En efecto, como lo ha señalado en varias oportunidades esta Corte Constitucional, en la medida en que la Carta señala en el artículo 93 que los derechos y deberes constitucionales deben interpretarse “de conformidad con los tratados internacionales sobre

derechos humanos ratificados por Colombia”, es indudable que la jurisprudencia de las instancias internacionales, encargadas de interpretar esos tratados, constituye un criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales.

La corte colombiana en la sentencia T-653/12 de 23 de agosto de 2012 ha reconocido que los estándares de la Corte IDH, a las que denomina interpretaciones auténticas de la CADH, conformarían parte del parámetro de validez que emplea para enjuiciar la constitucionalidad de las normas internas:

4.5 Ahora bien, los derechos humanos reconocidos en la Convención pertenecen a lo que esta Corte ha llamado *bloque de constitucionalidad* en sentido estricto. De acuerdo con el contenido del artículo 93 superior, las normas que contiene se entienden incorporadas al ordenamiento interno y surten efectos directos. Al aplicar el concepto de *bloque de constitucionalidad*, la declaratoria que hacen los jueces de la Corte IDH no solo repercute sobre la esfera internacional sino sobre el ordenamiento interno. Así, la violación declarada por la Corte Interamericana surte efectos en el ámbito de las relaciones entre países soberanos y miembros de la OEA –donde se reconoce a la nación como infractora- y, a la vez, proyecta directamente consecuencias dentro del Estado.

Si bien el artículo 93 de la Carta Política no hace una mención directa de los efectos internos de ese tipo de decisiones, por vía jurisprudencial la Corte Constitucional ha venido decantando sus alcances. En primer término, ha sostenido que determinaciones de esa índole tienen un efecto general como criterio hermenéutico para establecer el sentido de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales.

En esa línea, en diversos fallos esta Corporación se ha referido puntualmente a la Corte IDH, indicando que su jurisprudencia es un criterio relevante para fijar el parámetro de control de las normas que hacen parte del ordenamiento interno colombiano, precisamente porque establece el alcance de distintos instrumentos internacionales de derechos humanos. La Corporación ha sostenido que la jurisprudencia de la Corte IDH contiene la *interpretación auténtica* de los derechos contenidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, instrumento internacional que integra el parámetro de control de constitucionalidad.

Por último, la Corte Constitucional en el fundamento 48 de su sentencia C-469/16 del 31 de agosto de 2016 ha reiterado el valor interpretativo de la jurisprudencia interamericana, cuando afirma que:

(...) las decisiones y órdenes que emite la Corte IDH en la resolución de casos contenciosos, en razón de su función de salvaguarda de los derechos humanos

reconocidos en la Convención, son siempre vinculantes. Pero, además, dado que la potestad jurisdiccional para emitirlos se encuentra naturalmente articulada e íntimamente relacionada con la labor hermenéutica que se ve siempre avocada a realizar, la jurisprudencia de este órgano jurisdiccional adquiere un valor importante en la interpretación constitucional interna.

En un sentido similar, la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina en el caso “Mazeo, Julio L. y otros” del 13 de julio de 2007 (Fallos 330:3248) señaló en su fundamento 20 que:

Que la preeminencia de los tratados sobre las leyes ya había sido sostenida por esta Corte con anterioridad en el caso "Ekmekdjian" (Fallos: 315:1492) por ello allí sostuvo que la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Se trata de una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia y, en consecuencia, también para la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado argentino en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos (**negrita y subrayado nuestros**).

Estas son solo algunas apreciaciones de índole conceptual en torno a la recepción de los estándares de la Corte IDH en el derecho interno. Por ello, resulta necesario verificar si tal recepción es efectiva, es decir, si son seguidos o no por las cortes nacionales.

Para dicho análisis debe distinguirse entre el seguimiento de los estándares por parte de las cortes de los Estados parte que no han sido condenados y el cumplimiento de esos mismos estándares por los Estados que sí fueron condenados al haber sido parte del caso de referencia. La investigación propuesta, como se adelantó en la introducción se ubica en el primer supuesto.

En lo que respecta al cumplimiento de los estándares por parte de las cortes nacionales de Estados condenados, podemos citar el caso de Chile, cuyo Tribunal Constitucional en su sentencia Rol. N° 2492-13 del 17 de junio de 2014 decidió seguir los estándares sobre justicia militar desarrollados en el caso Palamara Iribarne vs. Chile:

DECIMOSEXTO: Que si bien existen nuevos estándares y una obligación impuesta al Estado de Chile en materia de justicia militar, tal novedad no es algo particularmente rupturista en la historia de los derechos (...)

DECIMOSÉPTIMO: Que en el examen para acoger este requerimiento tendrá un papel significativo el establecimiento de nuevos estándares en materia de justicia militar a partir de la obligación impuesta al Estado de Chile, incluyendo a esta jurisdicción constitucional, en orden al deber de respetar y promover los

derechos garantizados por esta Constitución y por los tratados internacionales, ratificados y vigentes en Chile (...)

DECIMONOVENO: Que más significativa para este asunto es la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a partir de su sentencia de 22 de noviembre de 2005 (caso Palamara Iribarne vs. Chile, Serie C N° 135, identificada bajo el rol CIDH/N° 135/2005). No es posible hacer una revisión de esa extensa sentencia, sin embargo, condensaremos algunos estándares a partir del reconocimiento de que Chile ha violado determinados derechos de la Convención Americana de Derechos Humanos (...).

En este caso, estamos ante un evidente cumplimiento de los estándares contenidos en una sentencia respecto de un Estado que ha sido condenado, supuesto que es totalmente distinto al seguimiento de esos estándares cuando el Estado en cuestión no ha sido parte del caso contencioso.

Asimismo, de acuerdo a la literatura revisada, tenemos que el seguimiento de los estándares no es uniforme, más allá de que algunas cortes y tribunales vértice de los Estados acepten la fuerza vinculante de dichos estándares y los sigan.

Como ya se ha advertido en este trabajo hay casos de manipulación y uso para favorecer intereses que no cuentan con el necesario fundamento constitucional o convencional (como en Perú y Bolivia, según la reseñas de los casos realizada en el capítulo 1 del presente trabajo); o el seguimiento de los mismos es escaso y no se lo puede calificar como una tendencia que afirme la fuerza vinculante de los estándares como sucede en los casos de Chile o Brasil.

En el caso chileno Miguel Ángel Fernández luego de dar cuenta de otros cinco casos del Tribunal Constitucional de Chile, en los que se aplicaron estándares de la Corte IDH, emitidos entre 2015 y 2016 y, por ende, posteriores a la sentencia Rol 2492-13 ya citada, señala que “ha sido escasa, entonces, la utilización de la jurisprudencia emanada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en relación con el sentido y alcance de las normas de la Convención Americana por parte del Tribunal Constitucional (...)” (Fernández 2017, p. 296).

En similar sentido, en lo que respecta a Brasil se ha señalado lo siguiente:

(...) el STF comenzó a citar con mayor frecuencia algunas decisiones dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (...) la referencia a tales decisiones, no obstante, no representa un impacto demasiado significativo en el derecho interno brasileño. La mención a dichas decisiones, normalmente, se hace para ilustrar algún punto o para clarificar alguna cuestión controvertida (...) [en el derecho brasileño] no se considera que las sentencias de la Corte Interamericana posean una autoridad propia. Tales decisiones del STF ni

siquiera se plantean la posibilidad de que estas decisiones posean, en el derecho interno, la fuerza normativa obligatoria capaz de rechazar otras decisiones judiciales (Bandeira y Moreira 2013, pp. 361-362).

Algunos años después el panorama brasileño no ha cambiado, ya que en un reciente trabajo de investigación se ha señalado como una de sus conclusiones que:

A pesquisa levada a cabo no capítulo anterior demonstrou que ainda é muito incipiente no Brasil, o exercício do controle de convencionalidade com base na jurisprudência da Corte IDH. Só ver que, não obstante o reconhecimento da competência da Corte IDH em 1998, foi somente em 2008 que houve a primeira citação de jurisprudência da Corte IDH pelo STF. Ademais, em termos percentuais, o número de acórdãos que contam com citação de jurisprudência da referida Corte regional é deveras diminuto e, quando ocorreu, normalmente foi de modo pontual, limitado a um ou a poucos ministros (Fontoura 2016, pp. 175 y 176).

Un caso singular es el mexicano, en donde en un principio se aceptó la incorporación del control de convencionalidad y por ende el valor vinculante de la jurisprudencia de la Corte IDH, pero luego tal entusiasmo fue dejado de lado para adoptar posiciones de mayor reserva frente a la incorporación del estándar interamericano a través del control de convencionalidad.

A partir de lo expuesto por Landa (2017, pp. 388-390) tenemos que en la sentencia conocida como Expediente varios 912/2010 de 14 de julio de 2011, emitida en cumplimiento de la sentencia Radilla Pacheco vs. México, reconoce su vinculación a la CADH y a los estándares de la Corte IDH, siempre que el Estado Mexicano haya sido parte del caso, y en aquellos que no fue parte los estándares servirán como “criterio orientador de todas las decisiones de los jueces mexicanos, pero siempre en aquello que le sea más favorecedor a la persona” (considerando 20). Asimismo, se propuso un modelo de control de constitucionalidad y convencionalidad *ex officio* (revisar los considerandos 24 a 36 de la sentencia citada).

Luego de esta pionera sentencia en la Contradicción de tesis 293/2011 de 14 de octubre de 2014 se estableció que las restricciones a los derechos humanos previstos en la Constitución mexicana deben prevalecer, y en relación con la fuerza vinculante de la jurisprudencia de la Corte IDH reitera que la misma es vinculante, pero que debe ser armonizada con la jurisprudencia nacional y que, en todo caso, los jueces mexicanos deben optar por aquella que resulte más favorable a la persona:

(...) las normas de derechos humanos, independientemente de su fuente, no se relacionan en términos jerárquicos, entendiendo que, derivado de la parte final del primer párrafo del citado artículo 1º, cuando en la Constitución haya una

restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional (...).

Los criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con independencia de que el Estado Mexicano haya sido parte en el litigio ante dicho tribunal, resultan vinculantes para los jueces nacionales al constituir una extensión de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, toda vez que en dichos criterios se determina el contenido de los derechos humanos establecidos en ese tratado. La fuerza vinculante de la jurisprudencia interamericana se desprende del propio mandato establecido en el artículo 1º constitucional, pues el principio pro persona obliga a los jueces nacionales a resolver cada caso atendiendo a la interpretación más favorable a la persona. En cumplimiento de este mandato constitucional, los operadores jurídicos deben atender a lo siguiente: (i) cuando el criterio se haya emitido en un caso en el que el Estado Mexicano no haya sido parte, la aplicabilidad del precedente al caso específico debe determinarse con base en la verificación de la existencia de las mismas razones que motivaron el pronunciamiento; (ii) en todos los casos en que sea posible, debe armonizarse la jurisprudencia interamericana con la nacional; y (iii) de ser imposible la armonización, debe aplicarse el criterio que resulte más favorecedor para la protección de los derechos humanos.

El mismo día, en la Contradicción de tesis 299/2013 la Corte Suprema mexicana en defensa de su posición institucional estableció que los criterios establecidos por ella vinculan a todos jueces mexicanos y no pueden ser inaplicados aun cuando puedan ser inconstitucionales e inconventionales:

La obligación de las autoridades jurisdiccionales contenida en los artículos 1o. y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de realizar un control de constitucionalidad y/o convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos y dar preferencia a los contenidos en la propia Ley Suprema y en los tratados internacionales (...) no contempla a la jurisprudencia emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, porque el artículo 94 constitucional establece que será obligatoria para todos los órganos jurisdiccionales de conformidad con lo que disponga la ley (...) Cabe precisar que en los casos en los que se pudiera advertir que una jurisprudencia del Alto Tribunal desatiende o contradice un derecho humano, cualquiera que sea su origen, existen los medios legales para que se subsane ese aspecto (...) no es posible determinar que la jurisprudencia del Máximo Tribunal del país pueda ser objeto de la decisión de un órgano de menor grado que tienda a inaplicarla, como resultado del ejercicio de control de convencionalidad *ex officio*, porque permitirlo daría como resultado que perdiera su carácter de obligatoria, ocasionando falta de certeza y seguridad jurídica

Finalmente, en la sentencia del Expediente varios 1396/2011 de 11 de mayo de 2015 la Corte Suprema reitera que las sentencias condenatorias contra México son obligatorias, pero los casos en que no ha sido condenado se requiere que el derecho del caso tenga su correlato en la Constitución mexicana (derecho espejo), se asiente en las mismas razones, se haya armonizado el estándar interamericano con los estándares nacionales de manera previa a su aplicación y, que en todo caso, el juez mexicano debe estarse al principio *pro persona*:

(...) cabe precisar que este Tribunal Pleno ha determinado que el resto de la jurisprudencia de la Corte Interamericana que deriva de las sentencias en donde el Estado mexicano no figura como parte, también tendrá el carácter de criterio vinculante cuando resulte más favorable en términos del principio *pro persona* contenido en el artículo 1 constitucional (...) Debiéndose precisar que en estos casos no debe entenderse el carácter vinculante de los criterios interamericanos en un sentido fuerte, sino como una vinculación a los operadores jurídicos a observar en sus resoluciones un estándar mínimo, que bien podría ser el internacional o el nacional, dependiendo cuál resulte más favorable a las personas.

De ahí que este carácter vinculante de la jurisprudencia interamericana exige a los operadores jurídicos mexicanos lo siguiente: **(I)** cuando el criterio se haya emitido en un caso en el que el Estado mexicano no haya sido parte, la aplicabilidad del precedente al caso específico debe determinarse con base en la verificación de la existencia de las mismas razones que motivaron el pronunciamiento; **(II)** en todos los casos en que sea posible, debe armonizarse la jurisprudencia interamericana con la nacional; **(III)** de ser imposible la armonización, debe aplicarse el criterio que resulte más favorecedor para la protección de los derechos humanos de las personas.

(...) para establecer y concretar las obligaciones que debe cumplir el Poder Judicial de la Federación en atención a las sentencias internacionales, se estima adecuado analizar siempre la correspondencia que debe existir entre los derechos humanos que estimó vulnerados la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con aquellos que se encuentran dispuestos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, o en los tratados que el Estado Mexicano celebre y que, por tanto, se comprometió a respetar, en el entendido de que, si alguno de los deberes del fallo implica el desconocimiento de una restricción constitucional, deberá prevalecer ésta en términos de lo determinado por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver la contradicción de tesis 293/2011 (...).

Como puede advertirse, el seguimiento de los estándares interamericanos por parte de los cortes y tribunales nacionales no es una cuestión pacífica.

Consideramos que para determinar si los estándares de la Corte IDH tienen fuerza vinculante, más que en la autoridad de dicho tribunal, debemos revisar la recepción nacional de los mismos y si las cortes y tribunales nacionales le otorgan algún grado de vinculatoriedad.

En el siguiente capítulo, evaluaremos la recepción nacional del estándar sobre la invalidez de las leyes de auto-amnistía en el caso de graves violaciones a los derechos humanos por cortes y tribunales de Estados que no fueron parte de los casos en los que el estándar se estableció. A partir de su análisis determinaremos si estas cortes nacionales emplean el estándar como parte de la *ratio decidendi* de sus sentencias, otorgándoles un grado fuerte de vinculación, o como *obiter dictum*, un grado de vinculación menor o accesorio en la justificación de su decisión. Así estableceremos el uso que del mismo se hace y el grado de vinculación del juez nacional hacia el estándar interamericano.

Capítulo 4: El estándar sobre la invalidez de las leyes de auto-amnistía de la Corte IDH y su recepción por los tribunales y cortes de países no partes del caso en que se establecieron

En el presente capítulo se revisará las sentencias de la Corte IDH que contienen el estándar sobre la invalidez de las leyes de auto-amnistía. Para ello, luego de un breve resumen de los hechos del caso, extraeremos los párrafos que lo contienen y, de manera sintética, lo formularemos (numeral 4.1).

En un segundo momento se estudiará la recepción y uso del estándar por parte de las cortes nacionales de Argentina, Colombia y Uruguay a partir de una serie de casos en los que se ha resumido sus hechos relevantes, luego se ha extraído sus consideraciones principales para determinar qué uso se ha dado al estándar interamericano (numeral 4.2).

Cabe precisar que se eligieron casos de Argentina y Colombia porque son Estados que no han sido condenados por la Corte IDH por aplicar leyes de auto-amnistía. En el caso de Uruguay si bien cuenta con una condena por el caso Gelman, la sentencia que se seleccionó para el análisis corresponde al caso Sabalgaray resuelto por su Corte Suprema antes de la condena por el caso Gelman.

4.1.- El estándar interamericano sobre la invalidez de las leyes de auto-amnistía

La realidad latinoamericana es ciertamente compleja, durante las últimas cuatro décadas del siglo pasado, con diferente intensidad y tinte ideológico, diversos países estuvieron bajo dictaduras militares o cívico-militares, que produjeron la violación masiva de derechos humanos básicos de los opositores de esos regímenes. Estos hechos no pudieron ser procesados en el ámbito interno de los Estados, por lo que, en su momento,

fueron cuestionados ante el SIDH, dando como resultado que la Corte IDH estableciera el estándar sobre la invalidez de las leyes de auto-amnistía.

En las sentencias de los casos Barrios Altos y la Cantuta ambos contra el Perú, Almonacid Arellano vs. Chile y Gómez Lund (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil, la Corte IDH analizó de modo directo la compatibilidad de leyes de auto-amnistía con la CADH, es decir, normas que habían sido aprobadas por los propios gobiernos dictatoriales (como en Brasil o Chile) o en el marco de una dictadura cívico-militar (como en el caso de Perú) para iniciar una transición hacia la democracia (en el caso peruano más aparente que real), cuya finalidad radicaba en eximir de responsabilidad a los agentes estatales responsables de las graves violaciones a los derechos humanos que se perpetraron durante esas dictaduras.

Según este estándar las leyes de auto-amnistía son inválidas y carecen de efectos jurídicos, porque constituyen un obstáculo para el acceso a la justicia de las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos, en tanto suponen una violación de los derechos de acceso a un juez independiente e imparcial y a gozar de un recurso sencillo, rápido y efectivo para la protección de sus derechos, ambos reconocidos en los artículos 8.1 y 25 de la CADH, así como de las obligaciones generales que se derivan de sus artículos 1 y 2, consistentes en garantizar y proteger los derechos humanos de sus nacionales y de adecuar el derecho interno para hacer efectivos los derechos que dicho instrumento protege.

4.1.1.- Resumen de los casos en los que la Corte IDH estableció el estándar de sobre la invalidez de las leyes de auto-amnistía

En el caso Barrios Altos vs. Perú del 14 de marzo de 2001 se analizó la validez de leyes de auto-amnistía aplicada en sede nacional a los miembros del grupo paramilitar “Colina”, para eximirlos de responsabilidad penal por la muerte de quince personas y lesiones graves sobre otras cuatro, la Corte IDH señaló que:

41. (...) son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Esta posición tuvo como sustento el que estas leyes:

42. (...) impidieron que los familiares de las víctimas y las víctimas sobrevivientes en el presente caso fueran oídas por un juez, conforme a lo señalado en el artículo 8.1 de la Convención; violaron el derecho a la protección

judicial consagrado en el artículo 25 de la Convención; impidieron la investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y sanción de los responsables de los hechos ocurridos en Barrios Altos, incumpliendo el artículo 1.1 de la Convención, y obstruyeron el esclarecimiento de los hechos del caso. Finalmente, 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.

De ahí que, a partir de las obligaciones de respeto y garantía de los derechos humanos y de adecuación del derecho interno a las disposiciones de la CADH (artículos 1 y 2), la Corte IDH señaló que:

43. (...) 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 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 Americana. Este tipo de leyes impide la identificación de los individuos responsables de violaciones a derechos humanos, ya que se obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia e impide a las víctimas y a sus familiares conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente.

Finalmente, la Corte IDH estableció que las leyes de auto-amnistía:

44. (...) 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 Perú.

A partir de las consideraciones del tribunal interamericano es posible formular el estándar interamericano en los términos siguientes: “las leyes de auto-amnistía, disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanciones a los responsables de graves violaciones a los derechos humanos, carecen de efectos jurídicos y no pueden representar un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso ni para la identificación y el castigo de los responsables”.

En la sentencia *Almonacid Arellano vs. Chile* del 26 de setiembre de 2006, la Corte IDH analizó la compatibilidad del Decreto Ley 2.191 que declaró una amnistía general

para los autores de crímenes sucedidos entre el 11 de marzo de 1973 y el 10 de marzo de 1978, cuando Augusto Pinochet derrocó al Gobierno de Salvador Allende e instauró una dictadura militar. En esta sentencia, se analizó el caso que involucró el asesinato de Luis Alfredo Almonacid Arellano por las fuerzas del orden frente a su familia el 16 de setiembre de 1973; cuyos responsables fueron eximidos de responsabilidad en aplicación del Decreto Ley 2.191.

La sentencia estableció que el asesinato de Luis Almonacid Arellano se encontraba bajo los alcances del Decreto Ley 2.191 en tanto su artículo 3, que establecía las exclusiones a su aplicación, no excluyó al delito de asesinato considerado por la Corte IDH como de lesa humanidad (párrafo 116). Se indicó también que las leyes de amnistía conducen a la indefensión de las víctimas y sus familiares y constituye una forma de perpetuar la impunidad “por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana e indudablemente afectan derechos consagrados en ella. Ello constituye *per se* una violación de la Convención y genera responsabilidad” (párrafo 119). A renglón seguido se señaló que:

120. (...) el Decreto Ley No. 2.191 otorga básicamente una autoamnistía, puesto que fue emitido por el propio régimen militar, para sustraer de la acción de la justicia principalmente sus propios crímenes, recalca que un Estado viola la Convención Americana cuando dicta disposiciones que no están en conformidad con las obligaciones dentro de la misma; el hecho de que esas normas se hayan adoptado de acuerdo con el ordenamiento jurídico interno o contra él, “es indiferente para estos efectos”. En suma, esta Corte, más que al proceso de adopción y a la autoridad que emitió el Decreto Ley No. 2.191, atiende a su *ratio legis*: amnistiar los graves hechos delictivos contra el derecho internacional cometidos por el régimen militar.

La Corte IDH también manifestó que el Decreto Ley 2.191 se mantuvo vigente luego de que Chile hubiese ratificado la CADH en 1990, lo que constituyó un incumplimiento de las obligaciones que se derivan de dicho instrumento. Además, señaló que el hecho de que dicha ley no sea aplicado por el Poder Judicial no es suficiente para satisfacer las exigencias del artículo 2 de la CADH por dos razones, primero que dicho artículo “(...) impone una obligación legislativa de suprimir toda norma violatoria a la Convención y, en segundo lugar, porque el criterio de las cortes internas puede cambiar, decidiéndose aplicar nuevamente una disposición que para el ordenamiento interno permanece vigente” (párrafo 121). De ahí que se concluyera que Chile incumplió el deber de adecuación contenido en el artículo 2 de la CADH (párrafo 122).

De aquí en los párrafos 123 y 124 de la sentencia reseñada desarrolla la argumentación que lleva a incorporar el control de convencionalidad, para aterrizar en el caso y señalar que:

126. (...) el Poder Judicial aplicó el Decreto Ley No. 2.191 (*supra* párr. 82.20 y 82.21), lo que tuvo como efecto inmediato el cese de las investigaciones y el archivo del expediente, dejando en la impunidad a los responsables de la muerte del señor Almonacid Arellano. De acuerdo a lo anterior, se impidió a los familiares que ejercieran el derecho a ser oídos por un tribunal competente, independiente e imparcial, a través de un recurso efectivo y adecuado que repare las violaciones cometidas en perjuicio de su ser querido y les permitiera conocer la verdad.

127. Conforme a la jurisprudencia de este Tribunal, 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 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 Americana. Este tipo de leyes impide la identificación de los individuos responsables de violaciones a derechos humanos, ya que se obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia e impide a las víctimas y a sus familiares conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente.

De lo reseñado puede formularse un estándar en los términos siguientes: “las leyes de auto-amnistía, adoptadas conforme al ordenamiento interno, por su *ratio legis* conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad de los crímenes de lesa humanidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la CADH”, que en sustancia sigue el estándar contenido en la sentencia del caso Barrios Altos vs. Perú.

En lo que respecta al caso La Cantuta vs. Perú del 29 de noviembre de 2006, vinculado con la desaparición forzada y el asesinato de nueve estudiantes y un profesor de la Universidad Nacional Enrique Guzmán y Valle “La Cantuta” por parte del grupo para militar “Colina” en 1992, la Corte IDH conoció de los obstáculos legales que tenían las víctimas para que los perpetradores de estos crímenes fueran juzgados y sancionados.

En este caso los responsables, aun cuando fueron condenados en el fuero militar, después gozaron de una amnistía otorgada en aplicación de la Ley 26479, ampliada por la Ley 26492. Si bien, la emisión de la sentencia del caso Barrios Altos vs. Perú provocó que las resoluciones que aplicaron las leyes de amnistía fueron declaradas nulas por el propio fuero militar, en el caso no se tenía evidencia de que las condenas fueron efectivamente ejecutadas. Esto porque se emplearon recursos sustentados en la cosa juzgada, según la cual, la situación jurídica de los involucrados ya habría sido resuelta y

no podían ser juzgados nuevamente. Por ello, luego de reiterar el estándar del caso *Barrios Altos vs. Perú* (párrafo 152), la Corte IDH señaló que:

153. Específicamente en relación con la figura de la cosa juzgada, recientemente la Corte precisó que el principio *non bis in idem* no resulta aplicable cuando el procedimiento que culmina con el sobreseimiento de la causa o la absolución del responsable de una violación a los derechos humanos, constitutiva de una infracción al derecho internacional, ha sustraído al acusado de su responsabilidad penal, o cuando el procedimiento no fue instruido independiente o imparcialmente de conformidad con las debidas garantías procesales. Una sentencia pronunciada en las circunstancias indicadas produce una cosa juzgada “aparente” o “fraudulenta”.

De aquí se puede formular un estándar según el cual: “la cosa juzgada, adoptada en aplicación de leyes de amnistía, no puede constituirse en un obstáculo para la investigación de hechos que constituyen graves violaciones a los derechos humanos. Tal cosa juzgada sería aparente o fraudulenta y, por ende, no surtiría efectos”. Este estándar es una derivación del contenido en el caso *Barrios Altos vs. Perú*.

El caso *Gómes Lund (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*, del 24 de noviembre de 2010, involucró el conocimiento de la tortura, asesinato y desaparición de los cuerpos de los miembros de la *Guerrilha do Araguaia*, conformado por integrantes del Partido Comunista de Brasil, sucedido entre 1972 y 1975, por parte de efectivos militares, debido a su oposición a la dictadura militar instaurada en abril de 1964 en dicho país.

La Corte IDH estableció que mediante la Ley 6.683/79, del 28 de agosto de 1979, el régimen dictatorial concedió una amnistía para los que cometieron crímenes políticos entre el 2 de setiembre de 1961 y el 15 de agosto de 1979. Si bien cuando se restauró la democracia el gobierno reconoció su responsabilidad mediante una ley, también es cierto que respecto de los hechos reseñados no se realizaron las investigaciones para procesar y determinar las responsabilidades penales de los responsables por las graves violaciones a los derechos humanos de los guerrilleros de *Araguaia*. Al respecto, en la sentencia se señaló que:

135. En virtud de dicha Ley [6.683/79], hasta la fecha el Estado no ha investigado, procesado o sancionado penalmente a los responsables de las violaciones de derechos humanos cometidas durante el régimen militar, incluidas las del presente caso. Ello se debe a que “la interpretación [de la Ley de Amnistía] absuelve automáticamente [a] todas las violaciones de [d]erechos [h]umanos que hayan sido perpetradas por agentes de represión política”

Asimismo, en la sentencia se da cuenta que la Ley 6.683/79 fue objeto de una acción de incumplimiento de precepto fundamental en el derecho interno, pero su validez constitucional fue confirmada por el Supremo Tribunal Federal de Brasil mediante

sentencia del 29 de abril de 2010 (párrafo 136). Por ello, la Corte IDH recuerda y reitera sus estándares relativos a la obligación de los Estados de investigar y sancionar las violaciones a los derechos humanos (párrafos 137 a 141), así como sobre la invalidez de las leyes de auto-amnistía (párrafos 148 y 149), de ahí que señalara que:

171. Este Tribunal ya se ha pronunciado anteriormente sobre el tema y no encuentra fundamentos jurídicos para apartarse de su jurisprudencia constante (...) a efectos del presente caso, el Tribunal reitera que “son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”.

172. La Corte Interamericana considera que la forma en la cual ha sido interpretada y aplicada la Ley de Amnistía adoptada por Brasil (*supra* párrs. 87, 135 y 136) ha afectado el deber internacional del Estado de investigar y sancionar las graves violaciones de derechos humanos al impedir que los familiares de las víctimas en el presente caso fueran oídos por un juez, conforme a lo señalado en el artículo 8.1 de la Convención Americana y violó el derecho a la protección judicial consagrado en el artículo 25 del mismo instrumento precisamente por la falta de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y sanción de los responsables de los hechos, incumpliendo asimismo el artículo 1.1 de la Convención. Adicionalmente, al aplicar la Ley de Amnistía impidiendo la investigación de los hechos y la identificación, juzgamiento y eventual sanción de los posibles responsables de violaciones continuadas y permanentes como las desapariciones forzadas, el Estado incumplió la obligación de adecuar su derecho interno consagrada en el artículo 2 de la Convención Americana.

Seguidamente, se analizó el argumento empleado por el Estado en sobre la naturaleza de la ley de amnistía como parte de un acuerdo político, la corte señaló que:

175. En cuanto a lo alegado por las partes respecto de si se trató de una amnistía, una autoamnistía o un “acuerdo político”, la Corte observa, como se desprende del criterio reiterado en el presente caso (*supra* párr. 171), que la incompatibilidad respecto de la Convención incluye a las amnistías de graves violaciones de derechos humanos y no se restringe sólo a las denominadas “autoamnistías”. Asimismo, como ha sido señalado anteriormente, el Tribunal más que al proceso de adopción y a la autoridad que emitió la Ley de Amnistía, atiende a su *ratio legis*: dejar impunes graves violaciones al derecho internacional cometidas por el régimen militar. La incompatibilidad de las leyes de amnistía con la Convención Americana en casos de graves violaciones de

derechos humanos no deriva de una cuestión formal, como su origen, sino del aspecto material en cuanto violan los derechos consagrados en los artículos 8 y 25, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención.

Por ello, luego de advertir que los jueces brasileños no aplicaron el control de convencionalidad –ya establecido en el caso *Almonacid Arellano vs. Chile-* (párrafos 175 y 177), así como los argumentos relativos a la ponderación y los principios de legalidad e irretroactividad (párrafos 178 y 179), en la sentencia se concluye que:

180. (...) debido a la interpretación y a la aplicación que le ha dado a la Ley de Amnistía, la cual carece de efectos jurídicos respecto de graves violaciones de derechos humanos en los términos antes indicados (particularmente, *supra* párrs. 171 a 175), Brasil ha incumplido su obligación de adecuar su derecho interno a la Convención, contenida en el artículo 2 de la misma, en relación con los artículos 8.1, 25 y 1.1 del mismo tratado. Adicionalmente, el Tribunal concluye que por la falta de investigación de los hechos, así como del juzgamiento y sanción de los responsables, el Estado violó los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial previstos en los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma en perjuicio de los siguientes familiares de las víctimas: (...)

A partir de este caso que, en cuanto al estándar sobre la invalidez de las leyes de auto-amnistía, puede formularse un estándar en los términos siguientes: “las leyes de auto-amnistía que representan un obstáculo para las investigaciones de las graves violaciones a los derechos humanos, aun cuando hayan sido convalidadas en su constitucionalidad por los jueces nacionales, carecen de efectos jurídicos por su incompatibilidad con la CADH”. Cabe agregar que este estándar sigue, en lo esencial, lo señalado ya desarrollado por la Corte IDH en los casos *Barrios Altos vs. Perú*, *Almonacid Arellano vs. Chile* y *La Cantuta vs. Perú*.

Posteriormente, la Corte IDH en los casos *Gelman vs. Uruguay* y *Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador* amplió el referido estándar. Ello se debió a las particularidades de estos casos porque se consideraron incompatibles con la CADH la ley de caducidad de la pretensión punitiva del Estado aun cuando esta fue ratificada por referéndum popular (*Gelman*), y la ley de amnistía general adoptada con infracción de los acuerdos de paz adoptados para poner fin a un conflicto armado no internacional (*Masacres de El Mozote*), que han tenido particular importancia para la recepción del estándar objeto de análisis por parte de la experiencia colombiana (*Sentencia C-007/18*).

El caso *Gelmán vs. Uruguay*, de fecha 24 de febrero de 2011, vinculado con los hechos de la desaparición forzada (secuestro en Argentina y traslado a Uruguay) de María Claudia García Iruretagoyena de Gelman a fines de 1976, por parte de agentes argentinos y uruguayos en el marco de la “Operación Cóndor”, quien se encontraba embarazada al momento del secuestro, tuvo a su hija en cautiverio y fue separada de

ella. En la sentencia, luego de reiterar sus estándares en materia de leyes de auto-amnistía (párrafos 225-229), la Corte señalaría que:

232. Dada su manifiesta incompatibilidad con la Convención Americana, las disposiciones de la Ley de Caducidad que impiden la investigación y sanción de graves violaciones de derechos humanos carecen de efectos jurídicos y, en consecuencia, no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos del presente caso y la identificación y el castigo de los responsables, ni pueden tener igual o similar impacto respecto de otros casos de graves violaciones de derechos humanos consagrados en la Convención Americana que puedan haber ocurrido en el Uruguay

Cabe agregar la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado fue aprobada en el marco de un régimen democrático y que incluso, debido a los cuestionamientos que generó, fue sometida a referéndum popular, mediante el que no se pudo obtener su invalidez, es decir, que fue ratificada por el pueblo uruguayo. Sobre esta circunstancia particular, la Corte IDH señaló que:

238. El hecho de que la Ley de Caducidad haya sido aprobada en un régimen democrático y aún ratificada o respaldada por la ciudadanía en dos ocasiones no le concede, automáticamente ni por sí sola, legitimidad ante el Derecho Internacional (...).

239. La sola existencia de un régimen democrático no garantiza, per se, el permanente respeto del Derecho Internacional, incluyendo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos (...). La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías (...).

A partir de lo señalado, se puede formular un estándar según el cual: “las leyes de amnistía en tanto constituyan un impedimento para el acceso a la justicia y a la verdad de las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos o de sus familiares, carecen de todo efecto jurídico aun cuando hayan sido aprobadas en un régimen democrático o validadas por el voto popular”, que en lo esencial sigue los casos anteriores.

Finalmente, en lo que respecta al caso de las Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador, de fecha 25 de octubre de 2012, la Corte IDH analizó la aplicación del

Decreto Legislativo 486 “Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz” del 20 de marzo de 1993. La particularidad del caso estriba en que, a diferencia de los anteriores donde hubo dictaduras, en El Salvador se vivió un conflicto armado no internacional en el marco del cual las fuerzas militares desataron masacres sucesivas contra la población civil acusada de integrar las fuerzas beligerantes, entre estas, la que dio origen al caso.

Si bien estos hechos fueron procesados ante la justicia, la causa fue sobrepasada en aplicación de la mencionada ley de amnistía. Cabe agregar que esta norma fue aprobada luego de que se adoptaron los Acuerdos de Paz de Chapultepec de 16 de enero de 1992 que puso fin al conflicto armado interno que vivió el país.

En la sentencia la Corte IDH aborda la compatibilidad de la ley de amnistía indicada en relación con los estándares interamericanos y los del Derecho Internacional Humanitario, en particular el artículo 6.5 del Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949. Al respecto, se señaló que:

284. (...) en el presente caso se trata de una ley de amnistía general que se refiere a hechos cometidos en el contexto de un conflicto armado interno. Por ello, la Corte estima pertinente, al realizar el análisis de la compatibilidad de la Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz con las obligaciones internacionales derivadas de la Convención Americana y su aplicación al caso de las Masacres de El Mozote y lugares aledaños, hacerlo también a la luz de lo establecido en el Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 así como de los términos específicos en que se acordó el cese de las hostilidades que puso fin al conflicto en El Salvador y, en particular, del Capítulo I (“Fuerza Armada”), punto 5 (“Superación de la Impunidad”), del Acuerdo de Paz de 16 de enero de 1992.

285. Según el Derecho Internacional Humanitario aplicable a estas situaciones, se justifica en ocasiones la emisión de leyes de amnistía al cese de las hostilidades en los conflictos armados de carácter no internacional para posibilitar el retorno a la paz. En efecto, el artículo 6.5 del Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 prevé que: “A la cesación de las hostilidades, las autoridades en el poder procurarán conceder la amnistía más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado o que se encuentren privadas de libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto armado”.

286. Sin embargo, esta norma no es absoluta, en tanto también existe en el Derecho Internacional Humanitario una obligación de los Estados de investigar y juzgar crímenes de guerra. Por esta razón, “las personas sospechosas o acusadas de haber cometido crímenes de guerra, o que estén condenadas por ello” no podrán estar cubiertas por una amnistía. Por consiguiente, puede

entenderse que el artículo 6.5 del Protocolo II adicional está referido a amnistías amplias respecto de quienes hayan participado en el conflicto armado no internacional o se encuentren privados de libertad por razones relacionadas con el conflicto armado, siempre que no se trate de hechos que, como los del presente caso, cabrían en la categoría de crímenes de guerra e, incluso, en la de crímenes contra la humanidad.

En la sentencia se concluye que la Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz resultaba contraria a los Acuerdos de Paz, que sí consideraban la posibilidad de investigar y sancionar las graves violaciones a los derechos humanos:

292. Por ende, es evidente que la *ratio legis* de la Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz fue tornar inoperante el Capítulo I (“Fuerza Armada”), punto 5 (“Superación de la Impunidad”), del Acuerdo de Paz de 16 de enero de 1992 y, de este modo, amnistiar y dejar impunes la totalidad de los graves hechos delictivos contra el derecho internacional cometidos durante el conflicto armado interno, a pesar de que hubiesen sido determinados por la Comisión de la Verdad como materias a investigar y sancionar. De tal modo, la sanción de la Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz contravino expresamente lo que las propias partes del conflicto armado habían establecido en el Acuerdo de Paz que dispuso el cese de las hostilidades.

De ahí que se considerará que la referida norma resultaba contraria a las obligaciones del Estado salvadoreño de investigar y sancionar las graves violaciones a los derechos humanos ocurridos durante el conflicto armado interno, y convertirse en instrumento para perpetuar la impunidad:

295. Es así que la aprobación por parte de la Asamblea Legislativa de la Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz y su posterior aplicación en el presente caso por parte del Juzgado Segundo de Primera Instancia de San Francisco Gotera, por un lado, es contraria a la letra y espíritu de los Acuerdos de Paz, lo cual leído a la luz de la Convención Americana se refleja en una grave afectación de la obligación internacional del Estado de investigar y sancionar las graves violaciones de derechos humanos referidas a las masacres de El Mozote y lugares aledaños, al impedir que los sobrevivientes y los familiares de las víctimas en el presente caso fueran oídos por un juez, conforme a lo señalado en el artículo 8.1 de la Convención Americana y recibieran protección judicial, según el derecho establecido en el artículo 25 del mismo instrumento.

296. Por el otro lado, la Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz ha tenido como consecuencia la instauración y perpetuación de una situación de impunidad debido a la falta de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y sanción de los responsables de los hechos, incumpliendo asimismo los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, referida esta última

norma a la obligación de adecuar su derecho interno a lo previsto en ella. Dada su manifiesta incompatibilidad con la Convención Americana, las disposiciones de la Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz que impiden la investigación y sanción de las graves violaciones a los derechos humanos sucedidas en el presente caso carecen de efectos jurídicos y, en consecuencia, no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos del presente caso y la identificación, juzgamiento y el castigo de los responsables, ni pueden tener igual o similar impacto respecto de otros casos de graves violaciones de derechos humanos reconocidos en la Convención Americana que puedan haber ocurrido durante el conflicto armado en El Salvador.

De lo reseñado se puede colegir un estándar según el cual “las leyes de amnistía general adoptadas en el marco de procesos de justicia transicional para superar conflictos armados no internacionales, para conservar su validez deben de respetar los acuerdos de paz adoptados por las partes del conflicto y no suponer un obstáculo para que las víctimas puedan gozar de los derechos de acceso a la justicia, la verdad y la reparación”, que en lo esencial sigue el estándar de Barrios Altos, La Cantuta, Almonacid Arellano y Gomes Lund, con las particularidades anotadas.

4.1.2.- Apreciaciones sobre el estándar de la Corte IDH sobre la invalidez de las leyes de auto-amnistía

Una primera observación que habría que realizar sobre los casos reseñados es que las disposiciones analizadas por la Corte IDH en las sentencias son denominadas las leyes de amnistía en los casos Barrios vs. Perú y La Cantuta vs. Perú, en tanto que se utilizó la expresión leyes de auto-amnistía en la sentencia del caso Almonacid Arellano vs. Chile y en Gómez Lund vs. Brasil.

La diferencia no solo es semántica sino también práctica. El concepto de leyes de auto-amnistía alude a disposiciones legales que se dictan en el marco de un gobierno dictatorial, como lo fueron los regímenes militares que derrocaron a Salvador Allende en Chile en 1973 y a Joao Goulart en Brasil en 1964, para eximir a sus miembros de las investigaciones que pudieran realizarse por su participación en hechos que configuran graves violaciones a los derechos humanos (detenciones ilegales y arbitrarias, torturas, ejecuciones extrajudiciales, desaparición forzada).

Consideramos que tal calificativo también aplicaría para los casos peruanos, dado que las leyes de amnistía analizados en los casos Barrios Altos y La Cantuta fueron aprobados por el Congreso Constituyente Democrático convocado por Fujimori en 1992, que en ese momento era un dictador, pues había usurpado el poder político, cerrado las instituciones democráticas y se encontraba apoyado por la cúpula militar de entonces.

Como segunda observación, puede advertirse que en todos los casos el estándar interamericano recae sobre disposiciones normativas de rango legal, sean aprobadas por el Congreso en etapa de transición o por las propias dictaduras. Asimismo, todas tienen una misma *ratio legis*: amnistiar a los funcionarios estatales (de las fuerzas armadas principalmente) para que no puedan ser procesados o investigados por las autoridades judiciales.

Estas amnistías están vinculadas con graves violaciones a los derechos humanos, conforme a la descripción de los hechos en los casos: asesinatos frente a las familias (Almonacid Arellano); acribillamiento (Gómez Lund, Barrios Altos); secuestro, tortura, ejecuciones extrajudiciales y desaparición forzada (La Cantuta). Por ello, independientemente de su forma de aprobación, según el derecho interno, las mismas resultan incompatibles con la CADH y sin efecto legal alguno, en tanto no deben y no pueden representar un obstáculo para las investigaciones que desarrollen los jueces penales.

Finalmente, en todos los casos, la Corte para justificar el estándar utiliza dos vías argumentativas, por un lado disposiciones de la CADH (consideración formal) y por otro decisiones de otros órganos de protección de los derechos humanos (lo que es más palpable en el caso Gómez Lund) (consideración material).

En relación con la consideración formal, la Corte invoca los artículos 1.1, 2, 8 y 25 de la CADH porque con las leyes de auto-amnistía se impiden las investigaciones sobre las graves violaciones a los derechos humanos, lesionándose los derechos de acceso a un juez independiente e imparcial para que realice la investigación (artículo 8 de la CADH), así como el derecho a un recurso sencillo, rápido y efectivo para que la víctima o sus familiares puedan acceder a la justicia (artículo 25 de la CADH), por ello, el Estado no cumple con su obligación de garantizar los derechos que la CADH protege (artículo 1.1 de la CADH) y al mantener dichas leyes formalmente vigentes, los Estados parte condenados no cumplieron con su obligación de adecuar su derecho interno a la CADH (artículo 2). En lo que respecta a la consideración material se citan decisiones previas de la propia Corte IDH, informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, así como sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, e informes de comités y relatores de Naciones Unidas.

4.2.- Recepción del estándar interamericano sobre la invalidez de las leyes de auto-amnistía por tribunales y cortes nacionales de Estados no parte del caso en el que fue establecido

La selección de los casos efectuada no puede considerarse como exhaustiva, dado que se ha seleccionado aquellos casos más conocidos de tres países de América Latina. En dicho sentido, de Argentina se ha resumido los casos Simón (2004), Arancibia Clavel (2005) y Mazzeo (2007) resueltos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación de dicho país aplicando el estándar sobre la invalidez de las leyes de auto-amnistía

contenido en la sentencia del caso Barrios Altos vs. Perú, especialmente en el caso Simón en donde el seguimiento al estándar interamericano objeto de estudio es paradigmático.

En lo que se refiere al caso de Colombia, de cuya experiencia se ha extraído el mayor número de casos, se resumió las sentencias C-228/02, C-578/02, C-871/03, C-370/06, C-576/06, C-620/11 y C-007/08. La experiencia colombiana presenta particularidades que la apartan de sus pares que son objeto de muestra porque las leyes que son analizadas por la Corte Constitucional, en los que se emplean el estándar de la Corte IDH objeto de la muestra, no califican en estricto como leyes de auto-amnistía porque fueron dados en un marco democrático y en una etapa de transición en el cual el país ha ido superando un conflicto armado interno que ha durado cinco décadas aproximadamente.

No obstante, los hemos resumido porque en los mismos se hace un uso continuo del estándar interamericano sobre la invalidez de las leyes de auto-amnistía y otros que se derivan del mismo (como el derecho de las víctimas a conocer la verdad de las graves violaciones a los derechos humanos, que el Estado no puede imponer obstáculos como la prescripción o el indulto para el acceso a la justicia de las víctimas, entre otros). Ello, consideramos, permitirá graficar el uso del estándar objeto de la muestra en un contexto distinto al que fue la base fáctica en el cual surgió.

En el caso de Uruguay se reseñó el caso Sabalsagaray (2009) en donde, además de otras consideraciones constitucionales, la Suprema Corte de Justicia aplicó el estándar del caso Barrios Altos vs. Perú y se inaplicó en su momento la Ley 15848, Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado. Cabe agregar que este caso es previo a la emisión de la sentencia del caso Gelmán vs. Uruguay (2011), en donde la Corte IDH analiza la compatibilidad de la Ley 15848 con la CADH (ver el numeral 4.1.1.).

Ahora bien, no se ha seleccionado casos de Perú o Chile en la medida que en dichos países ya existen sentencias que fijan el estándar (Barrios Altos y La Cantuta en el caso de Perú y Almonacid Arellano en el caso de Chile), por lo que su aplicación en dichos Estados no estaría bajo el escenario del seguimiento del estándar reconociéndole algún grado de fuerza vinculante, sino en el ámbito del cumplimiento de las respectivas sentencias condenatorias.

Finalmente, en lo que se refiere a Brasil, de la búsqueda de casos realizada solo se ubicó uno donde en sede interna se analizó su ley de auto-amnistía: la Ley No. 6.683/79 del 28 de agosto de 1979. Esta ley fue objeto de una acción constitucional: la Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) N°. 153, sentencia del 29 de abril de 2010, cuyo ponente fue el Ministro Eros Grau. En esta decisión se convalida la constitucionalidad de la referida ley, y no se analiza en ningún momento, al menos en el voto en mayoría, su compatibilidad con la CADH o los estándares de la Corte IDH sobre la materia:

Em seu voto, o relator, ministro Eros Grau, julgou improcedente o pedido do Conselho Federal de OAB, e fundamentou seu posicionamento na concepção de que a Lei de Anistia teria sido uma modalidade de transição conciliada para a democracia que resguardara a estabilidade por meio de um acordo político (...) Outro argumento presente no voto de Eros Grau foi a defesa de que a iniciativa para eventual revisão da Lei de Anistia deveria partir do Poder Legislativo. (Coelho 2017, pp. 159-160)

Llama la atención dicha postura, por cuanto a la fecha en que se emite la sentencia, ya era un estándar consolidado en el SIDH que las leyes de auto-amnistía, como la Ley 6.683/79, carecían de efectos jurídicos. Es más, la doctrina brasileña resalta que de manera expresa el Supremo brasileño no los tuvo en cuenta, salvo algunas leves referencias en los votos singulares de los Ministros Celso de Mello y Ricardo Lewandowski:

A pesar da existência de precedentes específicos na Corte IDH –casos Loayza Tamayo vs. Perú (1998), Barrios Altos vs. Perú (2001) e Almonacid Arellano vs. Chile (2006)-, em que havia sido declarado que as leis de anistia elaborados ao final dos regimes ditatoriais instaurados na América Latina careciam de efeitos jurídicos e não poderiam representar impedimento à investigação dos crimes e punição dos agentes estatais que haviam praticado crimes, bem como de outros processos em tramitação perante aquela Corte inclusive contra o Brasil (caso Gomes Lund y otros –Guerrilha do Araguaia-), verifica-se que o Supremo Tribunal Federal, por maioria, com fundamento na constitucionalidade do ato normativo perante a Constituição vigente à época da sua edição e na impossibilidade de aplicação retroativa das disposições do Texto Constitucional de 1988.

Não é nosso propósito discutir, no presente momento, a fundamentação do julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal, mas sim a ausência de diálogo desse Tribunal com a Corte IDH. Ao longo de mais de 250 páginas, apenas o Ministro Celso de Mello faz referência aos precedentes estabelecidos pela Corte Interamericana nos julgamentos anteriormente referidos, estabelecendo a diferença entre as situações ocorridas nos países latino-americanos –em que as leis de anistia beneficiavam tão somente os agentes estatais– daquela sob julgamento no STF, o que o levava a adotar solução diversa daquela admitida pela Corte IDH.

Há, também, uma pequena referência do ministro Ricardo Lewandowski à orientação adotada pelo Comitê de Direitos Humanos da ONU quanto à possibilidade de responsabilização internacional do país que deixar de cumprir as disposições do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, bem como a julgamento da Corte IDH no caso Goiburú y otros vs. Paraguay, que tratava da

responsabilização internacional daquele Estado pela ausência de investigação de delitos cometidos durante período ditatorial instaurado naquele país. Mostra-se importante salientar que o Paraguai –diversamente do que ocorreu em outros países da América Latina– não havia editado qualquer disposição normativa conferindo anistia aos agentes públicos. (Schäfer y otros 2017, pp. 223-224)

Por lo señalado, dicho caso no ha sido resumido. Para finalizar, cabe reparar en el hecho de que meses después de emitida la sentencia brasileña citada, la Corte IDH analizó la compatibilidad de la Ley 6.683/79 con la CADH, concluyendo que la misma era incompatible con dicho instrumento y los estándares adoptados por la Corte IDH sobre la materia (al respecto puede verse el resumen del caso Gome Lund vs. Brasil contenido en el numeral 4.1.1.).

4.2.1.- Resumen de los casos en los que las cortes y tribunales nacionales emplearon el estándar de la Corte IDH sobre la invalidez de las leyes de auto-amnistía: casos de Argentina, Colombia y Uruguay

a) Casos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina

En Argentina la sentencia del caso Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/. homicidio calificado, asociación ilícita y otros de fecha 24 de agosto de 2004, tenía como hecho relevante que el señor Arancibia fue condenado a cadena perpetua por el homicidio del matrimonio Prats Cuthbert, ocurrido cuando el condenado formaba parte de un comando militar en la época de la dictadura, que perseguía opositores al Gobierno de Pinochet exiliados en Argentina, así como por el delito de asociación ilícita. Luego la acción penal se declaró prescrita en el extremo del delito de asociación ilícita. La Corte Suprema resuelve el recurso extraordinario interpuesto por la representación del Gobierno de Chile contra la sentencia que declaró prescrita la acción penal en dicho extremo. Sobre el particular la Corte Suprema en su fundamento 11 señaló que:

(...) estrictamente, y a partir de las propias definiciones utilizadas por el a quo correspondía calificar a la conducta de Arancibia Clavel como un delito de lesa humanidad, pues la agrupación de la que formaba parte estaba destinada a perseguir a los opositores políticos de Pinochet, por medio de homicidios, desaparición forzada de personas y tormentos (sobre cuyo carácter no caben dudas) con la aquiescencia de funcionarios estatales (...).

En el fundamento 33 de la sentencia, luego de citar las disposiciones de la Convención sobre la imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, se concluye que:

(...) los hechos por los cuales se condenó a Arancibia Clavel, ya eran imprescriptibles para el derecho internacional al momento de cometerse, con lo cual no se da una aplicación retroactiva de la convención, sino que ésta ya era la

regla por costumbre internacional vigente desde la década del '60, a la cual adhería el Estado argentino”.

Entonces, los hechos ejecutados por Arancibia Clavel “(...) eran considerados crímenes contra la humanidad por el derecho internacional de los derechos humanos vinculante para el Estado argentino, de ello se deriva como lógica consecuencia la inexorabilidad de su juzgamiento y su consiguiente imprescriptibilidad”. Como refuerzo de este argumento, en el fundamento 35, la Corte argentina cita el caso *Barrios Altos vs. Perú* en que se estableció que no cabe ninguna forma de eximente de responsabilidad por la comisión de graves violaciones a los derechos humanos (como leyes de autoamnistías, indultos o la prescripción de los delitos), concluyéndose que “(...) en virtud de las consideraciones realizadas corresponde declarar que el hecho que diera lugar a la condena de Arancibia Clavel por el delito de asociación ilícita, reviste la calidad de crimen contra la humanidad y, por lo tanto, resulta imprescriptible” (en su fundamento 37).

En el caso *Simón, Julio Héctor y otros s/. privación ilegítima de libertad del 14 de junio de 2005*, la querellante *Buscarita Imperi Roa* formula denuncia por la detención y desaparición de su hijo, su nuera y su nieta. Luego de las indagaciones se tiene que los desaparecidos permanecieron durante los días de la dictadura militar en el centro conocido como “El Olimpo”. Asimismo, se relata que no se tiene noticia del paradero del hijo y la nuera de la querellante, pero que la nieta fue cambiada de nombre y entregada a un militar. De las investigaciones se tiene que Julio Héctor Simón y Juan Antonio del Cerro fueron procesados en la vía penal, decretándose para tal fin la invalidez del artículo 1 de la ley 23492 (ley de punto final) y los artículos 1, 3 y 4 de la ley 23521 (ley de obediencia debida), por ser contraria a la CADH y otros instrumentos internacionales. Los delitos imputados fueron calificados como de lesa humanidad (secuestro, tortura, asesinato).

Julio Héctor Simón, como parte de su defensa, sostenía la validez de la ley de punto final (amnistía), pues ello no sería un tema justiciable en la medida que su aprobación corresponde a otros poderes del Estado, asimismo señaló que en su caso se violentaría el principio de aplicación de la ley penal benigna, y que se le estaría aplicando de forma retroactiva la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.

Al respecto, la Corte Suprema señala que si bien el Poder Legislativo aún mantiene la potestad de decretar amnistías, estas han sufrido limitaciones que provienen del derecho internacional pues al oponerse “(...) a las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y resultan, por lo tanto, constitucionalmente intolerables (arg. art. 75, inc. 22, Constitución Nacional)” (fundamento 16).

Asimismo, siguiendo la jurisprudencia interamericana, se indica que las leyes de punto final, obediencia debida y los indultos otorgados, en su oportunidad, fueron objeto de

revisión por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la que entendió que tales disposiciones eran incompatibles con la CADH (fundamento 20). No obstante quedaban dudas en cuanto a los alcances de las medidas que el Estado argentino debía adoptar para investigar y sancionar a los responsables de las violaciones a los derechos humanos (fundamento 22). Estas "(...) dudas con respecto al alcance concreto del deber del Estado argentino con relación a las leyes de punto final y obediencia debida han quedado esclarecidas a partir de la decisión de la Corte Interamericana en el caso "Barrios Altos" (...)” (fundamento 23).

Luego de resumir los estándares que se derivan del caso Barrios Altos, la Corte Suprema señala que:

(...) Lo decisivo aquí es, en cambio, que las leyes de punto final y de obediencia debida presentan los mismos vicios que llevaron a la Corte Interamericana a rechazar las leyes peruanas de "autoamnistía". Pues, en idéntica medida, ambas constituyen leyes ad hoc, cuya finalidad es la de evitar la persecución de lesiones graves a los derechos humanos. En este sentido, corresponde destacar que lo que indujo al tribunal interamericano a descalificar dichas reglas no fue tanto que el régimen haya intentado beneficiarse a sí mismo, en forma directa, con la impunidad de los delitos que él mismo cometió (a la manera de lo ocurrido en nuestro país con la ley de facto 22.924). Antes bien, el vicio fundamental no deriva tanto del hecho de que se trate de un perdón dictado por el propio ofensor o del carácter de facto o no del gobierno que las dicta, sino que son razones materiales las que imponen la anulación de leyes de estas características. Por lo tanto, resulta claro que también deben quedar alcanzadas aquellas leyes dictadas por regímenes ulteriores que otorgan impunidad a aquellos autores que pertenecían al régimen anterior, e infringen, de este modo, el propio deber de perseguir penalmente las violaciones a los derechos humanos” (fundamento 24).

Finalmente, en lo que respecta a los efectos de dichas leyes, la Corte argentina, señaló que:

(...) a partir de lo decidido en el caso citado con relación a los efectos de las llamadas "leyes de autoamnistía", se advierte que no sería suficiente con la supresión "simbólica" de las leyes de esta naturaleza. Así, la Corte Interamericana no se limitó a declarar la incompatibilidad de las leyes con la Convención, sino que resolvió que las leyes peruanas carecían de efectos y le impuso al Estado peruano la obligación de hacer a un lado la cosa juzgada. Visto el caso argentino desde esta perspectiva, se concluye que la mera derogación de las leyes en cuestión, si ella no viene acompañada de la imposibilidad de invocar la ultractividad de la ley penal más benigna, no alcanzaría a satisfacer el estándar fijado por la Corte Interamericana” (fundamento 29),

De ahí se afirmó que

(...) a fin de dar cumplimiento a los tratados internacionales en materia de derechos humanos, la supresión de las leyes de punto final y de obediencia debida resulta impostergable y ha de producirse de tal forma que no pueda derivarse de ellas obstáculo normativo alguno para la persecución de hechos como los que constituyen el objeto de la presente causa. Esto significa que quienes resultaron beneficiarios de tales leyes no pueden invocar ni la prohibición de retroactividad de la ley penal más grave ni la cosa juzgada. Pues, de acuerdo con lo establecido por la Corte Interamericana en los casos citados, tales principios no pueden convertirse en el impedimento para la anulación de las leyes mencionadas ni para la prosecución de las causas que fenecieron en razón de ellas, ni la de toda otra que hubiera debido iniciarse y no lo haya sido nunca. En otras palabras, la sujeción del Estado argentino a la jurisdicción interamericana impide que el principio de "irretroactividad" de la ley penal sea invocado para incumplir los deberes asumidos en materia de persecución de violaciones graves a los derechos humanos (fundamento 31).

En lo que respecta al caso Mazzeo, Julio L. s/. y otros del 13 de julio de 2007, la Corte Suprema, como última instancia nacional, conoció de la solicitud de declaración de inconstitucionalidad del Decreto 1002/89, con la cual el Poder Ejecutivo Nacional indultó entre otros a Santiago Omar Riveros por hechos imputados a su persona sucedidos durante la dictadura militar y que calificaron como graves violaciones a los derechos humanos.

En relación a la validez del indulto cuestionado, en la sentencia se señala como premisa que "(...) el derecho internacional humanitario y de los derechos humanos (...) prescriben la obligación por parte de toda la comunidad internacional de "perseguir", "investigar" y "sancionar adecuadamente a los responsables" de cometer que constituyen graves violaciones a los derechos humanos" (fundamento 10). Luego de recordar su doctrina sobre el valor de la jurisprudencia de la Corte IDH y de citar los estándares de los casos Barrios Altos vs. Perú y Almonacid Arellano vs. Chile, se concluye que:

(...) le corresponde a esta Corte declarar la imposibilidad constitucional de indultar a autores y partícipes de esa clase de delitos, pues dicho acto de gobierno conlleva de modo inescindible la renuncia a la verdad a la investigación, a la comprobación de los hechos, a la identificación de sus autores y a la desarticulación de los medios y recursos eficaces para evitar la impunidad (fundamento 29).

b) Casos de la Corte Constitucional de Colombia

En Colombia la Corte Constitucional ha usado de manera amplia el estándar sobre la invalidez de las leyes de auto-amnistía.

En la sentencia C-228/02 del 03 de abril de 2002, que tenía como objeto de control el artículo 137 del Código de Procedimientos Penales relativo a la forma de constitución de la parte civil, la Corte Constitucional luego de establecer un concepto de parte civil consideró que esta no persigue únicamente un interés económico, sino también busca satisfacer el derecho a la verdad y la justicia, lo que le lleva a variar su jurisprudencia precedente en la que entendía que la parte civil solo buscaba satisfacer un interés meramente económico. Para llegar a esta conclusión invocó, entre otros, el estándar del caso Barrios Altos, en el sentido que la Corte IDH “(...) señaló como contrarias a la Convención Americana de Derechos Humanos, las leyes que dejaban a las víctimas sin la posibilidad de saber la verdad y obtener justicia, a pesar de que el Estado estaba dispuesto a reconocerles una reparación económica”.

El 30 de julio de 2002, en la sentencia C-578/02 la Corte Constitucional analiza la compatibilidad del Estatuto de la Corte Penal Internacional con la Constitución de 1991. A los efectos del presente trabajo, debemos tener presente que el Estatuto no contiene disposiciones sobre las eximentes de responsabilidad penal relativas a amnistías, indultos o perdones judiciales, pero se analizó este punto porque estas figuras se encuentran contempladas en la Constitución de 1991. Luego de revisar el artículo 6.5 del Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, que contempla la posibilidad de amnistías luego de un conflicto armado, la Corte Constitucional señaló que:

(...) el Estatuto de Roma, al recoger el consenso internacional en la materia, no impide conceder amnistías que cumplan con estos requisitos mínimos, pero sí las que son producto de decisiones que no ofrezcan acceso efectivo a la justicia. Figuras como las leyes de punto final que impiden el acceso a la justicia, las amnistías en blanco para cualquier delito, las auto amnistías (es decir, los beneficios penales que los detentadores legítimos o ilegítimos del poder se conceden a sí mismos y a quienes fueron cómplices de los delitos cometidos), o cualquiera otra modalidad que tenga como propósito impedir a las víctimas un recurso judicial efectivo para hacer valer sus derechos, se han considerado violatorias del deber internacional de los Estados de proveer recursos judiciales para la protección de los derechos humanos

(...)

Entonces, los principios y normas de derecho internacional aceptados por Colombia (artículo 9 CP.), el Estatuto de Roma, y nuestro ordenamiento constitucional (...) no admiten el otorgamiento de auto amnistías, amnistías en blanco, leyes de punto final o cualquiera otra modalidad que impida a las víctimas el ejercicio de un recurso judicial efectivo como lo ha subrayado la Corte Interamericana de Derechos Humanos (...). Por lo anterior, sin adelantar juicio alguno sobre eventuales leyes de amnistía o indulto, no encuentra la Corte que la ratificación del Estatuto de Roma pueda implicar un obstáculo para

futuros procesos de paz y de reconciliación nacional en donde se consideren medidas como los indultos y las amnistías con sujeción a los parámetros establecidos en la Constitución y en los principios y normas de derecho internacional aceptados por Colombia.

Cabe señalar que la invocación a la Corte IDH se refiere a la sentencia del caso Barrios Altos (ver la nota al pie 167 de la sentencia).

En la sentencia C-871/03 de fecha 30 de setiembre de 2003, la Corte Constitucional analizó el cuestionamiento relativo al artículo 220 de la Ley 600 de 2000 por el cual se aprobó el Código de Procedimientos Penales. La disposición cuestionada regula el recurso de revisión por el cual se podía dejar sin efecto sentencias que tenían autoridad de cosa juzgada, extendiendo sus efectos a los supuestos de preclusión de la investigación, cesación de procedimientos y sentencia absolutoria.

Los demandantes sostuvieron que la CADH en su artículo 8.4 establece que el inculcado absuelto no podría ser sometido a proceso por los mismos hechos (*ne bis in idem*), por lo que la disposición cuestionada al posibilitar la revisión de la absolución, su posterior declaratoria de nulidad y el sometimiento a juicio por los mismos hechos al inculcado absuelto, resultaba contrario a la CADH.

En la sentencia se señaló que el *ne bis in idem* si bien es un principio basilar del proceso, el mismo no es absoluto, dado que puede colisionar con los derechos de las víctimas a la justicia y reparación:

(...) queda claro que para la jurisprudencia constitucional el principio del *non bis in idem* puede ser relativizado cuando se trate de proteger los derechos de las víctimas de hechos punibles que configuran violaciones a los derechos humanos o graves infracciones al derecho internacional humanitario (...).

Para reforzar esta posición, la Corte Constitucional cita el caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras (para afirmar que las investigaciones sobre graves violaciones a los derechos humanos deben realizarse con seriedad y diligencia), así como la sentencia Barrios Altos vs. Perú, cuando señala que la Corte IDH:

(...) se ha referido al compromiso de los Estados de tomar las medidas necesarias para que nadie sea sustraído de la acción de la justicia. Al respecto ha dicho que son incompatibles con la Convención Americana de Derechos Humanos las leyes de autoamnistía que conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad y contribuyen al ocultamiento de los responsables por violaciones de derechos humanos, “*pues se obstaculiza y el acceso a la justicia e impide a las víctimas y a sus familiares conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente*” (Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Barrios Altos. Sentencia del 14 de marzo de 2001).

Por todo lo anterior puede concluirse, que el principio constitucional del *non bis in idem* no tiene carácter absoluto (...).

La Corte Constitucional en la sentencia C-370/06 del 28 de mayo de 2006 analizó diversos cuestionamientos contra la Ley 975 de 2005 “Por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios”.

El principal cuestionamiento sostenía que diversas disposiciones de la Ley (arts. 2, 5, 9, 10, 13, 11.5, 17, 18, 23, 26 par. 3, 29, 31, 34, 37.5, 37.7, 46, 47, 48, 54, 55, 58, 62 y 69 y 71) constituían en su integridad un sistema de impunidad, porque permitían la concesión del beneficio de pena alternativa (art. 29), reducida esta por el tiempo de permanencia en zonas de concentración (art. 31), sobre la base de un procedimiento que no garantiza ni la verdad, ni la justicia, ni la reparación a las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos sucedidas en el marco del conflicto armado que vivió Colombia durante muchos años.

Sobre esta base se adujo que la Ley al otorgar un mecanismo de amnistía o indulto debía ser aprobado no por el procedimiento de aprobación de leyes ordinarias, sino por el procedimiento especial para las leyes de amnistía por delitos políticos. Este argumento fue rechazado porque el mecanismo de pena alternativa no es en estricto una amnistía o indulto, por ello, respecto de este extremo de la sentencia, la Corte colombiana no invocó el estándar interamericano sobre la invalidez de las leyes de auto-amnistía.

Ahora, en lo que respecta al fondo de la controversia, la Corte construye un marco teórico sobre los derechos a la paz a la verdad, la justicia y la reparación, en el que tiene en cuenta el estándar de invalidez de las leyes de auto-amnistía:

4.5.4. Las obligaciones de investigar, procesar y sancionar judicialmente los graves atentados en contra de los derechos humanos internacionalmente protegidos, tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, son incompatibles con leyes o disposiciones de cualquier índole que dispongan respecto de estos delitos amnistías, prescripciones o causales excluyentes de responsabilidad. Este tipo de leyes o disposiciones, por conducir a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, conllevan una violación de los artículos 8 y 25 en concordancia con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y generan la responsabilidad internacional del Estado. Además, por esas mismas razones, tal tipo de leyes “*carecen de efectos jurídicos*”.

Luego, al analizar las disposiciones específicas de la Ley 975 de 2005 la Corte Constitucional no emplea el estándar, sin embargo, sí analiza la acusación respecto de que la pena alternativa supondría un indulto velado. Al respecto, la Corte sostiene que ello no es así, dado que la pena alternativa no supone exoneración de pena o responsabilidad, sino una rebaja de la misma de acuerdo a las condiciones establecidas en la Ley cuestionada:

6.2.1.4.5. Observa la Corte que en principio un beneficio que involucra una rebaja punitiva, constituye una de las múltiples alternativas a las que puede acudir el legislador para alcanzar el bien constitucional de la paz. Sin embargo es preciso establecer si en su diseño se producen afectaciones desproporcionadas a otros derechos constitucionales, que resulten intolerables frente al orden constitucional.

(...)

6.2.1.4.8. Tal beneficio jurídico, así concebido, no encubre un indulto, como erróneamente lo entienden los demandantes, pues no significa perdón de la pena. Como se ha indicado, de conformidad con las reglas establecidas en la ley acusada, el Tribunal debe imponer en la sentencia condenatoria las penas principales y accesorias que el Código Penal establece para los correspondientes delitos, dentro de los límites punitivos establecidos en el mismo. Además de imponer la pena correspondiente al delito o delitos de que se trate, el Tribunal resolverá sobre el reconocimiento del beneficio jurídico de la pena alternativa, siempre que el beneficiario cumpla con todos los requisitos establecidos para su otorgamiento. La imposición de una pena alternativa no anula, invalida o extingue la pena originaria. La extinción sólo se produce una vez cumplida, en su totalidad, la pena alternativa impuesta, el período de prueba y cumplidas las obligaciones derivadas de todos los requisitos impuestos para el otorgamiento del beneficio.

En la sentencia de C-576/06 de 25 de julio de 2006 también se analizan cuestionamientos a la Ley 975 de 2005. En esta ocasión y en relación el presente trabajo, el cuestionamiento en esta ocasión se centra en el artículo 27 de la Ley que admite que el Fiscal archive la denuncia si los beneficiarios de la Ley (integrantes de los grupos armados desmovilizados) aceptan los hechos imputados, en tanto sería contrario al derecho a la verdad de las víctimas.

Como la norma del artículo 27 de la Ley 975 de 2005 se parece a otra contenida en el artículo 79 de la Ley 906 de 2004, que ya fue analizada por la propia Corte Constitucional, esta reitera su jurisprudencia previa. En dicho sentido, al citar la sentencia C-1154/05, la Corte Constitucional aludió al estándar de la Corte IDH sobre leyes de auto-amnistía del caso Barrios Altos vs. Perú, pero no en el núcleo de la misma sobre la invalidez de dichas leyes, sino en cuanto también establece como derecho de

las víctimas la “(...) verificación de los hechos y la revelación completa y pública de la verdad”. La cita del caso Barrios Altos vs. Perú (párrafos 47 a 49) aparece en la nota al pie 68 de la sentencia que se resume.

La Corte Constitucional en la sentencia C-620/11 del 18 de agosto de 2011 se analizó, de manera automática, según los procedimientos establecidos para la aprobación de tratados, la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra Desapariciones Forzadas (adoptada en Nueva York el 20 de diciembre de 2006).

En el análisis de la imprescriptibilidad del delito de desaparición forzada, según lo previsto en el artículo 8 del Convenio analizado, para construir su argumentación, el alto tribunal colombiano recurre a los estándares interamericanos y nacionales. En dicha línea, reproduce los estándares de la Corte IDH en materia de disposiciones que tengan por objeto impedir el juzgamiento de los responsables de graves violaciones a los derechos humanos, como la prescripción:

67. La CIDH se ha pronunciado una y otra vez sobre la ilegitimidad de medidas legislativas como la prescripción, destinadas a impedir la persecución de violaciones graves de derechos humanos, como es el caso de la desaparición forzada.

68. Así se afirmó en el Caso Barrios Altos vs. Perú, sentencia del 14 de marzo de 2001, donde la CIDH consideró: “41. *Esta Corte considera que son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*”.

Luego, se señala que este estándar está asentado pues ha sido reiterado en diversas oportunidades por la Corte IDH, por ello en la sentencia se citan los casos Hermanos Gómez Paquiyaury vs. Perú (inadmisibilidad de disposiciones sobre prescripción que impidan las investigaciones), Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia (sobre el deber del Estado de investigar las graves violaciones a los derechos humanos, así como de remover cualquier disposición interna que lo impida), Gomez Lund vs. Brasil (relativo al deber de investigar y la prohibición de aplicar leyes de amnistía u otras disposiciones que impidan la investigación y sanción a los responsables) y Gelman vs. Uruguay (sobre la imprescriptibilidad de las violaciones graves a los derechos humanos, la incompatibilidad de la ley de caducidad con la CADH o de otras disposiciones internas como la prescripción que impidan la investigación).

Después de la reseña jurisprudencial interamericana, la Corte colombiana considera que puede arribar a las mismas conclusiones de una sentencia previa (C-370/2006, ya reseñada): la incompatibilidad de las leyes de amnistía u otras disposiciones internas, como la prescripción, que impidan la investigación sobre hechos que constituyen graves violaciones a los derechos humanos, ya que

Este tipo de leyes o disposiciones, por conducir a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, conllevan una violación de los artículos 8 y 25 en concordancia con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y generan la responsabilidad internacional del Estado. Además, por esas mismas razones, tal tipo de leyes ‘carecen de efectos jurídicos’.

A partir de las consideraciones señaladas, la Corte Constitucional considera que los estándares reproducidos en materia de prescripción en casos de desapariciones forzadas, son más exigentes que el previsto en el artículo 8 del Convenio analizado, de ahí que sostenga que dichos estándares deberán prevalecer.

Finalmente, en la sentencia C-007/18 del 01 de marzo de 2018, la Corte Constitucional, con uso de los estándares de la Corte IDH sobre la invalidez de las leyes de auto-amnistía, analiza la constitucionalidad de la Ley 1820 de 2016 “Por medio de la cual se dictan disposiciones sobre amnistía, indulto y tratamientos especiales y otras disposiciones”. Cabe precisar que esta disposición fue dictada en el marco de la implementación del Acuerdo de Paz suscrito entre el Gobierno colombiano y la guerrilla de las FARC-EP el 24 de noviembre de 2016, de ahí que tenga una trascendencia especial, no solo por su significado jurídico, sino fundamentalmente por su importancia política y social, ya que significa la implementación de acuerdos que ponen fin a un conflicto armado interno de más de cincuenta años.

La Ley es compleja en su estructura y, por ende, el análisis desarrollado por la Corte Constitucional también. No obstante lo señalado, la Corte para efectuar su análisis desarrolla grandes marcos o ejes conceptuales. Entre estos ejes uno de ellos está referido a la compatibilidad de la Ley como un todo en tanto prevé la posibilidad de otorgar amnistías e indultos con los estándares del Derecho Internacional Humanitario, el DIDH y los propios estándares constitucionales. La particularidad del caso es que la Ley cuestionada es un mecanismo *sui generis* adoptada en el marco de un proceso de justicia transicional.

En la sentencia, luego de elaborar un marco conceptual en torno a la justicia transicional, la Corte Constitucional analiza la compatibilidad entre los estándares del Derecho Internacional Humanitario y de la Corte IDH para armonizarlos y tener un marco que permita validar, a posterior, la posibilidad que en el marco de la justicia transicional que se está implementando en Colombia no se decrete la invalidez de las

disposiciones de la Ley cuestionada, en cuanto prevé la posibilidad de otorgar amnistías a los miembros de las FARC y del Ejército que se acojan a ella:

En este punto, como parte de la reconstrucción del estándar de la Corte IDH se cita los casos sobre la materia, poniéndose énfasis en el estándar contenido en el caso *El Mozote vs. El Salvador*, donde la Corte IDH analizó la compatibilidad de la CADH de una ley de amnistía aprobada en el marco de un proceso de justicia transicional como el que está viviendo Colombia a propósito de los Acuerdos de Paz adoptados con las FARC en diciembre de 2016. En dicho sentido, la Corte Constitucional señaló:

143. En el año 2012, sin embargo, la Corte IDH precisó el alcance de su jurisprudencia, al evaluar la validez de una amnistía en un escenario distinto, como las negociaciones que llevaron a la suscripción de los acuerdos de paz de Chapultepec el 16 de enero de 1992 para la terminación del conflicto armado interno de El Salvador.

144. Así, en el caso de las *Masacres del Mozote vs. El Salvador*, el Tribunal puntualizó que, si bien las auto amnistías (e indultos) están prohibidas por el derecho internacional, en especial si son *generales*, la validez de otras medidas (amnistías restringidas, condicionales, etc.) debe determinarse en el contexto de cada transición, pues es jurídicamente (y moralmente) distinta la aprobación de *auto amnistías* o auto indultos a la renuncia de acciones penales en contra de ciertos responsables de violaciones a los derechos humanos, cuando se trata de poner término a la guerra por la vía negociada. En el segundo evento, el DIH admite, e incluso propicia, su concesión a los participantes del conflicto y el componente de *justicia* se flexibiliza, aunque no se elimina, al tiempo que los Estados deben potencializar la eficacia de los otros derechos de las víctimas.

145. Con base en esas premisas, la Corte IDH concluyó que no toda amnistía o beneficio similar es incompatible con los derechos de las víctimas y el deber del Estado de investigar, juzgar y sancionar las graves violaciones a los derechos humanos, pues, de conformidad con el artículo 6.5 del Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, las amnistías pueden funcionar como un mecanismo para superar los estados de guerra, siempre y cuando (i) se excluyan los delitos más graves y; (ii) se garanticen en la mayor medida de lo posible los derechos a la verdad, la justicia y la reparación.

146. En suma, para la jurisprudencia de la Corte IDH (en el ámbito del DIDH), en principio, las auto amnistías (e indultos) están prohibidas por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos; otro tipo de amnistías resultan ‘sospechosas’, en virtud de su amplitud, como restricciones o limitaciones al deber de los Estados de investigar, juzgar y sancionar graves violaciones de derechos humanos. Y, finalmente, algunas amnistías y medidas similares son admisibles para alcanzar la reconciliación, siempre y cuando su objeto no

recaiga en graves violaciones de derechos humanos o graves infracciones al derecho internacional humanitario; y, en cualquier caso, cuando los demás derechos de las víctimas (verdad y reparación) reciban un alto nivel de satisfacción, dada la interdependencia entre los derechos de las víctimas.

Como puede advertirse de los fundamentos citados, la Corte Constitucional reconstruye el estándar interamericano sobre la invalidez de leyes de auto-amnistía que, junto con otras consideraciones sobre los derechos a la verdad, justicia y reparación de las víctimas, constituye en un marco general para el análisis de las disposiciones de la Ley 1820 de 2016.

De forma particular, cuando se analiza el artículo 39 de la Ley 1820 de 2016, que establece un plazo de prescripción de un año para acusar o presentar informes contra los beneficiarios de la Ley, la Corte Constitucional emplea el estándar del caso Barrios Altos, para señalar que:

849. (...) reitera lo señalado en el acápite de *contexto* sobre la relación entre las amnistías y el deber del Estado de investigar, juzgar y sancionar las graves violaciones de derechos humanos (*supra*, B.5., B.6. y D.3.). En efecto, conforme lo ha establecido la Corte IDH en la sentencia de Barrios Altos vs. Perú, las disposiciones sobre *prescripción* que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de derechos humanos son inadmisibles.

850. Ahora bien, la Sala observa que el plazo de prescripción establecido por el artículo 39 es aplicable a la presentación de acusaciones o informes por **conductas o hechos susceptibles de ser cobijados por amnistía e indulto**. Por lo anterior, en la medida en que las graves violaciones de derechos humanos no son objeto de amnistía e indulto (*supra*, artículo 23, párrafo), la Corte entiende que el término de prescripción contenido en el artículo 39 no aplicará a la presentación de informes o acusaciones respecto de estas violaciones.

c) El Caso Sabalgaray de la Corte Suprema de Justicia de Uruguay

El caso uruguayo objeto de resumen es la sentencia 365 del 19 de octubre de 2009, titulado “Sabalgaray Curuchet, Blanca Stela, sobre denuncia, excepción de inconstitucionalidad de los artículos 1, 3 y 4 de la Ley 15848 de caducidad de la pretensión punitiva del Estado”. Esta sentencia fue emitida en el marco de la investigación seguida para esclarecer la desaparición de la hermana de la denunciante, Nibia Sabalgaray, durante la época de la dictadura uruguaya.

Entre los motivos por los que la citada Ley fue cuestionada, además de los constitucionales, se señaló que la misma era contraria a tratados internacionales (numeral III.8 de la sentencia).

Por ello, a partir de una argumentación humanista como límite a la soberanía estatal, se citan decisiones previas de la Corte IDH (a través de una opinión consultiva de 1993) y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (informe 29/92) para enfatizar que la Ley 15848 ya había sido cuestionada por dichos organismos.

En esa dirección, como refuerzo, se cita de forma expresa jurisprudencia de la Corte IDH sobre las leyes de auto-ampnistía, cuando se señala que:

En el ámbito jurisdiccional, cabe recordar algunos fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que declaran nulas leyes de amnistía dictadas para impedir el castigo de los responsables de violaciones graves de derechos humanos y que establecen el deber de los jueces y tribunales nacionales de velar por la aplicación de las normas internacionales frente a “leyes contrarias a su objeto y fin y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos” (sentencia dictada el 14 de marzo de 2001 en el *Caso Barrios Altos*, interpretada por sentencia de 3 de setiembre de 2001; sentencia dictada el 26 de setiembre de 2006 en el *Caso Almonacid Arellano y otros*; y sentencia del 29 de diciembre de 2006 en el *Caso La Cantuta*)”.

Para finalizar, la Suprema uruguaya señala que

(...) la ilegitimidad de una ley de amnistía dictada en beneficio de funcionarios militares y policiales que cometieron delitos de esta naturaleza, gozando de impunidad durante regímenes de facto, ha sido declarada por órganos jurisdiccionales, tanto de la comunidad internacional como de los Estados que pasaron por procesos similares al vivido por el Uruguay en la misma época. Tales pronunciamientos, por la similitud con la cuestión analizada y por la relevancia que han tenido, no podrían soslayarse en el examen de constitucionalidad de la Ley N° 15.848 y han sido tenidos en cuenta por la Corporación para dictar el presente fallo.

4.2.2.- Apreciaciones en torno al uso dado por las cortes y tribunales nacionales al estándar de la corte IDH sobre la invalidez de las Leyes de auto-ampnistía

Sobre la recepción y uso del estándar sobre la invalidez de las leyes de auto-ampnistía en los casos reseñados, podemos apreciar que en Argentina el caso Simón es paradigmático, dado que en la misma se analiza de modo directo la compatibilidad con la CADH de la Leyes de Obediencia Debida y Punto Final. Según se advierte de su argumentación, luego de citar instrumentos internacionales y reconocer el rango constitucional que tiene la CADH en el ordenamiento interno, en virtud a lo establecido en el artículo 75 inciso 22 de su Constitución, se emplea de modo intenso, como *ratio*

decidendi el estándar interamericano del caso Barrios Altos vs. Perú objeto de estudio para declarar inconstitucionales las leyes cuestionadas.

En los casos Arancibia Clavel y Mazzeo no se emplea de modo directo dicho estándar, sino una derivación del mismo referido a que el Estado no puede obstaculizar las investigaciones de las graves violaciones a los derechos humanos mediante indultos o disposiciones de prescripción. En ambos casos también se emplea el estándar citado como parte de su *ratio decidendi*.

Sobre los casos colombianos debemos tener presente que en todos los casos se impugnan leyes que son acusadas por lesionar los derechos de las víctimas para acceder a la justicia, el derecho a la verdad y a la reparación o, que en última instancia, la propia Corte Constitucional entendía que las disposiciones legales cuestionadas tenían o podrían tener alguna incidencia en los derechos antes indicados.

En dicho sentido, se advierte que dicha Corte luego de precisar la incorporación de la CADH (y otros instrumentos vinculados a la materia, como el Estatuto de la Corte Penal Internacional) al ordenamiento colombiano, el cual les otorga rango constitucional, emplea de manera intensa los estándares de la Corte IDH, de manera especial, el relativo al caso Barrios Altos vs. Perú y los relacionados con él (Almonacid Arellano vs. Chile, La Cantuta vs. Perú, Gomes Lund vs. Brasil, Gelmán vs. Uruguay y Masacres de El Mozote vs. El Salvador) no para aplicar el estándar sobre invalidez de las leyes de auto-amnistías, sino el derivado de aquél según el cual los Estados no pueden impedir o emplear disposiciones de prescripción o indulto o cualquier otra articulación que impida la investigación de las violaciones a los derechos humanos, así como sancionar a los responsables.

En dicho sentido, en las sentencias C-370/06 y C-007/18 los estándares interamericanos se emplean para formar parte de un marco conceptual a partir del cual se pasa luego a analizar de manera individualizada las diferentes disposiciones cuestionadas de las Leyes 975 de 2005 y 1820 de 2016.

De estos dos casos, merece atención la sentencia C-007/18 donde se analizó la constitucionalidad y convencionalidad de la Ley 1820 de 2016 mediante la cual se establece la denominada justicia para la paz que está facultada para otorgar amnistías e indultos a los miembros de las FARC que opten por dejar las armas. Esta Ley es producto del Acuerdo para la Paz suscrito en diciembre de 2016 por el Estado colombiano y las FARC para poner fin al conflicto armado interno que vivió dicho país durante más de cincuenta años.

Así pues, en el caso, la Corte colombiana armoniza los estándares de Derecho Internacional Humanitario, de DIDH y la jurisprudencia constitucional colombiana para señalar que la posibilidad de otorgar amnistías e indultos por la justicia para la paz no resultaría contraria a los estándares internacionales, especialmente los interamericanos,

porque a partir de lo establecido en el caso Masacres de El Mozote vs. El Salvador, es posible que en el marco de la justicia transicional se otorguen medidas para recuperar la paz, siempre y cuando se respeten los acuerdos para lograrla, no se dejen de investigar las graves violaciones a los derechos humanos y se aseguren mecanismos de reparación efectivos para las víctimas.

En este caso, la Corte Constitucional emplea los estándares interamericanos sobre la materia como parte de un bloque o eje temático, en donde el esfuerzo de armonización es realmente loable. No obstante, este esfuerzo conformaría más un marco conceptual para el análisis de la constitucionalidad de las diversas disposiciones de la Ley 1820 de 2016 que fueron cuestionadas. En buena cuenta, consideramos que sería más un *obiter dicta* antes que *ratio decidendi*, salvo cuando se analiza la constitucionalidad del artículo 39 de la Ley citada, que regula un plazo de prescripción para denunciar o presentar informes contra un beneficiario de amnistía otorgada en el marco de dicha Ley, en donde se emplea el estándar Barrios Altos vs. Perú para reiterar que las disposiciones de prescripción que impidan el acceso a la justicia en casos de graves violaciones a los derechos humanos son inadmisibles. A partir de esta consideración se realiza una interpretación del artículo 39 citado conforme con el estándar interamericano, pues se dijo que tal artículo resultaba válido en tanto el mismo no resulte de aplicación a los casos de graves violaciones a los derechos humanos.

En el caso Salbalsagaray de Uruguay, el empleo del estándar del caso Barrios Altos vs. Perú se realiza luego de detallar el rango de la CADH y otros instrumentos ratificados por Uruguay. Al igual que en los casos argentinos, el estándar interamericano se usa como parte de la *ratio decidendi* para declarar inconstitucional la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado, pero no es la única razón, es una entre otras de carácter constitucional que analizó la Suprema Corte de Justicia uruguaya.

Del análisis de los casos se puede advertir que las cortes y tribunales nacionales emplean el estándar interamericano sobre la invalidez de las leyes de auto-amnistía de manera amplia, por lo que, aunque no lo dicen, en la práctica demostrarían estar vinculados a dicho estándar, por lo que los aplican en los casos que hemos seleccionado. Tal aplicación se efectúa, además, como parte de la *ratio decidendi* en todos los casos (con el matiz anotado en el caso de la sentencia C-007/18 de la Corte Constitucional de Colombia).

Por lo tanto, los estándares de la Corte IDH, en lo que a la invalidez de las leyes de auto-amnistía se refiere, tienen fuerza vinculante para las cortes y tribunales nacionales que los emplearon al resolver sus casos, en la medida que sus constituciones otorgan a la CADH rango constitucional y los emplean como parte de la *ratio decidendi* de sus sentencias. En consecuencia, la hipótesis que se formuló en la introducción del presente trabajo habría sido validada.

No obstante lo señalado, no queremos dejar de advertir que el análisis efectuado debería ser complementado con el desarrollo de otros estudios similares al presente en los que

se analice la recepción y uso de otros estándares interamericanos (debido proceso, libertad de expresión, pueblos indígenas, etc.), tanto por parte de las cortes supremas y tribunales constitucionales que actúan como cortes de vértice de sus respectivos sistemas, como parte de los jueces de menor grado. Con esas investigaciones podría bien reafirmarse las conclusiones a las que se arriba en este trabajo, o bien introducirle matizaciones o precisiones. Todo ello, finalmente, redundará en un mayor conocimiento de los estándares de la Corte IDH, así como en una mejor protección de los derechos protegidos por la CADH.



Conclusiones

Sobre el capítulo 1

- El estándar es un enunciado normativo, esto es, es una regla que se construye (o reconstruye) a partir de la jurisprudencia contenciosa de la Corte IDH.
- Los estándares se encuentran en las *ratio decidendi* de las sentencias. A partir de ellos se construyen. Esta labor compete a la propia Corte IDH cuando para resolver un nuevo caso, recurre a casos anteriores. En este supuesto, el estándar para la Corte tendrá un efecto de auto precedente, en el sentido de que debe seguir sus propios estándares. No obstante, esta no es una regla rígida, dado que los estándares pueden ser modificados, ampliados o precisados, en función a los nuevos casos que lleguen a su conocimiento.
- Los estándares o reglas jurisprudenciales una vez desarrolladas por la Corte IDH en sus sentencias en relación con otros Estados, particularmente, sus jueces, pueden tener dos tipos de efectos. Tienen efectos interpretativos, en la medida que los jueces nacionales los pueden emplear para interpretar las disposiciones que reconocen derechos humanos en sus constituciones, y a su vez, se constituyen en parámetro de validez de esas normas y de sus actuaciones, en tanto pasan a integrar el denominado bloque de constitucionalidad que se emplea como parámetro de control en el control de constitucionalidad.

Sobre el capítulo 2

- Los argumentos de la Corte IDH para justificar la fuerza vinculante de sus estándares son débiles en la medida que a veces pueden caer en peticiones de principio (argumentos del estatus, del origen y del seguimiento), o en razonamientos que equivocan el foco de atención (argumento de la eficacia). Todo ello porque los estándares de la Corte IDH, en estricto, son interpretaciones sobre las disposiciones de la CADH y de otros instrumentos que reconocen derechos y sobre los que dicho tribunal tiene competencia material. Y en tanto interpretaciones, las cortes y tribunales nacionales, en virtud al principio *pro persona*, pueden asumir mejores interpretaciones que optimicen el ejercicio y protección de los derechos humanos.
- En relación con lo señalado por la doctrina y el análisis realizado, consideramos que estas deben descartarse, en cuanto sean críticas, en la medida que se aproximan al tema de la fuerza vinculante de los estándares de la Corte IDH desde el prisma del derecho internacional público; en igual sentido, las posturas que, de alguna

manera, replican las tesis de la Corte IDH, también deben descartarse por cuanto ponen el acento en la posición institucional del tribunal interamericano y no en la práctica de las cortes y tribunales nacionales.

- Consideramos que la cuestión en torno a la fuerza vinculante de los estándares de la Corte IDH debería ser abordada a partir de las características y principios del DIDH, la forma de integración del DIDH y el derecho constitucional nacional, así como de la práctica de recepción de los estándares interamericanos realizada por las cortes y tribunales nacionales.

Sobre el capítulo 3

- Las teorías monistas y dualistas son insuficientes para explicar las relaciones entre el derecho internacional y los ordenamientos nacionales. Actualmente, según la Convención de Viena existiría cierta prevalencia (pero no jerarquía) del derecho internacional sobre el derecho nacional, en vista que según su artículo 27 las disposiciones de derecho interno no pueden justificar el incumplimiento de obligaciones internacionales. No obstante, las relaciones entre el DIDH y el derecho constitucional son más complejas debido a su objeto: la protección de los derechos humanos de las personas.
- En esa medida las relaciones entre DIDH y derecho constitucional se explican a partir de los principios de subsidiariedad, complementariedad, interacción y *pro persona*. Por el primero, que básicamente regula la forma de acción del DIDH y el derecho constitucional, los casos de derechos humanos primero deben ser resueltos por el Estado aplicando su derecho interno, en la medida que está más cerca (cuando no es el causante) de los problemas de violaciones a los derechos humanos. De aquí se deriva la regla del agotamiento de los recursos internos como requisito *sine qua non* para acceder a la jurisdicción internacional y, asimismo, que la jurisdicción internacional no se constituye como una cuarta instancia súper revisora de lo resuelto en sede interna, ya que la revisión que efectúa la jurisdicción interamericana no se hace de conformidad con el derecho interno, sino conforme al parámetro internacional.

Por el segundo, debe entenderse que el DIDH viene a complementar el desarrollo del derecho interno ante sus insuficiencias o vacíos. Por ello, se constituye como un piso mínimo en cuanto a la protección de los derechos se refiere. Lo que conlleva que el Estado receptor del DIDH deba adecuar su derecho interno a los estándares internacionales de protección de los derechos humanos. Pero también suele suceder que el DIDH toma herramientas del derecho constitucional, ejemplo paradigmático sobre el particular lo es el uso del principio de proporcionalidad. Consecuencia de lo anterior, es que ambos órdenes normativos se influyen en una relación de interacción recíproca. Con lo que sus relaciones no son verticales, sino interacciones de ida y vuelta.

Por último, a partir del principio *pro persona* se incorpora cierto margen de flexibilidad en las relaciones entre el DIDH y el derecho constitucional, de modo tal que si el Estado en su derecho interno tienen mejores estándares de protección el DIDH cede, dado que es un derecho de mínimos. De modo tal que frente a un caso que involucre la protección de los derechos humanos el DIDH y el derecho constitucional convergen a través de su armonización e integración, resultando aplicable aquel que ofrezca un mejor y mayor espectro de protección para la persona, de modo tal que no existirían relaciones de jerarquía entre ambos órdenes normativos.

- Precisamente, por el principio *pro persona* y la finalidad propia del DIDH es que se inicia un proceso de recepción de los estándares desarrollados por la Corte IDH por parte de los tribunales nacionales. De esta manera se integra dichos estándares a través de la motivación de las sentencias, dando inicio a un diálogo o interacción de influencia recíproca, o a través del control de convencionalidad el que se integra con el control de constitucionalidad.
- La integración del estándar interamericano en sede interna se realiza en virtud a dos vías: la incorporación de los tratados de derechos humanos otorgándoles un rango, por encima de la ley y al mismo nivel que las constituciones, y mediante la recepción de los estándares de la Corte IDH y su uso en las sentencias de los tribunales y cortes locales.
- Algunas constituciones latinoamericanas establecen el rango de los tratados de derechos humanos, incluso algunas legislaciones establecen el seguimiento de la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos, lo cual es importante en la medida que ello también puede determinar el grado de vinculación que tendrán los estándares de la Corte IDH.
- En la jurisprudencia sobre la recepción de los estándares de la Corte IDH, en general, se ha identificado dos posiciones: aquellas que reconocen su vinculación a dichos estándares y otras que las toman como pautas interpretativas, no siendo del todo pacífico su seguimiento, como lo demostraría el caso de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México.

Sobre el capítulo 4:

- Para determinar el grado de vinculación de los estándares resulta necesario estudiar y evaluar cómo en la práctica son utilizados por las cortes y tribunales nacionales. Para ello, se evaluó la recepción y uso del estándar interamericano sobre la invalidez de las leyes de auto-ammistías por parte de cortes nacionales de Estados no condenados por dicha materia.

- En los casos seleccionados se advierte que las cortes y tribunales nacionales emplean el estándar de la Corte IDH sobre la invalidez de las leyes de auto-amnistía de manera intensa en la construcción de sus *ratio decidendi*, por lo que en la práctica le reconocen fuerza vinculante.
- Los estándares de la Corte IDH, en lo que a la invalidez de las leyes de auto-amnistía se refiere, tienen fuerza vinculante para las cortes y tribunales nacionales que los emplearon al resolver sus casos. En consecuencia, la hipótesis que se formuló en la introducción del presente trabajo habría sido validada.
- La investigación que se culmina debería ser complementada con otros estudios con similar finalidad que analicen la recepción y uso de otros estándares establecidos por la Corte IDH. Tales estudios no deberían limitarse solo a las altas cortes supremas y tribunales constitucionales, sino que también deberían, en la medida de lo posible, abarcar a las cortes de menor grado.
- Resultaría conveniente realizar un estudio comparativo sobre la misma problemática en el marco del Sistema Europeo de Derechos Humanos, dada la afinidad de objetivos que guarda con el SIDH.
- Finalmente, se propone la constitución de un observatorio que estudie y realice un seguimiento sobre la implementación de los estándares de la Corte IDH por parte de los jueces y tribunales nacionales de los Estados que han aceptado su competencia contenciosa.

Referencias bibliográficas

1. Libros

- ALCARAZ, Enrique; HUGHES, Brian y Miguel Ángel CAMPOS (2012). *Diccionario de términos jurídico. A dictionary of legal terms*. Décimo primera edición. Barcelona: Ariel.
- ALEXY, Robert (1994). *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Gedisa.
- ALEXY, Robert (2013). *La doble dimensión del derecho*. Lima: Palestra Editores.
- BÁLVAREZ CONDE, Enrique (2005). *Curso de derecho constitucional*. Volumen I. Quinta edición. Madrid: Tecnos.
- ARIAS SCHREIBER MORENO, Fernando (1963). *Relaciones entre el Derecho Internacional Público y el Derecho Interno*. Lima: Talleres de Tipografía y Offset Peruanas SA.
- BOBBIO, Norberto (2013). *Teoría general del derecho*. Cuarta edición. Bogotá: Temis.
- BURGORGUE-LARSEN, Laurence (2013). *El diálogo judicial. Máximo desafío de los tiempos jurídicos modernos*. México: Porrúa.
- CANDIA FALCÓN, Gonzalo (2016). *Introducción al Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Santiago de Chile: Pontificia Universidad Católica de Chile.
- CASTAÑEDA, Mireya (2012). *El derecho internacional de los derechos humanos y su recepción nacional*. México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos.
- CROSS, Rupert y J. W. HARRIS (2012). *El precedente en el derecho inglés*. Madrid: Marcial Pons.
- DWORKIN, Ronald (1984 [1978]). *Los derechos en serio*. Traducción de Marta Guastavino. Barcelona: Ariel.
- ETALA, Carlos Alberto (2016). *Diccionario de Interpretación y Argumentación*. Buenos Aires: Astrea.
- GUASTINI, Riccardo (2017). *Teoría analítica del derecho. Estudios*. Puno: Zela Grupo Editorial.
- GUASTINI, Riccardo (2016). *Lecciones de derecho constitucional*. Lima: Ediciones Legales.
- GUASTINI, Riccardo (1999). *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*. Barcelona: Gedisa.

- GUTIÉRREZ BELTRÁN, Andrés Mauricio (2007). *El bloque de constitucionalidad. Concepto y fundamentos*. Bogotá: Universidad Externado.
- GUTIÉRREZ ESPADA, Cesáreo y María José CERVELL HORTAL (2012). *El Derecho Internacional en la encrucijada. Curso general de Derecho Internacional Público*. Madrid: Trotta.
- HART, H. L. A. (1963). *El concepto de derecho*. Traducción de Genaro R. Carrió. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- HART, H. L. A. (2000). Post scriptum al Concepto de Derecho. Penelope Bulloch y Joseph Raz (editores), traducción de Rolando Tamayo y Salmorán. México: UNAM.
- HÄBERLE, Peter (2016). *El Estado constitucional*. Segunda edición. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- Kelsen, Hans (1979). *Teoría pura del derecho*. Traducción de la segunda edición en alemán por Roberto J. Vernengo. México: UNAM.
- LANDA ARROYO, César (2016). *Convencionalización del derecho peruano*. Lima: Palestra Editores.
- LOVATÓN PALACIOS, David (2017). *La gestación del Estado constitucional interamericano*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP.
- MARINONI, Luiz Guilherme (2013). *Precedentes obligatorios*. Lima: Palestra Editores.
- MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES (2015). *Delimitación marítima entre el Perú y Chile ante la Corte Internacional de Justicia. El Fallo de la Corte Internacional de Justicia*. Tomo 4. Traducción no oficial. Lima: Fondo Editorial del Congreso de la República / Ministerio de Relaciones Exteriores.
- MONROY CABRA, Marco Gerardo (1978). *Derecho de los tratados*. Bogotá: Temis.
- NASH, Claudio (2013). *Control de convencionalidad. De la dogmática a la implementación*. México: Porrúa.
- NASH ROJAS, Claudio (2012a). *Derecho Internacional de los Derechos Humanos en Chile. Recepción y aplicación en el ámbito interno*. Santiago: Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile.
- NOVAK TALAVERA, Fabián y Luis GARCÍA-CORROCHANO MOYANO (2003). *Derecho Internacional Público. Tomo I: Introducción y Fuentes*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP.

- PASTOR RIDRUEJO, José Antonio (2003). *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*. Novena edición. Madrid: Tecnos.
- PÁUCAR ORTIZ, Andrés; GALARZA VEGA, Juan A. y Jacqueline Rosario ARMAS MEZA (2006). *Fundamentos de la filosofía del derecho*. Lima: Editorial Mantaro.
- QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando (2009b). *Los estándares de la Corte Interamericana y la Ley de Justicia y Paz*. Bogotá: Universidad del Rosario.
- RIVERA ORÉ, Jesús Antonio y Pedro BAUTISTA TOMÁ (2007). *Introducción al derecho*. Lima: Ediciones Jurídicas.
- RAMACCIOTTI, Beatriz (2009). *Democracia y Derecho Internacional en las américas*. Córdoba: Lerner.
- RIBERA NEUMANN, Teodoro y Gilbert GORNIG (2016). *Relaciones entre el derecho internacional público y el derecho interno en Europa y Sudamérica*. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.
- ROSS, Alf (2005 [1962]). *Sobre el derecho y la justicia*. Traducción de Genaro R. Carrió. Tercera edición. Buenos Aires: Eudeba.
- RUBIO LLORENTE, Francisco (2012). *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*. Volumen I. Tercera edición. Madrid: CEPC.
- TORRES VÁSQUEZ, Aníbal (2006). *Introducción al derecho. Teoría general del derecho*. Tercera edición. Lima: Idemsa.
- TORRES ZÚÑIGA, Natalia (2013). *El control de convencionalidad: alcances y características. Algunos aspectos de su aplicación en la práctica del Tribunal Constitucional peruano y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Cuaderno de trabajo del CICAJ, N° 6, Nueva Serie. Lima: Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica del Departamento Académico de Derecho de la PUCP.
- UPRIMNY YEPES, Rodrigo (2008). *Bloque de constitucionalidad. Derechos humanos y proceso penal*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura / Sala Administrativa / Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.
- VERGOTTINI, Giuseppe de (2010). *Más allá del diálogo entre tribunales. Comparación y relación entre jurisdicciones*. Madrid: Civitas.

2. Artículos de revistas

- ABUGATTAS GIADALAH, Gattas (2006). “Sistemas de incorporación monista y dualista: ¿tema resuelto o asignatura pendiente?”. En: *Agenda Internacional*, año XII, número 23, 2006, pp. 439-461.

- ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea (2016). “Zombis vs. Frankenstein: sobre las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno”. En: *Estudios Constitucionales*, año 14, número 1, 2016, pp. 15-60.
- AGUILAR CAVALLO, Gonzalo (2016). “Constitucionalismo global, control de convencionalidad y derecho a huelga en Chile”. En: *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, volumen 9, pp. 113-166.
- AGUILAR CAVALLO, Gonzalo y Humberto NOGUEIRA ALCALÁ (2016). “El principio favor persona en el derecho internacional y en el derecho interno como regla de interpretación y de preferencia normativa”. En: *Revista de Derecho Público*, volumen 84, I Semestre, 2016, pp. 13-43.
- BENAVIDES-CASAL, María Angélica (2016). “La constitución del derecho internacional, el sueño de un reducto jurídico occidental”. *International Law. Revista Colombiana de Derecho Internacional*, número 28, enero – junio de 2016, pp. 9-48.
- BENAVIDES-CASAL, María Angélica (2015). “El efecto *erga omnes* de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. *International Law. Revista Colombiana de derecho Internacional*, número 27, pp. 141-166.
- BULYGIN, Eugenio (2001). “La creación de derecho por el juez” (entrevista). En *Anuario de Filosofía Jurídica y Social 2001*, pp. 483-490.
- BULYGIN, Eugenio (2003). “Los jueces ¿crean derecho?”. En *Isnomía*, número 18, pp. 7-25.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto (2007a). “Hacia el nuevo derecho internacional para la persona humana: manifestaciones de la humanización del derecho internacional”. En: *Revista da Faculdade de Direito da UFMG (Belo Horizonte)*, número 50, enero – julio 2007, pp. 44-60.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto (2007b). “La persona humana como sujeto del derecho internacional: avances de su capacidad jurídica internacional en la primera década del siglo XXI”. En: *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, número 46, 2007, pp. 273-329.
- CASTILLO CÓRDOVA, Luis (2012). “La relación entre los ámbitos normativos internacional y nacional sobre derechos humanos”. En: *Estudios Constitucionales*, año 10, número 2, 2012, pp. 231-280.
- CEPEDA RODRÍGUEZ, Emerson (2016). “Interrelación entre el *ius cogens* y el derecho blando. Derechos sociales y responsabilidad social corporativa en la justicia transicional”. En: *Revista de Derecho Público*, número 16, enero-junio d 2016, pp. 1-26.
- COELHO ANTUNES, Fernando Luis (2017). “O controle de convencionalidade e as transformações no constitucionalismo contemporâneo: a ADPF 153 e a

- Decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Caso Gomes Lund”. Em: *Revista do Direito Público*, volumen 12, número 3, dez. 2017, pp. 153-190.
- CORLATEAN, Titus (2013). “Custom, judicial decisions and doctrine - sources of international protection of human rights”. *Cogito. Multidisciplinary Research Journal*, tomo 5, número 1, pp. 65-70.
 - DERMIZAKY, Pablo (2004). “Derecho constitucional, derecho internacional y derecho comunitario”. En: *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2004, pp. 831-843.
 - DÍAZ TOLOSA, Regina Ingrid (2012). “Derecho internacional y derechos internos: ¿jerarquía o coordinación?”. En: *Revista de Derecho Público*, volumen 77, pp. 263-276.
 - ESCOBAR MARTÍNEZ, Lina M.; BENÍTEZ-ROJAS, Vicente F. y Margarita CÁRDENAS POVEDA (2011). “La influencia de los estándares interamericanos de reparación en la jurisprudencia del Consejo de Estado colombiano”. En: *Estudios Constitucionales*, año 9, número 2, 2011, pp. 165-190.
 - FAVOREAU, Louis (1990). “El bloque de la constitucionalidad”. En: *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, número 5, enero-marzo de 1990, pp. 45-68.
 - GOZAÍNI, Oswaldo (2006). “Incidencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el derecho interno”. En: *Estudios Constitucionales*, año 12, número 1, pp. 329-364
 - HENDERSON, Humberto (2004). “Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio *pro homine*”. En: *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, volumen 39, 2004, pp. 71-99.
 - HITTERS, Juan Carlos (2013). “Un avance en el control de convencionalidad. El efecto *erga omnes* de las sentencias de la Corte Interamericana”. En: *Pensamiento Constitucional*, número 18, pp. 315-329.
 - HITTERS, Juan Carlos (2008). “¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de constitucionalidad y convencionalidad)”. En: *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, número 10, julio-diciembre de 2008, pp. 131-156.
 - LANDA ARROYO, César (2013). “La constitucionalización del derecho peruano”. *Derecho PUCP*, número 71, pp. 13-36.
 - LÓPEZ-MEDINA, Diego Eduardo y Astrid Liliana SÁNCHEZ-MEJÍA (2008). “La armonización del derecho internacional de los derechos humanos con el derecho penal colombiano”. En: *International Law. Revista Colombiana de Derecho Internacional*, número 12, pp. 317-357.

- MONDRAGÓN REYES, Salvador (2009). “La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, número 29, pp. 135-149.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2013). “El control de convencionalidad y el diálogo interjurisdiccional entre tribunales nacionales y Corte Interamericana de Derechos Humanos”. En: *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, número 19, enero-junio de 2013, pp. 221-270.
- NOVAK TALAVERA, Fabián (2013). “Los criterios para la interpretación de los tratados”. *Themis - Revista de Derecho*, número 68, pp. 71-88.
- PAGLIARI, Arturo Santiago (2009). “Reflexiones sobre la fragmentación del derecho internacional. Aplicación y efectos”. En: *Ars boni et aequi*, número 5, pp. 11-38.
- PIZZOLO, Calogero (1999). “La integración al derecho interno de normas pertenecientes al orden jurídico internacional”. En: *Pensamiento Constitucional*, año 6, número 6, pp. 509-523.
- QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando (2009a). “El control de convencionalidad y el sistema colombiano”. En *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, número 12, pp. 163-190.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro (2015). “Las opiniones consultivas de la Corte Interamericana, en el control de convencionalidad”. En: *Pensamiento Constitucional*, número 20, pp. 275-283.
- SÁNCHEZ BARRILAO, Juan Francisco (2014). “Constitución y relaciones entre ordenamientos en el contexto de la globalización”. En: *Estudios Constitucionales*, año 12, número 2, 2014, pp. 55-108.
- SCHÄFER, Gilberto; RAUPP RÍOS, Roger; COGO LEIVAS, Paulo Gilberto y Jesus Tupa SILVEIRA GOMES (2017). “Diálogo entre o Supremo Tribunal Federal brasileiro e a Corte Interamericana de Direitos Humanos: uma realidade nos dias atuais?”. Em: *Revista da AJURIS*, volumen 44, número 143, dezembro 2017, pp. 207-232.
- VÍTOLO, Alfredo M. (2013). “Una novedosa categoría jurídica: el “querer ser”. Acerca del pretendido carácter normativo erga omnes de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Las dos caras del <control de convencionalidad>”. *Pensamiento Constitucional*, número 18, pp. 357-380.
- VOGELFANGER, Alan Diego (2015). “La creación de derecho por parte de los tribunales internacionales. El caso específico de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. En *Pensar en Derecho*, número 7, pp. 251-284.

3. Colaboraciones en libros colectivos

- AGUILAR CAVALLO, Gonzalo (2017). “La Corte Interamericana de Derechos Humanos como intérprete auténtico y final del corpus iuris interamericano y su impacto en el derecho nacional”. En: NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto y Gonzalo AGUILAR CAVALLO, (coordinadores) (2017). *Control de convencionalidad corpus iuris y ius commune interamericano*. Santiago de Chile: Centro de Estudios Constitucionales de Chile / Universidad de Talca, pp. 158-191.
- ALCHOURRÓN, Carlos y Eugenio BULYGIN (2000). “Norma jurídica”. En GARZÓN VALDEZ, Ernesto y Francisco LAPORTA (2000). *El derecho y la justicia*. Madrid: Trotta, pp. 133-147.
- ALFONSO, César (2010). “La obligatoriedad de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos desde la perspectiva de distintos países de América del Sur”. En: GRUPO LATINOAMERICANO DE ESTUDIOS SOBRE DERECHO PENAL INTERNACIONAL. *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*. Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, pp. 63-79.
- BANDEIRA GALINDO, George Rodrigo (2015). “El valor de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. En: LÓPEZ GUERRA, Luis y Alejandro SAINZ ARNAIS (directores) (2015). *Los sistemas interamericano y europeo de protección de los derechos humanos. Una introducción desde la perspectiva de diálogo entre tribunales*. Lima: Palestra Editores, pp. 231-254.
- BOGDANDY, Armin von (2012). “Del paradigma de la soberanía al paradigma dl pluralismo normativo. Una nueva perspectiva (mirada) de la relación entre el derecho internacional y los ordenamientos jurídicos nacionales”. En: CAPALDO, Griselda; SIECKMANN, Jan y Laura CLÉRICO (2012). *Internacionalización del derecho constitucional, constitucionalización del derecho internacional*. Buenos Aires: Eudeba, pp. 21-40.
- BREGAGLIO LAZARTE, Renata (2016). “Reflexiones en torno a la noción de estándar jurisprudencial y sus posibilidades en el sistema Interamericano de Derechos Humanos en el marco del control de convencionalidad. ¿Es posible pensar en un sistema de precedentes?”. En PRIORI POSADA, Giovanni (coordinador). *Proceso y Constitución. Argumentación jurídica y motivación de las resoluciones judiciales*. Lima: Palestra Editores, pp. 341-355.
- CABALLERO OCHOA, José Luis (2006). “El derecho internacional en la integración constitucional. Elementos para una hermenéutica de los derechos fundamentales”. En: VALADÉS, Diego y Miguel CARBONELL (coordinadores) (2006). *El Estado constitucional contemporáneo. Culturas y sistemas jurídicos comparados. Tomo I*. México: Instituto de Investigaciones Jurídica de la UNAM, pp. 41-72.
- CALDERÓN GAMBOA, Jorge F. (2013). “La reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. En: FERRER MAC-GREGOR POISSOT, Eduardo; CABALLERO OCHOA, José Luis y Christian STEINER (coordinadores) (2013). *Derechos humanos en la Constitución: comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana*. Tomo I.

- México: Corte Suprema de Justicia de la Nación, Universidad Nacional Autónoma de México y Fundación Konrad Adanauer, pp. 145-219.
- DULITZKY, Ariel (2014). “El impacto del control de convencionalidad. ¿Un cambio de paradigma en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos?”. En: RIVERA, Julio César (editor) (2014). *Tratado de los derechos constitucionales*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, pp. 533-569.
 - FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, Carlos (2005). “Lección 2. El derecho internacional de los derechos humanos”. En: FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, Carlos (2005) (coordinador). *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Segunda edición. Madrid: Editorial Dilex S.L., pp. 61-91
 - FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Miguel Ángel (2017). “El valor persuasivo u obligatorio de los estándares fijados por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en las sentencias del Tribunal Constitucional”. En NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto y Gonzalo AGUILAR CAVALLO (coordinadores) (2017). *El parámetro del control de convencionalidad, la cosa interpretada y el valor de los estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Santiago de Chile: Centro de Estudios Constitucionales de Chile / Universidad de Talca, pp. 294-308
 - FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y Argelia QUERALT JIMÉNEZ (2017). “Capítulo II: El control de convencionalidad americano y el efecto de cosa interpretada europeo ¿dos caras de una misma moneda?”. En: GARCÍA ROCA, Javier y Encarna CARMONA CUENCA (2017). *¿Hacia una globalización de los derechos? El ompacto de las sentencias del Tribunal Europeo y de la Corte Interamericana*. Navarra: Instituto de Derecho Parlamentario / Thomson Reuters Aranzandi, pp.133-168.
 - GARCÍA ROCA, Javier y Humberto NOGUEIRA ALCALÁ (2017). “Capítulo I: El impacto de las sentencias europeas e interamericanas: valor de precedente e interpretación vinculante”. En: GARCÍA ROCA, Javier y Encarna CARMONA CUENCA (2017). *¿Hacia una globalización de los derechos? El impacto de las sentencias del Tribunal Europeo y de la Corte Interamericana*. Navarra: Instituto de Derecho Parlamentario / Aranzadi Thomson Reuters, pp. 71-132.
 - GARCÍA ROCA, Javier (2014). “Margen de apreciación nacional”. FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; MARTÍNEZ RAMÍREZ, Fabiola y Giovanni A. FIGUEROA MEJÍA (coordinadores) (2014). *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*. México: Poder Judicial de la Federación, Consejo de la Judicatura Federal, UNAM, Instituto de investigaciones jurídica, pp. 901-903.
 - GÓMEZ-ROBLEDO, Juan Manuel (2009). “La implementación del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho interno”. GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y Mireya CASTAÑEDA HERNÁNDEZ (coordinadores) (2009). *Recepción nacional del derecho internacional de los derechos humanos y admisión de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana*. México: Secretaría de Relaciones Exteriores-Corte Interamericana de Derechos Humanos-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, pp. 127-150.

- GUASTINI, Riccardo (2011). “Disposición vs. Norma”. Pozzolo, Susanna y Rafael Escudero (editores) (2011). *Disposición vs. Norma*. Lima: Palestra Editores, pp. 133-156.
- LANDA ARROYO, César (2017). “Mecanismos procesales domésticos para la ejecución de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. En NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto y Gonzalo AGUILAR CAVALLO (coordinadores) (2017). *El parámetro del control de convencionalidad, la cosa interpretada y el valor de los estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Santiago de Chile: Centro de Estudios Constitucionales de Chile / Universidad de Talca, pp. 376-406.
- LANDA ARROYO, César (2015). “¿Diálogo entre la jurisdicción constitucional y la jurisdicción internacional? Entre la incorporación y la manipulación de los estándares de derecho internacional de los derechos humanos en el ordenamiento jurídico peruano”. En: LÓPEZ GUERRA, Luis y Alejandro SAIZ ARNAIS (directores) (2015). *Los sistemas interamericano y europeo de protección de los derechos humanos. Una introducción desde la perspectiva del diálogo entre tribunales*. Lima: Palestra Editores, pp. 187-227.
- LANDA ARROYO, César (2002). “La aplicación de los tratados internacionales en el derecho interno y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. En: MÉNDEZ SILVA, Ricardo (coordinador) (2002). *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. México: UNAM, pp. 319-340.
- MACHADO, Priscila (2017). “El efecto erga omnes de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. En: NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto y Gonzalo AGUILAR CAVALLO, (coordinadores) (2017). *Control de convencionalidad corpus iuris y ius commune interamericano*. Santiago de Chile: Centro de Estudios Constitucionales de Chile / Universidad de Talca, pp.356-375.
- MARTÍNEZ, Sebastián y Sabrina OLIVERA (2014). “Los tribunales en un espacio integrado”. En: LISZCZYNSKY, Mariano (director) (2014). *Derechos fundamentales, Estados e integración. El lugar de la persona, el Estado y el derecho en los bloques regionales y sus territorios*. Buenos Aires: La Ley, pp. 99-153.
- NASH ROJAS, Claudio (2012b). “Relación entre el sistema constitucional e internacional en materia de derechos humanos”. En: CAPALDO, Griselda; SIECKMANN, Jan y Laura CLÉRICO (2012). *Internacionalización del derecho constitucional, constitucionalización del derecho internacional*. Buenos Aires: Eudeba, pp. 145-158.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2017). “La fuerza vinculante de las sentencias de la Corte IDH, s valor de precedente y la obligatoriedad de su consideración por los Estados partes de la CADH”. En NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto y Gonzalo AGUILAR CAVALLO (coordinadores) (2017). *El parámetro del control de convencionalidad, la cosa interpretada y el valor de los estándares de la*

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Santiago de Chile: Centro de Estudios Constitucionales de Chile / Universidad de Talca, pp. 270-293.

- QUEL LÓPEZ, Francisco Javier (2005). “Lección 3: La protección internacional de los derechos humanos: aspectos generales”. En: FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, Carlos (coordinador) (2005). *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Segunda edición. Madrid: Editorial Dilex S.L., pp. 93-107.
- RÓDENAS, Ángeles (2015). “Normas regulativas: reglas y principios”. GONZALEZ LAGIER, Daniel (coordinador). *Conceptos básicos del derecho*. Madrid: Marcial Pons.
- THIRLWAY, Hugh (2003). “The source of international law”. EVANS, Malcolm D. (editor) (2003). *International law*. Oxford: Oxford University Press.
- TORRES ZÚÑIGA, Natalia (2016). “Control de normas constitucionales por la Corte Interamericana de Derechos Humanos: subsidiariedad, deferencia e impacto en la teoría del cambio constitucional”. CENTRO DE INVESTIGACIÓN Y ASESORÍA JURÍDICA. *Anuario de investigación del CICAJ 2015*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, pp. 280-309.
- UPRIMNY YEPES, Rodrigo (2007). “La fuerza vinculante de las decisiones de los organismos internacionales de derechos humanos en Colombia: un examen de la evolución de la jurisprudencia constitucional”. KRSTICEVIC, Viviana y Liliana TOJO (coordinadoras) (2007). *Implementación de las decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Jurisprudencia, normativa y experiencias nacionales*. Buenos Aires: Centro por la Justicia y el Derecho Internacional, pp.127-142.
- VIÑUALES, Jorge E. (2016). “The sources of international investment law”. Besson, S. and J. d’Aspremont (eds.) (2016). *The Oxford Handbook on the sources of international law*. Oxford: Oxford University Press.

4. Tesis

- FONTOURA PORTO, Thiago Heitor da (2016). *O controle de convencionalidade no Sistema Interamericano de Direitos Humanos e uma análise crítica do diálogo interjurisdiccional entre o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Dissertação apresentada ao Programa de PósGraduação em Direito como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito. Santa Cruz do Sul: Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC.
- RODRÍGUEZ SANCHEZ, Sandra Luisana (2014). *El peligro de la fragmentación del derecho internacional causado por la proliferación de los tribunales internacionales: el caso específico de la delimitación marítima*. Tesis para obtener el título profesional de Abogada. Facultad de Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.

- TORRES ZÚÑIGA, Natalia (2012). *El control de convencionalidad: deber complementario del juez constitucional peruano y el juez interamericano (similitudes diferencias y convergencias)*. Tesis para optar el título de Licenciada en Derecho. Lima: Facultad de Derecho de la PUCP.

5. Documentos digitales

- BANDEIRA GALINDO, George Rodrigo y Antonio MOREIRA MAUÉS (2013). “13. El caso brasileño. En: BANDEIRA GALINDO, George Rodrigo, URUEÑA, René y Aida TORRES PÉREZ (coordinadores) (2013). *Protección multinivel de derechos humanos. Manual*. S/L: Red de Derechos Humanos y Educación Superior, pp. 343-363. Consulta: 03 de julio de 2018. <https://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/docs/PMDH_Manual.pdf>.
- COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL (2006). *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*. Volumen II, Segunda Parte. Consulta: 30 de junio de 2018. <<http://legal.un.org/ilc/reports/2006/spanish/chp12.pdf>>.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto (2010). “Reflexiones sobre los tribunales internacionales contemporáneos y la búsqueda de la realización del ideal de la justicia internacional”. En: *Cursos de derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz = Vitoria-Gasteizko nazioarteko zuzenbide eta nazioarteko herremanen ikastaroak 2010*, pp. 17-95. Consulta: 30 de junio de 2018. <http://www.ehu.eus/cursosderechointernacionalvitoria/ponencias/pdf/2010/2010_1.pdf>.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto (2007c). “La ampliación del contenido material del *ius cogens*”. Ponencia presentada al XXXIV Curso de Derecho Internacional de la Organización de Estados Americanos del año 2007. Consulta: 30 de junio de 2018 <http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicaciones_digital_XXXIV_curso_derecho_internacional_2007_Antonio_Augusto_Cancado_Trindade.pdf>
- CASTILLO CÓRDOVA, Luis (2013). “La relación entre el ámbito jurisdiccional interno e internacional sobre derechos humanos”. Repositorio Institucional de la Universidad de Piura. Consulta: 30 de junio de 2018. <https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/2137/Relacion_entre_ambito_jurisprudencial_internacional_nacional_sobre_derechos_humanos.pdf?sequence=1>
- DÍAZ CREGO, María (2015). “Diálogo judicial”. En: *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, número 9, octubre de 2015 – marzo 2016, pp. 289-299. Consulta: 04 de agosto de 2018. <<https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/2828/1524>>
- MEDINA VILLARREAL, Santiago (2007). “Estándares en materia de condiciones de detención y uso de la fuerza en el control en lugares de detención”. En: *Revista Cejil. Debates sobre derechos humanos y el sistema interamericano*, año II, número 3, pp. 71-79- Consulta: 03 de mayo de 2017. <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r24781.pdf>>.

- MONROY CABRA, Marco Gerardo (2005). “Aproximación al concepto de fuentes de derecho internacional”. En: *Revista de estudios socio – jurídicos*, volumen 7, número 2, julio – diciembre de 2005, pp. 77-91. Consulta: 30 de junio de 2018. <<http://www.redalyc.org/pdf/733/73370204.pdf>>.
- MOSQUERA-MONELOS, Susana (2015). “El Perú y la recepción de los tratados de derechos humanos”. Repositorio institucional de la Universidad de Piura. Consulta: 31 de julio de 2018. <https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/2318/Peru_recepcion_tratados_derechos_humanos.pdf?sequence=1>
- NÚÑEZ MARÍN, Raúl Fernando y Lady Nancy ZULUAGA JARAMILLO (2012). “Estándares internacionales de violaciones de derechos humanos: principios de implementación en el derecho colombiano”. En: *Revista Análisis Internacional*, número 6, Consulta: 24 de mayo de 2017. <<https://revistas.utadeo.edu.co/index.php/RAI/article/viewFile/853/864>>.
- PARRA VERA, Oscar (2012). “La jurisprudencia de la Corte Interamericana respecto a la lucha contra la impunidad: algunos avances y debates”. En: *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, año 13, número 1, noviembre de 2012, pp. 5-51. Consulta: 02 de mayo de 2017. <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r30797.pdf>>.
- PRADA, María Angélica (2013). “La integración del derecho internacional en el sistema colombiano”. En: BANDEIRA GALINDO, Georges; URUEÑA, René y Aida TORRES PÉREZ (coordinadores) (2013). *Protección Multinivel de Derechos Humanos*. s/l: Red de Derechos Humanos y Educación Superior, pp. 365-391. Consulta: 30 de setiembre de 2017. <https://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/res/pmdh_pdf/PMDH_Manual.365-392.pdf>.
- SALMÓN, Elizabeth y Renata BREGAGLIO (2014). “Estándares jurisprudenciales de derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano”. En: BURGORGUE-LARSEN, Laurence; MAUÉS, Antonio y Beatriz Eugenia SÁNCHEZ MOJICA (coordinadores) (2014). *Derechos humanos y políticas públicas. Manual*. s/l: Red de Derechos Humanos y Educación Superior, pp. 383-444. Consulta: 02 de mayo de 2017 <https://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/res/dhpp_pdf/DHPP_Manual_v3.383-444.pdf>.
- TRUCCO, Marcelo F. (s/f). “El control de convencionalidad en la interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su recepción por los tribunales nacionales”. Consulta: 26 de abril de 2017. <https://www.uai.edu.ar/investigacion/contenidos/ganadores/ganadores-2013_El%20control%20de%20convencionalidad%20en%20la%20interpretaci%C3%B3n%20de%20la%20Corte%20Interamericana%20de%20Derechos%20Humanos.pdf>

6. Constituciones

- CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ARGENTINA de 1853, cuya última reforma constitucional es del año 1994.
- CONSTITUCIÓN DEL ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA del año 2009.
- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA FEDERATIVA DEL BRASIL del año 1988, con enmiendas del año 2005.
- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE CHILE de 1980 con sucesivas reformas.
- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA del año 1991.
- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR del año 2008.
- CONSTITUCIÓN DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS de 1917, cuya última reforma en materia de derechos humanos es del año 2011.
- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ de 1993, reformada sucesivas veces.
- CONSTITUCIÓN DE REPÚBLICA DOMINICANA del año 2015.

7. Jurisprudencia

- CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES. Tza Yap Shum y República del Perú. Caso N.º ARB/07/6. Laudo arbitral del 07 de julio de 2011.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-007/18 del 01 de marzo de 2018.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-469/16 del 31 de agosto de 2016.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-280A/16 del 27 de mayo de 2016.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-653/12 del 23 de agosto de 2012.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-620/11 del 18 de agosto de 2011.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-576/06 del 25 de julio de 2006.

- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-370/06 del 18 de mayo de 2006.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-871/03 del 30 de setiembre de 2003.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-067/03 del 04 de febrero de 2003.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-578/02 del 30 de julio de 2002.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-228/02 del 03 de abril de 2002.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-1319/01 del 07 de diciembre de 2001.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-010/00 del 19 de enero de 2000.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Tarazona Arrieta y otros vs. Perú. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 15 de octubre de 2014.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinión Consultiva OC-21/14 sobre Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional de 19 de agosto de 2014.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Liakat Ali Alibux vs. Suriname. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costos. Sentencia del 30 de enero de 2014.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Resolución de supervisión de sentencia del caso Gelmán vs. Uruguay del 20 de marzo de 2013.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Gudiel Álvarez vs. Guatemala. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 20 de noviembre de 2012.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Atala Riffo y Niñas vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012.

- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Contreras vs. El Salvador. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de agosto de 2011.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Gelman vs. Uruguay. Fondo y reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Cabrera García y Montial Flores vs. México. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Gomes Lund (Gurrilha do Araguaia) vs. Brasil. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costos. Sentencia del 06 de agosto de 2008.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Boycé y otros vs. Barbados. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costos. Sentencia del 20 de noviembre de 2007.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. La Cantuta vs. Perú. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Almonacid Arellano vs. Chile. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 26 de setiembre de 2006.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Mirna Mack Chang vs. Guatemala. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2003.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tigni vs. Nicaragua. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Barrios Altos vs. Perú. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN DE ARGENTINA. Mazzeo, Julio L. y otros s/. recurso de casación e inconstitucionalidad. Sentencia del 13 de julio de 2007.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN DE ARGENTINA. Simón, Héctor Julio y otros s/. privación ilegítima de libertad. Sentencia del 14 de junio de 2005.

- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN DE ARGENTINA. Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/. homicidio calificado, asociación ilícita y otros. Sentencia del 24 de agosto de 2004.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN DE ARGENTINA. Ekmekdjian, Miguel A. c. Sofovich Gerardo y otros s/. amparo. Sentencia del 07 de julio de 1992.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. Sentencia Rol. N° 2492-13 del 17 de junio de 2014.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE PERÚ. Caso Panamericana Tv. Sentencia del Exp. N.° 04617-2012-PA/TC del 12 de marzo de 2014.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE PERÚ. Caso Justicia Militar. Sentencia del Exp. N.° 0001-2009-PI/TC del 04 de diciembre de 2009.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE PERÚ. Caso Amparo Electoral. Sentencia del Exp. N.° 0007-2007-PI/TC del 19 de junio de 2007.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE PERÚ. Caso Arturo Castillo Chirinos. Sentencia del Exp. N.° 0001-2009-PI/TC del 21 de julio de 2006.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE PERÚ. Caso Pedro Andrés Lizana Puelles. Sentencia del Exp. N.° 05854-2005-PA/TC del 08 de noviembre de 2005.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE PERÚ. Caso legislación antiterrorista. Sentencia del Exp. N.° 00010-2002-AI/TC del 03 de enero de 2003.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL DE BOLIVIA. Sentencia Constitucional Plurinacional N°. 0084/2017 de fecha 28 de noviembre de 2017
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL DE BOLIVIA. Sentencia Constitucional Plurinacional N°. 0085/2012 de fecha 16 de abril de 2012.
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN DE MÉXICO. Expediente varios 1396/2011 de fecha 11 de mayo de 2015.
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN DE MÉXICO. Amparo directo en revisión 1046/2012 de fecha 07 de abril de 2015.
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN DE MÉXICO. Contradicción de tesis 293/2011 de fecha 14 de octubre de 2014.
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN DE MÉXICO. Contradicción de tesis 299/2011 de fecha 14 de octubre de 2014.
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN DE MÉXICO. Expediente varios 912/2010 de fecha 14 de julio de 2011.

- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE URUGUAY. Sabalsagaray Curutchet, Blanca Stela, denuncia, excepción de inconstitucionalidad arts. 1, 3 y 4 de la Ley N° 15.848. Sentencia 365 de 19 de octubre de 2009.

