REVISTA IIDH

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

64

Julio - Diciembre 2016

REAL EMBAJADA DE NORUEGA

REVISTA IIDH

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

© 2016 IIDH. INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

Revista
341.481
Revista IIDH/Instituto Interamericano de Derechos
Humanos.-Nº1 (Enero/junio 1985)
-San José, C. R.: El Instituto, 1985-
v.; 23 cm.

Semestral

ISSN 1015-5074
1. Derechos humanos-Publicaciones periódicas

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

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

Corrección de estilo: Gabriela Sancho (portugués) y Jacinta Escudos (español).

Portada, diagramación y artes finales: Marialyna Villafranca

Impresión litográfica: Versalles S.A.

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

Se solicita atender a las normas siguientes:

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

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

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

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

Publicación coordinada por Producción Editorial-Servicios Especiales del IIDH

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

Índice

Presentación 7
José Thompson J.

The conventionality control Control of Conventionality and the struggle to achieve the finala definitive interpretation of human rights: the Brazilian experience 11
André de Carvalho Ramos

Control de convencionalidad sobre normas procesales convencionales 33
Andrés Rousset Siri

Reflexiones sobre el ejercicio del Control de Convencionalidad en Guatemala 59
Juan Arnulfo Vicente Gudiel y
Leslie Argentina Véliz Arriaga

Control de convencionalidad interamericano: Una propuesta de orden ante diez años de incertidumbre 87
Karlos A. Castilla Juárez

El control de convencionalidad como consecuencia de las decisiones judiciales de la Corte Interamericana de Derechos 127
Laura Alicia Camarillo Govea y
Elizabeth Nataly Rosas Rábago

Control de convencionalidad en Argentina 161
Lautaro Pittier

O controle difuso da convencionalidade e os direitos humanos no Brasil.....189
Leandro Caletti

Controle de convencionalidade e gênero: perspectivas brasileiras no combate à disseminação não consensual de imagens íntimas.....215
Letícia Soares Peixoto Aleixo
Sophia Pires Bastos

Control de constitucionalidad y control de convencionalidad: interacción, confusión y autonomía Reflexiones desde la experiencia francesa..... 239
Luis-Miguel Gutiérrez Ramírez

El control de convencionalidad y sus desafíos en Ecuador..... 265
Pamela Juliana Aguirre Castro

Aplicación del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano de los derechos humanos ...311
Víctor Hugo Rodas Balderrama

El Caso Artavia Murillo vs. Costa Rica: control de convencionalidad en el proceso de cumplimiento de obligaciones internacionales..... 347
Viviana Benavides Hernández
Marvin Carvajal Pérez

Presentación

El Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH) presenta el número 64 de su Revista IIDH, publicada ininterrumpidamente desde 1985. En esta edición monográfica, se aportan juicios críticos y opiniones cimentadas en el estudio riguroso y la práctica del control de convencionalidad, desde la realidad de su aplicación en los contextos nacionales y sus distintos enfoques, lo que enriquece aún más el debate acerca de un concepto y una práctica de por sí complejos.

Esta edición recoge los artículos académicos de Letícia Soares Peixoto Aleixo y Sophia Pires Bastos (Brasil); André de Carvalho Ramos (Brasil); Leandro Caletti (Brasil); Juan Arnulfo Vicente Gudiel y Leslie Argentina Véliz Arriaga (Guatemala); Karlos A. Castilla Juárez (México); Lautaro Pittier (Argentina); Laura Alicia Camarillo Govea y Elizabeth Nataly Rosas Rábago (México); Víctor Hugo Rodas Balderrama (Bolivia); Pamela Juliana Aguirre Castro (Ecuador); Luis Miguel Gutiérrez Ramírez (Colombia); Viviana Benavides Hernández y Marvin Carvajal Pérez (Costa Rica); y Andrés Rousset Siri (Argentina).

A través de la contribución de dichos autores, la Revista incluye disertaciones en tres aspectos: discusiones generales sobre el control de convencionalidad, su aplicación en algún país específico y su aplicación con relación a un derecho en particular.

Con relación a la primera categoría, se examina el control difuso de convencionalidad respecto de la elaboración de normativa interna como una práctica que contribuye a optimizar

la observancia de los derechos humanos, al armonizar el orden jurídico nacional con los tratados internacionales ratificados por su país.

Por otra parte, se intenta llenar algunos de los vacíos conceptuales del control de convencionalidad, intentando precisar cuál es la operación jurídica a cargo de autoridades públicas con distintas funciones –ejecutivas, legislativas y judiciales–, y dando una mirada al presente y futuro del control de convencionalidad interamericano.

Además, al analizar el control de convencionalidad como consecuencia de las decisiones judiciales de la Corte Interamericana de Derechos, se identifican casos concretos para determinar los elementos centrales de los que ha sido objeto el control de convencionalidad en el desarrollo de su jurisprudencia. En sentido complementario, también se hace un recuento de los parámetros establecidos en la jurisprudencia interamericana y se analizan desde la teoría del sistema jurídico.

Por otra parte, se plantea la interrogante acerca de la relación que existe entre el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad a la luz de la experiencia francesa. Más allá de lo anterior, se analiza el diálogo entre las jurisdicciones nacionales e internacionales como un mecanismo de encuentro que evitará conflictos judiciales en la interpretación de los derechos humanos, un campo en el que el control dual puede ser visto como el modo de superar tales antagonismos.

En la segunda categoría, la Revista nos presenta una serie de reflexiones sobre el control de convencionalidad en Guatemala, dando a conocer cómo es percibida esta obligación por parte de operadores y operadoras de justicia del Organismo Judicial guatemalteco, cómo la entienden, cuáles son sus criterios o si aún

no la conocen, lo que se expone respecto de la responsabilidad internacional que esto trae consigo.

Asimismo, respecto de Argentina, se describe la evolución y particularidades de esta obligación en la jurisprudencia de la Corte IDH y la Corte Suprema Argentina, así como su alcance y el rol de los jueces nacionales al respecto.

Finalmente, se analiza el control de convencionalidad y sus desafíos en Ecuador, analizando su proceso de perfeccionamiento de manera pormenorizada y lo que implica su aplicación para este país.

Con relación a la tercera categoría, un primer artículo aborda una problemática de mucha actualidad, la difusión no autorizada de imágenes íntimas de acuerdo con esta obligación internacional. Por otra parte, otra disertación ejemplifica el control de convencionalidad en el proceso de cumplimiento de obligaciones internacionales, utilizando como referencia la práctica de la fertilización *in vitro*. Finalmente, se analiza la posibilidad de que el juez nacional aplique el control de convencionalidad respecto de normas procesales interamericanas, aportando al cumplimiento efectivo de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos al interior de los Estados Parte.

Aprovecho esta presentación para agradecer en nombre del IIDH a las autoras y autores que han hecho llegar al IIDH sus contribuciones académicas para esta edición, así como a todas las personas que respondieron a nuestro llamado haciendo llegar sus valiosos artículos. Asimismo, agradecemos a la Cooperación Noruega que hace posible la producción y distribución de esta revista, y a quienes dan lectura y consultan la Revista.

Esperamos que los aportes de nuestra Revista 64 sean útiles para la investigación al versar sobre una temática que, además de ser controvertida, es trascendental en el proceso de configuración de condiciones para la plena vigencia de los derechos humanos consagrados en la Convención Americana en los países de la región.

José Thompson J.
Director Ejecutivo, IIDH

Aplicación del control de convencionalidad del *corpus iuris* interamericano de los derechos humanos

*Víctor Hugo Rodas Balderrama**

Introducción

El control de convencionalidad representa un gran reto para todas las autoridades públicas sometidas al *corpus iuris interamericano.* Sus características y matices recién están siendo explorados, motivo por el cual todavía existen diversos ámbitos de incertidumbre respecto de su aplicación. En este sentido, el presente artículo pretende aportar a la discusión académica respecto los efectos normativos del control de convencionalidad, así como de las autoridades competentes para determinarlos. Para esto desarrollaré un recuento de la evolución que ha tenido esta figura en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, para posteriormente abordar dicho control desde la teoría del sistema jurídico, la cual consideramos que puede reforzar el entendimiento en dicha temática.

---

* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Políticas por la Universidad Mayor de San Simón, con sede en Cochabamba, Estado Plurinacional de Bolivia. Especialista en Derecho Internacional Público por la Universidad Nacional Autónoma de México y Maestro en Derecho por la misma universidad. Actualmente se desempeña como Jefe del Departamento de Contenidos para la Formación Profesional en Derechos Humanos de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal.

1. Control de convencionalidad

El control de convencionalidad es la expresión normativa del principio *pacta sunt servanda,* conforme al cual, las obligaciones internacionales asumidas soberanamente por los Estados deben cumplirse de buena fe y respetando el efecto útil de los instrumentos internacionales que las estipulan[1]. En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el control de convencionalidad se estableció a través de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH)[2]. Dicho control puede ser ejercido en dos niveles diferentes: 1) el control de convencionalidad, ejercido por cualquier autoridad pública local, denominado control primario de convencionalidad; y, 2) el control de convencionalidad desarrollado por la misma Corte IDH, denominado control complementario o subsidiario de convencionalidad[3]. Analicemos cada uno de ellos.

1 El principio *pacta sunt servanda* se encuentra estipulado en el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969. La Corte IDH ha aplicado dicho principio en diferentes resoluciones entre las cuales podemos mencionar: *Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (Arts. 1 y 2, Convención Americana Sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-14/94 del* 9 de diciembre de 1994, Serie A, No. 14, párr. 35; *Almonacid Arellano vs. Chile,* Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas**,** Serie C, N° 154, párrafo 125, p. 53; *Rosendo Radilla Pacheco vs. México*, Sentencia de 23 de noviembre de 2009, Excepciones preliminares, Reparaciones y costas, Serie C, N° 209, párrafo 24, p. 9; entre otras.

2 Véase, Pedro Néstor Sagüés, "El control de convencionalidad en el sistema interamericano, y sus anticipos en el ámbito de los Derechos Económicos-Sociales. Concordancias y diferencias con el sistema europeo". En: Armyn Von Bogdandy, *et al. (Coord.), Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales, México,* Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, p. 383.

3 Véase, *Corte IDH, Gelman vs. Uruguay,* Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 20 de marzo de 2013, Supervisión de cumplimiento de sentencia, considerando 87; e Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *Manual auto-formativo para la aplicación del control de convencionalidad*

1.1 Control primario de convencionalidad

El ejercicio del control primario de convencionalidad es obligación de todas las autoridades públicas locales en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes[4]. Consiste en la realización de un examen de compatibilidad entre: 1) las disposiciones normativas y actos internos; y, 2) el *corpus iuris interamericano* y la jurisprudencia de la Corte IDH[5], a efectos de: armonizar[6], invalidar[7] o inaplicar[8] las primeras.

---

dirigido a operadores de justicia, San José, IIDH, 2015, pp. 45-109.

4 Véase*, Corte IDH, Gelman vs. Uruguay,* Sentencia de 24 de febrero de 2011, Fondo y Reparaciones, Serie C, N° 221, párrafo 239, p. 69.

5 Véase, Corte IDH, *Gudiel Álvarez y otros ("Diario Militar") vs. Guatemala,* Sentencia de 20 noviembre de 2012, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 253, párrafo 233 y 330, pp. 81 y 118; y, García Ramírez Sergio, "El control judicial de convencionalidad interno", IUS Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, México, 2011, núm. 28 julio-diciembre, pp. 134-136.

6 Véase, *Corte IDH, Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos, Sentencia de 23 de noviembre de 2009, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, N° 209, párrafo 338-340, pp. 92-93.*

7 Si bien la Corte IDH no se ha referido a la invalidez de las normas contrarias al *corpus iuris interamericano, s*í ha mencionado en su jurisprudencia que dichas normas "carecen de efectos jurídicos", lo que desde la teoría general del derecho equivale a la invalidez normativa. Al respecto véase: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Heliodoro Portugal vs. Panamá, Sentencia de 12 de agosto de 2008, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, N° 186, párrafo 180, pp. 49 y 50; *Almonacid Arellano vs. Chile,* Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, N° 154, párrafo 124, p 53; *Gelman vs. Uruguay*, Sentencia de 24 de febrero de 2011, Fondo y Reparaciones, Serie C, N° 221, párrafo 246, p. 73. Véase también: Sagüés, Néstor Pedro, "El control de convencionalidad en el sistema interamericano, y sus anticipos en el ámbito de los Derechos Económicos-Sociales. Concordancias y diferencias con el sistema europeo.", op. cit., p. 385.

8 Véase, *Corte IDH, Almonacid Arellano vs. Chile, S*entencia de 26 de septiembre de 2006, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, N° 154, párrafo 123, pp. 52 y 53.

El Control Primario de Convencionalidad se formuló de forma expresa en la sentencia dictada en el caso Almonacid Arellano contra Chile en el año 2006; sin embargo, diversas sentencias y resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos dan cuenta de sus características. Veamos brevemente algunas de ellas.

- **Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina.** Resuelto por la Corte Interamericana el 2 de febrero de 1996, versa sobre la desaparición forzada de Adolfo Argentino Garrido Calderón y Raúl Baigorria Balmaceda, los cuales de acuerdo con los hechos narrados en la demanda, fueron vistos por última vez después de haber sido detenidos por personal policial de la provincia de Mendoza, Argentina, el 28 de abril de 1990[9]. En el procedimiento ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el Estado aceptó su responsabilidad, motivo por el cual la Corte dispuso que el Estado, los familiares de las víctimas y la Comisión, se pusieran de acuerdo en lo referente a las reparaciones y costas. Al no poder llegar a un acuerdo, la Corte dictó sentencia el 27 de agosto de 1998. En dicha sentencia la Corte refirió que:

> 68. *En el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha celebrado un convenio internacional, debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de las obligaciones asumidas. Esta norma aparece como válida universalmente y ha sido calificada por la jurisprudencia como un principio evidente ("principe allant de soi"; Echange des populations grecques et turques, avis consultatif,* 1925, C.P.J.I., serie B, no. 10, p. 20). En este orden de ideas, la Convención

9 Véase, Corte IDH, *Garrido y Baigorria vs. Argentina,* Sentencia de 2 de febrero de 1996, Fondo, Serie C, N°26, considerando 10, p. 4.

Americana establece la obligación de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención, para garantizar los derechos en ella consagrados.

69. Esta obligación del Estado Parte implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas. Esto significa que el Estado ha de adoptar todas las medidas para que lo establecido en la Convención sea realmente cumplido en su orden jurídico interno. Y esas medidas son efectivas cuando la comunidad, en general, adapta su conducta a la normativa de la Convención y, en el caso de que así no sea, cuando se aplican efectivamente las sanciones previstas en ella[10].

- **Caso La Última Tentación de Cristo, Olmedo Bustos y otros vs. Chile.** Los hechos que dieron origen a este caso ocurrieron el 29 de noviembre de 1988 cuando el Consejo de Calificación Cinematográfica de Chile rechazó la exhibición de la película *La Última Tentación de Cristo*, decisión que fue ratificada por la Corte Suprema de Justicia[11]. Entre las diversas peticiones de la Comisión, se solicitó que el Estado chileno adecuara sus normas constitucionales y legales a la Convención Americana a objeto de eliminar la censura previa[12]. La Corte determinó que la censura de la película violaba el derecho a la libertad de pensamiento y expresión, así como el deber de adaptar el derecho interno a los parámetros

10 Corte IDH, *Garrido y Baigorria vs. Argentina,* Sentencia de 28 de agosto de 1998, Reparaciones y Costas, Serie C, N° 39, considerando 68 y 69, p. 16 y 17. Énfasis añadido.

11 Véase, Corte IDH, *La última tentación de Cristo vs. Chile,* Sentencia de 5 de febrero de 2001, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, N°73, considerando 60, p. 21.

12 *Ibídem,* considerando 3, p. 2.

establecidos por la Convención. En razón de este argumento y siguiendo la línea jurisprudencial del caso Garrido y Baigorria explicado anteriormente, la Corte determinó que:

> 97. Respecto del artículo 13 de la Convención, la Corte considera que *el Estado debe modificar su ordenamiento jurídico* con el fin de suprimir la censura previa, para permitir la exhibición cinematográfica y la publicidad de la película "La Última Tentación de Cristo", ya que está obligado a respetar el derecho a la libertad de expresión y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción.
>
> 98. En relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención, las normas de derecho interno chileno que regulan la exhibición y publicidad de la producción cinematográfica todavía no han sido adaptadas a lo dispuesto por la Convención Americana en el sentido de que no puede haber censura previa. Por ello el Estado continúa incumpliendo los deberes generales a que se refieren aquéllas disposiciones convencionales. *En consecuencia, Chile debe adoptar las medidas apropiadas para reformar, en los términos del párrafo anterior, su ordenamiento jurídico interno de manera acorde al respeto y el goce del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión consagrado en la Convención*[13].

- **Caso Almonacid Arellano contra Chile.** Al resolver este caso la Corte estableció la responsabilidad internacional del Estado chileno por la falta de investigación y sanción de los responsables de la ejecución extrajudicial del señor Almonacid

13 *Ibídem,* considerando 97 y 98, pp. 37 y 38. Énfasis añadido.

Arellano[14]. El conflicto se centró en la aplicación del decreto Ley N° 2191, que declaraba la amnistía de los responsables de diversos delitos cometidos durante el periodo de la dictadura militar. La Corte estimó que el incumplimiento de la convención y la consecuente responsabilidad del Estado, no solo se debían a la Ley N° 2191, sino también a la aplicación de ésta por los tribunales nacionales, puesto que es obligación de dichos tribunales, enmendar los errores del órgano legislativo inaplicando las leyes contrarias a la Convención, aprobadas por este órgano. En este sentido la Corte expresó:

> 123. Sin embargo, cuando el Legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, el Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella. El cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado, y es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el sentido de que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados, según el artículo 1.1 de la Convención Americana.
>
> 124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en

14 Véase, Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano vs. Chile,* Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, Serie C, N°154, considerando 3, p. 2.

> el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. *En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.* En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana[15].

- **Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú.** El 4 de febrero de 2005 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos presentó a la Corte Interamericana una demanda contra la República del Perú. En dicha demanda se alegaba la vulneración de los derechos a la protección y garantías judiciales de 257 personas que trabajaban en el Congreso Nacional de Perú. Dichos trabajadores fueron cesados en sus funciones por la reorganización de este órgano[16]. El 24 de noviembre de 2006, la Corte emitió su fallo en el cual estableció que:

> 128. Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus

15 *Ibídem.,* párrafo 123 y 124, p. 53. Énfasis añadido.

16 Corte IDH, *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú,* Sentencia de 24 de noviembre de 2006, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, N° 158, párrafo 1 y 2, p. 2.

jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. *En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también "de convencionalidad" ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes.* Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones[17].

- **Caso Rosendo Radilla Pacheco vs. México.** Resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 23 de noviembre de 2009, el caso Radilla versa sobre la desaparición forzada del señor Rosendo Radilla Pacheco. En la demanda, la Comisión solicitó que la Corte ordene la reforma del artículo 13 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ya que la interpretación que se hacía de dicho artículo era contraria a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, puesto que permitía que miembros del servicio militar mexicano, sean juzgados en el fuero militar por violaciones a los derechos humanos contra la población civil[18]. Si bien la Corte no ordenó la modificación del texto constitucional mexicano, puesto que éste en sí mismo no era incompatible con la Convención, sí aclaró que la interpretación

17 *Ibídem.,* párrafo 128, p. 47. Énfasis añadido.

18 Corte IDH, *Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos, op. cit.,* párrafo 337, p. 92.

de los tribunales y jueces de las normas internas de un Estado deben ser conforme a los parámetros establecidos por la Convención. En este tenor, la Corte manifestó que:

> 338. Para este Tribunal, no sólo la supresión o expedición de las normas en el derecho interno garantizan los derechos contenidos en la Convención Americana, de conformidad a la obligación comprendida en el artículo 2 de dicho instrumento. *También se requiere el desarrollo de prácticas estatales conducentes a la observancia efectiva de los derechos y libertades consagrados en la misma. En consecuencia, la existencia de una norma no garantiza por sí misma que su aplicación sea adecuada. Es necesario que la aplicación de las normas o su interpretación, en tanto prácticas jurisdiccionales y manifestación del orden público estatal, se encuentren ajustadas al mismo fin* que persigue el artículo 2 de la Convención. En términos prácticos, la interpretación del artículo 13 de la Constitución Política mexicana debe ser coherente con los principios convencionales y constitucionales de debido proceso y acceso a la justicia, contenidos en el artículo 8.1 de la Convención Americana y las normas pertinentes de la Constitución mexicana.
>
> 339. En relación con las prácticas judiciales, este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las

disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer un "control de convencionalidad" *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana[19].

- **Caso Gelman vs. Uruguay.** Los hechos del presente caso versan sobre la desaparición forzada de María Claudia García Iruretagoyena Casinelli y su esposo Marcelo Ariel Gelman Schubaroff. María Claudia García y Marcelo Gelman fueron llevados a un centro de detención clandestino, donde permanecieron juntos algunos días y posteriormente fueron separados. Marcelo Gelman fue torturado y posteriormente ejecutado en 1976, sus restos fueron descubiertos en 1989. María Claudia García fue trasladada a Montevideo-Uruguay de forma clandestina por autoridades estatales, donde dio a luz a una niña. A finales de diciembre de 1976, María Claudia García fue separada de su hija recién nacida. El paradero de María todavía se desconoce. Los hechos del caso no fueron investigados en virtud de Ley No. 15.848 o Ley de Caducidad, promulgada en 1986 por el gobierno democrático del Uruguay[20]. Al resolver el caso, la Corte señaló que:

239. La sola existencia de un régimen democrático no garantiza, *per se,* el permanente respeto del Derecho

19 *Ibídem.,* párrafo 338 y 339, pp. 92 y 93. Énfasis añadido.

20 Véase, Corte IDH, *Gelman vs. Uruguay, op cit.,* párrafo 2, p. 4.

Internacional, incluyendo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo cual ha sido así considerado incluso por la propia Carta Democrática Interamericana. 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, es decir, a la esfera de lo "susceptible de ser decidido" por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un "control de convencionalidad", que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial. En este sentido, la Suprema Corte de Justicia ha ejercido, en el Caso Nibia Sabalsagaray Curutchet, un adecuado control de convencionalidad respecto de la Ley de Caducidad, al establecer, *inter alia*, que "el límite de la decisión de la mayoría reside, esencialmente, en dos cosas: la tutela de los derechos fundamentales (los primeros, entre todos, son el derecho a la vida y a la libertad personal, y no hay voluntad de la mayoría, ni interés general ni bien común o público en aras de los cuales puedan ser sacrificados) y la sujeción de los poderes públicos a la ley"[21].

- **Caso Gudiel Álvarez y otros ("Diario Militar") vs. Guatemala.** Al resolver este caso, la Corte estableció la

21 *Ibídem.,* párrafo 239.

responsabilidad internacional del Estado de Guatemala por la falta de investigación de la desaparición forzada de 24 personas, la ejecución extrajudicial de Rudy Gustavo Figueroa Muñoz y la detención y tortura de la niña Wendy Santizo Méndez. En la sentencia de fondo, la Corte estipuló que:

> 233. Además, la Corte considera pertinente señalar que la obligación de investigar, juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables de hechos violatorios de los derechos humanos no se deriva solamente de la Convención Americana, en determinadas circunstancias y dependiendo de la naturaleza de los hechos, también se desprende de otros instrumentos interamericanos que establecen la obligación a cargo de los Estados Partes de investigar las conductas prohibidas por tales tratados. En relación con los hechos del presente caso, el Tribunal observa que, conforme a la Convención Interamericana contra la Tortura, los Estados tienen el deber de investigar todo acto que pudiera constituir tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes que ocurran en su jurisdicción. Dichas disposiciones especifican y complementan las obligaciones que tiene el Estado con respecto al respeto y garantía de los derechos consagrados en la Convención Americana, así como "el *corpus juris internacional* en materia de protección de la integridad personal"[22].

Si bien la línea jurisprudencial sobre el control primario de convencionalidad abarca aproximadamente 31 resoluciones de la Corte IDH[23], las descritas anteriormente son las que han

22 Corte IDH, *Gudiel Álvarez y otros ("Diario Militar") vs. Guatemala, op. cit.,* párrafo 233 y 330, pp. 81 y 118.

23 Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *Manual auto-formativo para la aplicación del control de convencionalidad dirigido a operadores de justicia,*

delimitado sus características, mismas que explicaremos a continuación.

A. Autoridades obligadas a ejercer el control primario de convencionalidad

Como vimos en el caso Gelman vs. Uruguay, la Corte IDH ha establecido que el ejercicio del control primario de convencionalidad es una obligación de todas las autoridades públicas, en el marco de su competencia y las regulaciones procesales correspondientes[24]. Esto permitiría inferir que, conforme a la interpretación de la Corte, el control primario de convencionalidad debe tener carácter difuso. Al respecto, Sergio García Ramírez sostiene que dicha obligación recae en aquellas autoridades que tengan la función de promover, respetar y garantizar los derechos humanos reconocidos en el *corpus iuris interamericano*[25]. Dicha labor, obviamente incluye a los jueces y tribunales internos, los cuales según Eduardo Ferrer Mac-Gregor, se convierten en jueces interamericanos, no importando la materia o la jerarquía de estos[26].

---

op. cit., p. 125 y 126.

24 Corte IDH, *Gelman vs. Uruguay, op. cit., párrafo 239.*

25 Véase*, García Ramírez, Sergio. El control judicial de convencionalidad interno, IUS Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla,* México, 2011, núm. 28 julio-diciembre, p. 126.

26 Véase, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, "Interpretación Conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano". En: Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (Coord.), *La reforma constitucional en materia de Derechos Humanos: un nuevo paradigma*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie doctrina jurídica, núm. 609, México, 2011. p. 187.

B. Carácter *ex officio*

Establecido por la Corte en la sentencia del caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú, el carácter *ex officio* del control primario de convencionalidad se refiere a la obligatoriedad de las autoridades de desarrollar el control de convencionalidad sin la necesidad de que sea solicitado por las personas sujetas a la jurisdicción de los Estados[27]. Dicho carácter se establece como una garantía de cumplimiento de *obligaciones nacionalmente aceptadas y colectivamente establecidas*[28]. Ahora bien, como menciona Sergio García Ramírez, tomando en cuenta la pluralidad de operadores que asumirán la función del control de convencionalidad, debe destacarse que el mismo debe comprometerse con la justicia y la seguridad jurídica, quedando el margen de apreciación nacional, acotado por las definiciones de la Corte Interamericana y la interpretación vinculante contenida en su jurisprudencia[29].

C. Corpus iuris interamericano

En relación al espectro normativo sobre el cual recae la obligación de ejercer el control interno de convencionalidad, la Corte estableció en el caso Gudiel Álvarez y otros ("Diario Militar") vs. Guatemala, que el control debe ejercerse respecto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el resto de normas del sistema interamericano que le otorgan competencia contenciosa a la Corte Interamericana (Protocolo de San Salvador en lo que respecta a los derechos de asociación laboral y de acceso a la educación: artículos 8.1.a y 13; la Convención

27 Corte IDH, *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú, op. cit.,* párrafo 128.

28 Véase, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, *op. cit*., p. 128.

29 *Ídem*.

para Prevenir y Sancionar la Tortura; la Convención contra la Desaparición Forzada de Personas y la Convención para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer Convención de Belém do Pará) y la jurisprudencia de la Corte Interamericana, contenida en las sentencias de casos contenciosos, opiniones consultivas y los criterios derivados de las medidas provisionales y la supervisión del cumplimiento de sentencias. También debe tomarse en cuenta con criterio orientador, los instrumentos internacionales de alcance universal, así como la jurisprudencia de otros tribunales de alcance internacional[30].

D. Efectos del control de convencionalidad

Aunque no queda claro aún cuales son los efectos normativos del control de convencionalidad, puesto que la Corte IDH solo ha señalado que dicho control debe desarrollarse en el marco de las atribuciones y regulaciones procesales propias de la autoridad que realice dicho control, es posible advertir al menos tres efectos de una norma u acto que resultare contrario a las obligaciones establecidas en el *Corpus Iuris Interamericano.* Así, las normas u actos que sean inconvencionales, deben invalidarse, inaplicarse o armonizarse. En Almonacid Arellano por ejemplo, la Corte IDH estableció que el órgano legislativo del Estado chileno falló en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana y que el órgano judicial de dicho Estado debió abstenerse de aplicar dichas leyes[31]. En este caso es posible advertir tanto la obligación de invalidar como la de inaplicar aquellas normas contrarias al *corpus iuris interamericano.* Ahora bien, con respecto a la armonización esta se refiere a la obligación de interpretar las normas locales en conformidad con

30 *Ibídem.,* pp.134-136.

31 Véase, Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano vs. Chile, op cit.,* considerando 123.

el *corpus iuris interamericano.* La referencia a dicha obligación puede observarse en Pacheco Radilla vs. México, en la cual la Corte explica que la existencia de una norma no garantiza que su aplicación sea adecuada. En este sentido establece que la aplicación de las normas o su interpretación debe ajustarse a la Convención Americana sobre Derechos Humanos[32].

Con respecto al control primario de convencionalidad llevado a cabo por los órganos jurisdiccionales, Sergio García Ramírez explica que cuando los tribunales nacionales despliegan el control de convencionalidad en ausencia de definiciones de la Corte Interamericana, dichas decisiones tienen efecto *inter partes*[33]. Por otro lado, cuando el control primario de convencionalidad supere el estándar interamericano contenido en la jurisprudencia de la Corte, este debe prevalecer, puesto que como sostiene el autor citado, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos es el piso y no el techo de los derechos[34].

Como pudimos observar, el control de convencionalidad nace de la necesidad de garantizar el cumplimiento de las obligaciones internacionales asumidas de forma soberana. Éste tipo de control implica la determinación de cualquier acto u omisión imputable al Estado como inconvencional, cuando es contrario a lo establecido por el *corpus iuris interamericano.*

32 Véase, Corte IDH, *Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos, op. cit.,* párrafo 338, p. 92.

33 Véase, García Ramírez Sergio, *op. cit.,* nota 141, p. 128.

34 *Ibídem.,* p. 139.

1.2 Control complementario o subsidiario de convencionalidad

En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos el control complementario o subsidiario de convencionalidad es llevado a cabo por la Corte IDH desde el comienzo de sus funciones. De manera similar al control primario de convencionalidad, consiste la realización de un examen de compatibilidad entre: 1) las disposiciones normativas y actos internos; y, 2) el *corpus iuris interamericano* y su jurisprudencia, a objeto de ordenar a los Estados que aceptaron la competencia contenciosa de la Corte IDH la invalidación, inaplicación o armonización de las primeras. Dicho control se asemeja al control de constitucionalidad llevado a cabo por los Tribunales y Cortes Constitucionales, así, mientras los Tribunales y Cortes Constitucionales controlan la constitucionalidad de los actos del Estado, la Corte IDH resuelve acerca de su convencionalidad[35].

Si bien la Corte se refiere expresamente al control complementario o subsidiario de convencionalidad en su resolución de supervisión de sentencia en el Caso Gelman vs. Uruguay[36] puede encontrarse diversos antecedentes de sus características en la jurisprudencia interamericana anterior a dicha resolución. Veamos brevemente algunas de las resoluciones en las que la Corte sienta las bases de este tipo de control.

35 Véase los votos concurrentes de Sergio García Ramírez en: Corte IDH, *Tybi vs. Ecuador,* Sentencia de 7 de septiembre de 2004, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, N° 114, considerando 3, p. 1 y; *Myrna Mack Chang vs. Guatemala,* Sentencia de 25 de noviembre de 2003, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, N° 101, considerando 27, p. 7.

36 Véase, Corte IDH, *Gelman vs. Uruguay,* Supervisión de cumplimiento de sentencia, *op. cit*., considerando 87.

- **Opinión Consultiva OC-6/86.** La Corte determinó que el procedimiento legislativo de un Estado no impide "que una ley aprobada por el Parlamento llegue a ser violatoria de los derechos humanos, posibilidad que reclama la necesidad de algún régimen de *control posterior*"[37].

- **Opinión Consultiva OC-13/93.** La Corte analizó si la Comisión IDH era competente para evaluar la compatibilidad de las normas de derecho interno con la Convención. Al emitir resolución, la Corte señalo que un Estado puede violar un tratado internacional y, específicamente, la Convención, cuando omite dictar las normas a que está obligado por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) o también cuando dicta disposiciones que no estén en conformidad con lo que de él exigen sus obligaciones dentro de la Convención, dicho de otro modo, de acuerdo a la Corte IDH, el hecho de que se trate de leyes internas y de que estas hayan sido adoptadas de acuerdo con lo dispuesto por la Constitución, nada significa si mediante ellas se violan cualesquiera de los derechos o libertades protegidos en el orden interamericano[38].

- **Opinión Consultiva OC-14/94.** La Corte se pronunció sobre los efectos jurídicos de una ley que viola manifiestamente las obligaciones que un Estado ha contraído al ratificar la Convención. La Corte manifestó que posee facultad para analizar y determinar la compatibilidad de las normas internas con la Convención Americana sobre Derechos

---

37 Corte IDH, *La expresión "Leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos,* Opinión Consultiva OC-6/86, Serie A, N°6, considerando 22, p. 6. Énfasis añadido.

38 Véase, Corte IDH, *Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos,* Opinión Consultiva OC-13/93, Serie A, N°13, considerando 26 y 27, p. 8.

Humanos y otros tratados de la materia que sean vinculantes, sin que deba importar la jerarquía de las normas analizadas, consecuentemente una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado al ratificar o adherirse a la Convención constituye una violación de ésta y, en caso de que dicha violación afecte derechos y libertades protegidos respecto de individuos determinados, genera responsabilidad internacional para el Estado[39].

- **Voto disidente juez Cançado Trindade, Sentencia de Reparaciones y Costas, Caso "El Amparo vs. Venezuela".** En la investigación del caso por la muerte de catorce pescadores de la localidad "El Amparo", la Comisión Interamericana de Derechos Humanos encontró que diversas disposiciones del Código de Justicia Militar de Venezuela eran incompatibles con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, motivo por el cual recomendó al Estado venezolano su modificación. Dentro de las medidas de reparación solicitadas a la Corte, pidió que ésta declare dichas disposiciones como contrarias a la Convención y consecuentemente se ordene al Estado su adecuación[40]. La Corte ordenó que las medidas de reparación sean acordadas entre el Estado y la Comisión en razón de que el Estado había aceptado su responsabilidad, y señaló que, en caso de no poder llegar a un acuerdo, la Corte determinará las medidas de reparación[41]. Al no poder llegar a un acuerdo respecto de las reparaciones, la Corte emitió sentencia de reparaciones y costas el 14 de septiembre de 1996. Con relación a la

39 Véase, Corte IDH, *Responsabilidad Internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención,* Opinión Consultiva OC-14/94, Serie A, N°14, considerando 1, 49 y 50, pp. 2-15.

40 Corte IDH, *El Amparo vs. Venezuela,* Sentencia de 18 de enero de 1995, Fondo, Serie C, N° 19, considerando 4 inciso 5, p. 2.

41 *Ibídem.,* considerando 20 y 21, p. 5.

solicitud de la Comisión de declarar diversas disposiciones normativas del Código de Justicia Militar como contrarias a la Convención, la Corte se abstuvo de pronunciarse sobre su compatibilidad o incompatibilidad con la Convención, debido a que dicha norma no se había aplicado en dicho caso y consecuentemente no existían victimas concretas de la supuesta incompatibilidad[42]. El juez Cançado Trindade emitió voto disidente respecto de la abstención de la Corte. En dicho voto manifestó lo siguiente:

> El señalamiento por la Corte de que lo dispuesto en el artículo 54(2) y (3) del Código de Justicia Militar "no ha sido aplicado en el presente caso" (párrafo 58), *no la priva de su competencia para proceder a la determinación de la incompatibilidad o no de aquellas disposiciones legales con la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En mi entendimiento, la propia existencia de una disposición legal puede per se crear una situación que afecta directamente los derechos protegidos por la Convención Americana. Una ley puede ciertamente violar estos derechos en razón de su propia existencia***,** y, en la ausencia de una medida de aplicación o ejecución, por la amenaza real a la(s) persona(s), representada por la situación creada por dicha ley.
>
> No me parece necesario esperar la ocurrencia de un daño (material o moral) para que una ley pueda ser impugnada; puede serlo sin que esto represente un examen o determinación in abstracto de su incompatibilidad con la Convención. Si fuera necesario aguardar la aplicación efectiva de una ley ocasionando un daño, no habría como sostener el deber de prevención. *Una ley puede,*

42 Corte IDH, *El Amparo vs. Venezuela,* Sentencia de 14 de septiembre de 1996, Reparaciones y Costas, Serie C, N° 28, considerando 60, p.15.

por su propia existencia y en la ausencia de medidas de ejecución, afectar los derechos protegidos en la medida en que, por ejemplo, por su vigencia priva a las víctimas o a sus familiares de un recurso efectivo ante los jueces o tribunales nacionales competentes, independientes e imparciales, así como de las garantías judiciales plenas (en los términos de los artículos 25 y 8 de la Convención Americana)[43].

Como puede apreciarse, la principal diferencia entre éste tipo de control y el control primario de convencionalidad, radica en que este debe sujetarse a los parámetros establecidos en la jurisprudencia establecida por la Corte IDH.

2. El Control de Convencionalidad desde la Teoría del Sistémica Jurídico

Desde una perspectiva general el control de convencionalidad puede ser entendido como un mecanismo de depuración de conflictos normativos, en el cual siempre debe prevalecer la norma más protectora de los derechos humanos de las personas sujetas a la jurisdicción de un Estado. Dicho posicionamiento nos lleva ineludiblemente al estudio del sistema jurídico y las teorías que lo explican, pues en éstas encontraremos los principales elementos para su aplicación.

El sistema jurídico puede ser entendido como un conjunto de normas que se interrelacionan jerárquicamente a través de una norma fundamental. Dicho concepto es relativamente nuevo, pues la teoría general del Derecho, se había enfocado tradicionalmente en el estudio y naturaleza de la norma jurídica con el fin de

43 *Ibídem.,* Voto Disidente, A. A. Cançado Trindade, considerado 1-3, p. 1. Énfasis añadido.

diferenciarla de otro tipo de normas (morales, éticas, etc.), descuidando su naturaleza sistémica[44]. Por este motivo, la teoría del sistema jurídico pretende cambiar el enfoque tradicional del estudio del Derecho *como norma* y sustituirlo por el estudio del Derecho como *sistema de normas*. Como señala Abelardo de la Torre:

> … el derecho positivo de un Estado, no es un conjunto de normas yuxtapuestas, destinadas a resolver cada una distintos casos de la vida social, sin que exista entre ellas vinculación alguna. Por el contrario, esa pluralidad de normas, según lo ha establecido el pensamiento *ius filosófico más reciente y lo confirma la experiencia, constituye un todo ordenado y jerarquizado, es decir, un* sistema[45].

2.1 El Sistema Jurídico y las teorías que lo abordan

Joseph Raz en su libro *El Concepto de Sistema Jurídico,* propone que una teoría completa sobre el sistema jurídico debe abordar los siguientes problemas:

- **El problema de la existencia.** Se tratar de determinar cuáles son los criterios de existencia de un sistema jurídico, es decir, cuándo y bajo qué condiciones un sistema jurídico existe o ha dejado de existir.

- **El problema de identidad y membresía.** Busca resolver la interrogante relativa a qué normas forman parte de un

44 Véase, Bobbio, Norberto, *Teoría General del Derecho,* 2ª edición, Bogotá, Temis, 2005, p. 141.

45 Torre, Abelardo de la, *Introducción al Derecho*, 13ª edición, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2002, p. 253.

determinado sistema jurídico y qué criterios determinan esa pertenecía.

- **El problema de estructura.** Encaminado a determinar la estructura común de los sistemas jurídicos o los patrones de coincidencia entre los sistemas.

- **El problema de contenido.** El cual busca determinar la existencia de normas comunes en todos los sistemas jurídicos, es decir, si existen contenidos comunes en los diferentes sistemas jurídicos[46].

Si bien todavía es poca la doctrina sobre el sistema jurídico –*en comparación a otras áreas de conocimiento jurídico*– existen notables avances en los trabajos de Austin, Kelsen y Hart, los cuales proponen soluciones para la mayoría de las interrogantes planteadas por Raz.

a) John Austin

Considerado como el fundador de la jurisprudencia analítica en Inglaterra[47], la teoría del sistema jurídico de Austin se encuentra implícita en su definición de disposición jurídica, la cual, según este autor, constituye un *mandato general de un soberano a sus súbditos*[48]. De esta manera, el sistema jurídico en la teoría de Austin, está constituido por todos los mandatos del soberano hacia sus súbditos. Al respecto Austin, citado por Rolando Tamayo y Salmorán, afirma: "… toda norma jurídica positiva o toda norma estrictamente así llamada, es un mandato directo o indirecto del (…) soberano, emitiéndola en su carácter

46 Véase, Raz, Joseph, *El concepto de sistema jurídico, México, Universidad Nacional Autónoma de México,* Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1986, p.18.

47 Véase, Bodenheimer, Edgar, *Teoría del Derecho,* México, Fondo de Cultura Económica, 1942, p. 314.

48 Véase, *Ibídem.,* pp. 315 y 316; Raz, Joseph, *op. cit.,* nota 39, p. 23.

de superior político: es decir un mandato directo o indirecto de un soberano dirigido a una persona o a unas personas en estado de sujeción con respecto a su autor"[49].

Con relación a los problemas inherentes al sistema jurídico, Raz sostiene que la teoría del Derecho de Austin, lleva implícitas respuestas a los problemas de identidad, membresía y existencia, los cuales son un subproducto de su definición de disposición jurídica. Dichas respuestas son expuestas a continuación:

- **Problema de existencia.** Un sistema jurídico existe, si el legislador común de sus disposiciones es un soberano, es decir, que un sistema jurídico existe si las disposiciones jurídicas emitidas son generalmente obedecidas, en otras palabras, un sistema jurídico existe si éste es eficaz[50].

- **Problema de identidad y membresía.** Un sistema jurídico contiene todas y sólo las disposiciones jurídicas emitidas por una persona o cuerpo de personas. Consecuentemente las disposiciones jurídicas o normas, pertenecen al sistema jurídico del legislador que las emitió[51].

Como puede observarse, la definición de disposición jurídica propuesta por Austin, gira en torno al concepto de soberanía[52], la cual conforme dicho autor, se basa en los siguientes argumentos:

---

49 Austin John, *The Province of Jurisprudence Determined,* 2ª edición, Nueva York, Burt Franklin, 1861, p. 121, cit. por Tamayo y Salmorán, Rolando, "La teoría del Derecho de John Austin" en *Anuario Jurídico,* México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Año jurídico XI, N° 11, 1984, p. 571.

50 Véase, Raz, Joseph, *op. cit.,* nota 39, p. 24.

51 *Ibídem.,* p. 23.

52 Véase, Tamayo y Salmorán, Rolando, *op. cit.,* nota 42, p. 572.

1) La soberanía no se deriva ni se explica en referencia con la moral o con principios morales. La soberanía se basa exclusivamente en el hecho social del hábito de obediencia.

2) Los conceptos de hábito de obediencia y de obediencia personal, esto es, de obediencia a una persona específica o a un grupo específico, se convierten en los conceptos claves en el análisis de la soberanía[53].

Consecuentemente la soberanía tiene como características el no ser *subordinada,* es decir que la facultad para crear normas no es conferida por ninguna disposición jurídica y por lo tanto tampoco puede ser revocada por ninguna; ser *ilimitada,* ya que el poder para crear normas no se encuentra regulado y por lo tanto puede legislar cualquier disposición jurídica; ser *única,* por cuanto en un sistema jurídico solo puede existir un poder legislativo no subordinado e ilimitado; y ser *unitaria*, ya que el poder legislativo se encuentra en las manos de una persona o grupo de personas[54].

Ahora bien, para Austin soberano es el legislador directo o indirecto de todas las disposiciones jurídicas de un sistema. De esta manera existe un sólo soberano con dos tipos de facultades legislativas, una directa y otra indirecta. La legislación directa es aquella ejercida por el legislador último o soberano, el cual adquiere tal calidad por ser superior a los demás, en cuanto no se encuentra sometido a las disposiciones por él creadas. En cambio, la legislación indirecta, es ejercida por el legislador secundario, que es aquella persona o grupo de personas, competentes para crear una disposición jurídica, si, y sólo si, existe una disposición jurídica anterior que les confiera tal facultad[55].

53 Raz, Joseph, *op. cit.,* nota 39, p. 25.

54 *Ibídem.,* p. 26.

55 *Ibídem.,* p. 37.

Según el análisis que de la teoría de Austin realiza Joseph Raz, la principal diferencia entre la legislación hecha por el soberano y la legislación hecha por sus delegados, es que estos últimos tienen que expresar sus deseos en la forma prescrita por las disposiciones jurídicas del legislador directo o soberano[56].

Como vimos, John Austin basa su teoría del sistema jurídico sobre el concepto de *soberano,* el cual legisla de forma directa cuando crea una disposición jurídica a dirigida a los súbditos y legisla de forma indirecta cuando, a través de una disposición jurídica, otorga facultades legislativas a otra persona o grupo de personas. La legislación creada por el legislador no último debe someterse a la legislación del legislador último, consecuentemente las normas emitidas por el legislador último o soberano son jerárquicamente superiores a las normas creadas por el legislador delegado o secundario. En resumen, la jerarquía normativa de un sistema jurídico se basa en el origen de las normas.

b) Hans Kelsen

Kelsen fue el primero en tratar de forma explícita y comprensiva el concepto de sistema jurídico, ya que, si bien los trabajos de Austin contenían una teoría del sistema jurídico, ésta se encontraba implícita. Norberto Bobbio coincide en que uno de los méritos más grandes de Kelsen fue precisamente haber separado los problemas del ordenamiento jurídico de los relativos a la norma jurídica. Al estudio de la norma jurídica aislada, Kelsen la denominó *nomoestática* y al estudio de los ordenamientos jurídicos, *nomodinámica*[57].

En su teoría, Kelsen propone una solución a los problemas de existencia, identidad y membresía de los sistemas jurídicos, mismos que estudiamos a continuación.

---

56 *Ibídem.,* p. 38.

57 Véase, Bobbio, Norberto, *op. cit.,* nota 37, p. 143.

- **Problema de existencia. Para Kelsen, un** *"... sistema jurídico existe si, y sólo si, este alcanza un cierto mínimo de eficacia"*[58]. Consecuentemente, un sistema es eficaz en función de la eficacia de sus disposiciones jurídicas. Cabe hacer notar que en la teoría de Austin, la existencia de un sistema jurídico dependía de la obediencia a un soberano, el cual no se encontraba sometido a disposición jurídica alguna; en cambio, en la teoría de Kelsen se reemplaza la obediencia al soberano por la obediencia a las disposiciones jurídicas, de ahí que la piedra angular para el criterio de existencia sea la eficacia.

- **El problema de identidad y membresía.** Con relación al problema de identidad, Kelsen sostiene que las disposiciones jurídicas forman un sistema en razón de una norma fundamental[59]. De esta manera, a diferencia de Austin que sostiene que las disposiciones jurídicas son parte de un sistema en tanto éstas sean legisladas directa o indirectamente por un soberano, Kelsen afirma que "… un sistema jurídico es el conjunto de todas las disposiciones jurídicas creadas mediante el ejercicio de facultades conferidas, directa o indirectamente por una norma fundamental"[60]. Como se puede observar, con relación al criterio de identidad, Kelsen sustituye al soberano de Austin por la norma fundamental.

Como puntualiza Raz, los criterios de identidad y membresía de un sistema jurídico, son determinados únicamente por los hechos de su creación o de su origen. De esta manera, hay dos conceptos elementales sobre los cuales se fundamenta el criterio de identidad de Kelsen: el de norma fundamental, mencionado

58 Raz, Joseph, *op. cit.,* nota 39, p. 122.

59 Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho.* En: *Hans Kelsen Obras, Clásicos del Derecho,* México, Asociación Nacional del Notariado Mexicano, 2000, p. 119.

60 Raz, Joseph, *op. cit.,* nota 39, p.123.

anteriormente y el de cadena de validez que estudiaremos a continuación.

Al momento de explicar la pertenencia de una disposición jurídica a un sistema, Kelsen introduce además del concepto de norma fundamental, el concepto de validez normativa y junto a este concepto establece un criterio de jerarquización normativa: "El fundamento de validez de una norma sólo puede encontrarse en la validez de otra norma. La norma que representa el fundamento de validez de otra es caracterizada, metafóricamente como una norma superior en relación con una inferior"[61].

Es precisamente esta afirmación la que conduce a Kelsen a establecer el concepto de norma fundamental, pues la cadena de validez debe comenzar necesariamente con una norma que no le deba su validez a ninguna otra. De esta manera Kelsen continúa explicando que:

> …la búsqueda del fundamento de validez de una norma no puede proseguir hasta el infinito, como la búsqueda de la causa de un efecto. Tiene que concluir en una norma que supondremos, la última, la suprema. Como una norma suprema tiene que ser presupuesta, dado que no puede ser impuesta por una autoridad cuya competencia tendría que basarse en una norma aún superior. Su validez no puede derivarse ya de una norma superior, ni puede volver a cuestionarse el fundamento de su validez. Una norma semejante, presupuesta como norma suprema, será designada… como norma fundante básica. Todas las normas, cuya validez pueda remitirse a una y misma norma fundante básica, constituyen un sistema de normas, un orden normativo[62].

61 Kelsen, Hans. *Teoría Pura del Derecho,* México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1982, p. 202.

62 *Ídem.*

En síntesis, al igual que en la teoría de Austin, en la teoría de Kelsen la jerarquía normativa está determinada por el origen de las normas. Merkl, discípulo de Kelsen, comparó la jerarquización de las normas en un sistema jurídico con una pirámide, por lo que tradicionalmente se suele hablar de pirámide de Kelsen para mostrar la jerarquía normativa de un sistema jurídico. Esta jerarquización piramidal tiene en su vértice a la norma fundamental, mientras que en la base se encuentran los actos de ejecución jurídica, de forma tal que, si vemos la pirámide de arriba hacia abajo, veremos una serie de actos de producción normativa, mientras que si vemos la pirámide de abajo hacia arriba veremos una serie de actos de ejecución jurídica[63]. A manera de ejemplo, Bobbio explica que:

> En cuanto a la pirámide que representa el ordenamiento jurídico, desde el momento en que poder y deber son dos términos correlativos, si la consideramos de arriba hacia abajo, veremos una serie de poderes sucesivos: el poder constitucional, el poder legislativo ordinario, el poder reglamentario, el poder jurisdiccional, el poder negocial, etc.; si la consideramos de abajo hacia arriba veremos una serie de deberes sucesivos: el deber del sujeto de ejecutar la sentencia de un magistrado; el deber del magistrado de ceñirse a las Leyes ordinarias; el deber del legislador de no violar la Constitución[64].

c) Herbert Hart

Considerado uno de los juristas más influyentes de finales del siglo XX, Herbert Lionel Adolphus Hart modificó las bases de las teorías del Derecho de Kelsen y Austin. La crítica que realiza Hart de dichas teorías, se fundamenta en el hecho de que el sistema jurídico no se encuentra formado sólo por normas o

63 *Ibídem.,* p. 163.

64 *Ibídem.,* p. 164.

disposiciones jurídicas respaldadas por la amenaza de sanciones, sino también por normas que confieren potestades[65]. Hart sostiene que un sistema jurídico se encuentra conformado por dos tipos de normas de naturaleza diferente pero que se interrelacionan entre sí al interior del sistema. Consecuentemente señala:

> …es necesario distinguir, entre dos tipos diferentes, aunque relacionados, de reglas. Según las reglas de uno de los tipos, que bien puede ser considerado el tipo básico o primario, se prescribe que los seres humanos hagan u omitan ciertas acciones, lo quieran o no, las reglas de otro tipo, dependen en cierto sentido, de las del primero, o son secundarias en relación con ellas. Porque las reglas del segundo tipo establecen que los seres humanos pueden, haciendo o diciendo ciertas cosas, introducir ciertas reglas de tipo primario, extinguir o modificar reglas anteriores, o determinar de diversas maneras el efecto de ellas, o controlar su actuación. Las reglas de primer tipo imponen deberes; las de segundo tipo confieren potestades, públicas o privadas. Las reglas de primer tipo se refieren a acciones que implican movimiento o cambios físicos; las de segundo tipo prevén actos que conducen no simplemente a movimiento o cambios físicos, sino a la creación o modificación de deberes u obligaciones[66].

Como se puede observar de lo señalado por Hart, las normas primarias constituyen aquellas normas cuyos destinatarios se encuentran obligados a cumplirlas bajo amenaza de sanciones. Por su parte las normas secundarias constituyen aquellas normas que determinan el cómo se introducen, cambian o extinguen las normas primarias y los efectos que estas producen. De esta manera, el sistema jurídico en la teoría de Hart, se encuentra

65 Véase, Hart, Herbert, *El concepto del Derecho,* 2ª ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1961, p. 99.

66 *Ibídem.,* p. 101.

formado por la unión e interrelación de normas primarias y secundarias.

Esta teoría da una particular importancia a las reglas secundarias, pues como sostiene Hart, de estas normas depende el reconocimiento de las demás normas como normas del sistema, así como también, la introducción, modificación y extinción del resto de las normas. Hart clasifica a las normas secundarias en: reglas de reconocimiento; reglas de cambio; y reglas de adjudicación.

Reglas de reconocimiento

Las reglas de reconocimiento son aquellas que especifican las características que deben poseer las normas para considerarse como pertenecientes al sistema jurídico[67]. Consecuentemente las reglas de reconocimiento fijan los parámetros de validez de las normas jurídicas, puesto que afirmar que una determinada norma es válida, equivale a afirmar que dicha norma satisface los requisitos establecidos por una regla de reconocimiento[68]. De forma contraria a la teoría de Kelsen, Hart sostiene que la validez de la regla de reconocimiento última (norma fundamental), no debe ser supuesta, es decir, que no debe darse por admitida la validez de dicha regla, aunque dicha validez no pueda ser demostrada. Hart sostiene que la existencia de la regla de reconocimiento última es una cuestión de hecho en razón de que los operadores jurídicos la reconocen como tal, motivo por el cual los criterios de validez o invalidez, no se aplican a ella[69].

67 *Ibídem.,* p. 117.

68 *Ibídem.,* p. 129.

69 *Ibídem.,* pp.133-137.

Reglas de cambio

Las reglas de cambio son aquellas reglas que tiene por finalidad introducir, modificar o extinguir las normas del sistema jurídico, asegurando de esta manera la evolución constante del sistema, mediante su adecuación a las necesidades de la sociedad. Como menciona Hart, la forma más simple de este tipo de reglas se puede ejemplificar en las reglas que confieren a una persona o cuerpo de personas facultades legislativas o derogatorias[70].

Reglas de adjudicación

Por último las reglas de adjudicación, son aquellas reglas que confieren potestades jurisdiccionales y establecen los procedimientos para hacer cumplir las reglas primarias. La importancia de estas reglas radica en que ellas deben garantizar la observancia de las normas del sistema jurídico, dotándolo de eficacia[71].

La teoría del sistema jurídico de Hart, basada en la unión e interrelación de normas primarias de obligación y normas secundarias de reconocimiento, cambio y adjudicación, ofrece respuestas a los problemas propuestos por Raz.

- **Problema de existencia.** La existencia de un sistema jurídico se determinará en razón de la obediencia generalizada de sus normas primarias, así como también de la aceptación de las normas secundarias por los funcionarios y operadores jurídicos[72].

70 *Ibídem.,* pp.118 y 119.

71 *Ibídem.,* p. 120.

72 *Ibídem.,* p. 145.

- **Problema de identidad y membresía.** La pertenencia de una norma a un determinado sistema jurídico, se determina por el cumplimiento de los requisitos estipulados en la regla de reconocimiento última.

- **Problema de estructura.** El sistema jurídico se encuentra compuesto por normas primarias y secundarias.

- **Problema de contenido.** El contenido común en todos los sistemas jurídicos, está dado por la existencia de normas secundarias, ya que, si bien las normas primarias serán diferentes de sistema a sistema, las normas secundarias, siempre establecerán los parámetros de reconocimiento, cambio y adjudicación.

Hart sostiene que las normas secundarias son superiores a las normas primarias pues éstas tienen por finalidad la regulación de la verificación, creación, modificación, extinción y aplicación de dichas normas. Consecuentemente, las normas secundarias: "… se encuentran en un nivel distinto que las reglas primarias porque son acerca de éstas; en otros términos, mientras las reglas primarias se ocupan de las acciones que los individuos deben o no hacer, estas reglas secundarias se ocupan de las reglas primarias. Ellas especifican la manera en que las reglas primarias pueden ser verificadas en forma concluyente, introducidas, eliminadas, modificadas y su violación determinada de manera incontrovertible"[73].

73 *Ibídem.,* p. 117.

3. Consideraciones finales. Ejercicio del Control de Convencionalidad desde la Teoría del Sistema Jurídico

Como podemos apreciar, la teoría del sistema jurídico nos brinda elementos para una mejor compresión del control de convencionalidad, sea este primario o secundario. En este sentido, conforme a las teorías estudiadas, podemos advertir que el ejercicio del control de convencionalidad supone un mecanismo de garantía de la validez de las normas que integran el sistema jurídico denominado *Corpus Iuris Interamericano.* Dicho sistema tiene en su cúspide a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la cual se constituye en su norma fundamental o regla de reconocimiento.

Siguiendo esta línea argumentativa, es posible afirmar que el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, es un sistema jurídico constituido sobre la base de la voluntad soberana de los Estados que lo integran, consecuentemente, cuando un Estado ratifica o se adhiere a la CADH y reconoce la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH, delega parte de su soberanía, para que, a nombre de éste, la Corte establezca una legislación secundaria. En otras palabras, las normas establecidas en el *corpus iuris interamericano* y la Jurisprudencia de la Corte IDH constituyen las normas secundarias de reconocimiento, cambio y adjudicación sobre las cuales todos los Estados que integran dicho sistema deben establecer sus normas primarias.

En el mismo tenor todas las autoridades públicas sometidas a dicho sistema están obligadas a ejercer dicho control en los términos establecidos por la jurisprudencia interamericana la cual constituye el parámetro de validez de las normas y actos de los Estados parte de dicho sistema.