



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
PROGRAMA ÚNICO DE ESPECIALIDAD EN DERECHO
INTERNACIONAL PÚBLICO

SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y CONTROL DE
CONVENCIONALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE
INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

TESIS

QUE PARA OPTAR POR EL GRADO DE:
ESPECIALISTA EN DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

PRESENTA:

LIC. VÍCTOR HUGO RODAS BALDERRAMA

TUTOR: MTRO. SALVADOR FELIPE ARIAS RUELAS ADSCRITO AL
PROGRAMA DE ESPECIALIDAD EN DERECHOS HUMANOS DE LA
FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE MÉXICO

MÉXICO-DISTRITO FEDERAL, OCTUBRE DE 2013



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

El control de convencionalidad implica la necesidad de despojarse de una serie importante de lastres histórico-dogmáticos muy arraigados en la ciencia jurídica, derribar una serie de mitos (v.gr. la supremacía exclusiva de la Constitución) y, en definitiva, un nuevo paradigma del Derecho Público de los países del sistema interamericano.

Dr. Ernesto Jinesta Lobo

El control de convencionalidad ejercido por los tribunales y salas constitucionales

SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y
CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN
LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE
INTERAMERICANA DE DERECHOS
HUMANOS

AGRADECIMIENTOS

Al pueblo de México, por la fraternidad con la que siempre me trataron durante mi estancia en su hermoso país.

A la Universidad Nacional Autónoma de México y en especial a la Facultad de Derecho, pues sus instituciones y las personas que las dirigen, me brindaron las herramientas necesarias para desarrollar este trabajo.

A mi tutor, Salvador Felipe Arias Ruelas, pues sus consejos y recomendaciones hicieron posible mi investigación.

A la memoria del Dr. Julio Hugo Santillán Orozco, ex Magistrado de la Corte Superior de Oruro-Bolivia, pues su valioso legado bibliográfico sobre Derecho Internacional, forjó mi pensamiento como abogado internacionalista.

ÍNDICE GENERAL

Introducción.....	VIII
-------------------	------

CAPÍTULO PRIMERO

EL PRINCIPIO DE SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL

	Página
1. DESARROLLO HISTÓRICO.....	1
1.1. El common law como arquetipo de la supremacía constitucional.....	1
1.1.1. <i>Thomas Bonham contra el Colegio Médico (1610).....</i>	1
1.1.2. <i>Marburi contra Madison (1803).....</i>	3
1.2. El principio de supremacía constitucional en la familia jurídica romano germánica.....	6
1.2.1. <i>La Constitución Austriaca de 1920 y el Tribunal Constitucional.....</i>	8
1.2.2. <i>La Segunda Guerra Mundial y la consolidación de la supremacía constitucional.....</i>	10
2. EL PRINCIPIO DE SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL EN LA DOCTRINA, CONCEPTO, DEFINICIONES Y RASGOS CARACTERÍSTICOS.....	13
2.1. Jorge Carpizo.....	13
2.2. Ernesto Rey Cantor.....	14
2.3. Bidart Campos.....	15
2.4. Efraín Polo Bernal.....	17
2.5. De las definiciones a la construcción de un concepto de supremacía constitucional.....	18
3. EL ESTADO CONSTITUCIONAL COMO MODELO DE ESTADO EMERGENTE DE LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL.....	19

CAPÍTULO SEGUNDO

EL SISTEMA JURÍDICO Y LA JERARQUÍA DE SUS NORMAS

	Página
1. DE LA NORMA JURÍDICA AL SISTEMA JURÍDICO.....	21
2. EL SISTEMA JURÍDICO Y LAS TEORÍAS QUE LO EXPLICAN.....	21
2.1. Teoría de John Austin.....	22
<i>2.1.1. La soberanía en la teoría de John Austin.....</i>	24
<i>2.1.2. Legislación directa y legislación delegada.....</i>	24
<i>2.1.3. Jerarquía normativa en la teoría de Austin.....</i>	25
2.2. Teoría de Hans Kelsen.....	26
<i>2.2.1. Jerarquía normativa en la teoría de Kelsen.....</i>	27
2.3. Teoría Herbert Hart.....	31
<i>2.3.1. Reglas de reconocimiento.....</i>	32
<i>2.3.2. Reglas de cambio.....</i>	33
<i>2.3.3. Reglas de adjudicación.....</i>	33
<i>2.3.4. Jerarquía Normativa en la teoría de Hart.....</i>	34
3. EL SISTEMA JURÍDICO COMO SISTEMA DINÁMICO.....	34

CAPÍTULO TERCERO

EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA

	Página
1. PRIMEROS ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD.....	37
1.1. Opinión Consultiva OC-6/86 (La expresión leyes en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)....	38
1.2. Opinión Consultiva OC-13/93 (Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos).....	39
1.3. Opinión Consultiva OC-14/94 (Responsabilidad Internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención).....	39
1.4. Caso El Amparo vs Venezuela.....	43
1.5. Caso Garrido y Baigorria vs Argentina.....	46
1.6. Caso La última tentación de Cristo, Olmedo Bustos y otros vs Chile.....	48
1.7. Caso Myrna Mack Chang vs Guatemala.....	49
1.8. Caso Tybi vs Ecuador.....	50
2. SENTENCIA FUNDADORA.....	51
3. SENTENCIAS HITO.....	53
3.1. Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs Perú.....	54
3.2. Caso Rosendo Radilla Pacheco vs México.....	55
4. SENTENCIAS CONFIRMATORIAS.....	57
5. ANÁLISIS DE LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL.....	57

CAPÍTULO CUARTO
EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN LA DOCTRINA

	Página
1. RECEPCIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL EN EL DERECHO INTERNO.....	63
1.1. La doctrina del voluntarismo y la corriente dualista en la relación del Derecho Internacional con el Derecho interno.....	63
1.2. La doctrina objetivista y la corriente monista en la relación del Derecho Internacional con el Derecho interno.....	65
1.3. Recepción del Derecho Internacional en el Derecho Interno según la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.....	66
1.3.1. <i>El principio Pacta Sunt Servanda.....</i>	66
1.3.2. <i>El Derecho interno y la observancia de los tratados.....</i>	68
1.3.3. <i>Disposiciones de derecho interno concernientes a la competencia para celebrar tratados.....</i>	68
1.4. Recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Derecho Interno.....	69
2. CONTROL INTERNO DE CONVENCIONALIDAD.....	71
2.1. Autoridades competentes para ejercer el control interno de convencionalidad.....	72
2.2. Carácter ex officio.....	72
2.3. Bloque de convencionalidad.....	73
2.4. Efectos de la declaratoria de inconvencionalidad.....	73
CONCLUSIONES.....	75
RECOMENDACIONES.....	78
BIBLIOGRAFÍA.....	80

INTRODUCCIÓN

Desde su establecimiento en la jurisprudencia interamericana, el control de convencionalidad ha generado en los Estados que han aceptado la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, un amplio debate referente a las fuentes del Derecho y la relación entre el Derecho Internacional y el Derecho interno. Un amplio sector de la doctrina, considera que el principio de supremacía constitucional debe reformularse en razón de la supremacía convencional del Derecho Interamericano de Derechos Humanos. Esto lleva a preguntarnos, si el principio de supremacía constitucional que exige la sujeción de todas las normas del ordenamiento jurídico a la constitución, es contrario al control de convencionalidad establecido por la Corte Interamericana, que exige la sujeción de todas las normas y actos de los Estados signatarios, a la Convención Americana sobre Derechos Humanos y a su jurisprudencia. Para resolver esta interrogante y partiendo de la hipótesis de que el control de convencionalidad establecido en la jurisprudencia interamericana no es contrario al principio de supremacía constitucional sino que más bien lo complementa, la presente investigación abordará el principio de supremacía constitucional desde la doctrina constitucional (capítulo 1), para posteriormente abordar el estudio de la jerarquía normativa de la constitución desde la teoría sistémica del Derecho propuesta por Austin, Kelsen y Hart (capítulo 2). Como segunda fase de nuestra investigación, abordaremos el control de convencionalidad a través de un análisis jurisprudencial de las sentencias y opiniones consultivas de la Corte Interamericana, así como también de los votos particulares de los jueces Cançado Trindade y Sergio García Ramírez relativos al control de convencionalidad (capítulo 3). Por último, veremos el desarrollo del control de convencionalidad en la doctrina del Derecho Internacional Público como en la doctrina del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (capítulo 4).

CAPÍTULO PRIMERO

EL PRINCIPIO DE SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL

1. DESARROLLO HISTÓRICO

El principio de supremacía constitucional como lo conocemos hoy, es producto de la evolución de la constitución como norma jurídica aplicable a los casos concretos. Los antecedentes como el origen mismo de este principio, se encuentran en la familia jurídica del *common law* (Inglaterra y Estados Unidos), siendo posteriormente recibido y adaptado a la familia jurídica romano germánica, motivo por el cual estudiaremos por separado el desarrollo histórico de este principio en ambas familias.

1.1. El common law como arquetipo de la supremacía constitucional

La familia jurídica del *common law*, como expresa Rene David, comprende “...el derecho de Inglaterra y los derechos que han tenido como modelo al inglés”.¹ La principal característica de ésta familia está constituida por el hecho de que las normas que conforman el ordenamiento jurídico, son de origen esencialmente judicial. Ahora bien, debemos destacar que si bien la jurisprudencia posee un gran valor normativo, ello se debe a que, de acuerdo a la tradición inglesa, sólo se puede conocer las leyes a través de las sentencias de los tribunales judiciales. Como explica Rene David:

Lo verdaderamente fundamental estriba en que la Ley, en la concepción tradicional inglesa, no es considerada como un modo de expresión normal del Derecho. Se presenta siempre como un cuerpo extraño al derecho inglés. Los jueces la aplicarán, por supuesto, pero la norma que contiene la Ley sólo se verá plenamente incorporada al Derecho una vez que haya sido aplicada e interpretada por los Tribunales, y en la forma

¹ David, Rene, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, Madrid, Aguilar, 1968, p.16.

y medida en que se haya llevado a cabo esa interpretación y aplicación. En otras palabras, se tenderá a citar tan pronto como se pueda, no al texto legal, sino las sentencias en que haya recibido aplicación dicho texto legal. Sólo en presencia de dichas sentencias sabrá el jurista lo que quiere decir la Ley, porque sólo entonces encontrará la norma jurídica en la forma que le resulta familiar, es decir, en la forma de regla jurisprudencial.²

Al ser esta familia de tradición jurisprudencial, es natural que gran parte de las instituciones o figuras jurídicas, se desarrollen en la jurisprudencia de los tribunales. Este es el caso del principio de supremacía constitucional, el cual encuentra su primer antecedente en la jurisprudencia inglesa en el caso *Thomas Bonham contra el Colegio Médico* el año 1610 y posteriormente su perfeccionamiento en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos en el caso *Marbury contra Madison* el año 1803. A continuación estudiaremos ambos casos.

1.1.1. *Thomas Bonham contra el Colegio Médico (1610)*

Considerado el primer precedente del principio de supremacía constitucional, así como también del control judicial de constitucionalidad, el caso Bonham se sustanció en el Tribunal de Agravios Civiles o Comunes de Inglaterra. En dicho caso, el juez Edward Coke sostuvo que una ley contraria a los principios del *common law* carecía de validez, motivo por el cual debía ser inaplicada.³

El conflicto que dio origen a este caso comenzó cuando el doctor Thomas Bonham contravino una disposición del Colegio Médico de Londres, que le prohibía ejercer su profesión, por lo que fue encarcelado y multado. Éste acontecimiento generó como consecuencia que Thomas Bonham presentara una acción ante el Tribunal de Agravios, argumentando que el título otorgado por la

² *Ibidem.*, p. 297.

³ *Cfr.* Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, "El control difuso de convencionalidad en el Estado Constitucional", en Fix Zamudio, Héctor y Valadéz, Diego, (coords.), *Formación y perspectivas del Estado en México*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie estudios jurídicos, núm. 164, 2010, p. 154.

Universidad de Cambridge, lo facultaba para ejercer su profesión, siendo consecuentemente su encarcelamiento indebido. Después de un extenso debate entre los miembros del tribunal, se decidió por mayoría, que la facultad del Colegio Médico para sancionar, se refiere a faltas relativas a la negligencia de los médicos y no al ejercicio de la medicina sin licencia. También se determinó que al percibir el Colegio Médico la mitad de los recursos por concepto de multas, éste era juez y parte, lo que constituía una violación a los principios del *common law*. El principal argumento del juez Coke, establecía que las leyes que emanan del parlamento debían ser controladas por el *common law* y que éstas, eran nulas cuando fueran contrarias a la razón o de imposible cumplimiento.⁴

Lo argumentado por el juez Edward Coke en el caso Bonham, sería nuevamente debatido en la Suprema Corte de Estados Unidos, 190 años más tarde.

1.1.2. *Marburi contra Madison (1803)*

El caso Marburi contra Madison es considerado por la doctrina constitucional como el origen del principio de supremacía constitucional, puesto que, en la sustanciación del mismo, el juez John Marshall establecería los argumentos base para sostener la superioridad de la constitución frente a las demás normas jurídicas, generado como consecuencia la inaplicación o invalidación de las normas contrarias a la constitución, así como también la facultad de los tribunales de justicia para ejercer el control de constitucionalidad.

El incidente que dio origen a este caso comenzó el año 1800, cuando el Partido Federalista dirigido por el presidente Jhon Adams perdió las elecciones ante el dirigente del nuevo Partido Democrático Republicano Thomas Jefferson. En febrero de 1801, cuando el presidente Adams realizaba sus últimas actividades como primer mandatario del gobierno de Estados Unidos y con el deseo de llenar

⁴ Cfr. Rey Cantor, Ernesto, *Introducción al derecho procesal constitucional: Controles de Constitucionalidad y Legalidad*, Cali, Universidad Libre de Cali, 1994, p. 5.

las filas del poder judicial con hombres que sostuvieran los principios federalistas, designó a más de cincuenta funcionarios judiciales, todos de su partido, entre los que se encontraba un banquero terrateniente llamado William Marbury, quien habiendo sido designado como juez de paz del distrito de Columbia, se disponía a asumir su cargo. El conflicto comenzó cuando el nuevo presidente Thomas Jefferson ordenó a su secretario de Estado James Madison, no remitir las designaciones, sin las cuales las autoridades no podían ejercer sus respectivos cargos. De esta manera William Marbury, en compañía de otros funcionarios afectados, presentaron una solicitud a la Suprema Corte, para que a través de una orden judicial se ordenara a James Madison la entrega de las designaciones a sus respectivas autoridades. Dicha petición se amparaba en la sección décimo tercera de la Ley de Organización Judicial de 1789, que establecía la potestad que tenía el Tribunal Supremo para emitir órdenes directas de ejecución de conductas a funcionarios públicos. Después de un intenso análisis, el Tribunal Supremo negó la petición bajo el argumento de que la sección décimo tercera de la Ley de Organización Judicial era inconstitucional, toda vez que de acuerdo a la Constitución de los Estados Unidos, la Suprema Corte era un tribunal de apelación, teniendo competencia originaria sólo en algunos casos, entre los cuales no se encontraba las órdenes de ejecución de conductas (*mandamus*).⁵

El argumento que la Suprema Corte utilizó para sostener la supremacía de la Constitución frente a las demás leyes, fue el siguiente:

La pregunta acerca de si una Ley contraria a la Constitución puede convertirse en Ley vigente del país es profundamente interesante para los Estados Unidos, pero, felizmente, no tan complicada como interesante. Para decidir esta cuestión parece necesario tan sólo reconocer ciertos principios que se suponen establecidos como resultado de una prolongada y serena elaboración. Todas las instituciones fundamentales del país se basan en la creencia de que el pueblo tiene el derecho preexistente de establecer para su gobierno futuro los principios que juzgue más adecuados a su propia felicidad. El

⁵ Cfr. Schwartz, Bernard. *Algunos artifices del derecho norteamericano*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1985, p. 55.

ejercicio de ese derecho supone un gran esfuerzo, que no puede ni debe ser repetido con mucha frecuencia. Los principios así establecidos son considerados fundamentales. Y desde que la autoridad de la cual proceden es suprema, y puede raramente manifestarse, están destinados a ser permanentes. Esta voluntad originaria y suprema organiza el gobierno y asigna a los diversos poderes sus funciones específicas. Puede hacer sólo esto, o bien fijar, además, límites que no podrán ser transpuestos por tales poderes.

El gobierno de los Estados Unidos es de esta última clase. Los poderes de la legislatura están definidos y limitados. Y para que estos límites no se confundan u olviden, la Constitución es escrita. ¿Con qué objeto son limitados los poderes y a qué efectos se establece que tal limitación sea escrita si ella puede, en cualquier momento, ser dejada de lado por los mismos que resultan sujetos pasivos de la limitación? Si tales límites no restringen a quienes están alcanzados por ellos y no hay diferencia entre actos prohibidos y actos permitidos, la distinción entre gobierno limitado y gobierno ilimitado queda abolida. *Hay sólo 2 alternativas demasiado claras para ser discutidas: o la Constitución controla cualquier Ley contraria a aquélla, o la Legislatura puede alterar la Constitución mediante una Ley ordinaria. Entre tales alternativas no hay términos medios: o la Constitución es la Ley suprema, inalterable por medios ordinarios; o se encuentra al mismo nivel que las Leyes y de tal modo, como cualquiera de ellas, puede reformarse o dejarse sin efecto siempre que al Congreso le plazca.* Si es cierta la primera alternativa, entonces una Ley contraria a la Constitución no es Ley; si en cambio es verdadera la segunda, entonces las constituciones escritas son absurdos intentos del pueblo para limitar un poder ilimitable por naturaleza. *Ciertamente, todos aquellos que han elaborado constituciones escritas las consideran la Ley fundamental y suprema de la Nación, y consecuentemente, la teoría de cualquier gobierno de ese tipo debe ser que una Ley repugnante a la Constitución es nula.* Esta teoría está íntimamente ligada al tipo de Constitución escrita y debe, por ello, ser considerada por esta Corte como uno de los principios básicos de nuestra sociedad.⁶ *(Cursivas añadidas)*

La posición adoptada por Marshall abriría el camino para el activismo judicial y en el caso particular de Estados Unidos, determinaría la importancia de la carrera judicial. Ya que como señala Bernard Schwartz:

⁶ Estados Unidos, Suprema Corte de Justicia, *Sentencia Nº 5 U. S. 137 de 24 de febrero de 1803*, disponible en: http://www.legalmania.com/rincon_estudiantes/el_rincon/Madbury_Madison.htm

Es difícil hoy para nosotros concebir que, en el comienzo al menos, un sitio en la Suprema Corte de los Estados Unidos fuera cualquier cosa menos la culminación de una carrera jurídica, como lo fue desde entonces hasta ahora. Jhon Jay, el primer presidente de la Corte, renunció para convertirse en el gobernador de New York (ciertamente una posición inferior conforme los patrones de media actuales) y Alexander Hamilton declinó el puesto de Jay en virtud de estar, según las palabras de un historiador de la Suprema Corte “ansioso por reanudar las prácticas de derecho y las actividades políticas en Nueva York”. Robert Harrison declinó un lugar en la primera Corte Suprema (luego de haber sido confirmado por el senado) para convertirse en ministro de hacienda de Maryland. Así de bajo era el prestigio de la Suprema Corte de los Estados Unidos cuando Jhon Marshall fue designado para su sitio, en 1801.⁷

1.2. El principio de supremacía constitucional en la familia jurídica romano germánica

De acuerdo a Rende David, la familia jurídica romano germánica está compuesta por “...*los países en los que la ciencia jurídica se ha construido sobre la base del Derecho romano*”.⁸ En ésta familia y a diferencia de la familia jurídica del *common law*, las normas son de origen esencialmente legislativo. Ahora bien, con relación al principio de supremacía constitucional, cabe destacar que éste principio tuvo una evolución distinta a la explicada en la familia jurídica del *common law*, puesto que al ser ésta familia de tradición legislativa, en lugar del principio de supremacía constitucional, se acuñó el principio de legalidad o soberanía parlamentaria, según el cual, al ser las leyes la expresión de la voluntad general hecha norma, éstas deben ser aplicadas a los casos concretos, no existiendo otras normas con fuerza vinculante, dificultándose así la concepción de las normas constitucionales como normas jurídicas. Como explica Marina Gascón Abellán:

⁷ Schwartz, Bernard. *op. cit.*, nota 5, p. 55.

⁸ David, Rene, *op. cit.*, nota 1, p. 14.

...una serie de motivos políticos (entre los que jugó un papel importante la existencia de monarquías), unido a la ideología «legalista» que concebía a la ley como norma esencialmente justa, impidieron que en Europa se desarrollara la idea de Constitución como norma jurídica vinculante para todos los poderes y de separación de poderes como principio para limitar el potencial abuso de cualquiera de ellos. La sumisión del poder al Derecho (el Estado de Derecho) se construye sobre la concepción unitaria de la soberanía como poder *legibus solutos*, de manera que la ley, expresión de esa soberanía, queda al margen de cualquier límite o control.⁹

En este orden de ideas, el principio de supremacía constitucional demoró en reconocerse y el control judicial de constitucionalidad, fue reemplazado por el control político de constitucionalidad, el cual era llevado a cabo por un órgano de naturaleza política, como el órgano ejecutivo o legislativo, o por ambos. Con relación al control político de constitucionalidad, Rivera explica que:

Este modelo de control de la constitucionalidad está encomendado a un órgano de naturaleza política, es decir, un organismo esencialmente político que puede ser el propio órgano legislativo u otro órgano especial constituido sobre la base de una designación política, como es el Consejo Constitucional de Francia; de manera que no son jueces o tribunales judiciales los que ejercen el control.

Este modelo tiene sus orígenes en la posición antijudicialista o la desconfianza en la labor de los jueces, asumida en la época de la revolución francesa; de manera que se asumió que los ciudadanos serían protegidos por las Leyes elaboradas por el Parlamento, ya que la Ley es la expresión de la voluntad general, posición que se sustenta en la tesis rusioniana de la infalibilidad del Parlamento. De ahí que Francia se convierte en el arquetipo del control político de constitucionalidad de las Leyes.¹⁰

Como podemos observar, el Estado de Derecho como teoría política se fundamentaba en el principio de legalidad y no así en el principio de supremacía constitucional, dando lugar, de acuerdo a Zagrebelsky, a una situación histórica

⁹ Gascón Abellán, Marina y García Figueroa, Alfonso, *La argumentación en el Derecho*, 2ª edición, Lima, Palestra, 2005, p. 25.

¹⁰ Rivera, José Antonio. *El Tribunal Constitucional Defensor de la Constitución*, La paz, GTZ, 2007, p. 35.

concreta, en la cual toda la producción jurídica se concentra en la instancia legislativa, teniendo como resultado la reducción de todo lo referente al mundo jurídico, a lo dispuesto por la ley.¹¹

1.2.1. La Constitución Austriaca de 1920 y el Tribunal Constitucional

Desarrollada por Hans Kelsen, la Constitución austriaca de 1920 da un importante paso en la consolidación del principio de supremacía constitucional, al encomendar a un órgano jurisdiccional especializado, denominado Tribunal Constitucional, el control de constitucionalidad, dotando a éste órgano de la facultad de invalidar las leyes contrarias a la constitución. Con relación a este punto el texto constitucional referido establece que:

Artículo 140

(1) *El Tribunal Constitucional conocerá de la constitucionalidad de una Ley estatal a instancia del Gobierno federal y conocerá de la constitucionalidad de las Leyes federales a instancia de un Gobierno estatal; pero procederá de oficio cuando dicha Ley hubiera de constituir la base de un fallo del Tribunal Constitucional.*

(2) Los recursos enunciados en el apartado 1º podrán formularse en cualquier momento; quien los promueva, los comunicará inmediatamente al Gobierno federal o al estatal de que se trate respectivamente.

(3) *El fallo del Tribunal Constitucional que anule por inconstitucional una Ley obligará al Canciller federal o al Jefe de Estado del Estado a la inmediata publicación del acuerdo de nulidad; ésta producirá efectos desde el día mismo su publicación, a menos que el Tribunal Constitucional haya fijado un plazo para la pérdida de vigencia de la Ley. Dicho plazo no podrá exceder de seis meses.*¹²

(Cursivas añadidas)

¹¹ Cfr. Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*, 10ª edición, Madrid, Trotta, 2011, p. 33.

¹² Constitución Austriaca de 1920, traducción de Benito Aláez Corral, artículo 140, disponible en: <http://hc.rediris.es/05/constituciones/html/caus1920.htm>

Este modelo de control constitucional, fue denominado por la doctrina como control concentrado de constitucionalidad y busca, como expresa Zagrevelsky:

...un equilibrio entre dos exigencias, la superioridad de la constitución y la fuerza de la ley, a través de aquello que la literatura alemana ha denominado el privilegio del legislador. Consta estos dos aspectos: ante todo el legislador cuenta con un juez propio que opera a través de procedimientos particulares creados especialmente para tomar en cuenta las características del control de constitucionalidad sobre las leyes y sobre las exigencias políticas que en ellas se hacen valer (...) en segundo lugar la ley es obligatoria para todos los jueces ordinarios y administrativos (...) hasta que no es declarada inconstitucional, por el sujeto exclusivamente competente para controlar sus vicios.¹³

Como se puede observar, este sistema de control constitucional pretende afirmar la supremacía de la constitución y garantizar al mismo tiempo la fuerza de la ley. Para lograr este cometido es necesario que un órgano jurisdiccional especializado sea el único facultado para realizar el control constitucional. De esta manera, se le niega la facultad de controlar la constitucionalidad de las leyes a los jueces ordinarios y se concentra dicha facultad en los jueces constitucionales.

Este sistema de control constitucional fue bien elaborado –teóricamente hablando– pues se afirmaba que todos los jueces debían acatar las leyes mientras no fueran inconstitucionales, y que dicha declaración debía ser realizada por jueces especializados en materia constitucional. De esta manera se reconocían los principios de supremacía constitucional y legalidad, a pesar de ser opuestos. A su vez, se afirmó que dicho tribunal no tenía facultades para crear leyes sino sólo para depurarlas del ordenamiento jurídico, por lo que se le dio el nombre de legislador negativo. Al respecto, Ana Laura Magaloni señala:

¹³ Zagrevelsky, Gustavo. “Realismo y concreción del control de constitucionalidad de las Leyes en Italia”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Zaldívar, Arturo (Comp.), *La ciencia del Derecho Procesal Constitucional: Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio*, t. VIII: *Procesos Constitucionales Orgánicos*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2008, p. 414.

Uno de los aspectos clave de este diseño de jurisdicción constitucional fue concentrar el control constitucional de las Leyes en un sólo órgano (control concentrado), el cual estaba separado del Poder Judicial. Dicho tribunal, como señala García de Enterría, no era propiamente un órgano jurisdiccional, en el sentido que no tenía la tarea de enjuiciar situaciones concretas o hechos específicos. Su función era analizar la compatibilidad entre dos normas abstractas: la Ley y la Constitución. En caso de que estas normas fueran incompatibles, el Tribunal Constitucional anulaba a la Ley inconstitucional expulsándola del ordenamiento. Esta eficacia *erga omnes* de sus sentencias es lo que le dio el carácter de “legislador negativo”. Mientras que el legislador positivo crea nuevas Leyes, el legislador negativo elimina aquellas que son incompatibles con la Constitución. Con este modelo de jurisdicción constitucional lo que se pretendía era que el legislador estuviese limitado efectivamente por la Constitución, pero, al mismo tiempo, quedara inalterada la sumisión de los jueces a la Ley.¹⁴

A pesar de la importancia del sistema propuesto por Kelsen, no sería sino hasta después de la Segunda Guerra Mundial, que el principio de supremacía constitucional se consolidaría en la familia jurídica romano germánica.

1.2.2. La Segunda Guerra Mundial y la consolidación de la supremacía constitucional

Con el advenimiento de la Segunda Guerra Mundial y el conjunto de atrocidades cometidas en ella, se generó una tendencia constitucional posguerra de reconocimiento y protección de los derechos humanos. Este acontecimiento conllevó a que paulatinamente se fuera abandonando la visión de legislador negativo propuesta por Kelsen, hacia una visión activista, encabezada por los tribunales encargados de ejercer el control constitucional. Como bien explica Ana Laura Magaloni:

¹⁴ Magaloni kerpel, Ana Laura, “¿Por qué la Corte Suprema no ha sido un instrumento de defensa para los derechos fundamentales?”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Zaldívar, Arturo (Comps.), *La ciencia del Derecho Procesal Constitucional: Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio*, t. II: *Tribunales Constitucionales y Democracia*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2008, p. 273.

Este modelo kelseniano de legislador negativo fue abandonado en Europa con los tribunales constitucionales de la segunda posguerra. (...), la nota característica de la jurisdicción constitucional de la segunda posguerra es que fue creada para garantizar un tipo de Constitución inédita en Europa. Se trataba de Constituciones con un amplio catálogo de derechos fundamentales que ocupaban el lugar central de la organización del poder y que, como tales, deberían de ser exigibles aun frente al legislador. Para ello, la jurisdicción constitucional europea mantiene sus características de un tribunal aparte del Poder Judicial, con facultades para controlar la constitucionalidad de la Ley en forma abstracta y desempeñar así las tareas de árbitro entre los poderes públicos (recurso de inconstitucionalidad), pero, además, se le da acceso directo a los ciudadanos (recurso de amparo) y a los jueces (cuestión de inconstitucionalidad) para reclamar ante el Tribunal Constitucional la inconstitucionalidad de actos de poder, en el primer caso, o de Leyes, en el segundo.¹⁵

Lo descrito en el párrafo anterior, género como consecuencia que el principio de legalidad se reformulara en función del principio de supremacía constitucional. De esta manera se afirmaba que las leyes debían ser observadas por los destinatarios, siempre y cuando estén de acuerdo al canon constitucional. Marina Gascón Abella, con relación a este punto afirma que:

...junto a la ley, existe una Constitución democrática que establece auténticos límites jurídicos al poder para la garantía de las libertades y derechos de los individuos y que tiene, por ello, carácter normativo: la Constitución (y la carta de derechos que incorpora) ya no es un trozo de papel o un mero documento político, un conjunto de directrices programáticas dirigidas al legislador, sino una auténtica norma jurídica con eficacia directa en el conjunto del ordenamiento; y además, por cuanto procedente de un poder con legitimidad cualificada (el poder constituyente) es la norma más alta, por lo que la ley también queda sometida a la Constitución, que se convierte así en un parámetro de su validez.¹⁶

La nueva tendencia constitucional, basada en el principio de supremacía constitucional, revalorizó el papel de la función judicial en la creación del derecho, considerándose dicha función como creadora de normas de alcance general con

¹⁵ *Ibidem.*, p. 274.

¹⁶ Gascón Abellán, Marina y García Figueroa, *op. cit.*, nota 9, p. 25.

efectos vinculantes, que a diferencia del modelo de legislador negativo, legisla auténticas normas jurídicas derivadas del sentido y alcance de los preceptos constitucionales, las cuales deben seguir el resto de los órganos jurisdiccionales y órganos de Estado, dando como resultado la eficacia real de la constitución.¹⁷

Siguiendo esta misma línea de pensamiento, Rivera sostiene que:

...con el devenir del tiempo ha surgido la corriente que plantea la necesidad de que la Jurisdicción Constitucional avance de la “legislación negativa” hacia una función “creadora del Derecho”. Esto implica que la jurisdicción constitucional debe ingresar al ámbito de la “modulación de sentencias”, es decir, que a tiempo de dictar la sentencia debe modularla en cuanto al contenido y a los efectos. Entonces la idea es que los tribunales o Cortes Constitucionales ya no se detengan simplemente en el papel de “legislador negativo” y dicten sentencias anulatorias, sino que pasen que hacia una labor más activa dictando sentencias de distinto tipo, llámese interpretativas, integradoras, sustitutivas o aditivas respecto al contenido, o retroactivas, diferidas o inmediatas respecto a sus efectos sin que ello signifique que la Jurisdicción Constitucional este invadiendo el ámbito del Órgano Legislativo.¹⁸

Como podemos apreciar, la evolución del principio de supremacía constitucional en la familia jurídica romano germánica, acaba asemejándose al modelo original establecido en la familia jurídica del *common law*, pues como expresa, Ana Laura Magaloni:

Así, la función de los tribunales constitucionales europeos termina por asemejarse a la de la Corte Suprema norteamericana. En ambos casos, la tarea central de los jueces constitucionales es establecer la jurisprudencia vinculante para el resto de los órganos jurisdiccionales. La desventaja de los tribunales constitucionales europeos es que no son la cabeza del Poder Judicial, como sucede con la Corte Suprema norteamericana.¹⁹

¹⁷ Cfr. *Ibidem.*, p. 276.

¹⁸ Rivera, José Antonio. *Jurisdicción Constitucional: Procesos Constitucionales en Bolivia*, Cochabamba, Kipus, 2004, p. 92.

¹⁹ Magaloni Kerpel, Ana Laura. *op. cit.*, nota 14, p. 277.

2. EL PRINCIPIO DE SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL EN LA DOCTRINA, CONCEPTO, DEFINICIONES Y RASGOS CARACTERÍSTICOS

El principio de supremacía constitucional ha sido ampliamente abordado por la doctrina constitucional, la cual ha establecido diversas definiciones de las cuales nos valdremos para formular nuestro propio concepto, destacando además los rasgos que caracterizan a este principio.

2.1. Jorge Carpizo

En su libro “Estudios Constitucionales”, el profesor Carpizo expone que:

Casi todas las constituciones escritas señalan que la constitución es la norma suprema del país. Es decir, que dentro de ese orden jurídico, *la constitución es la norma de mayor jerarquía y por tanto, una norma contraria a la constitución no debe ser aplicada*. De este concepto de supremacía constitucional derivan dos principios: a) de legalidad, conforme al cual todo acto contrario a la constitución, carece de valor jurídico, y b) cada órgano tiene su competencia que no es delegable, salvo en los casos que señale expresamente la propia constitución.²⁰ *(Cursivas añadidas)*

Como podemos observar, el maestro Carpizo resalta como característica principal del principio de supremacía constitucional, la posición jerárquica que ostenta la constitución frente a las demás normas del ordenamiento jurídico, careciendo de valor jurídico las normas jurídicas contrarias a ésta. También resalta que de dicha supremacía, derivan el principio de legalidad y las facultades indelegables de los órganos del Estado.

Otro aspecto que debe ser tomado en cuenta, es que de acuerdo al autor estudiado, el principio de supremacía constitucional no necesita estar

²⁰ Carpizo, Jorge, *Estudios Constitucionales*, 5ª edición, México, Porrúa, 1996, p. 296.

expresamente reconocido en el texto constitucional, pues este puede ser inferido de forma lógica.²¹

Por último, este autor sostiene que la supremacía constitucional puede ser: 1) *Material*, cuando se hace referencia a la constitución como estatuto primordial, ya que ésta determina toda la actividad jurídica y constituye el conjunto de normas según las cuales se van a crear y según la cual van a vivir todas las demás normas y; 2) *Formal*, cuando se hace referencia a la característica de constitución escrita y rígida, la cual no puede ser modificada sino por procedimientos especiales distintos de la modificación de las demás normas jurídicas.²²

2.2. Ernesto Rey Cantor

Ernesto Rey Cantor parte de la definición planteada por Humberto Quiroga Lavie, para el cual la supremacía constitucional constituye:

...la particular relación de supra y subordinación en que se hallan las normas del ordenamiento jurídico, de forma tal que se logre asegurar la primacía de la ley fundamental del Estado.²³

De esta manera el principio de supremacía constitucional, según Rey Cantor, es el principio rector del ordenamiento jurídico.²⁴ A su vez, éste principio encuentra su fundamento en tres argumentos, que como explica el autor referido, son postulados por la metodología jurídica francesa, los cuales son: 1) *Orgánica*, según este argumento, la constitución es una norma suprema por cuanto deriva de un órgano superior al legislador y a todos los demás poderes que establecen normas jurídicas; 2) *Institucional*, se considera a la constitución como norma suprema, puesto que al señalar de forma expresa la facultades y atribuciones de

²¹ Cfr., *Ibidem.*, p. 5.

²² Cfr., *Ibidem.*, p. 8.

²³ Rey Cantor, Ernesto, *op. cit.*, nota 4, p. 10.

²⁴ Cfr. *Ibidem.*, p. 11.

las autoridades de Estado y al delimitar sus competencias, los actos realizados por dichas autoridades son inferiores a la constitución y por ultimo; 3) *La idea de pacto social o derecho natural*, la constitución es una norma suprema por cuanto consagra los valores y derechos fundamentales de una sociedad, reflejando sus aspiraciones como cuerpo social.²⁵

2.3. Bidart Campos

Bidart Campos sostiene que la supremacía constitucional debe entenderse en dos sentidos, uno derivado de la constitución formal, la cual se expresa en la constitución escrita o codificada, y otro, derivado de la constitución material, la cual abarca la dimensión sociológica.²⁶ La constitución formal, como sostiene este autor, tiene las siguientes características:

- a) La constitución es una *ley*.
- b) Por ser la *ley suprema*, se la considera como *súper ley*.
- c) *Esa ley es escrita*.
- d) *La formulación escrita está codificada*, cerrada, o reunida en un texto único y sistematizado.
- e) Por su *origen*, se diferencia de las leyes ordinarias o comunes en cuanto es producto de un poder constituyente que, también formalmente, aparece elaborándola.²⁷

Ahora bien, con relación a la constitución material, el autor estudiado sostiene que:

²⁵ Cfr. *Ibidem.*, p. 9.

²⁶ Cfr. Campos Bidart, German, *Manual de la Constitución Reformada*, t. I, 4ª edición, Buenos Aires, Ediar, 2006, p. 4.

²⁷ Cfr. *Idem.*

El derecho constitucional material remite a la dimensión *sociológica*, y utiliza el concepto de constitución *material*, o *real*, que equivale también al de *régimen político* o sistema político.

Si buscamos sinónimos, decimos que la constitución material es la constitución *vigente y eficaz* (derecho constitucional *positivo*) de un estado, “aquí” y “ahora” en tiempo presente. Una constitución es material cuando tiene *vigencia sociológica, actualidad y positividad*. La constitución material se atiene, fundamentalmente, al fenómeno de la *vigencia sociológica*, a diferencia de la formal que, primariamente, destaca la *normatividad*.²⁸

En razón a lo explicado, Bidart Campos sostiene que la supremacía constitucional supone una gradación jerarquía del orden jurídico derivado y que ésta tiene dos sentidos:

En un sentido fáctico, propio de la constitución material, significa que la constitución o derecho constitucional material, es el fundamento y la base de todo el orden jurídico-político de un estado. Pero el sentido con que el constitucionalismo utiliza la noción de supremacía constitucional es otro. Apunta a la noción de que la constitución formal, revestida de superlegalidad, obliga a que las normas y los actos estatales y privados se ajusten a ella. Ello envuelve una formulación de deber-ser; todo el orden jurídico-político del estado debe ser congruente o compatible con la constitución formal.²⁹

Por último el autor referido concluye afirmando con relación al principio de supremacía constitucional que:

El principio de supremacía se vincula con la teoría del *poder constituyente*, y con la tipología de la constitución *escrita y rígida*. En efecto, la constitución es establecida por un poder constituyente; el poder constituido o poder del estado no puede ni debe sublevarse contra la constitución que deriva de un poder constituyente, formalmente distinto y separado del poder constituido. Además de ello, si ese poder constituyente ha creado una constitución *escrita y rígida*, fijando para la reforma de la misma un procedimiento distinto al de las leyes ordinarias, ha sustraído a la constitución de las competencias y formas propias de los órganos del poder constituido. Todo acto contrario a la constitución implica, de hecho, y por esa sola alteración, una “reforma” a la

²⁸ *Ibidem.*, p. 5.

²⁹ *Ibidem.*, p. 35.

constitución, llevada indebidamente a cabo fuera del mecanismo que ella ha arbitrado para su enmienda. Si tales actos valieran, se frustraría el sentido del tipo constitucional escrito y rígido. Por consiguiente, para salvar incólume a la constitución rígida, los actos que se le oponen deben reputarse *privados de validez*.³⁰

Como podemos apreciar de los párrafos citados, la supremacía constitucional en el la teoría de Bidart Campos supone desde su esencia material, el carácter supremo de la constitución como base y fundamento del orden jurídico y político de un Estado y desde su esencia formal, supone la adecuación de las demás normas jurídicas a sus contenidos. Ésta supremacía se fundamenta en el origen de la constitución, que al derivar de un poder supremo (poder constituyente) hereda dicha característica.

2.4. Efraín Polo Bernal

En su libro *Manual del Derecho Constitucional*, Efraín Polo Bernal afirma que la constitución se configura como norma suprema:

...como resultado de su condición escrita y de su rigidez que la abrigan contra cualquier acto de los poderes estatales que la quieran destruir o contradecir. Asimismo, materialmente es suprema, por cuanto es expresión originaria de la soberanía del pueblo, por lo que ninguna autoridad puede colocarse encima de ella, ni transponer o delegar la competencia que le fue por ella asignada.³¹

Otro aspecto que es importante destacar, es que para este autor las consecuencias fundamentales de la supremacía constitucional son:

1. La jerarquía de las normas jurídicas.
2. Imposibilidad jurídica de que los órganos deleguen el ejercicio de las competencias que les ha atribuido la constitución.

³⁰ *Ibidem.*, p. 36.

³¹ Polo Bernal, Efraín, *Manual de Derecho Constitucional*, México, Porrúa, 1985, p. 15.

3. La existencia de trabas para modificar la Constitución, y
4. El control de constitucionalidad a raíz de que la Constitución condiciona al ordenamiento jurídico en general.³²

2.5. De las definiciones a la construcción de un concepto de supremacía constitucional

De las diferentes definiciones estudiadas, podemos observar como ciertas características del principio de supremacía constitucional se repiten en la mayoría de los postulados de los autores citados. De esta manera, la mayoría de los autores coincide que el principio de supremacía constitucional le da el carácter de norma suprema y fundante a la constitución y que dicha supremacía deriva del órgano emisor de ésta (poder constituyente). También es común la afirmación de que al encontrarse establecidas las facultades de los órganos del Estado en la constitución, las normas emitidas por éstos no pueden contradecirla, lo que constituye otro argumento para la supremacía constitucional. Por último la mayoría de los autores estudiados coincide en que al existir una dimensión formal y otra material de la constitución, la supremacía constitucional se expresa en ambas dimensiones, manifestándose en el caso de la dimensión formal, como el principio de legalidad en función de la constitución, es decir que ninguna norma del ordenamiento jurídico puede contradecir lo establecido en el texto constitucional y expresándose en la dimensión material a través del reconocimiento de la constitución como norma fundante del orden jurídico. Por lo argumentado consideramos como un concepto apropiado de supremacía constitucional, el siguiente:

La supremacía constitucional constituye el principio según el cual la constitución, es la norma jurídica de mayor jerarquía en el sistema jurídico, siendo la fuente y el

³² *Ibidem.*, p. 22.

fundamento del mismo, generando como consecuencia su aplicación preferente y la invalidación de las normas contrarias a sus disposiciones.

3. EL ESTADO CONSTITUCIONAL COMO MODELO DE ESTADO EMERGENTE DE LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL

El reconocimiento del principio de supremacía constitucional y su posterior aplicación por parte de los tribunales de justicia y los órganos encargados de realizar el control de constitucionalidad, generó en la doctrina constitucional una nueva corriente denominada *Neo constitucionalismo*, la cual acuñó el concepto de *Estado Constitucional de Derecho* para hacer referencia al Estado en el cual todo el orden jurídico se encuentra constitucionalizado. Con relación a este punto, Luis Castillo Córdova sostiene que:

La Constitución, dentro de un modelo neo-constitucionalista, deja de concebirse como mera realidad retórica para pasar a formularse como una realidad normativa y, por tanto, efectivamente vinculante a sus destinatarios: el poder político y los particulares.³³

(...)

La Constitución del neo-constitucionalismo es, por tanto, una norma jurídica fundamental abierta a valores, a fin de mantener no solo la unidad en la producción de las distintas fuentes normativas, sino también —y fundamentalmente— a fin de cumplir «la importantísima función de mantener unidas y en paz sociedades enteras divididas en su interior y concurrenciales».³⁴

A diferencia del Estado legislativo de Derecho, en el que la voluntad del legislador se consideraba la ley suprema, en el Estado constitucional de Derecho la constitución adquiere fuerza normativa. De esta manera como sostiene Zagrevelsky:

³³ Castillo Alva, José Luis y Castillo Córdova, Luis, *El precedente judicial y el precedente constitucional*, Lima, Ara, 2008, p.177.

³⁴ *Ibidem.*, p. 178.

Quien examine el Derecho de nuestro tiempo seguro que no consigue descubrir en él los caracteres que constituían los postulados del Estado de derecho legislativo. La importancia de la transformación debe inducir a pensar en un auténtico cambio genético, más que en una desviación momentánea en espera y con la esperanza de una restauración. La respuesta a los grandes y graves problemas de los que tal cambio es consecuencia, y al mismo tiempo causa, está contenida en la fórmula de del «Estado Constitucional».³⁵

Como sostienen los autores citados, el Estado constitucional de Derecho más que una evolución del Estado legislativo de Derecho, debe considerarse como una auténtica transformación jurídica que implica un nuevo modelo de Estado, en el cual, según Ferrajoli, cambian las condiciones de validez de las leyes, las cuales ya no dependen de la forma de su producción sino también de la coherencia de sus contenidos con los principios constitucionales, dando lugar a que “...*una norma formalmente válida, y por consiguiente vigente, sea sustancialmente inválida por el contraste de su significado con normas constitucionales, como por ejemplo el principio de igualdad o los derechos fundamentales*”.³⁶

³⁵ Zagrevsky, Gustavo, *El derecho dúctil, op. cit.*, nota 11, pp. 33 y 34.

³⁶ Ferrajoli, Luigi, “Pasado y futuro del estado de derecho”, en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, 2ª edición, Madrid, Trotta, 2005, p. 14.

CAPÍTULO SEGUNDO

EL SISTEMA JURÍDICO Y LA JERARQUÍA DE SUS NORMAS

1. DE LA NORMA JURÍDICA AL SISTEMA JURÍDICO

El sistema jurídico, entendido como un conjunto de normas interrelacionadas entre sí en relación de subordinación y pertenecientes a un mismo Estado, es un concepto 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 diferenciarla de otro tipo de normas (morales, éticas, etc.), descuidando así su naturaleza sistémica.³⁷ 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 iusfilosófico más reciente y lo confirma la experiencia, constituye un todo ordenado y jerarquizado, es decir, un sistema.³⁸

2. EL SISTEMA JURÍDICO Y LAS TEORÍAS QUE LO EXPLICAN

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

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

³⁷ Cfr. Bobbio, Norberto, *Teoría General del Derecho*, 2ª edición, Bogotá, Temis, 2005, p. 141.

³⁸ Torre, Abelardo de la, *Introducción al Derecho*, 13ª edición, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2002, p. 253.

- 2) **El problema de identidad y membresía.**- Busca resolver la interrogante relativa a qué normas forman parte de un determinado sistema jurídico y qué criterios determinan esa pertenencia.
- 3) **El problema de estructura.**- Encaminado a determinar la estructura común de los sistemas jurídicos o los patrones de coincidencia entre los sistemas.
- 4) **El problema de contenido.**- El cual busca determinar si existen normas, que de alguna manera, sean comunes en todos los sistemas jurídicos, es decir, si existen contenidos comunes en la diversidad de sistemas jurídicos.³⁹

Si bien todavía es poca la doctrina sobre el sistema jurídico —*en comparación 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.

2.1. Teoría de John Austin

Considerado como el fundador de la jurisprudencia analítica en Inglaterra,⁴⁰ 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*.⁴¹ 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 Salmerón, afirma:

...toda norma jurídica positiva o toda norma estrictamente así llamada, es un mandato directo o indirecto del (...) soberano, emitiéndola en su carácter de superior político: es

³⁹ Cfr. Raz, Joseph, *El concepto de sistema jurídico*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1986, p.18.

⁴⁰ Cfr. Bodenheimer, Edgar, *Teoría del Derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 1942, p. 314.

⁴¹ Cfr. *Ibidem.*, pp. 315 y 316; Raz, Joseph, *op. cit.*, nota 39, p. 23.

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.⁴²

Con relación a los problemas inherentes al sistema jurídico, Raz sostiene que la teoría del Derecho de Austin, lleva implícita 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:

- 1) **El problema de la 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 y por lo tanto es sistema es eficaz.⁴³
- 2) **El problema de Identidad y Membresía.**- Un sistema jurídico contiene todas y sólo las disposiciones jurídicas emitidas por una persona o cuerpo de personas. Las disposiciones jurídicas o normas, pertenecen al sistema jurídico del legislador que las emitió.⁴⁴

Como puede observarse, la definición de disposición jurídica o Derecho positivo propuesta por Austin, gira en torno al concepto de soberanía,⁴⁵ motivo por el cual para comprender a cabalidad su teoría del sistema de jurídico, es necesario estudiar también su teoría de la soberanía, así como los temas relativos a la legislación directa y legislación delegada que se derivan de la misma.

⁴² Austin John, *The province of jurisprudence determined*, 2ª edición, Nueva York, Burt Franklin, 1861, p. 121, cit. por Tamayo y Salmoran, 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.

⁴³ Cfr. Raz, Joseph, *op. cit.*, nota 39, p. 24.

⁴⁴ Cfr. *Ibidem.*, p. 23.

⁴⁵ Cfr. Tamayo y Salmoran, Rolando, *op. cit.*, nota 42, p. 572.

2.1.1. La soberanía en la teoría de John Austin

Como mencionamos en párrafos anteriores, el concepto de soberanía es crucial para entender la teoría del Derecho de Austin, ya que como este autor afirma, toda norma jurídica es establecida por una persona soberana o cuerpo de personas soberanas.⁴⁶ De esta manera la soberanía en la teoría de Austin se basa en los siguientes argumentos:

- (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.⁴⁷

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.⁴⁸

2.1.2. Legislación directa y legislación delegada

De acuerdo a Austin, el 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

⁴⁶ Cfr. *Idem*.

⁴⁷ Raz, Joseph, *op. cit.*, nota 39, p. 25.

⁴⁸ Cfr. *Ibidem.*, p. 26.

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 no último, 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.⁴⁹

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.⁵⁰

2.1.3. Jerarquía normativa en la teoría de Austin

Como vimos anteriormente, John Austin basa su teoría del sistema jurídico sobre el concepto de *soberano*, el cual es una persona o grupo de personas, que emiten mandatos generales, que son habitualmente obedecidos por los súbditos. Este soberano legisla de forma directa cuando crea una disposición jurídica a ser obedecida por 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 no último.

En resumen, la jerarquía normativa de un sistema jurídico puede ser derivada de la teoría del soberano de Austin, consecuentemente, la jerarquía de una norma jurídica se determinará por su origen.

⁴⁹ Cfr. *Ibidem.*, p. 37.

⁵⁰ Cfr. *Ibidem.*, p. 38.

2.2. Teoría de 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*.⁵¹

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

- 1) **El problema de la existencia.**- Para Kelsen, un “...*sistema jurídico existe sí, y sólo si, este alcanza un cierto mínimo de eficacia*”.⁵² 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.

- 2) **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.⁵³ De esta manera, a diferencia de Austin que sostiene que las disposiciones jurídicas son parte de un sistema en tanto estas sean legisladas directa o indirectamente por un

⁵¹ Cfr. Bobbio, Norberto, *op. cit.*, nota 37, p. 143.

⁵² Raz, Joseph, *op. cit.*, nota 39, p. 122.

⁵³ Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, en Hans Kelsen Obras, Clásicos del Derecho, México, Asociación Nacional del Notariado Mexicano, 2000, p. 119.

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*”.⁵⁴ 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 anteriormente y el de cadena de validez que estudiaremos a continuación.

2.2.1. Jerarquía normativa en la teoría de Kelsen

Como ya hicimos notar, la teoría del sistema jurídico de Kelsen difiere de la teoría de Austin porque sustituye al soberano por la norma fundamental. A 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.⁵⁵

Es precisamente esta afirmación la que conduce a Kelsen a establecer el concepto de norma fundamental, pues la cadena de validez debe comenzar

⁵⁴ Raz, Joseph, *op. cit.*, nota 39, p.123.

⁵⁵ Kelsen, Hans. *Teoría Pura del Derecho*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1982, p. 202.

necesariamente con una norma que no le deba su validez a ninguna otra norma. 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.⁵⁶

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. Al respecto, Norberto Bobbio señala que:

La esencia de esta teoría está en que las normas de un ordenamiento no se encuentran todas en un mismo plano, pues hay normas superiores y normas inferiores. Las normas inferiores dependen de las superiores. Partiendo de las normas inferiores y pasando por las que se encuentran en un plano más alto, llegamos por último a una norma suprema que no depende de ninguna norma superior, la norma fundamental en la cual reposa la unidad del ordenamiento.⁵⁷

Merkel, 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

⁵⁶ *Ídem.*

⁵⁷ Bobbio, Norberto, *op. cit.*, nota 37, p.161.

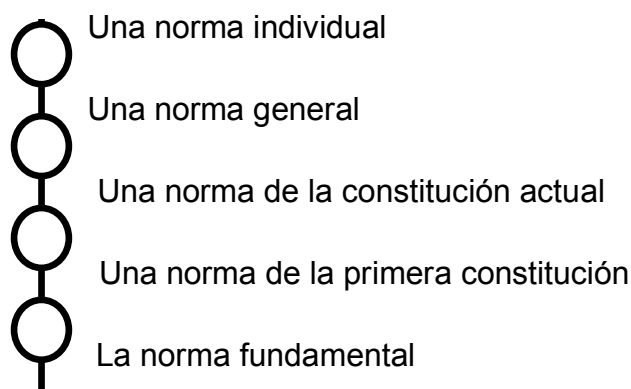
veremos una serie de actos de ejecución jurídica.⁵⁸ A manera de ejemplo, Bobbio explica que:

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.⁵⁹

Resumiendo, de acuerdo a Kelsen, la jerarquía de las normas es determinada por su origen a través de cadenas de validez jurídica; consecuentemente existe una norma fundamental que autoriza la creación de otras normas, las cuales a su vez autorizan la creación de otras normas, estableciéndose así cadenas de validez.

Para aclarar aún más el concepto de cadena de validez de Kelsen, Joseph Raz representa gráficamente una cadena de validez de la siguiente manera:

Figura Nº 1



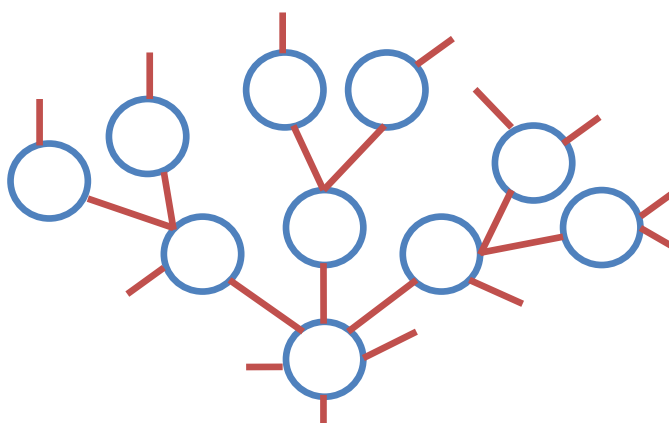
Fuente: Joseph Raz, *El Concepto de Sistema Jurídico*, pág. 126

⁵⁸ *Ibidem.*, p. 163.

⁵⁹ *Ibidem.*, p. 164.

En esta cadena de validez “cada línea representa una norma la cual autoriza la creación de la norma representada por la línea que se encuentra inmediatamente por encima de ella. Los círculos representan las facultades legislativas”.⁶⁰ Sin embargo, un ordenamiento jurídico no está compuesto por una sino varias cadenas de validez que encuentran su unidad en la norma fundamental, en tanto ésta pertenece a todas ellas. En ese sentido, un ordenamiento jurídico puede ser representado por un diagrama de arborescencia.

Figura Nº 2



Fuente: Joseph Raz, *El Concepto de Sistema Jurídico*, pág. 127

Raz sostiene que el modelo de la arborescencia es mucho más adecuado que el modelo piramidal a momento de mostrar la interrelación y jerarquía de las normas, por cuanto muestra claramente la organización jerárquica del derecho y evita algunas aplicaciones indeseables del modelo piramidal, como por ejemplo la implicación de que una norma no puede autorizar tanto la creación de una norma general como individual o de que una autoridad no puede legislar tanto normas constitucionales como normas individuales.⁶¹

⁶⁰ Raz, Joseph, *op. cit.*, nota 39, p. 126.

⁶¹ *Cfr. Ídem.*

2.3. Teoría de 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 disposiciones jurídicas respaldadas por la amenaza de sanciones, sino también por normas que confieren potestades.⁶²

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.⁶³

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

⁶² Cfr. Hart, Herbert, *El concepto del Derecho*, 2ª ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1961, p. 99.

⁶³ *Ibidem.*, p. 101.

extinguen las normas primarias y los efectos que estas producen. De esta manera, el sistema jurídico en la teoría de Hart, se encuentra 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.

2.3.1. Reglas de reconocimiento

Las reglas de reconocimiento son aquellas reglas que especifican las características que deben poseer las normas para considerarse como pertenecientes al sistema jurídico.⁶⁴ 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.⁶⁵ Ahora bien, 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.⁶⁶

⁶⁴ Cfr. *Ibidem.*, p. 117.

⁶⁵ Cfr. *Ibidem.*, p. 129.

⁶⁶ Cfr. *Ibidem.*, pp.133-137.

2.3.2. 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.⁶⁷

2.3.3. Reglas de adjudicación

Por ultimo 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.⁶⁸

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.

- 1) Problema de existencia.-** La existencia de un sistema jurídico se determinara 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.⁶⁹

- 2) 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.

⁶⁷ Cfr. *Ibidem.*, pp.118 y 119.

⁶⁸ Cfr. *Ibidem.*, p. 120.

⁶⁹ Cfr. *Ibidem.*, p. 145.

3) Problema de la estructura.- Con relación a la estructura del sistema jurídico, este se encuentra compuesto por normas primarias y secundarias.

4) 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.

2.3.4. Jerarquía normativa en la teoría de Hart

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 estas; 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.⁷⁰

3. EL SISTEMA JURÍDICO COMO UN SISTEMA DINÁMICO

El sistema jurídico constituye un sistema dinámico debido a los procesos de cambio que sufre constantemente con la creación, modificación y extinción de las normas que lo componen. Como bien expresa Carla Huerta Ochoa:

⁷⁰ *Ibidem.*, p. 117.

...al hablar de la dinámica de un sistema jurídico debe considerarse no solamente su procedimiento de creación y modificación, sino también las reglas que regulan la introducción y eliminación de sus normas. En consecuencia deben analizarse procesos tales como la reforma, la interpretación y mutación de las normas en el marco de un modelo dinámico de sistema jurídico que permite distinguir en el tiempo entre distintos conjuntos de normas.⁷¹

Debe aclararse que si bien el sistema jurídico es dinámico, motivo por el cual ésta sujeto a constantes cambios, dichos cambios están dotados de cierto grado de estabilidad, pues se encuentran regidos por reglas de validez normativa que rigen el procedimiento de integración de las normas. Ésta afirmación es respaldada por la autora citada en el párrafo anterior, pues como explica:

De la estructura del sistema jurídico y de su ordenación conforme al principio de jerarquía, siguiendo a Kelsen, y complementado por el criterio de distribución de materias —como bien señala De Otto— se derivan los criterios de validez de las normas, que se pueden distinguir de la siguiente manera:

- 1) Formal, que establece que la validez de la norma depende del seguimiento de los procesos de creación normativa previstos en la norma superior y de la competencia del órgano emisor de la misma.
- 2) Material, que implica la adecuación del contenido de la norma inferior al de la norma superior a la que se encuentra jerárquicamente subordinada, y así sucesivamente, pero en todo caso debe ser conforme a la norma suprema.

Estas reglas de validez rigen el procedimiento de integración (creación y derogación) del sistema jurídico. El criterio de jerarquía presume la existencia de una determinada estructura del orden jurídico donde la validez de toda norma, tanto en sentido formal como material, depende de la primera norma. Esto implica considerar dicha estructura como presupuesto de la concepción de esta primera norma como norma suprema.⁷²

⁷¹ Huerta Ochoa, Carla, *Teoría del Derecho. Cuestiones Relevantes*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, N° 461, 2009, p.15.

⁷² Cfr. *Ibidem.*, p. 19.

Como pudimos observar a lo largo de este capítulo, el estudio del Derecho como un sistema de normas es relativamente nuevo; sin embargo, las teorías existentes con relación a este tema nos permiten tener conciencia de que la existencia de un sistema jurídico implica la jerarquización de las normas que lo integran y que la constitución como norma fundamental (Kelsen),⁷³ mandato del soberano (Austin), o reglas de reconocimiento, cambio y adjudicación (Hart), son la base de dicho sistema ya que constituye el fundamento de validez material y formal del sistema jurídico.

⁷³ Cuando Kelsen hace referencia a la constitución como norma fundamental, lo hace refiriéndose al término constitución en sentido lógico jurídico. *Cfr.* Kelsen, Hans, *Teoría General del Estado*, Barcelona, Bosch, 1934, p. 191.

CAPÍTULO TERCERO

EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA

1. PRIMEROS ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

Si bien el control de convencionalidad es ejercido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos desde el comienzo de sus funciones, éste no fue formulado de forma expresa sino hasta la sentencia dictada en el caso Almonacid Arellano contra Chile el año 2006, en el que además se planteó por primera vez el control interno de convencionalidad ejercido por los jueces y tribunales de los Estados parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. De acuerdo a Néstor Pedro Sagüés el control de convencionalidad gestado jurisprudencialmente por la Corte Interamericana, distingue dos niveles diferentes: 1) El control de convencionalidad desarrollado por la misma Corte, a través del cual se reputa inválidas las normas de Derecho interno contrarias a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, denominado *control internacional de convencionalidad* o *control supra nacional de convencionalidad* y; 2) el control de convencionalidad ejercido por los jueces y tribunales locales, a través del cual se deben inaplicar las normas contrarias a la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana, denominado *control interno de convencionalidad* o *control nacional de convencionalidad*.⁷⁴

Diversas son las sentencias, opiniones consultivas y los votos concurrentes y disidentes que pueden ser considerados como antecedentes del control de convencionalidad ejercido por la Corte Interamericana y los Tribunales y jueces locales. A continuación estudiaremos los casos más relevantes.

⁷⁴ Cfr. 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.", en Bogdandy, Armin Von. et al., (coords.), *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, p. 383.

1.1. Opinión Consultiva OC-6/86 (La expresión leyes en el artículo 30 de la Convención Americana de Derechos Humanos)

Solicitada por la Republica Oriental de Uruguay y resuelta por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 9 de mayo de 1986, a fin de que se aclarase si la expresión *leyes* a la cual hace referencia el artículo 30 de la Convención, se refiere a leyes en sentido amplio y como sinónimo de ordenamiento jurídico o si por el contrario el termino *leyes* hace referencia a las normas jurídicas emanadas del órgano legislativo y promulgadas por el órgano ejecutivo. Si bien el objeto de la consulta no tiene relación directa con nuestra investigación, la Corte al emitir su fallo sentaría el primer antecedente del control de convencionalidad. De esta manera el considerando N° 22 expresa:

22. Por ello, la protección de los derechos humanos requiere que los actos estatales que los afecten de manera fundamental no queden al arbitrio del poder público, sino que estén rodeados de un conjunto de garantías enderezadas a asegurar que no se vulneren los atributos inviolables de la persona, dentro de las cuales, acaso la más relevante tenga que ser que las limitaciones se establezcan por una ley adoptada por el Poder Legislativo, de acuerdo con lo establecido por la Constitución. A través de este procedimiento no sólo se inviste a tales actos del asentimiento de la representación popular, sino que se permite a las minorías expresar su inconformidad, proponer iniciativas distintas, participar en la formación de la voluntad política o influir sobre la opinión pública para evitar que la mayoría actúe arbitrariamente. *En verdad, este procedimiento no impide en todos los casos 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, pero sí es, sin duda, un obstáculo importante para el ejercicio arbitrario del poder.*⁷⁵ *(Cursivas añadidas)*

Como podemos observar en el párrafo citado, la Corte hace mención a la posibilidad de que las normas jurídicas internas entren en conflicto con la Convención, reconociendo la necesidad de un régimen de control.

⁷⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *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.

1.2. Opinión Consultiva OC-13/93 (Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos)

Solicitada por los gobiernos de Argentina y Uruguay y resuelta por la Corte Interamericana el 16 de julio de 1993, tiene el objeto de interpretar los artículos referentes a la competencia y atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, a fin que se determine si la Comisión es competente para evaluar la compatibilidad de las normas de derecho interno con la Convención, entre otras interrogantes planteadas. Al emitir resolución, la Corte —*en lo que respecta a nuestra investigación*— señalo que:

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

27. En estas circunstancias, no debe existir ninguna duda de que la Comisión tiene a ese respecto las mismas facultades que tendría frente a cualquier otro tipo de violación y podría expresarse en las mismas oportunidades en que puede hacerlo en los demás casos. *Dicho de otro modo, 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.* Las atribuciones de la Comisión en este sentido no están de manera alguna restringidas por la forma como la Convención es violada.⁷⁶ *(Cursivas añadidas)*

1.3. Opinión Consultiva OC-14/94 (Responsabilidad Internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención)

Solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 9 de diciembre de 1994, tiene la

⁷⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, Opinión Consultiva OC-13/93, Serie A, N°13, considerando 26 y 27, p. 8.

finalidad de aclarar, cuáles serían los efectos jurídicos de una ley que viola manifiestamente las obligaciones que un Estado ha contraído al ratificar la Convención, así como también, aclarar cuáles serían las obligaciones y responsabilidades de los funcionarios que apliquen dichas leyes.⁷⁷

Estas interrogantes fueron planteadas en consulta a la Corte Interamericana debido a la promulgación de la Constitución peruana de 1993, la cual establecía nuevos delitos que serían sancionados con la pena de muerte, lo que en opinión de la Comisión era violatorio de la Convención, pues el anterior texto constitucional solo reconocía la pena de muerte para el delito de traición a la patria en caso de guerra exterior.⁷⁸

Al analizar el caso motivo de consulta, la Corte estableció que posee facultad para analizar y determinar la compatibilidad de las normas internas con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros tratados de la materia que sean vinculantes, sin que deba importar la jerarquía de las normas analizadas. En palabras de la Corte:

No es facultad de la Corte en ejercicio de su función consultiva interpretar o definir los ámbitos de validez de las leyes internas de los Estados Partes, *sino respecto de su compatibilidad con la Convención u otros tratados referentes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos* y siempre y cuando medie un requerimiento expreso por parte de alguno de esos Estados, según lo establecido en el artículo 64.2 de la Convención Americana. En los supuestos o hipótesis de violación de las obligaciones internacionales asumidas por los Estados Partes y que resulten de una eventual contradicción entre sus normas de derecho interno y las de la Convención, *aquellas serán evaluadas por la Corte en los procesos contenciosos como simples hechos o manifestaciones de voluntad, susceptibles de ser ponderados sólo respecto de las convenciones y tratados involucrados y con prescindencia de la significación o jerarquía que la norma nacional tenga dentro del ordenamiento jurídico del respectivo Estado.*⁷⁹ (Cursivas añadidas)

⁷⁷ Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Responsabilidad Internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención*, Opinión Consultiva OC-14/94, Serie A, N°14, considerando 1, p. 2.

⁷⁸ Cfr. *Ibidem.*, Considerando 2, p. 2.

⁷⁹ *Ibidem.*, Considerando 22, pp. 9 y 10.

La Corte aclaro que, en el supuesto de que se presentase una causa en la jurisdicción contenciosa en la que se repute una norma de Derecho interno contraria a la Convención Americana, habría que distinguir entre normas de Derecho interno de aplicación inmediata (*normas autoaplicativas*) y aquellas que requieren de otras normas o acciones para ser aplicadas (*normas heteroaplicativas*). Esto en razón de que la jurisdicción contenciosa solo puede ser activada agotados los procedimientos internos, lo que implica necesariamente la existencia de víctimas. Como bien explica la Corte:

41. Es conveniente señalar, en primer lugar, que una ley que entra en vigor no necesariamente afecta la esfera jurídica de personas determinadas. Puede suceder que esté sujeta a actos normativos posteriores, al cumplimiento de ciertas condiciones o, llanamente, a su aplicación por funcionarios del Estado, antes de afectar esa esfera. O puede ser que, en cambio, las personas sujetas a jurisdicción de la norma se afecten por la sola vigencia de la misma. A estas últimas normas y a falta de mejor denominación, la Corte las llamará “leyes de aplicación inmediata” en el curso de esta opinión.

42. En el caso de que la ley no sea de aplicación inmediata y no haya sido aún aplicada a un caso concreto, la Comisión no puede comparecer ante la Corte para someter un caso contra el Estado con base en la sola emisión de la ley. *La ley que no es de aplicación inmediata es mera facultad dada a las autoridades para tomar medidas de acuerdo con ella. No representa, per se, violación de los derechos humanos.*

43. *En el caso de las leyes de aplicación inmediata, tal como han sido definidas anteriormente, la violación de los derechos humanos, individual o colectiva, se produce por el solo hecho de su expedición. Así una norma que despojara de algunos de sus derechos a una parte de la población, en razón, por ejemplo, de su raza, automáticamente lesiona a todos los individuos de esa raza.*⁸⁰ (*Cursivas añadidas*)

Por lo argumentado la Corte concluyo que:

49. *La jurisdicción contenciosa de la Corte se ejerce con la finalidad de proteger los derechos y libertades de personas determinadas y no con la de resolver casos*

⁸⁰ *Ibidem.*, Considerando 41 - 43, pp. 13 y 14.

abstractos. No existe en la Convención disposición alguna que permita a la Corte decidir, en el ejercicio de su competencia contenciosa, si una ley que no ha afectado aún los derechos y libertades protegidos de individuos determinados es contraria a la Convención. Como antes se dijo, la Comisión sí podría hacerlo y en esa forma daría cumplimiento a su función principal de promover la observancia y defensa de los derechos humanos. También podría hacerlo la Corte en ejercicio de su función consultiva en aplicación del artículo 64.2 de la Convención.

50. La Corte concluye que la promulgación de una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado al ratificar o adherir a la Convención constituye una violación de ésta y que, en el evento de que esa violación afecte derechos y libertades protegidos respecto de individuos determinados, genera responsabilidad internacional para el Estado.⁸¹ (Cursivas añadidas)

Debe destacarse que los argumentos que expresa la Corte para exigir el cumplimiento de las obligaciones establecidas en la Convención Americana, son extraídos de la jurisprudencia de otros tribunales internacionales así como de las normas de Derecho internacional. Esto se puede observar el considerando 35 cuando la Corte señala que:

35. Una cosa diferente ocurre respecto a las obligaciones internacionales y a las responsabilidades que se derivan de su incumplimiento. Según el derecho internacional las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno. Estas reglas pueden ser consideradas como principios generales del derecho y han sido aplicadas, aun tratándose de disposiciones de carácter constitucional, por la Corte Permanente de Justicia Internacional y la Corte Internacional de Justicia [Caso de las Comunidades Greco-Búlgaras (1930), Serie B, No. 17, pág. 32; Caso de Nacionales Polacos de Danzig (1931), Series A/B, No. 44, pág. 24; Caso de las Zonas Libres (1932), Series A/B, No. 46, pág. 167; Aplicabilidad de la obligación a arbitrar bajo el Convenio de Sede de las Naciones Unidas (Caso de la Misión del PLO) (1988), págs. 12, a 31-2, párr. 47]. Asimismo estas reglas han sido codificadas en los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.⁸² (Cursivas añadidas)

⁸¹ *Ibidem.*, Considerando 49 y 50, pp. 14 y 15.

⁸² *Ibidem.*, Considerando 35, p. 12.

1.4. Caso El Amparo vs Venezuela

El 18 de enero de 1995, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en ejercicio de su jurisdicción contenciosa, emitió la sentencia de fondo en el caso “El Amparo”, el cual fue presentado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos contra la República de Venezuela. Este caso se originó con el asesinato de catorce pescadores por parte de efectivos militares de la localidad El Amparo, los cuales se encontraban realizando un operativo militar. Al realizar la investigación, la Comisión encontró que diversas disposiciones del Código de Justicia Militar eran incompatibles con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, motivo por el cual recomendó al Estado su modificación, así como también dentro de las medidas de reparación solicitadas a la Corte, pidió que esta declare dichas disposiciones como contrarias a la Convención y consecuentemente se ordene al Estado venezolano su adecuación⁸³. En vista a que el Estado aceptó su responsabilidad, la Corte ordenó que las medidas de reparación sean acordadas entre el Estado y la Comisión y que en caso de no poder llegar a un acuerdo, la Corte determinara las medidas de reparación.⁸⁴

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. En dicha sentencia, la Corte estableció los montos a ser indemnizados a los familiares de las víctimas, así como a las víctimas no fallecidas. Con relación a la 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 víctimas concretas de la supuesta incompatibilidad.⁸⁵

⁸³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *El Amparo vs Venezuela*, Sentencia de 18 de enero de 1995, Fondo, Serie C, N° 19, considerando 4 inciso 5, p. 2.

⁸⁴ *Cfr. Ibidem.*, considerando 20 y 21, p. 5.

⁸⁵ *Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, El Amparo vs Venezuela*, Sentencia de 14 de septiembre de 1996, Reparaciones y Costas, Serie C, N° 28, considerando 60, p.15.

El juez Cançado Trindade emitió voto disidente respecto de la abstención de la Corte en base a los siguientes argumentos:

1. Lamento no poder acompañar la mayoría de la Corte en cuanto al criterio por ésta adoptado en los párrafos 60 y 62 y la decisión por ésta tomada en el punto resolutive n. 5 de la presente Sentencia sobre reparaciones. En mi Voto Razonado en la Sentencia anterior (del 18 de enero de 1995) en el mismo caso El Amparo, sostuve que la Corte debería en aquella etapa del proceso (reconocimiento de responsabilidad efectuado por la República de Venezuela) haber expresamente reservado la facultad de también examinar y decidir sobre la solicitud original de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos acerca de la incompatibilidad o no de la vigencia del artículo 54 (2) y (3) del Código de Justicia Militar de Venezuela con el objeto y fin de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Como, en la presente Sentencia, la Corte decidió abstenerse de pronunciarse sobre la materia, me veo en la obligación de presentar mi Voto Disidente.

2. 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.*

3. 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, 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).⁸⁶ (Cursivas añadidas)

El voto disidente del juez Cançado Trindade explica brevemente la evolución de esta corriente en la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos:

5. Fue necesario esperar muchos años para que se admitiera la posibilidad de plantear la cuestión de la incompatibilidad de medidas legislativas y prácticas administrativas con las obligaciones convencionales internacionales en materia de derechos humanos, en el contexto de casos concretos. *La jurisprudencia internacional en el presente dominio, en los planos tanto regional como global, ha evolucionado a punto de admitir hoy día que un individuo puede, bajo determinadas condiciones, reivindicar ser víctima de una violación de derechos humanos perpetrada por la simple existencia de medidas permitidas por la legislación, sin que hayan sido a él aplicadas. Puede efectivamente hacerlo ante el simple riesgo de ser directamente afectado por una ley, ante la amenaza continua representada por el mantenimiento en vigor de la legislación impugnada. Se reconoce actualmente que un individuo puede efectivamente impugnar una ley que todavía no ha sido aplicada en su perjuicio, bastando para esto que dicha ley sea aplicable en forma tal que el riesgo o amenaza que él sufra sus efectos sea real, sea algo más que una simple posibilidad teórica.⁸⁷ (Cursivas añadidas)*

Con base en estos argumentos el juez aludido concluye que, la Corte en el ejercicio de su competencia contenciosa está facultada por la Convención, para determinar si una ley impugnada por la parte demandante, que por su propia existencia afecta a los derechos tutelados, es o no contraría a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, siendo esta facultad en la competencia consultiva sobre leyes o proyectos de leyes, en abstracto.⁸⁸

Debido a que la sentencia sobre reparaciones y costas no fue clara en lo concerniente al Código de Justicia Militar, la Comisión solicitó la interpretación de la misma, dando lugar a que el 16 de abril de 1997, la Corte emitiera una sentencia interpretativa. En dicha sentencia la corte aclaró que si bien el Código

⁸⁶ *Ibidem.*, Voto Disidente, A. A. Cançado Trindade, considerado 1-3, p. 1.

⁸⁷ *Ibidem.*, considerado 5, p. 2.

⁸⁸ *Cfr. Ibidem.*, considerado 11, p. 4.

de Justicia Militar si fue aludido en la demanda, no tenía relación con las víctimas, motivo por el cual se abstuvo de emitir su juicio al respecto.⁸⁹

El juez Cançado Trindade, nuevamente presento un voto disidente, ampliando los argumentos expuestos en el voto disidente de la sentencia de reparaciones y costas. En dicho voto afirmó que la Corte se encuentra en una encrucijada, puesto que, o se sigue insistiendo en la tesis de que es necesaria la existencia de un daño producto de la norma impugnada, como condición *sine qua non* para determinar la incompatibilidad con la Convención, o se decide proceder a dicha determinación en función del deber de prevención.⁹⁰ Por último sostuvo que la tesis seguida por la Corte, generaría impunidad de los responsables intelectuales y materiales de actos violatorios de los derechos reconocidos por la Convención⁹¹ y consecuentemente no se podía:

...legítimamente esperar que dichas disposiciones convencionales se “adapten” o se subordinen a las soluciones de derecho constitucional o de derecho público interno, que varían de país a país, y aún menos a ordenamientos particularmente circunscritos, y de aplicación por definición especial o limitada, como lo son las legislaciones militares y relativas a los fueros militares. La Convención Americana, además de otros tratados de derechos humanos, buscan, *a contrario sensu*, tener en el derecho interno de los Estados Partes el efecto de perfeccionarlo, para maximizar la protección de los derechos consagrados, acarreado, en este propósito, siempre que necesario, la revisión o revocación de leyes nacionales -particularmente las de excepción - que no se conformen con sus estándares de protección.⁹²

1.5. Caso Garrido y Baigorria vs Argentina

Presentado por la Comisión y 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

⁸⁹ Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *El Amparo vs Venezuela*, Sentencia de 16 de abril de 1997, Interpretación, Serie C, N° 46, considerando 2-5, pp. 1 y 2.

⁹⁰ Cfr. *Ibidem.*, A. A. Cançado Trindade, voto disidente, considerando 12, p. 3.

⁹¹ *Ibidem.*, considerando 13, p. 3.

⁹² *Ibidem.*, considerando 14, p. 4.

probados en la demanda, desaparecieron el 28 de abril de 1990, después de su detención por personal policial de la provincia de Mendoza, Argentina.⁹³ En vista a que el Estado acepto su responsabilidad, la Corte dispuso que la Comisión, el Estado y los familiares de las víctimas se pusieran de acuerdo en lo referente a las reparaciones y costas.

En razón de que no se pudo llegar a un acuerdo, la Corte dictó sentencia de reparaciones y costas el 27 de agosto de 1998. En dicha sentencia además de establecerse las reparaciones y costas, se expresó con relación al deber de actuar en el ámbito interno 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 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.⁹⁴ *(Cursivas añadidas)*

Lo establecido en el párrafo anterior constituye un importante avance en lo referente al control de convencionalidad, puesto que establece la obligación de los Estados signatarios de un tratado, de adaptar su derecho interno.

⁹³ *Cfr.* Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Garrido y Baigorria vs Argentina*, Sentencia de 2 de febrero de 1996, Fondo, Serie C, N°26, considerando 10, p. 4.

⁹⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *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.

1.6. La última tentación de Cristo, Olmedo Bustos y otros vs Chile

El 5 de febrero de 2001, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en ejercicio de su facultad contenciosa se pronunció en el caso la última tentación de Cristo, presentado por la Comisión Interamericana contra la República de Chile. Este caso tuvo su origen en la censura por parte del Estado, de la película *La última tentación de Cristo*, lo que impidió que el público afectado pudiera ver dicha cinta. La censura se amparaba en una disposición constitucional que establecía un sistema de censura a las producciones cinematográficas.⁹⁵ Entre las diversas peticiones de la Comisión, se solicitó que el Estado chileno adecue sus normas constitucionales y legales a la Convención, con objeto de eliminar la censura previa.⁹⁶

La Corte considero que se violó el derecho a la libertad de pensamiento y expresión consagrado en el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos humanos, así como el deber de adaptar el Derecho interno a los parámetros establecidos por la Convención. En razón de este argumento y siguiendo la línea jurisprudencial del caso Garrido y Baigorria explicado anteriormente, determino 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,*

⁹⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *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.

⁹⁶ *Cfr. Ibidem*, considerando 3, p. 2.

*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.*⁹⁷
(Cursivas añadidas)

El Juez Cançado Trindade en su voto concurrente, realizó una síntesis de sus anteriores votos disidentes respecto del control de las normas internas y su compatibilidad con la Convención y afirmó que la tendencia auto-limitativa de la competencia contenciosa de la Corte ya había sido superada.⁹⁸ Sostuvo también, que la nueva jurisprudencia interamericana respalda la teoría de la responsabilidad internacional objetiva del Estado, afirmando que:

...la responsabilidad internacional del Estado puede generarse por actos u omisiones de cualquier poder u órgano de éste, independientemente de su jerarquía, que violen la Convención Americana. Es decir, todo acto u omisión, imputable al Estado, en violación de las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, compromete la responsabilidad internacional del Estado.⁹⁹

1.7. Caso Myrna Mack Chang contra Guatemala

Si bien este caso no tiene relación directa con el objeto de nuestra investigación, su importancia reside en el voto concurrente del juez Sergio García Ramírez, en el cual se hace mención de forma expresa al control de convencionalidad. En dicho voto concurrente, el juez García Ramírez sostiene que la responsabilidad del Estado es global, puesto que atañe al Estado en su conjunto, motivo por el cual no es posible seccionar internacionalmente al Estado y sustraer a los demás órganos del control de convencionalidad propio de la jurisdicción de la Corte. En palabras del juez aludido.

27. Para los efectos de la Convención Americana y del ejercicio de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, el Estado viene a cuentas en forma integral,

⁹⁷ *Ibidem*, considerando 97 y 98, pp. 37 y 38.

⁹⁸ *Cfr. Ibidem*, A. A. Cançado Trindade, voto concurrente, considerando 4, p. 42.

⁹⁹ *Ibidem*, considerando 1, p. 41.

como un todo. En este orden, la responsabilidad es global, atañe al Estado en su conjunto y no puede quedar sujeta a la división de atribuciones que señale el Derecho interno. No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte sólo a uno o algunos de sus órganos, entregar a éstos la representación del Estado en el juicio --sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto-- y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del “control de convencionalidad” que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional.¹⁰⁰ (Cursivas añadidas)

1.8. Caso Tybi vs Ecuador

Presentado por la Comisión Interamericana y resuelto por la Corte el 7 de septiembre de 2004, el caso Tibi vs Ecuador versa sobre la detención y tortura del señor Daniel Tibi por parte del cuerpo policial de Ecuador. Según explica la Comisión, la tortura tenía como objetivo que el señor Tibi confiese su participación en grupos relacionados con el narcotráfico.

En su voto concurrente razonado, el juez Sergio García Ramírez sostiene que la jurisdicción de la Corte tiene por designio el confrontar los actos y las situaciones generadas en el marco nacional con los tratados internacionales que le confieren competencia en asuntos contenciosos. También señala que la tarea de la Corte, se asemeja a la tarea de los tribunales o cortes constitucionales, puesto que, al igual que la Corte, estos examinan los actos impugnados en relación a normas y principios superiores, de esta manera mientras los tribunales constitucionales ejercen un control de constitucionalidad, la Corte ejerce un control de convencionalidad. En palabras del juez Sergio García Ramírez:

3. En cierto sentido, la tarea de la Corte se asemeja a la que realizan los tribunales constitucionales. Estos examinan los actos impugnados --disposiciones de alcance general-- a la luz de las normas, los principios y los valores de las leyes fundamentales. *La Corte Interamericana, por su parte, analiza los actos que llegan a su conocimiento en relación con normas, principios y valores de los tratados en los que funda su competencia*

¹⁰⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Myrna Mack Chang vs Guatemala*, Sentencia de 25 de noviembre de 2003, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, N° 101, considerando 27, p. 7.

contenciosa. Dicho de otra manera, si los tribunales constitucionales controlan la “constitucionalidad”, *el tribunal internacional de derechos humanos resuelve acerca de la “convencionalidad” de esos actos*. A través del control de constitucionalidad, los órganos internos procuran conformar la actividad del poder público --y, eventualmente, de otros agentes sociales-- al orden que entraña el Estado de Derecho en una sociedad democrática. *El tribunal interamericano, por su parte, pretende conformar esa actividad al orden internacional acogido en la convención fundadora de la jurisdicción interamericana y aceptado por los Estados partes en ejercicio de su soberanía.*¹⁰¹ (Cursivas añadidas)

Como podemos observar de la jurisprudencia estudiada, la corriente que propone el control de los actos u omisiones de los Estados parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que aceptaron la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, comenzó con el funcionamiento de la Corte y se fue desarrollando principalmente por los argumentos de los jueces Antônio Augusto Cançado Trindade y Sergio García Ramírez en sus votos concurrentes y disidentes. Siendo ésta corriente denominada como *control de convencionalidad*. A continuación estudiaremos la sentencia fundadora de la línea jurisprudencial sobre el control de convencionalidad, así como las sentencias hito que fueron completando dicha línea jurisprudencial.

2. SENTENCIA FUNDADORA

La sentencia fundadora del control de convencionalidad, se pronunció en el caso Almonacid Arellano contra Chile, el 26 de septiembre de 2006. En dicho caso se imputó al Estado chileno, la falta de investigación y sanción de los responsables de la ejecución extrajudicial del señor Almonacid Arellano.¹⁰² El fondo del 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 por personal militar, policial y grupos armados civiles

¹⁰¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Tybi vs Ecuador*, voto concurrente Sergio García Ramírez, Sentencia de 7 de septiembre de 2004, Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y costas, Serie C, N° 114, considerando 3, p. 1.

¹⁰² Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Almonacid Arellano vs Chile*, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Excepciones preliminares, reparaciones y costas, Serie C, N°154, considerando 3, p. 2.

a fines a la dictadura golpista. La Corte no solo estableció que dicha ley era contraria a las obligaciones establecidas en la Convención, sino que el delito de homicidio del señor Almonacid Arellano, constituye un delito de *lesa humanidad* según el derecho internacional.¹⁰³

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 que 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. Como bien expresa la Corte:

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.¹⁰⁴

La Corte estableció que es obligación de los tribunales internos ejercer el control de convencionalidad, analizando la compatibilidad de las normas nacionales con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, trabajo que deben realizar teniendo en cuenta la interpretación que de la Convención ha hecho la Corte. En este sentido afirma que:

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 el

¹⁰³ Cfr. *Ibidem.*, considerando 104, p. 47.

¹⁰⁴ *Ibidem.*, considerado 123, p. 53.

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.¹⁰⁵ *(Cursivas añadidas)*

Por último la Corte enfatizo que las obligaciones adquiridas con la ratificación de un tratado no pueden ser incumplidas, bajo pretexto del Derecho interno y que dichas obligaciones deben ser cumplidas de buena fe, principio que se encuentra reconocido y codificado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.¹⁰⁶

Como puede observarse, la sentencia fundadora de la línea hace referencia de forma general, a que las obligaciones asumidas al ratificar la Convención y reconocer la competencia contenciosa de la Corte Interamericana, implican el control interno de todo acto u omisión de cualquiera de los órganos de Estado y sus respectivos agentes, y su confrontación con los parámetros establecidos en la Convención y la jurisprudencia de la Corte. Diversos aditamentos serían agregados en las sentencias hito que estudiaremos a continuación.

3. SENTENCIAS HITO

Las sentencias hito son aquellas sentencias que originan cambios o giros dentro de la línea jurisprudencial, agregando ciertos elementos que sin cambiar el fundamento de la línea la complementan.¹⁰⁷ Con relación al control de convencionalidad, dos son las sentencias hito que han complementado la línea

¹⁰⁵ *Ibidem.*, considerando 124, p. 53.

¹⁰⁶ *Cfr. Ibidem.*, considerando 125, p. 53.

¹⁰⁷ *Cfr. López de Medina, Diego Eduardo, El Derecho de los Jueces, obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial, Bogotá, Legis, 2000 p. 76.*

jurisprudencial establecida en el caso Almonacid Arellano contra Chile. Dichas sentencias serán estudiadas a continuación.

3.1. 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, reconocidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 257 personas, las cuales trabajaban en el Congreso Nacional de Perú. Dichos trabajadores fueron cesados en sus funciones por la reorganización de este órgano.¹⁰⁸ Si bien las personas afectadas presentaron varias demandas administrativas y jurisdiccionales a nivel interno, fue el Tribunal Constitucional del Perú, que al negar una petición de amparo, culminaría con las instancias internas dando lugar a la posibilidad de acción en la jurisdicción interamericana. La Corte emitió su fallo el 24 de noviembre de 2006, complementando la sentencia sobre el control de convencionalidad emitida en el caso Almonacid Arellano estableciendo que:

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

¹⁰⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Trabajadores Cesados del Congreso vs Perú*, Sentencia de 24 de Noviembre de 2006, Excepciones preliminares, Reparaciones y costas, Serie C, N° 158, considerando 1 y 2 p. 2.

formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones.¹⁰⁹
(*Cursivas añadidas*)

Como podemos observar, esta sentencia agrega a la línea jurisprudencial sobre control de convencionalidad, que cuando dicha facultad sea ejercida por los tribunales de justicia a nivel interno, el juez o tribunal deberá realizar dicho control de oficio, es decir, sin que sea necesaria la petición de alguna de las partes. También adiciona que el control de convencionalidad debe ejercerse en el marco de las competencias y regulaciones procesales propias de los tribunales internos.

3.2 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 por parte de personal militar de México y en la falta de investigación y sanción de los responsables. Si bien este caso ocurrió en 1974, al no haber responsables de la desaparición, ni información del paradero de los restos mortales del señor Radilla, la violación de los derechos de los familiares fue continuada.¹¹⁰

En lo que respecta a la falta de sanción de los responsables, el proceso penal seguido contra uno de los posibles responsables fue derivado a la jurisdicción militar y tiempo después sobreesido por la muerte del imputado.¹¹¹ 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.¹¹² Si

¹⁰⁹ *Ibidem.*, considerando 128, p. 47.

¹¹⁰ *Cfr.* Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Rosendo Radilla Pacheco vs México*, Sentencia de 23 de Noviembre de 2009, Excepciones preliminares, Reparaciones y costas, Serie C, N° 209, considerando 2 p. 2.

¹¹¹ *Ibidem.*, considerando 278, p. 78.

¹¹² *Ibidem.*, considerando 337, p. 92.

bien la Corte no ordeno la modificación del texto constitucional mexicano, puesto que este en sí mismo no era incompatible con la Convención, sí aclaró que la interpretación de los tribunales y jueces de las normas internas de un Estado deben ser conforme a los parámetros establecidos por la Convención. Como bien expresa la Corte:

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.¹¹³
(*Cursivas añadidas*)

¹¹³ *Ibidem.*, considerando 338 y 339, pp. 92 y 93.

Como podemos observar, el último aditamento de esta sentencia al control de convencionalidad, es precisamente que la interpretación de las normas jurídicas internas de un Estado por parte de los órganos correspondientes, debe realizarse conforme a los principios y parámetros establecidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la jurisprudencia interamericana.

4. SENTENCIAS CONFIRMATORIAS

La línea jurisprudencial establecida en las sentencias estudiadas en párrafos anteriores, fue ratificada en diversas sentencias, entre las cuales podemos mencionar: *La Cantuta* (29 de noviembre de 2006, considerando 173), *Boyce vs. Barbados* (20 de noviembre de 2007, considerando 78), *Fermín Ramírez y Raxcacó Reyes* (9 de mayo de 2008, considerando 63), *Heliodoro Portugal* (12 de agosto de 2008, considerandos 180/1), *Manuel Cepeda Vargas* (26 de mayo de 2010, considerando 208 y nota 307), *Comunidad Indígena Xákmok Kásek* (24 de agosto de 2010, considerando 311), *Fernández Ortega* (30 de agosto de 2010, considerando 237), *Rosendo Cantú* (31 de agosto de 2010, considerandos 219 y 220), *Ibsen Cárdenas y otro* (1o. de septiembre de 2010, considerando 202), *Velez Loor* (23 de noviembre de 2010, considerando 287), *Gomes Lund* (24 de noviembre de 2010, considerando 176), y *Cabrera García-Montiel Flores* (26 de noviembre de 2010, considerando 225).¹¹⁴

5. ANÁLISIS DE LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL

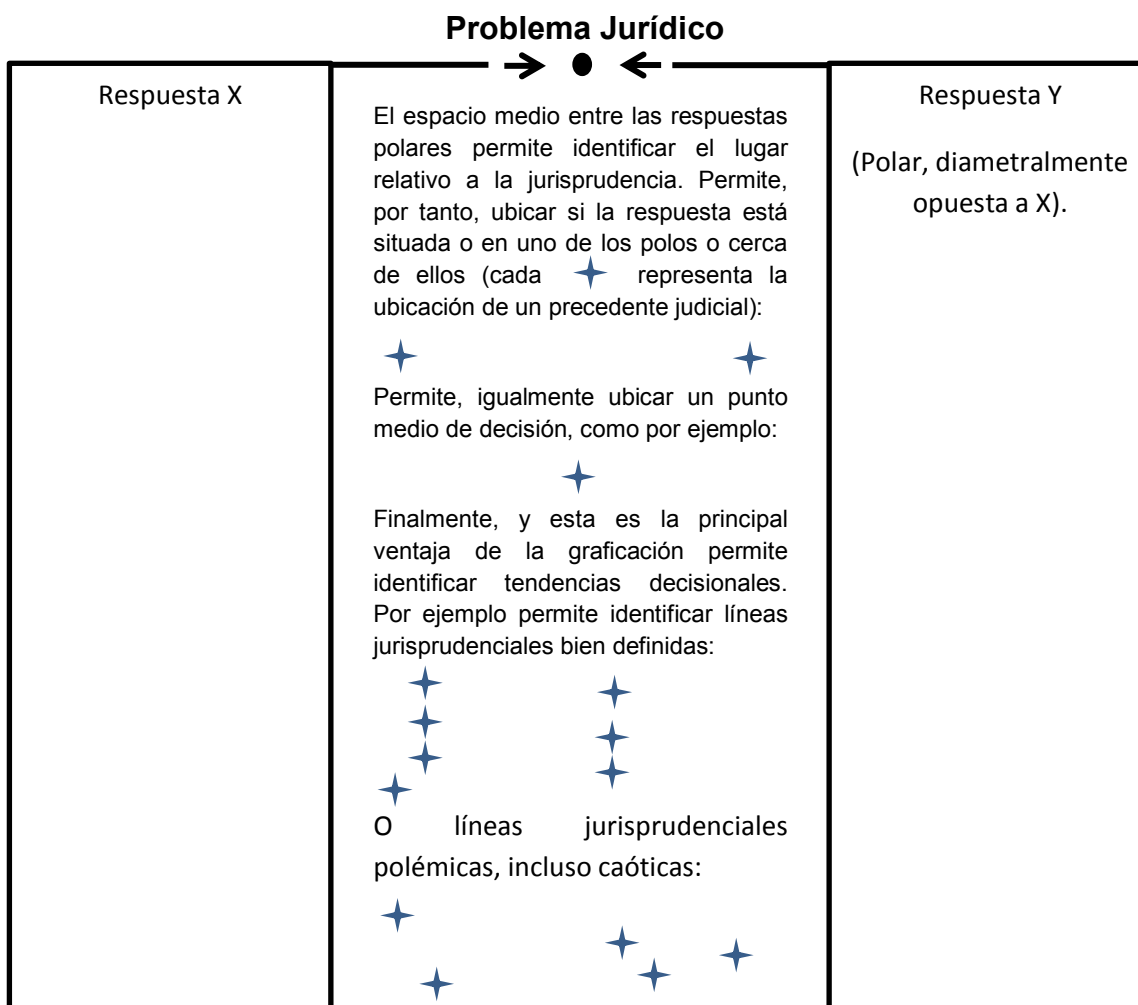
El Derecho de origen judicial, tiene como una de sus principales características el ser incremental, es decir, que con el pasar del tiempo diversas características serán agregadas o quizás removidas de la línea jurisprudencial, sin que esto signifique su modificación total. Es por este motivo, que el análisis que debe realizarse de la línea jurisprudencial, debe ser temporal y debe basarse en diversas sentencias que se relacionen entre sí.¹¹⁵ Como la línea jurisprudencial es

¹¹⁴ Cfr. Cfr. Sagüés, Néstor Pedro, *op. cit.*, nota 74, p. 383.

¹¹⁵ Cfr. López de Medina, Diego Eduardo, *El Derecho de los jueces*, *op. cit.*, nota 107, p. 55.

una idea abstracta, resulta de gran ayuda graficarla en torno a un problema jurídico bien definido, de forma tal, que sea posible observar las diferentes respuestas que la jurisprudencia ha brindado en un lapso de tiempo determinado.¹¹⁶

A continuación veremos un modelo ejemplo de la graficación de las líneas jurisprudenciales, a fin de poder comprender mejor este método.



Fuente: Diego Eduardo López de Medina, *El Derecho de los Jueces*, p.57

Cabe aclarar que de acuerdo a este método, el problema jurídico debe ser formulado con base en características específicas, consecuentemente, el

¹¹⁶ *Ibidem.*, p. 56.

problema sobre el cual graficaremos la línea jurisprudencial sobre el control de convencionalidad, estará relacionado con la facultad de la Corte Interamericana y los Tribunales internos para ejercer el control de los actos y omisiones que generen responsabilidad internacional del Estado, en el marco de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Como paso previo a la graficación de la línea jurisprudencial, sistematizaremos lo más relevante de las sentencias, opiniones consultivas y votos particulares, estudiados anteriormente.

Figura N° 3

Sentencias y votos particulares relativos al control de convencionalidad

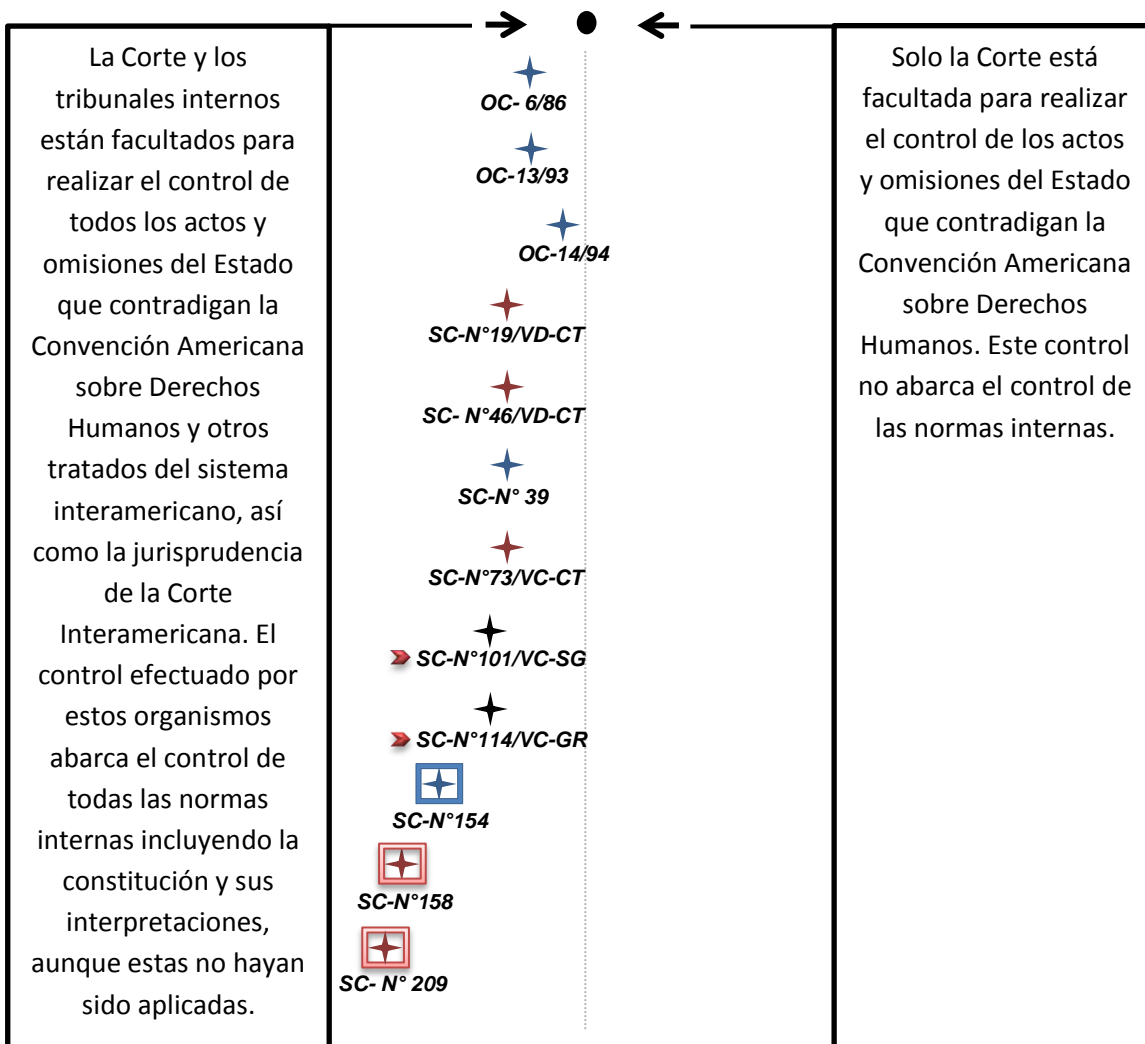
Denominación	Caso	Ratio Decidendi	Año
OC-6/86	Opinión Consultiva “La expresión leyes en el artículo 30 de la Convención Americana de Derechos Humanos”	El procedimiento legislativo no impide que una ley aprobada por el Parlamento llegue a ser violatoria de los derechos humanos, posibilidad que reclama la necesidad de algún régimen de control posterior.	1986
OC-13/93	Opinión Consultiva “Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”	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.	1993
OC-14/94	Opinión Consultiva “Responsabilidad Internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención”	No existe en la Convención disposición alguna que permita a la Corte decidir, en el ejercicio de su competencia contenciosa, si una ley que no ha afectado aún los derechos y libertades protegidos de individuos determinados es contraria a la Convención	1994
SC-N°19/VD-CT	Jurisdicción Contenciosa Caso El Amparo vs Venezuela, Fondo, voto disidente juez Cançado Trindade	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,	1996
SC- N°46/VD-CT	Jurisdicción Contenciosa Caso El Amparo vs Venezuela, Interpretación de Sentencia, voto disidente juez Cançado Trindade	No se puede esperar que las disposiciones convencionales se “adapten” o se subordinen a las soluciones de derecho constitucional o de derecho público interno, que varían de país a país, y aún menos a ordenamientos particularmente circunscritos, y de aplicación por definición especial o limitada	1997
SC-N°39	Jurisdicción Contenciosa Caso Garrido Baigorria vs Argentina, Reparaciones y Costas	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.	1998

Denominación	Caso	Ratio Decidendi	Año
SC-N°73/VC-CT	Jurisdicción Contenciosa Caso "La última tentación de Cristo vs Chile", Fondo, reparaciones y costas, voto concurrente juez Cançado Trindade.	La responsabilidad internacional del Estado puede generarse por actos u omisiones de cualquier poder u órgano de éste, independientemente de su jerarquía, que violen la Convención Americana. Es decir, todo acto u omisión, imputable al Estado, en violación de las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, compromete la responsabilidad internacional del Estado	2001
SC-N°101/VC-GR	Jurisdicción Contenciosa Caso "Myrna Mack Chang vs Guatemala" voto concurrente juez Sergio García Ramírez	No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte sólo a uno o algunos de sus órganos, entregar a éstos la representación del Estado en el juicio --sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto-- y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del <i>"control de convencionalidad" que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional.</i>	2003
SC-N°114/VC-GR	Jurisdicción Contenciosa Caso "Tibi vs Ecuador" voto concurrente juez Sergio García Ramírez	La Corte Interamericana, analiza los actos que llegan a su conocimiento en relación con normas, principios y valores de los tratados en los que funda su competencia contenciosa. Dicho de otra manera, si los tribunales constitucionales controlan la "constitucionalidad", el tribunal internacional de derechos humanos resuelve acerca de la "convencionalidad" de esos actos.	2004
SC-N°154	Jurisdicción Contenciosa Almonacid Arellano vs Chile, Excepciones, fondo, reparaciones y costas	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.	2006
SC-N°158	Jurisdicción Contenciosa Trabajadores Cesados del Congreso vs Perú, Excepciones, fondo, reparaciones y costas	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.	2006
SC-N°209	Jurisdicción Contenciosa Radilla Pacheco vs México, Excepciones, fondo, reparaciones y costas	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 fin que persigue la Convención.	2009

Fuente: Elaboración propia

¿La Corte Interamericana de Derechos Humanos y los Tribunales de justicia internos, están facultados para ejercer el control de los actos y omisiones que violen la Convención Americana sobre Derechos Humanos? Y ¿Este control abarca el control de las normas internas incluyendo la Constitución?

Nomenclatura	
★ = Sentencia;	★ = Sentencia Fundadora del Control de Convencionalidad;
★ = Voto Disidente o Concurrente Juez Cançado Trindade;	★ = Sentencia Hito
★ = Voto Concurrente Juez García Ramírez;	➤ = Primeras alusiones al Control de Convencionalidad



Fuente: Elaboración Propia

Como puede observarse en la gráfica anterior, desde el comienzo de sus funciones, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha mantenido una línea jurisprudencial de tendencia abierta hacia el control de cualquier acto u omisión que este en posible contravención con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, siendo el único rasgo de autolimitación de su competencia, el de si se encuentra facultada para realizar el control de normas vigentes pero que todavía no han sido aplicadas, posición que posteriormente fue abandonada. Ésta grafica también revela, que de alguna manera, la idea del control de convencionalidad en sus dos variantes (ejercido en sede nacional o internacional) ha estado presente en el pensamiento de la Corte desde sus inicios.

Como pudimos observar a lo largo del presente capítulo, el Control de Convencionalidad, desde la perspectiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se configura como una garantía de cumplimiento de las obligaciones asumidas por los Estados al ratificar la Convención Americana sobre derechos Humanos. Este control debe llevarse a cabo respecto de todos los actos u omisiones del Estado, sean estos actos u omisiones de sus funcionarios y agentes, como de todas las normas que integran el ordenamiento jurídico, incluida la jurisprudencia de los Tribunales, no siendo posible según la Corte, argumentar como causal de dicho incumplimiento la vulneración del orden constitucional.

CAPÍTULO CUARTO **EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN LA DOCTRINA**

1. RECEPCIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL EN EL DERECHO INTERNO

Al igual que en la jurisprudencia interamericana, la referencia al control de convencionalidad es reciente en la doctrina, no obstante, si bien no con ese nombre, la doctrina del Derecho Internacional ha abordado lo referente al control de convencionalidad desde la perspectiva de la recepción del Derecho Internacional en el Derecho Interno.

Cuando hablamos de la recepción del Derecho Internacional en el Derecho Interno, en realidad hacemos referencia a las relaciones existentes entre dos conjuntos de normas de naturaleza distinta, que según la corriente que se adopte (monismo o dualismo), constituyen uno o dos sistemas normativos. Estas corrientes tienen su origen en el debate iusfilosófico sobre el origen y fundamento del Derecho, el cual se expresa en la doctrina del voluntarismo y en la doctrina del objetivismo, que estudiaremos a continuación.¹¹⁷

1.1. La doctrina del voluntarismo y la corriente dualista en la relación del Derecho Internacional con el Derecho Interno

De acuerdo a la doctrina voluntarista, el Derecho es producto de la voluntad humana. De esta manera el Derecho Interno se configura sobre la base de la voluntad de los ciudadanos y el Derecho Internacional sobre la base de la voluntad de los Estados.¹¹⁸ Esta doctrina conduce a la corriente dualista, la cual sostiene

¹¹⁷ Cfr. Rousseau, Charles, *Derecho Internacional Público*, 2ª edición, Barcelona, Ariel, 1961, pp. 3 y 4.

¹¹⁸ *Idem*.

que el orden jurídico interno y el orden internacional son dos sistemas iguales e independientes, pero separados el uno del otro en razón a tres aspectos:

- 1) **Respecto de sus fuentes.**- La costumbre y los tratados como normas de Derecho Internacional, se basan en la voluntad de los Estados, mientras que las normas de Derecho Interno (leyes, decretos, etc.) se basan en la constitución de cada Estado.
- 2) **Respecto de su objeto de regulación.**- El Derecho Internacional tiene como objeto de regulación las relaciones entre los Estados, y en algunos casos, a las relaciones entre los Estados y las Organizaciones Internacionales. Por su parte, el Derecho Interno tiene como objeto de regulación las relaciones entre los individuos y entre éstos y los diferentes órganos del Estado, o entre los órganos del Estado en sus diferentes niveles.
- 3) **Respecto de su sustancia.**- El Derecho Internacional está compuesto por normas que reflejan la voluntad soberana de cada Estado, y en consecuencia sus normas están formadas por Estados iguales entre sí. Esto da lugar a que los Estados puedan elegir qué normas aceptan y cuáles no, lo que en el Derecho Interno no es posible. En esos términos, se entiende que el Derecho Internacional es un Derecho más débil, respecto del Derecho Interno.¹¹⁹

La corriente dualista, que nace como dijimos de la doctrina del voluntarismo, considera que en caso de contradicción entre las normas de Derecho Interno y las normas de Derecho Internacional, prevalecen las del Derecho Interno, siendo el Estado responsable en el plano internacional. Con relación al sistema de recepción del Derecho Internacional en el Derecho Interno, esta corriente postula

¹¹⁹ Cfr. Becerra Ramírez, Manuel, *La recepción del derecho internacional en el derecho interno*, 2ª edición, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie doctrina jurídica, N° 330, 2012, p. 13.

el sistema de la transformación, según el cual, las normas de Derecho Internacional deben ser previamente transformadas, en normas de Derecho Interno en los diferentes niveles normativos (constitucional, legal he infralegal), para poder ser aplicadas.¹²⁰

1.2 La doctrina objetivista y la corriente monista en la relación del Derecho Internacional con el Derecho Interno

Al contrario de la doctrina voluntarista, la doctrina objetivista sostiene que el origen y fundamento de las normas jurídicas yace en una norma fundamental. Ésta posición da lugar a que la corriente monista, afirme la existencia de un solo sistema normativo, en el que se encontrarían tanto las normas internas como las normas internacionales. Esta corriente sostiene que si bien pertenecen a un mismo sistema, tanto el orden nacional, como el orden internacional, estos se encuentran en relación de subordinación, siendo el orden internacional superior al orden interno.¹²¹

Otro aspecto que debe destacarse, es que desde la óptica monista, las normas de Derecho Internacional no requieren, como en la corriente dualista, de una transformación, puesto que estas normas son autoaplicables. Este sistema es denominado como sistema de incorporación, y su principal característica es que la norma entra en vigor en el sistema interno y en el sistema internacional al mismo tiempo.¹²²

Como era de esperarse, los tribunales de justicia con jurisdicción internacional (Corte Internacional de Justicia, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Tribunal Europeo, etc.), así como diversas organizaciones internacionales, respaldaron la doctrina monista. Los Estados por su parte, si bien al principio adoptaron la corriente dualista, con el pasar del tiempo adoptaron una corriente dualista más flexible, según la cual se acepta que el Derecho Internacional es

¹²⁰ Cfr. *Ibidem*, pp. 14 y 26.

¹²¹ Cfr. Rousseau, Charles, *op. cit.*, nota 117, pp. 3 y 4.

¹²² Cfr. Becerra Ramírez, Manuel, *op. cit.*, nota 119, p 26.

superior al Derecho Interno, con excepción de las normas constitucionales, es decir que en el caso de contradicción entre una norma de Derecho Internacional y una norma infraconstitucional, prevalece el Derecho Internacional, sin embargo si la contradicción es con una norma constitucional, prevalece ésta.¹²³

1.3. Recepción del Derecho Internacional en el Derecho Interno, según la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.

Desarrollada en la ciudad de Viena el año 1969, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados tiene como objeto regular el procedimiento para la celebración de tratados. Esta convención considera a los tratados como fuente del Derecho Internacional y un medio para desarrollar la cooperación pacífica entre las naciones.¹²⁴

La Convención de Viena establece normas específicas referentes a la relación del Derecho Internacional con el Derecho Interno, haciendo énfasis en la recepción del Derecho Internacional como a la jerarquía de las normas internacionales en el orden interno. Éstas normas se encuentran contenidas en los enunciados normativos referentes a: **1) El principio de Pacta Sunt Servanda** (artículo 26) **2) Derecho Interno y la observancia de los tratados** (artículo 27) y; **3) Disposiciones de Derecho Interno concernientes a la competencia para celebrar tratados** (artículo 46), las cuales estudiaremos a continuación.

1.3.1. El principio Pacta Sunt Servanda

De acuerdo a la doctrina del Derecho Internacional, el principio *Pacta Sunt Servanda*, constituye la columna vertebral del Derecho Internacional.¹²⁵ Dicho

¹²³ Cfr. *Ibidem.*, pp. 25-43.

¹²⁴ Cfr. Organización de Naciones Unidas, *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969*, Preámbulo.

¹²⁵ De acuerdo a la Comisión de Derecho Internacional, el principio de Pacta Sunt Servanda constituye el principio fundamental del Derecho de los Tratados. Cfr. Buergenthal, Thomas, et. al, *Manual de Derecho Internacional Público*, México, Fondo de Cultura Económica, 1994, p 87;

principio, expresa la obligatoriedad de las partes de un tratado, de cumplir con lo acordado de buena fe. La Carta de la Organización de las Naciones Unidas, con relación a este principio estable en su preámbulo:

Nosotros los pueblos de las Naciones Unidas resueltos:

A crear condiciones bajo las cuales puedan mantenerse la justicia y el respeto a las obligaciones emanadas de los tratados y de otras fuentes del derecho internacional...¹²⁶

De igual forma en el artículo 2 párrafo segundo del mismo cuerpo normativo, con relación a dicho principio, señala que:

Artículo 2

Para la realización de los propósitos consignados en el Artículo 1, la Organización y sus miembros procederán de acuerdo con los siguientes principios:

2. Los miembros de la Organización, a fin de asegurarse los derechos y beneficios inherentes a su condición de tales, *cumplirán de buena fe las obligaciones contraídas por ellos* de conformidad con esta Carta.¹²⁷ (*Cursivas añadidas*)

Como señalamos anteriormente este principio se encuentra reconocido de forma expresa por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados en el artículo 26, el cual señala:

Artículo 26.

"Pacta sunt servanda". Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.¹²⁸

Dionisio Anzilotti citado por Cesar Sepúlveda, señala que la fuerza obligatoria de los tratados deriva del principio de que los Estados deben respetar los acuerdos concluidos entre ellos. Sepúlveda, Cesar, Derecho Internacional, 8ª edición, México, Porrúa, 1977, p 51.

¹²⁶ Organización de Naciones Unidas, *Carta de las Naciones Unidas*, 1945, Preámbulo.

¹²⁷ *Ibidem.*, artículo 2.

Como pudimos observar, tanto la Carta de las Naciones Unidas como la Convención de Viena, manifiestan que los tratados internacionales pactados por los Estados deben cumplirse de buena fe.

1.3.2. El Derecho Interno y la observancia de los tratados

Otro de los enunciados normativos referentes a la relación entre el Derecho Interno y el Derecho Internacional, es el contenido en el artículo 27 de la Convención de Viena, el cual establece que:

Artículo 27

El derecho interno y la observancia de los tratados. *Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.* Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.¹²⁹ *(Cursivas añadidas)*

La norma citada complementa a la anterior, puesto que, si aceptamos la premisa de que los acuerdos internacionales deben cumplirse, los Estados no pueden justificar su incumplimiento por ninguna causa, incluso si esta fuera contravenir su Derecho Interno.

1.3.3. Disposiciones de derecho interno concernientes a la competencia para celebrar tratados

El último enunciado normativo que debemos analizar es el contenido en el artículo 46 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, debido a que, como veremos a continuación, constituye una excepción al principio de *Pacta Sunt Servanda*.

¹²⁸ Organización de Naciones Unidas, *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969*, artículo 26.

¹²⁹ *Ibidem*, artículo 27.

Artículo 46

Disposiciones de derecho interno concernientes a la competencia para celebrar tratados. 1. El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifiesto en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, *a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno.*

2. Una violación es manifiesta si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe.¹³⁰ (Cursivas añadidas)

Desde nuestro punto de vista este artículo es de suma importancia, puesto que en él se hace evidente que para que un tratado sea cumplido debe ser legalmente establecido, es decir, que haya sido establecido por las autoridades competentes para dicho acto y según el procedimiento establecido por la norma fundamental de los Estados parte de un tratado. Cabe destacar que como señala la segunda parte de este enunciado normativo, solo será aceptable el incumplimiento de un tratado si resultare evidente para los demás Estados parte del tratado que el consentimiento del Estado infractor no fue correctamente manifestado por las autoridades competentes según su norma fundamental.

1.4. Recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Derecho Interno

Como consecuencia de la Segunda Guerra Mundial y el flagelo a la humanidad en ella infringida, el escenario internacional cambió, dando lugar a la formación de un movimiento a nivel internacional en favor del reconocimiento internacional de los derechos humanos. Es así que el principal objetivo para la conformación de la Organización de Naciones Unidas, fue precisamente, la consecución de la paz y

¹³⁰ *Ibidem*, artículo 46.

seguridad internacional y el respeto de los derechos humanos.¹³¹ De esta manera la tendencia jurídica internacional, se enfocó principalmente en el reconocimiento de los derechos humanos en diversos tratados internacionales. Esto generó como consecuencia que la subjetividad internacional que tradicionalmente se reconocía sólo a los Estados y Organismos Internacionales, se ampliara también a las personas.¹³²

El reconocimiento de los derechos humanos en diversos tratados internacionales tuvo como punto de partida los derechos ya reconocidos en diversas constituciones, motivo por el cual, como señala Eduardo Ferrer Mac-Gregor, el Derecho Constitucional de los Derechos Humanos se internacionalizó, dando lugar al Derecho Internacional de los Derechos Humanos.¹³³

El 16 de julio de 1971, el Consejo Constitucional de Francia otorgó valor jurídico constitucional al preámbulo de la Constitución francesa, así como a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, bajo el argumento de que dichos documentos históricos formaban parte del bloque de constitucionalidad.¹³⁴

El concepto de bloque de constitucionalidad, acuñado como vimos por el Consejo Constitucional francés, fue recogido por la jurisprudencia de diversos tribunales latinoamericanos,¹³⁵ e incorporado a diversos textos constitucionales de la región,¹³⁶ a fin de establecer que los tratados internacionales sobre derechos

¹³¹ Cfr. Organización de Naciones Unidas, *Carta de las Naciones Unidas*, 1945, artículo 1.

¹³² Cfr. Becerra Ramírez, Manuel, *op. cit.*, nota 119, pp 59 y 60.

¹³³ Cfr. Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *El control difuso de convencionalidad en el Estado Constitucional*, *op. cit.*, nota 3, p. 159.

¹³⁴ Cfr. Ospina Mejía, Laura, "Breve aproximación al concepto de bloque de constitucionalidad en Francia", en *Elementos de juicio. Revista de temas constitucionales*, Bogotá, núm. 2, julio-septiembre de 2006, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/juicio/cont/2/cnt/cnt8.pdf>

¹³⁵ La Corte Constitucional de Colombia en Sentencia Constitucional N° 358 de 1997 y la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de Chile en Sentencia Rol N° 3125 – 04 de 13 de marzo de 2007, reconocieron la jerarquía constitucional de los tratados internacionales sobre derechos humanos.

¹³⁶ Las constituciones de Argentina (Art. 75); Venezuela (Art. 23) y; Bolivia (Art. 410) reconocen de forma expresa que los tratados internacionales sobre Derechos Humanos tienen rango constitucional y forman parte del bloque de constitucionalidad. Las constituciones de México (Art 1) y Ecuador (Art. 416 inc.7, 417 y 426), si bien no reconocen de forma expresa la jerarquía constitucional de los tratados internacionales sobre Derechos Humanos, establecen los principios de interpretación conforme y pro persona.

humanos tienen jerarquía constitucional. Por los motivos expuestos, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos recibió un trato diferenciado al resto de las normas internacionales. Este trato diferenciado se expresa en el reconocimiento de la jerarquía constitucional de dichos tratados, cuando estos reconozcan de igual forma que el texto constitucional un derecho determinado. Ahora bien, en el caso de que algún tratado sobre derechos humanos haga un reconocimiento más favorable de los derechos de las personas, éste gozará de aplicación preferente respecto de la constitución.¹³⁷ Este fenómeno implica una constitucionalización del Derecho Internacional, producto de la constante relación entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Procesal Constitucional.¹³⁸

2. CONTROL INTERNO DE CONVENCIONALIDAD

El control interno de convencionalidad a nivel del sistema interamericano, surge de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en un contexto de constitucionalización del Derecho Internacional.¹³⁹ La principal diferencia entre éste tipo de control y el control ejercido por la Corte Interamericana, radica en que el control interno debe sujetarse a los parámetros establecidos en la jurisprudencia interamericana. Ahora bien, el control interno de convencionalidad, en términos generales, consiste en la obligación de todo juez o tribunal nacional de realizar un examen de compatibilidad de las disposiciones normativas y actos internos que se aplicaran a un caso concreto, con los tratados internacionales del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos

¹³⁷ Un ejemplo de lo aquí expresado se puede observar en lo dispuesto por el artículo 256 de la Constitución boliviana, según la cual: *I. Los tratados e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que hayan sido firmados, ratificados o a los que se hubiera adherido el Estado, que declaren derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, se aplicarán de manera preferente sobre ésta. II. Los derechos reconocidos en la Constitución serán interpretados de acuerdo a los tratados internacionales de derechos humanos cuando éstos prevean normas más favorables.*

¹³⁸ Cfr. *Ibidem*, pp. 169 y 170; Becerra Ramírez, Manuel, *La recepción del derecho internacional en el derecho interno*. *op. cit.*, nota 118, pp 66 y 67; las constituciones de Argentina, Bolivia, Ecuador, Perú y Venezuela son un claro ejemplo.

¹³⁹ Cfr. Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *op. cit.*, nota 3, p. 176.

Humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.¹⁴⁰ A fin de comprender a cabalidad la esencia y los alcances de este tipo de control, analizaremos sus principales características.

2.1. Autoridades competentes para ejercer el control interno de convencionalidad

De acuerdo con Sergio García Ramírez, el control interno de convencionalidad debe ser ejercido por todas aquellas autoridades que tengan la función de promover, respetar y garantizar los derechos humanos reconocidos en el *corpus iuris* interamericano.¹⁴¹ 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. Dicho control debe ser ejercido en el marco de sus competencias y de las regulaciones procesales correspondientes.¹⁴² Ahora bien, debe aclararse que la Corte Interamericana no se ha pronunciado sobre si el control interno de convencionalidad, debe ser concentrado o difuso, quedando la elección del sistema de control, a cargo de los Estados que aceptaron la jurisdicción contenciosa de la Corte, de acuerdo a sus condiciones específicas.¹⁴³

2.2. Carácter ex officio

Al considerarse el control de convencionalidad como una garantía de cumplimiento de *obligaciones nacionalmente aceptadas y colectivamente establecidas*,¹⁴⁴ su ejercicio no requiere petición de alguna de las partes del proceso, debiendo llevarse a cabo de oficio. Ahora bien como menciona Sergio

¹⁴⁰ *Idem.*

¹⁴¹ Cfr. García Ramírez Sergio, *El control judicial de convencionalidad interno*, México, IUS revista del instituto de ciencias jurídicas de Puebla, 2011, núm. 28 julio-diciembre, p. 126.

¹⁴² Cfr. Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *op. cit.*, nota 3, p. 187.

¹⁴³ Cfr. García Ramírez Sergio, *op. cit.*, nota 141, p. 151.

¹⁴⁴ *Ibidem.*, p. 128.

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.¹⁴⁵

2.3. Bloque de Convencionalidad

El control de convencionalidad debe ejercerse respecto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como también sobre 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 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.¹⁴⁶

2.4. Efectos de la declaratoria de inconvencionalidad

Las normas y actos que se reputen inconvencionales, carecen de efectos jurídicos desde su inicio, así como los derivados de éstos.¹⁴⁷ Cabe aclarar, que de forma general, el efecto de la declaratoria de inconvencionalidad es *erga omnes*, es decir que posee alcance general y por lo tanto es vinculante para todos,

¹⁴⁵ *Idem.*

¹⁴⁶ *Ibidem.*, pp.134-136.

¹⁴⁷ Cfr. Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *op. cit.*, nota 3, p. 187.

gobernantes y gobernados, pero como bien señala Sergio García Ramírez, cuando los tribunales nacionales despliegan el control de convencionalidad en ausencia de definiciones de la Corte Interamericana, dichas decisiones tienen efecto *inter partes*.¹⁴⁸ Por otro lado, cuando el control interno 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.¹⁴⁹

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 los tratados internacionales. Si bien siempre existió un conflicto entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno, pues los Estados siempre han sido celosos de su soberanía, nunca se presentó un problema real entre ambos, puesto que la responsabilidad internacional del Estado, sólo era efectiva en el plano internacional, siendo las normas nacionales en el plano interno, superiores a las normas internacionales. Sin embargo, con el advenimiento del Derecho Internacional de los Derechos Humanos como consecuencia de la Segunda Guerra Mundial y el reconocimiento de la subjetividad internacional de las personas, se dio la necesidad de reconocer a esta categoría de normas internacionales un trato diferenciado al del resto de normas del orden internacional.

¹⁴⁸ Cfr. García Ramírez Sergio, *op. cit.*, nota 141, p. 128.

¹⁴⁹ *Ibidem.*, p. 139.

CONCLUSIONES

Del estudio sistemático de: *el principio de supremacía constitucional*, desarrollado a partir de la teoría constitucional (capítulo 1), como de la teoría sistémica del Derecho (capítulo 2) y; *el control de convencionalidad*, desarrollado a partir de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (capítulo 3), como de la doctrina del Derecho Internacional Público y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (capítulo 4), se confirma en la presente investigación la hipótesis planteada, en el sentido de que el control de convencionalidad, sea este llevado a cabo por la Corte Interamericana de Derechos Humanos o por los Tribunales internos de los Estados signatarios de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, *no supone una violación al principio de supremacía constitucional de los Estados que aceptaron la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana*, puesto que, los tratados internacionales sobre derechos humanos del Sistema Interamericano y la jurisprudencia interamericana que se desprende de ellos, poseen jerarquía constitucional. Dicha conclusión se basa en los siguientes argumentos:

- Todas las teorías sobre el sistema jurídico estudiadas, sostienen que la jerarquía de las normas se determinan por su origen. Así en la teoría de Austin, la legislación directa establecida por el legislador último (soberano), es superior a la legislación delegada emitida por el legislador no último. De igual manera en la teoría de Kelsen, las normas que establecen los parámetros formales y materiales para la creación de otras normas, son superiores respecto de estas, en tanto que determinan su validez normativa. Por último en la teoría de Hart, las normas secundarias compuestas por reglas de reconocimiento, cambio y adjudicación, son superiores a las normas primarias de obligación, por cuanto éstas dependen de las normas secundarias para reconocerse como parte del sistema, crearse, modificarse, aplicarse o extinguirse. Tomando en cuenta estas características, debemos

sostener que las normas de Derecho Internacional de los Derechos Humanos del Sistema Interamericano y la jurisprudencia interamericana que deriva de ellas, no pueden considerarse como superiores al Derecho Constitucional de los Estados parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, puesto que el origen de dichas normas internacionales se fundamenta en el Derecho Constitucional de cada Estado, el cual regula el procedimiento para constituir o extinguir tratados.

- Los Estados que ratificaron la Carta de Naciones Unidas y la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, aceptaron no justificar el incumplimiento de un tratado, bajo el argumento de la vulneración su Derecho Interno, así como cumplir las obligaciones emanadas de los tratados de buena fe. Ahora bien, la única forma de cumplir con esta obligación sin caer en el error de afirmar que el Derecho Internacional posee jerarquía supra constitucional, por los argumentos expresados en el epígrafe anterior, es incorporando las normas de Derecho Internacional a su norma constitucional. Consecuentemente, cuando una norma de Derecho Internacional se ratifica y por lo tanto se incorpora a la norma constitucional, establece nuevos parámetros de validez material de las normas que conforman el sistema jurídico, lo que reafirma su jerarquía constitucional.

- El hecho de que la jurisprudencia interamericana haya determinado en varias ocasiones la inconventionalidad de normas constitucionales, no significa que las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos interamericano, sean jerárquicamente superiores a las normas constitucionales. Esto solo significa la verificación de la existencia de antinomias normativas y la correspondiente obligación de adecuación normativa de los Estados que aceptaron la jurisdicción contenciosa de la Corte.

- Como consecuencia de la violación sistemática de los derechos humanos de millones de personas en la Segunda Guerra Mundial, la teoría predominante de las fuentes del Derecho en la familia jurídica romano germánica, según la cual el Derecho de origen legislativo (leyes) era la única expresión del Derecho positivo, cambió radicalmente, dando lugar a que las normas constitucionales, consideradas generalmente como normas programáticas dirigidas al legislador sin ningún valor normativo, sean consideradas como auténticas normas jurídicas, que además, en tanto son la fuente de validez de las demás normas, se encuentran en un grado jerárquico superior. Esta característica propició el reconocimiento en el Derecho Constitucional, de amplios catálogos de derechos humanos y los procedimientos necesarios para su tutela. Paralelo a este acontecimiento, en el plano internacional se fue gestando un movimiento codificador de los derechos humanos en diversos tratados internacionales, estableciéndose además, diversos organismos jurisdiccionales para supervisar su cumplimiento. Esto generó como consecuencia el reconocimiento de la subjetividad internacional de las personas, modificándose así, parte de la teoría tradicional del Derecho Internacional Público, según la cual solo los Estados y los organismos internacionales son sujetos de derecho en el plano internacional. En lo que respecta al Sistema Interamericano, el correcto desarrollo de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, generó como consecuencia el reconocimiento en diversos textos constitucionales de la jerarquía constitucional de los tratados sobre derechos humanos y en aquellos Estados en los que este reconocimiento no se expresó en las normas constitucionales, acabó estableciéndose en la jurisprudencia constitucional de sus tribunales internos.

RECOMENDACIONES

La tesis planteada en la presente investigación, en la medida que sea aceptada por la doctrina del Derecho Constitucional y el Derecho Internacional Público, tiene diversas implicaciones que deben ser tomadas en cuenta. Motivo por el cual formulamos las siguientes recomendaciones:

- Si aceptamos que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, tiene rango constitucional y por lo tanto es parte de la constitución de los diferentes Estados, debemos aceptar también que el establecimiento, modificación y extinción de estos tratados implica cambios en la constitución formal de los Estados, motivo por el cual, estos procedimientos deben estar revestidos de las mismas formalidades que se exige para reformar una constitución. No pudiendo ser estos procedimientos similares a los procedimientos de reforma legislativa. Por este motivo se RECOMIENDA QUE: el procedimiento de *ratificación* de los tratados internacionales sobre Derechos Humanos, así como el procedimiento para la *denuncia* de los mismos, debe ser igual o por lo menos similar, al procedimiento de reforma constitucional.

- Tomando en cuenta que tanto el principio de supremacía constitucional como la teoría del control de convencionalidad son de origen jurisprudencial, la aplicación de éstos, requiere la formación de operadores jurídicos en técnicas de estudio y análisis jurisprudencial. Por este motivo se RECOMIENDA QUE: la formación de recursos humanos en las ciencias jurídicas, incluya contenidos relativos a las técnicas de construcción de líneas jurisprudenciales y en general al estudio y análisis del Derecho Judicial.

- El hecho de considerar los tratados internacionales sobre derechos humanos como parte de las constituciones de los diferentes Estados, implica también que los diferentes sistemas jurídicos de los estados signatarios de estos tratados, se encuentran conectados por normas comunes. Por este motivo se RECOMIENDA QUE: los tribunales internos de los Estados signatarios de tratados internacionales sobre derechos humanos, tomen en cuenta las interpretaciones que de estos tratados hacen los demás tribunales.

- Reconocer que existen diferentes textos normativos que poseen jerarquía constitucional, implica reconocer también la existencia de diversas contradicciones normativas, reflejadas en contradicciones de valores, principios y aun de derechos. Por este motivo se RECOMIENDA QUE: los derechos, valores y principios no sean entendidos como absolutos, debiendo adoptarse la tesis de la ductilidad constitucional propuesta por Zagrevsky, así como también, la teoría de la Constitución Abierta, propuesta por Pablo Lucas Verdú.

BIBLIOGRAFÍA

I. OBRAS DE AUTORES

BECERRA RAMÍREZ, Manuel, *La recepción del derecho internacional en el derecho interno*, 2ª edición, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012, Serie doctrina jurídica, núm. 330.

BUERGENTHAL, Thomas, et al., *Manual de Derecho Internacional Público*, México, Fondo de Cultura Económica, 1994.

BOBBIO, Norberto, *Teoría General del Derecho*, 2ª edición, Bogotá, Temis, 2005.

BODENHEIMER, Edgar, *Teoría del Derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 1942.

CAMILLE JAUFFRET-SPINOSI, René David, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, Madrid, Aguilar, 1973.

CAMPOS BIDART, German, *Manual de la Constitución Reformada*, t. I, 4ª edición, Buenos Aires, Ediar, 2006.

CARPIZO, Jorge, *Estudios Constitucionales*, 5ª edición, México, Porrúa, 1996.

CASTILLO ALVA, José Luis y CASTILLO CÓRDOVA, Luis, *El precedente judicial y el precedente constitucional*, Lima, Ara, 2008.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, “El control difuso de convencionalidad en el Estado Constitucional”, en FIX ZAMUDIO, Héctor y VALADEZ, Diego (coords), *Formación y perspectivas del Estado en México*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010, serie estudios jurídicos, núm. 164.

FERRAJOLI, Luigi, “Pasado y futuro del estado de derecho”, en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, 2ª edición, Madrid, Trotta, 2005.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *El control judicial de convencionalidad interno*, México, IUS revista del instituto de ciencias jurídicas de Puebla, N°. 28 julio-diciembre de 2011.

GASCÓN ABELLÁN, Marina y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, *La argumentación en el Derecho*, 2ª edición, Lima, Palestra, 2005.

HART, Herbert, *El concepto del Derecho*, 2ª edición, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1961.

- HUERTA OCHOA, Carla, *Teoría del derecho, cuestiones relevantes*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009, Serie doctrina jurídica, núm. 461.
- JINESTA, Ernesto, “Control de convencionalidad ejercido por los tribunales y salas constitucionales”, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coord.), *El control difuso de convencionalidad, dialogo entre los jueces de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, México, Fundación Universitaria de Derecho Administración y Política, 2012.
- KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1989, Serie G, Estudios doctrinales, núm. 20.
- , *Teoría Pura del Derecho*, en Hans Kelsen Obras, Clásicos del Derecho, México, Asociación Nacional del Notariado Mexicano, 2000.
- , *Teoría general de estado*, 2ª. Ed., Barcelona, Bosch, 1934.
- , *El contrato y el tratado, analizados desde el punto de vista de la teoría pura del derecho*, Editora Nacional, Escuela Nacional de Jurisprudencia, 1979, Serie monografías, núm. 1.
- LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo, *El Derecho de los Jueces, obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial*, Bogotá, Legis, 2000.
- MAGALONI KERPEL, Ana Laura, “¿Por qué la Corte Suprema no ha sido un instrumento de defensa para los derechos fundamentales?”, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y ZALDÍVAR, Arturo (comps.), *La ciencia del Derecho Procesal Constitucional: Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio*, t. II: *Tribunales Constitucionales y Democracia*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2008.
- OSPINA MEJÍA, Laura, “Breve aproximación al concepto de bloque de constitucionalidad en Francia”, en *Elementos de juicio. Revista de temas constitucionales*, Bogotá, núm. 2, julio-septiembre de 2006.
- POLO BERNAL, Efraín, *Manual de Derecho Constitucional*, México, Porrúa, 1985.
- REY CANTOR, Ernesto, *Introducción al derecho procesal constitucional, controles de Constitucionalidad y Legalidad*, Cali, Universidad Libre de Cali, 1994.
- RAZ, Joseph, *El Concepto de Sistema Jurídico: Una introducción a la teoría del Sistema Jurídico*. México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Estudios Doctrinales, núm. 93, 1986.

RIVERA, José Antonio. *El Tribunal Constitucional Defensor de la Constitución*, La paz, GTZ, 2007.

-----, *Jurisdicción Constitucional: Procesos Constitucionales en Bolivia*, Cochabamba, Kipus, 2004.

ROUSSEAU, Charles, *Derecho Internacional Público*, 2ª edición, Barcelona, Ariel, 1961.

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”, en BOGDANDY, Armin von et al., (coords), *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011.

SEPÚLVEDA, Cesar, *Derecho Internacional*, 8ª edición, México, Porrúa, 1977.

SCHWARTZ, Bernard. *Algunos artifices del derecho norteamericano*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1985.

TAMAYO Y SALMORAN, 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.

TORRE, Abelardo de la, *Introducción al Derecho*, 13ª edición, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2002.

ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil*, 10ª edición, Madrid, Trotta, 2011.

-----, “Realismo y concreción del control de constitucionalidad de las Leyes en Italia”, en FERRER MAC-GREGOR, y ZALDÍVAR, Eduardo Arturo (Comps.), *La ciencia del Derecho Procesal Constitucional: Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio*, t. VIII: *Procesos Constitucionales orgánicos*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2008.

II. JURISPRUDENCIA

CHILE, Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia Rol N° 3125 – 04 de 13 de marzo de 2007.

COLOMBIA, Corte Constitucional de Colombia, Sentencia Constitucional N° 358 de 1997.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Almonacid Arellano vs Chile*, Sentencia del 26 de septiembre de 2006, serie C, N° 154.

- , *La expresión “Leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Opinión Consultiva OC-6/86, Serie A, N°6.
- , *Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, Opinión Consultiva OC-13/93, Serie A, N°13.
- , *Responsabilidad Internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención*, Opinión Consultiva OC-14/94, Serie A, N°14.
- , *El Amparo vs Venezuela*, Sentencia de 18 de enero de 1995, Fondo, Serie C, N° 19.
- , *El Amparo vs Venezuela*, Sentencia de 14 de septiembre de 1996, Reparaciones y Costas, Serie C, N° 28.
- , Corte Interamericana de Derechos Humanos, *El Amparo vs Venezuela*, Sentencia de 16 de abril de 1997, Interpretación, Serie C, N° 46.
- , *Garrido y Baigorria vs Argentina*, Sentencia de 2 de febrero de 1996, Fondo, Serie C, N°26.
- , *Garrido y Baigorria vs Argentina*, Sentencia de 28 de agosto de 1998, Reparaciones y Costas, Serie C, N°39.
- , *La última tentación de Cristo vs Chile*, Sentencia de 5 de febrero de 2001, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, N°73.
- , *Caso Myrna Mack Chang vs Guatemala*, Sentencia de 25 de noviembre de 2003, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, N° 101.
- , *Caso Tybi vs Ecuador*, voto concurrente Sergio García Ramírez, Sentencia de 7 de septiembre de 2004, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, Serie C, N° 114.
- , *Caso Almonacid Arellano vs Chile*, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Excepciones preliminares, reparaciones y costas, Serie C, N°154.
- , *Trabajadores Cesados del Congreso vs Perú*, Sentencia de 24 de Noviembre de 2006, Excepciones preliminares, reparaciones y costas, Serie C, N° 158.

Sentencia Trabajadores Cesados del Congreso c/. Perú, de 24 de noviembre de 2006, serie C, núm. 158.

Sentencia Rosendo Radilla Pacheco c. / México, de 23 de noviembre de 2009, Serie C, núm. 209.

ESTADOS UNIDOS, Suprema Corte de Justicia, *Sentencia N° 5 US. 137 de 24 de febrero de 1803*, en: http://www.legalmania.com/rincon_estudiantes/el_rincon/Madbury_Madison.htm

III. NORMAS

AUSTRIA, Constitución de 1920, traducción de Benito Aláez Corral, disponible en:
<http://hc.rediris.es/05/constituciones/html/caus1920.htm>

BOLIVIA, Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, 2009.

ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS, Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, Carta de las Naciones Unidas, 1945.

-----, Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, 1969.