

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
CENTRO UNIVERSITARIO DE ORIENTE
DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
DOCTORADO EN DERECHO

**DERECHO INTERNACIONAL Y DERECHO INTERNO
DEL DUALISMO Y EL MONISMO**



MAESTRO EN DERECHO PENAL JOSÉ PANTALEÓN PALENCIA

CHIQUMULA, GUATEMALA, OCTUBRE DE 2017

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
CENTRO UNIVERSITARIO DE ORIENTE
DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
DOCTORADO EN DERECHO

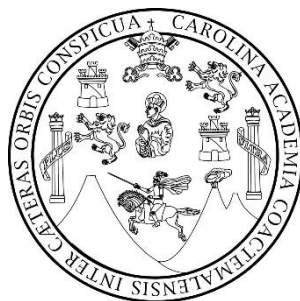
**DERECHO INTERNACIONAL Y DERECHO INTERNO
DEL DUALISMO Y EL MONISMO**

Informe final de tesis para la obtención del grado de Doctor en Derecho, con base al Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado, aprobado por el Consejo Directivo del Centro Universitario de Oriente, en el punto Quinto del Acta once guion dos mil catorce (11-2014), en la sesión ordinaria celebrada el día dos de abril del año dos mil catorce.

MAESTRO EN DERECHO PENAL JOSÉ PANTALEÓN PALENCIA

CHIQUMULA, GUATEMALA, OCTUBRE DE 2017

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
CENTRO UNIVERSITARIO DE ORIENTE
DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
DOCTORADO EN DERECHO



RECTOR

DR. CARLOS GUILLERMO ALVARADO CEREZO

CONSEJO DIRECTIVO

Presidente:	M.Sc. Nery Waldemar Galdámez Cabrera
Representante de Docentes:	M.Sc. José Leonidas Ortega Alvarado Lic. Zoot. Mario Roberto Suchini Ramírez
Representante de Graduados:	Lic. Zoot. Oscar Augusto Guevara Paz
Representantes Estudiantiles	P.C. Diana Laura Guzmán Moscoso M.E.P. José Roberto Martínez Lemus
Secretaria:	Licda. Marjorie Azucena González Cardona

DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO

M.Sc. Mario Roberto Díaz Moscoso

JURADO EXAMINADOR

Presidente:	Ph.D. Aníbal González Dubón
Secretario:	Ph. D. María Roselía Lima Garza
Vocal:	Ph.D. Jayme Giovani Rosa Erazo
Asesora de Tesis:	Ph. D. Gabriela Patricia Portillo Lémus

REF.DEPG-GPPL-05-2017
Chiquimula, 30 de marzo de 2017

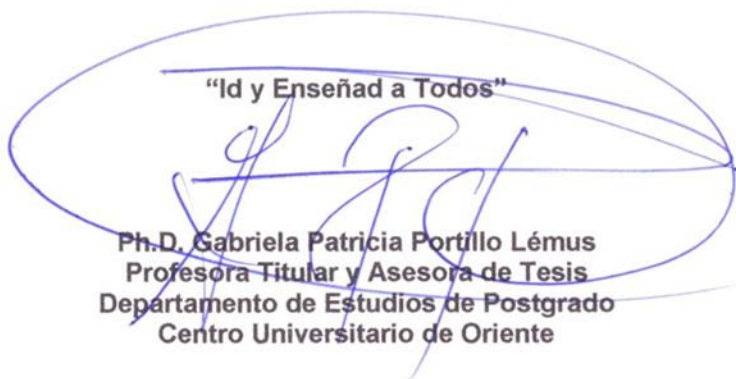
M.Sc. Mario Roberto Díaz Moscoso
Director del Departamento de Estudios de Postgrado
Centro Universitario de Oriente
Su despacho

Estimado Maestro Díaz Moscoso:

En cumplimiento de la asesoría de tesis que se me confió, para dirigir la investigación realizada por la el Maestro en Derecho Penal José Pantaleón Palencia, Registro Académico No. **100015288** CUI: **1718 68641 0201**, previo a obtener el grado académico a nivel de postgrado de **Doctor en Derecho**, le informo que me ha presentado su informe final de tesis intitulado: **"DERECHO INTERNACIONAL Y DERECHO INTERNO DEL DUALISMOS Y EL MONISMO"**, el cual cumple todos los requisitos reglamentarios, con los principios, métodos y técnicas de la metodología de la investigación científica. Por lo que recomiendo que se continúe con el trámite correspondiente para la presentación ante la Terna Evaluadora e impresión de dicho documento.

Sin otro particular, deseándole éxitos en su gestión, me suscribo de usted.

Atentamente,


"Id y Enseñad a Todos"
Ph.D. Gabriela Patricia Portillo Lémus
Profesora Titular y Asesora de Tesis
Departamento de Estudios de Postgrado
Centro Universitario de Oriente

c.c Archivo
/mlca.

"40 AÑOS SIRVIENDO A LA EDUCACIÓN SUPERIOR EN EL NORORIENTE"

El Director del Departamento de Estudios de Postgrado del Centro Universitario de Oriente de la Universidad de San Carlos de Guatemala, CERTIFICA: que ha tenido a la vista el Libro de Actas de Exámenes Privados de Tesis, del Departamento de Estudios de Postgrado, del Centro Universitario de Oriente de la Universidad de San Carlos de Guatemala, folios ciento diecisiete y ciento dieciocho donde se encuentra el Acta EPT quince guion dos mil diecisiete (ACTA EPT-15-2017), que copiada literalmente dice:-----

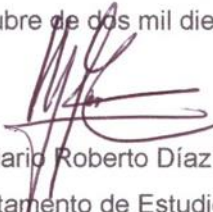
"Acta EPT-15-2017: En el salón B-2 de las instalaciones del Centro Universitario de Oriente, nos reunimos los miembros del Tribunal Examinador, integrado por: Doctor Aníbal González Dubón, (Presidente), Doctora María Roselia Lima Garza (Secretaria) y Doctor Jayme Giovani Rosa Erazo (Vocal), el día sábado veintitrés de septiembre de dos mil diecisiete (2017), siendo las doce horas, para practicar el **EXAMEN PRIVADO DE TESIS DOCTORAL**, del Maestro en Derecho Penal José Pantaleón Palencia, (Postulante), inscrito con carné No. **100015288**, en el programa de Doctorado en Derecho, como requisito previo a optar el grado de **Doctor en Derecho en el Departamento de Estudios de Postgrado del Centro Universitario de Oriente.**-----

PRIMERO:Procedimos a efectuar el referido examen de conformidad con el **NORMATIVO DE TESIS DE MAESTRÍA Y DOCTORADO**, aprobado por el Consejo Directivo del Centro Universitario de Oriente, en el Punto Quinto del Acta once guion dos mil catorce (11-2014), en la sesión ordinaria celebrada el dos de abril de dos mil catorce y haber revisado que el informe de tesis cumple con lo establecido en el artículo sesenta y tres (63), Literal C, numeral uno (1) del Estatuto de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

SEGUNDO: El examen privado de tesis doctoral fue oral y consistió en la evaluación de los elementos técnico-formales y de contenido científico del informe final de la tesis intitulado: "**DERECHO INTERNACIONAL Y DERECHO INTERNO DEL DUALISMO Y MONISMO**", elaborado por el postulante Maestro en Derecho Penal José Pantaleón Palencia.-----

TERCERO: El resultado del examen fue **APROBADO** por **UNANIMIDAD** de votos por los miembros del Tribunal Examinador. En fe de lo cual firmamos la presente acta, en el mismo lugar, siendo las catorce horas del día veintitrés de septiembre de 2017. Damos fe." Firmaron el acta Doctor Aníbal González Dubón, Doctora en Derecho María Roselia Lima Garza, Doctor Jayme Giovani Rosa Erazo y Maestro en Derecho Penal José Pantaleón Palencia-----

Para los efectos que al interesado convengan, extendiendo y firmo la presente en dos hojas de papel bond, en la ciudad de Chiquimula, el día diez de octubre de dos mil diecisiete.


M.Sc. Mario Roberto Díaz Moscoso
Director Departamento de Estudios de Postgrado
Centro Universitario de Oriente



D-TG-DD-109/2017

EL INFRASCRITO DIRECTOR DEL CENTRO UNIVERSITARIO DE ORIENTE DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA, POR ESTE MEDIO HACE CONSTAR QUE: Conoció el Informe Final de Tesis del maestro **JOSÉ PANTALEÓN PALENCIA** titulado **“DERECHO INTERNACIONAL Y DERECHO INTERNO DEL DUALISMO Y EL MONISMO”**, cumpliendo con lo establecido en el Capítulo III del Doctorado, Artículo 63 inciso c) numeral 3 del Estatuto de la Universidad de San Carlos de Guatemala y que cuenta con el aval de su Asesor y Coordinador del departamento de Estudios de Postgrados de esta Unidad Académica. Por tanto, la Dirección del CUNORI con base a las facultades que le otorga las Normas y Reglamentos de Legislación Universitaria **AUTORIZA** que el documento sea publicado como **Informe Final de Tesis** a Nivel de Grado, previo a obtener el título de **DOCTOR EN DERECHO**.

Se extiende la presente en la ciudad de Chiquimula, a once de octubre de dos mil diecisiete.

“ID Y ENSEÑAD A TODOS”



MSc. Nery Waldemar Galdámez Cabrera
DIRECTOR
CUNORI – USAC



c.c. archivo

NWGC/ars

CONTENIDO

	Página
Introducción	v
Capítulo I: Sobre el monismo y el dualismo	1
1.1 El dualismo y el monismo en la doctrina	1
1.2 La posición del Derecho Internacional	4
1.3 Sobre la jerarquía de las normas del Derecho Internacional	9
1.4 La forma de las relaciones entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno	11
1.5 La aplicación del Derecho Internacional en el Derecho Interno	13
1.6 Los conflictos entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno	15
1.7 Sobre la primacía del Derecho Internacional	17
1.8 La importancia de la cuestión sobre las relaciones entre el Derecho Internacional y los Derechos internos	20
1.9 El <i>quid</i> de las relaciones entre el Derecho Internacional y los Derechos internos	24
Capítulo II: Soberanía y Derecho Internacional	27
2.1 Definición de Tratado	28
2.2 Las fuentes de las obligaciones internacionales	36
2.3 La estructura jerárquica de las normas y de los principios internacionales	43
2.4 Derecho convencional y Derecho consuetudinario	43
2.5 La relación entre normas convencionales y normas de Derecho Internacional general	46
2.6 Aplicación del Derecho Interno por los Tribunales internacionales	47
2.7 Adopción y aceptación de tratados	51
2.8 Formas de manifestación del consentimiento en obligarse por un tratado Internacional	52

2.9 Las formas de manifestación del consentimiento	53
2.10 Otras formas de vinculación y de obligarse los Estados por un tratado Internacional	54
Capítulo III: Monismo y dualismo en materia de derechos humanos	59
3.1 Definición del problema de las relaciones entre la Constitución y los tratados en materia de derechos humanos	60
3.2 Las respuestas comunes al problema formulado	61
3.3 Relación de interacción o retroalimentación entre el sistema internacional y el sistema constitucional	63
3.4 Influencia del sistema internacional de derechos humanos en los sistemas constitucionales internos de los estados	64
3.4.1 Incorporación formal	65
3.4.2 Incorporación sustantiva	66
3.5 Influencia de los sistemas nacionales en el sistema internacional de los derechos humanos	69
3.5.1 Propiedad Colectiva	70
3.5.2 Acceso a la información	72
3.5.3 Matrimonio entre personas del mismo sexo	73
3.5.4 Control de convencionalidad	74
3.6 Los derechos económicos, sociales y culturales	76
3.7 La supremacía de la Constitución	82
3.8 La idea de supremacía constitucional	83
3.9 La supremacía material y la supremacía formal de la Constitución	88
3.10 La jerarquía de la Constitución y de los tratados de derechos humanos	91
Capítulo IV. El Derecho Internacional sobre derechos humanos y el Derecho Interno	99
4.1 El control de convencionalidad. Origen y evolución	100
4.2 El control de convencionalidad sobre las leyes y las constituciones de los Estados partes en la convención	104

4.3 La violación <i>per se</i> de la Convención y el control de convencionalidad sobre la Constitución, las leyes y los reglamentos de los Estados partes	105
4.4 El control de convencionalidad. Elementos conceptuales, sustantivos y procesales	110
4.5 Elementos conceptuales. La noción de control de convencionalidad	111
4.6 El control de convencionalidad en sentido sustantivo	111
4.7 El control de convencionalidad en sentido instrumental	117
4.8 Principios jurídicos que fundamentan el control de convencionalidad	120
4.9 Los principios y las normas con estructura de principio	121
4.10 Los principios del derecho internacional “clásico” y los principios generales del derecho “reconocidos por las naciones civilizadas”	123
4.11 Clasificación de control de convencionalidad	124
4.12 Los criterios de clasificación de los controles de constitucionalidad y de convencionalidad	124
4.13 El control concentrado de convencionalidad	126
4.13.1 el control concentrado sobre las leyes y otras normas desde el ejercicio de la competencia consultiva	127
4.13.2 la violación <i>per se</i> de la convención y su aplicación en casos contenciosos	128
4.13.3 la descalificación de un proyecto de reforma constitucional por ser contraria a la convención americana	131
4.13.4 el control concentrado de convencionalidad desde el ejercicio de la competencia contenciosa	133
4.13.5 control de convencionalidad en competencia contenciosa por violación <i>per se</i> de la constitución en casos singulares con orden de modificar la legislación interna	136
4.13.6 control de convencionalidad en competencia contenciosa por violación <i>per se</i> de la convención por impunidad mediante amnistías e indultos	138
4.13.7 control de convencionalidad en competencia contenciosa por violación <i>per se</i> de la convención por impunidad en crímenes	

de paramilitares y ejército de Colombia	138
4.14 El control difuso de convencionalidad	141
4.15 La competencia para el ejercicio del control de convencionalidad	144
4.15.1 la competencia como asunto de técnica jurídica	145
4.15.2 la competencia en el control de convencionalidad y sus escenarios	146
Conclusión	148
Bibliografía	153

INTRODUCCIÓN

En la época contemporánea, nunca como hoy fue tan importante la influencia del Derecho Internacional en el Derecho interno de los Estados. Los intereses de Estados fuertes y desarrollados se expanden cada día más hacía las regiones de los Estados débiles y subdesarrollados. El instrumento eficaz para tal expansión es del Derecho Internacional.

Una forma “civilizada” y cuasilegal de dominación imperialista contemporánea, es por excelencia el Derecho que un grupo de naciones que por diversas razones lograron el desarrollo económico y el poderío tecnológico, que desde los primeros intentos de colonialismo en el pasado, se denominó Derecho de gentes o Derecho Internacional.

Para lograr su objetivo, los países que imponen su voluntad por medio de los tratados, utilizan organizaciones burocráticas internacionales que sirven de “negociadores o intermediarios” para la promulgación de sus intereses y la imposición de su voluntad. A los países débiles solo les ha quedado la voz y el voto en dichas organizaciones, bajo la presión internacional de los aportes financieros y apoyo de recursos ofrecidos a cambio por los Estados fuertes.

Una de las instituciones que ha sido más utilizada en el ámbito latinoamericano para la imposición de las voluntades ya descritas, ha sido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por medio de la Convención, a la que los

Estados Unidos de América coadyuvó pero no suscribió, convirtiéndose la referida Convención en un instrumento de subyugación a tal extremo que tiene el poder de exigirle a los Estados latinoamericanos que cambien el contenido de sus constituciones de acuerdo a sus recomendaciones.

Imponer el Derecho Internacional de los derechos humanos sobre el Derecho interno de cada Estado miembro del sistema de protección, y aún sobre sus propias constituciones, a nuestro parecer soslaya la validez del poder constituyente y de su soberanía.

De ello deviene que la discusión sobre la jerarquía del Derecho Internacional en los ordenamientos internos de los Estados sea controvertida y no pacífica.

En este estudio se plantea un panorama de los problemas sobre la confrontación entre el Derecho Internacional -especialmente el Derecho Internacional de los derechos humanos- y el Derecho interno de los Estados; como el problema de la jerarquía normativa, el problema de las fuentes y el problema de la legitimidad política de la Constitución y de los tratados sobre derechos humanos.

El problema investigado, consiste en la significación atribuible al Artículo 46 de la Constitución Política de la República de Guatemala, sobre la superioridad jerárquica de los tratados y convenciones en materia de derechos humanos aceptados y ratificados por Guatemala sobre el derecho interno. La hipótesis

formulada es que estos tratados y convenciones poseen superioridad jerárquica respecto a las leyes infraconstitucionales pero no sobre la Constitución, debido al principio de supremacía constitucional.

Este informe consta de cuatro capítulos. En el primero se exponen esencialmente la Teoría Dualista y la Teoría Monista con sus respectivas implicaciones sobre las relaciones entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno.

En el segundo capítulo se plantea la situación del Derecho Internacional respecto del Derecho interno desde el punto de vista de la Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados.

En el tercer capítulo se realiza un análisis de la relación entre los sistemas constitucionales y los sistemas internacionales en materia de derechos humanos así como del problema de la supremacía constitucional y la situación de los tratados de derechos humanos en el ordenamiento jurídico de Guatemala.

Por último, en el capítulo cuarto se formula un análisis sobre el sistema interamericano de protección de los derechos humanos y su forma de aplicación y control, por medio del denominado *control de convencionalidad* en el sentido expuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para luego tratar de arribar a una conclusión válida y objetiva sobre la investigación realizado.

CAPÍTULO I

SOBRE EL MONISMO Y EL DUALISMO

SUMARIO: 1.1 El dualismo y el monismo en la doctrina, 1.2 La posición del Derecho Internacional, 1.3 Sobre la jerarquía de las normas del Derecho Internacional, 1.4 La forma de las relaciones entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno, 1.5 La aplicación del Derecho Internacional en el Derecho Interno, 1.6 Los conflictos entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno, 1.7 Sobre la primacía del Derecho Internacional, 1.8 La importancia de la cuestión sobre las relaciones entre el Derecho Internacional y los Derechos internos, 1.9 El *quid* de las relaciones entre el Derecho Internacional y los derechos internos.

En este capítulo se analiza el tema de las relaciones entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno y las dos corrientes principales que contemplan tales relaciones: el monismo y el dualismo. Se responde a la pregunta sobre ¿cuál de las dos corrientes refleja de forma más verosímil estas relaciones? y sobre ¿cuál corriente es la que se adopta en el ordenamiento jurídico de Guatemala?; asimismo se concluye sobre la tesis kelseniana que se inclina por el monismo.

1.1 EL DUALISMO Y EL MONISMO EN LA DOCTRINA

Con la publicación en el año 1899 de la obra de Triepel titulada “*Derecho Internacional y Derecho Interno*” ha existido un animado debate doctrinal sobre el carácter fundamental de las relaciones entre ambos ordenamientos. Las teorías formuladas han sido variadas y las de mayor importancia naturalmente han tenido alguna influencia en derechos constitucionales internos.

En la concepción de Triepel, “el *dualismo* arranca de dos premisas. La primera es que el Derecho Internacional y el Derecho Interno tienen distintas fuentes. La segunda es que regulan relaciones diversas en cuanto que el primero rige las que tienen lugar entre Estados y el segundo las que se desarrollan entre individuos o entre el Estado y sus súbditos. La conclusión primordial que de estas premisas obtiene el dualismo es que las normas internacionales son irrelevantes en los ordenamientos internos, necesitando para su aplicación en ellos de un acto especial de recepción. Derecho internacional y derechos internos se conciben así como órdenes diversos, separados e independientes”¹.

Por el contrario, los autores que se adscriben al *monismo* proclaman la unidad esencial de todos los ordenamientos jurídicos. Es obligado referirse en este tema, a la concepción normativista de Kelsen, según la cual todas las normas jurídicas derivan su validez y su fuerza obligatoria de otras normas superiores desde el punto de vista jerárquico hasta llegar a la norma fundamental o *grundnorm*. Y si en el año 1926 sostuvo Kelsen que la norma fundamental podía ser colocada bien en el Derecho interno, bien en el Derecho Internacional, dependiendo ello de factores éticos o políticos, posteriormente afirmó que se debía insertar en el Derecho Internacional.

¹ Triepel, Carl Heinrich. DERECHO INTERNACIONAL Y DERECHO INTERNO. Editorial Bosch. Barcelona. 1978. Pp. 227.

En este sentido Verdross, discípulo de Kelsen, manifestó que la norma que en definitiva fundamentaba todo el Derecho se insertaba en el ordenamiento internacional, siendo éste precisamente el que delegaba en favor de los Estados una determinada competencia legislativa dentro de la esfera de su libre apreciación. El Derecho Internacional sería así superior al derecho interno y éste quedaría subordinado al primero. Lo que es más importante desde el punto de vista práctico: la norma internacional no necesitaría de ninguna especie de acto de recepción para ser aplicada en los ordenamientos internos y prevalecería sobre éstos en caso de conflicto.

Como intento de superación de las posturas dualista y monista, aparecieron otras teorías de carácter conciliador, entre las que destacan las llamadas *doctrinas coordinadoras*. “Este último conjunto de doctrinas es *monista* sin duda alguna, puesto que su base de partida es la unidad de todos los sistemas normativos. Mas a diferencia de las posturas monistas que acabamos de examinar, las *doctrinas coordinadoras* no hablan de subordinación del derecho interno al Derecho Internacional, ni de delegación de éste en favor de aquél, sino de coordinación entre uno y otro sobre la base de normas superiores, que serían precisamente las de Derecho Natural”².

² Pastor Ridruejo. Op. Cit. Pp. 169.

1.2 LA POSICIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL

Expuestas sucintamente las principales doctrinas sobre el carácter fundamental de las relaciones entre el Derecho Internacional y los Derechos Internos, hay que decir que el Derecho Internacional positivo no toma partido por los postulados básicos del dualismo o del monismo. “El Derecho Internacional delega esta cuestión a los Derechos Internos y son efectivamente las constituciones de los Estados las que determinan si el cumplimiento del Derecho Internacional en los Derechos internos necesita o no de un acto de recepción y, en su caso, cuál deba de ser éste”³.

Pero es indiscutible que, desde el punto de vista del Derecho Internacional, es éste el que prevalece en caso de conflicto sobre los Derechos internos. Es esencial a este respecto la regla del Artículo 27 de la Convención de Viena Sobre el Derecho de Tratados, que dispone que un Estado no puede invocar las disposiciones de su Derecho Interno como justificación del incumplimiento de los tratados, salvo lo dispuesto en el Artículo 46. Dicha salvedad o excepción se aplica, según este artículo, cuando la ratificación de algún tratado se haya dado con manifiesta violación de su Derecho Interno y afecte una norma de importancia fundamental para tal derecho.

³ Luna, A. FUNDAMENTACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL. Editorial Tirant lo Blanch. Madrid. 1991. Pp. 184.

En el mismo sentido el Artículo 4º del proyecto de artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, el cual fue adoptado por la Comisión de Derecho Internacional en 53º período de sesiones en el año 2001, de la Comisión de Derecho Internacional sobre responsabilidad internacional de los Estados, señala que sólo el Derecho Internacional puede ser tenido en cuenta para calificar a un hecho de ilícito y generador por tanto, de responsabilidad internacional; la eventual calificación del hecho como lícito por el derecho interno del Estado es irrelevante. No se trata de una regla innovadora sino declarativa del Derecho Internacional general.

La jurisprudencia internacional se ha pronunciado también de modo categórico al respecto. Así, ha estimulado en primer lugar el Tribunal de La Haya que los Estados deben de adoptar cuantas medidas legislativas les vengán impuestas por los tratados:

“Pero esta cláusula no hace sino poner de relieve un principio evidente por sí mismo, conforme al cual un Estado que ha contraído válidamente obligaciones internacionales está obligado a introducir en su legislación las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de los compromisos asumidos”⁴.

⁴ Pastor Ridruejo, José A. Op. Cit. Pp. 170.

También ha proclamado con insistencia el Tribunal de La Haya que un Estado no puede invocar su Constitución o sus leyes internas para sustraerse a las obligaciones dimanantes del Derecho Internacional:

“Se debe observar, sin embargo, que sí, por una parte, conforme a los principios generalmente admitidos, un Estado no puede respecto a otro Estado prevalecerse de las disposiciones constitucionales de este último, sino solamente del Derecho Internacional y de los compromisos internacionales válidamente contraídos, por otra parte, e inversamente, un Estado no puede invocar respecto a otros Estados su propia Constitución para sustraerse a las obligaciones que le imponen el Derecho Internacional o los tratados en vigor. En todo caso, una ordenanza de neutralidad, acto unilateral de un Estado, no puede prevalecer sobre las disposiciones del Tratado de Paz. Por otra parte, es un principio generalmente reconocido del Derecho de Gentes que en las relaciones entre las potencias contratantes de un tratado las disposiciones de una ley interna no pueden prevalecer sobre las del tratado. Bastaría recordar el principio fundamental de Derecho Internacional de la preeminencia de este Derecho sobre el Derecho interno”⁵.

Respecto al orden jurisdiccional, el Tribunal de La Haya no considera posible que una sentencia interna pueda invalidar a una sentencia de carácter internacional:

⁵ IBIDEM. Pp. 170.

“Si considerando que la fábrica no pertenece a la *Oberschelesische*, el Tribunal negase la existencia de un daño de detrimento de esta sociedad, se pondría en contradicción con uno de los motivos sobre los que fundó su sentencia número 7, y admitiría que una sentencia nacional puede invalidar indirectamente una sentencia dada por una instancia internacional, lo que es imposible”⁶.

Enfrentado el Tribunal con la cuestión de saber si un tratado puede crear derechos y obligaciones para los particulares, aplicables por los tribunales nacionales, comienza rindiendo tributo a la concepción dualista y parece pronunciarse por una respuesta negativa. Pero esto solo lo hace, como apunta Lauterpacht, *pour mieux sauter* (para no retrasar el asunto), puesto que entiende a continuación que la intención de los Estados partes puede ser la de adoptar reglas determinadas que creen directamente derechos y obligaciones para los particulares y susceptibles, por tanto, de aplicación por los tribunales nacionales:

“Se puede admitir fácilmente que, según un principio de Derecho Internacional establecido, el *Beantenabkommen*, acuerdo internacional, no puede como tal crear derechos y obligaciones para particulares. Pero no se puede discutir que en la intención de las partes el objeto mismo de un acuerdo internaciones puede ser la adopción por las partes de reglas

⁶ IBIDEM. Pp. 170.

determinadas que creen derechos y obligaciones para individuos y susceptibles de ser aplicados por los tribunales nacionales”⁷.

Además, cuantas veces han estatuido las jurisdicciones internacionales sobre la responsabilidad internacional de un Estado por actos legislativos o por los ejecutados conforme a sus Derechos internos, han proclamado en definitiva la superioridad del Derecho Internacional. Pero, como señala el profesor Díez de Velasco, *“ello no quiere decir que las normas internas contrarias al Derecho Internacional y las decisiones judiciales que en ellas se basen incurran en vicio de nulidad automático. En la mayoría de los casos, y salvo disposición expresa en contrario, son plenamente eficaces y aplicables por los tribunales y autoridades internos, aunque engendren responsabilidad internacional”*⁸. Y se refiere el citado profesor, como muy significativa, a la cláusula contenida en bastantes tratados de arbitraje y recogida en el artículo XXXII del Acta General para el Arreglo pacífico de las Controversias Internacionales de 26 de septiembre de 1928, revisada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 28 de abril de 1949, que dice así:

“Si la sentencia judicial o arbitral establece que una decisión tomada o medida ordenada por una autoridad judicial o una autoridad cualesquiera de una de las partes litigantes se encuentra en todo o en parte en oposición con el Derecho Internacional, y si el Derecho Constitucional de dicha parte no permite, o sólo

⁷ IBIDEM. Pp. 171.

⁸ Díez de Velasco, M. Op. Cit. Pp. 158.

permite imperfectamente, borrar las consecuencias de esa decisión o medida, las partes convendrán que debe concederse por la sentencia judicial o arbitral una satisfacción equitativa a la parte lesionada”⁹.

Como se puede inferir de lo expuesto en el presente capítulo, no es sencillo arribar a una conclusión general, universal y homogénea sobre las relaciones entre el Derecho Internacional y los Derechos Internos, pues en última instancia, la respuesta deviene contingencial; es decir, depende muchas veces de los ordenamientos internos, sin perjuicio de que los cultivadores del Derecho Internacional afirmen con encono que éste prevalece *siempre* sobre el derecho interno.

1.3 SOBRE LA JERARQUÍA DE LAS NORMAS DEL DERECHO INTERNACIONAL

En la teoría de las fuentes del Derecho Internacional, el carácter obligatorio de éste queda demostrado por el hecho de que “los actos unilaterales de los Estados tienen sólo un efecto limitado, y no pueden crear reglas generales ni aun cambiarlas o introducirles excepciones”¹⁰.

⁹ Pastor Ridruejo, José A. Op. Cit. Pp. 171.

¹⁰ Sorensen, Max. MANUAL DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO. Fondo de Cultura Económica. México. 1994. Pp. 191.

Puesto que los tratados constituyen una de las fuentes principales del Derecho Internacional, resulta que dos o más Estados tienen, en general, competencia para establecer reglas determinadas que rijan las relaciones entre ellos. “Ellos pueden, tratar de regular sus relaciones mutuas mediante reglas que no sólo no son supletorias de las del Derecho Internacional general, sino que hasta las derogan o las contradicen”¹¹. En este caso surge un conflicto entre reglas diferentes, siendo todas normas de Derecho Internacional y, a la vez, siendo todas en sí mismas válidas. ¿Cómo se debe resolver tal controversia?

Algunos consideran que el Derecho Internacional tiene la misma estructura jerárquica que el derecho interno, con los distintos niveles de derecho constitucional, leyes ordinarias, legislación subordinada, fallos judiciales y actos de los individuos. En el Derecho Internacional, de acuerdo con este criterio, el nivel más alto lo constituye la costumbre. Los tratados, “cuya fuerza obligatoria depende de la regla consuetudinaria *pacta sunt servanda*, ocupan un plano directamente inferior; y, por último, al final de la escala se encuentran los fallos judiciales y los actos de los individuos”¹².

Pero la analogía con el derecho interno es correcta sólo en parte. La jerarquía de las normas del derecho interno corresponde a una jerarquía de autoridad, es decir: la fuente de la Constitución, del poder legislativo, de las autoridades

¹¹ Carrillo Salcedo. J. A. SOBERANÍA DEL ESTADO Y DERECHO INTERNACIONAL. Editorial Tecnos. Madrid. 1976. Pp. 289.

¹² Pecourt García P. LA SOBERANÍA DE LOS ESTADOS ANTE LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES. Editorial Ariel. Barcelona. 1962. Pp. 258.

administrativas, de los tribunales, de los individuos. Se puede trazar un paralelo similar entre los tratados y los Estados que los celebran, y entre los actos de las instituciones internacionales y los órganos creados por los tratados para ejecutar dichos actos. El problema del *ultra vires* puede surgir en relación con estos últimos. Sin embargo, no existe paralelo cuando se trata de la costumbre y de los tratados, ya que ambos emanan de los Estados.

La doctrina de la antigua Unión Soviética “pareció ser contraria a cualquier criterio rígidamente jerárquico del Derecho Internacional, aunque consideraba que algunas reglas o principios tienen mayor importancia que otros. De acuerdo con este modo de pensar, todas las reglas del Derecho Internacional surgen del acuerdo entre los Estados; pero esto no significa que a los tratados se les coloque en el nivel más alto, puesto que su validez depende de la regla *pacta sunt servanda*, la cual no es más que una regla consuetudinaria entre muchas, y se encuentra relacionada con principios tales como el de la soberanía de los Estados y el de la igualdad de derecho”¹³.

1.4 LA FORMA DE LAS RELACIONES ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL Y EL DERECHO INTERNO

La relación entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno origina varios problemas, muy diferentes de los de las relaciones entre las diferentes reglas de

¹³ Sorensen, Max. Op. Cit. Pp. 192.

Derecho Internacional, principalmente porque el derecho de cada Estado constituye un ordenamiento jurídico completo y más o menos cerrado, con sus propias fuentes: la Constitución nacional, las leyes, los decretos, la costumbre y las decisiones judiciales; y sus propios órganos ejecutores, la administración del Estado y los tribunales. Esta dualidad de fuentes puede producir conflictos entre las reglas de Derecho Internacional y las del derecho interno. Si la controversia no se resuelve por decisión de un tribunal estatal, es probable que sea resuelta a tenor del Derecho Internacional.

Esta cuestión ha dado lugar a una famosa controversia doctrinal entre los que sostienen dos criterios opuestos con respecto a la relación entre el Derecho Internacional y el derecho interno: la escuela del dualismo sostiene que los dos sistemas son totalmente distintos e incapaces de ninguna penetración mutua; y la de los monistas considera a ambos derechos unidos dentro del marco de un ordenamiento jurídico global. Esta controversia no ha dejado de ejercer su influencia en las decisiones de la Corte Internacional de Justicia, algunos de cuyos jueces han apoyado la doctrina dualista. “Pero eso tiene más que ver con la cuestión del fundamento del Derecho Internacional que con la de la relación entre el Derecho Internacional y el derecho interno, ya que ninguna de las dos teorías toma mucho en consideración el estado real del derecho ni contribuye en gran medida a su comprensión”¹⁴.

¹⁴ Jiménez de Arechaga, E. EL DERECHO INTERNACIONAL CONTEMPORÁNEO. Editorial Tecnos. Madrid. 1980. Pp. 347.

1.5 LA APLICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL EN EL DERECHO INTERNO

La tarea principal del poder judicial es hacer efectivo el derecho interno. Cuando lo exige la ocasión; sin embargo, ha de aplicar también las normas del derecho extranjero, tal como lo determinan sus propias normas de conflicto de leyes o Derecho Internacional privado, y distinguiendo muy a menudo, en el proceso, entre la costumbre y el tratado.

Muchos Estados sostienen que el Derecho Internacional consuetudinario es una parte del derecho del país. Ésta, en particular, es la posición adoptada por los países del *common law*, y especialmente, por el Reino Unido y Estados Unidos. “Los tribunales de la mayoría de los países de Europa occidental, que han introducido disposiciones constitucionales apropiadas, han adoptado la misma actitud. Esto equivale a la aceptación de la hipótesis monista en relación con la costumbre, que retiene, no obstante, su condición de fuente de derecho interno. Éste es, probablemente, el único enfoque que permite la aplicación práctica del Derecho Internacional consuetudinario dentro del Estado, y es de esperarse que sea adoptado universalmente”¹⁵.

“En cuanto a los tratados, existen dos enfoques posibles, que dependen de las disposiciones constitucionales aplicables. Algunos sistemas constitucionales

¹⁵ Miaja de la Muela, A. LAS NEGOCIACIONES DIPLOMÁTICAS PREVIAS A LAS RECLAMACIONES ANTE LOS TRIBUNALES INTERNACIONALES. Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional. Volumen II. Universidad Complutense. 1963. Pp. 135.

exigen que antes de poder aplicar como derecho interno cualquier disposición de un tratado –aun cuando el tratado haya sido ratificado con la aprobación del poder legislativo– debe ser incorporado al derecho interno mediante la correspondiente legislación. Éste es el sistema dualista, de acuerdo con el cual los tribunales del ordenamiento jurídico interno sólo aplican la legislación interna aprobada para poner en vigor el tratado, y no el tratado mismo, y pueden hacerlo únicamente en tanto dicha legislación esté vigente. Ésta es la situación en el Reino Unido –por lo menos formalmente– como resultado de la naturaleza de las relaciones entre la Corona y el Parlamento”¹⁶.

Algunas constituciones modernas (como la de los Estados Unidos de América) disponen que los tratados debidamente celebrados tendrán la vigencia del derecho interno y obligarán directamente, tanto a las personas como a los tribunales. Disposiciones de esta clase convierten a los tratados celebrados por el Estado en una fuente de derecho interno. Pero, en algunos casos, la posibilidad de aplicar los tratados como derecho interno se hace depender del cumplimiento de ciertas formalidades, tales como la promulgación en la misma forma que las leyes (aunque este requisito ha desaparecido en algunos ordenamientos jurídicos) o la publicación en la gaceta oficial. A veces se requiere reciprocidad, en el sentido de que un tratado no será aplicado por las partes. Sin embargo, estas diferencias de procedimiento no alteran el hecho de que, dentro de un marco constitucional del tipo

¹⁶ Sorensen, Max. Op. Cit. Pp. 193.

descrito, los tratados constituyen una fuente tanto de derecho interno como de Derecho Internacional.

1.6 LOS CONFLICTOS ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL Y EL DERECHO INTERNO

“Los conflictos entre el Derecho Internacional y el derecho interno pueden surgir en una variedad de circunstancias especialmente cuando una nueva legislación interna contradice una regla de Derecho Internacional consuetudinario o alguna disposición de un tratado, o cuando una regla de Derecho Internacional entra en oposición contradictoria con el derecho interno preexistente”¹⁷. Puesto que un Estado no puede alterar unilateralmente las reglas de Derecho Internacional que lo obligan, parecería lógico que cualquier derecho interno incompatible con el Derecho Internacional quedara sin validez. Pero dicha conclusión ignoraría las circunstancias prácticas en donde el problema tiende a surgir.

Los tribunales de la mayoría de los Estados tratan de evitar los conflictos interpretando al derecho interno de manera que no contradiga al Derecho Internacional, sobre la base de que no se presume que el Estado tenga la intención de fallar en el cumplimiento de sus obligaciones internacionales. Pero esto no

¹⁷ Juste Ruiz, J. ¿DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO?. Revista de Derecho Público. No. 36. Universidad de Valencia. 1991. Pp. 68.

siempre es posible. Cuando eso sucede, surge la pregunta sobre ¿cómo se resuelve el conflicto?

“En este caso, los distintos sistemas constitucionales nacionales han adoptado diversas soluciones. En los Estados en donde el poder legislativo es la autoridad suprema, los tribunales tienen que aplicar la ley que les ha sido establecida, aunque contradiga al Derecho Internacional. En otras palabras, tiene que prevalecer el derecho interno”¹⁸. Éste es el sistema británico, de acuerdo con el cual la legislación incompatible con un tratado debe continuar siendo aplicada a menos o hasta que sea modificada o derogada por una nueva ley. El sistema no es diferente en aquellos Estados en donde se considera que los tratados tienen la fuerza del derecho interno. Puesto que el tratado y la ley están equiparados, un tratado nuevo prevalece sobre una ley anterior y de igual manera una nueva ley prevalece sobre un tratado anterior. Esa es la posición existente en los Estados Unidos de América, y es la que ha sido tradicional por mucho tiempo en Europa occidental.

“En las constituciones más recientes de Europa occidental, sin embargo, se afirma la primacía del tratado sobre el derecho interno. Esto quiere decir que el tratado prevalecerá tanto sobre la legislación siguiente como sobre la anterior.

¹⁸ Miaja de la Muela, A. INTRODUCCIÓN AL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO. Editorial Tecnos. Madrid. 1979. Pp. 30.

Algunas constituciones contienen la misma regla en relación con el Derecho Internacional consuetudinario”¹⁹.

Las constituciones de los antiguos Estados socialistas raramente contenían disposición alguna con respecto a la incorporación de los tratados al derecho interno, y en tales Estados no se admitía que los tratados sean fuentes del derecho interno. En estos ordenamientos -la mayoría ya desaparecidos o modificados- las estipulaciones de un tratado tenían que ser nuevamente redactadas en una ley para que fueran obligatorias a individuos y tribunales.

Las constituciones de los nuevos Estados africanos y asiáticos que surgieron antes de la segunda guerra mundial, en su mayoría, guardaban silencio sobre la cuestión. Generalmente, la posición que adoptaban era la de que cualquier sistema aplicado antes de obtener la independencia continuaba siendo aplicable después, esto se ha modificado con la globalización y la entrada en vigencia de los sistemas de protección de los derechos humanos.

1.7 SOBRE LA PRIMACÍA DEL DERECHO INTERNACIONAL

La primacía del Derecho Internacional sobre el interno no queda afectada por la diversidad de técnicas usadas en los sistemas constitucionales para la aplicación

¹⁹ Aguilar Navarro, M. DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO. Tomo II. Volumen I. Editorial Reus. Madrid. 1972. Pp. 12.

de las normas del derecho interno dentro del Estado y para la solución de los conflictos entre los dos órdenes, puesto que la primacía surge del hecho de que el Estado queda obligado por el Derecho Internacional. Lo más que puede inferirse de estas técnicas es que una regla de derecho interno no queda necesariamente invalidada de manera automática por contradecir el Derecho Internacional. Sin embargo, la invalidez no es la única sanción posible.

Más aún, esta situación simplemente surge de las complicaciones de la técnica jurídica, y de ningún modo es extraordinaria. Se encuentra también en el derecho interno, donde quiera que no existe un mecanismo mediante el cual la constitucionalidad de la legislación pueda ser comprobada y afirmada, o cuando dicho mecanismo no funcione en un caso determinado. En ese caso, “a pesar de la supremacía de la Constitución, las leyes que de hecho son inconstitucionales se consideran y se hacen cumplir como si fuesen válidas. Sin embargo, quedan muy pocos de tales sistemas en la mayoría de Estados contemporáneos, los ordenamientos jurídicos cuentan con mecanismos de control de constitucionalidad de las leyes”²⁰.

Puede establecerse una distinción entre las consecuencias que se sufren en el derecho interno por un conflicto entre éste y el Derecho Internacional; y las consecuencias de tal conflicto en el Derecho Internacional mismo.

²⁰ Díez de Velasco, M. INSTITUCIONES DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO. Editorial Bosch, S.A. Madrid. 1978. Pp. 60.

En cuanto al segundo, no se producen los mismos obstáculos técnicos para la reafirmación de la primacía del Derecho Internacional. Por el contrario, esa primacía es clara y se evidencia por la regla bien establecida de que un Estado no puede invocar las disposiciones de su derecho interno para disculpar la falta de cumplimiento de sus obligaciones internacionales, o para escapar a las consecuencias de ella. El Estado es libre para delegar a sus tribunales el cumplimiento de sus obligaciones internacionales dentro de su territorio, como cuando, ya sea la costumbre internacional o los tratados, se aplican directamente como parte de la ley del país, o si, de acuerdo con el sistema británico, deja el asunto en manos del Poder Legislativo. Pero, con cualquiera de estos métodos todo conflicto entre el Derecho Internacional y el derecho interno que pueda producir un incumplimiento de una obligación internacional, implica la responsabilidad del Estado.

La norma de derecho interno que sea contraria al Derecho Internacional es considerada por los tribunales internacionales, desde el punto de vista de su sistema, como si no existiese. “Con la influencia de la hipótesis dualista, la Corte Permanente de Justicia Internacional –*existente hasta antes de la segunda guerra mundial y sustituida con posterioridad a ella por la Corte Internacional de Justicia*– estableció jurisprudencia en el sentido de que tal norma no era más que *un simple hecho*, lo cual constituye una formulación discutible”²¹.

²¹ Sorensen, Max. Op. Cit. Pp. 196.

Un conflicto entre Derecho Internacional y derecho interno que surja ante la jurisdicción de un tribunal internacional se resuelve, por consiguiente, sobre la base de la supremacía del Derecho Internacional. Cuando surge en el ámbito del derecho interno y no se resuelve de la misma manera, la posición que se adopta es la de que hay una violación del Derecho Internacional y trae consigo las mismas consecuencias que cualquier otro acto ilegal. Por lo tanto, en cualquiera de los dos casos, se afirma la primacía del Derecho Internacional.

1.8 LA IMPORTANCIA DE LA CUESTIÓN SOBRE LAS RELACIONES ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL Y LOS DERECHOS INTERNOS

La importancia de las relaciones entre el Derecho Internacional y los Derechos internos de los Estados “radica en el hecho de que la eficacia real del primero depende en muy amplia medida de la fidelidad con que los Derechos nacionales se conformen a las normas internacionales y les otorguen validez”²².

En primer lugar, en el actual modelo de sociedad internacional, los Estados son los destinatarios por excelencia de las normas del Derecho Internacional. Tales normas van dirigidas a ellos y son primordialmente los Estados los que deben acatarlas y cumplirlas. Pero los Estados son personas morales que, como tales,

²² Miaja de la Muela, A. INTRODUCCIÓN AL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO. Op. Cit. Pp. 32.

actúan por medio de sus órganos, y éstos, sean legislativos, ejecutivos o judiciales, están sujetos también al Derecho interno del Estado. Es esencial en este sentido que el Derecho nacional facilite el cumplimiento del Derecho Internacional y más aún que, en caso de conflicto, el Derecho del Estado no sea obstáculo para la observancia de las normas internacionales. Porque hay que tener muy en cuenta que el Derecho Internacional no se aplica únicamente en el ámbito externo, esto es, en el plano de las relaciones interestatales; también ha de observarse en el interior de los Estados, es decir, en las relaciones entre los Estados y los particulares sometidos a su jurisdicción; particulares que pueden incluso exigir judicialmente el respeto del Derecho Internacional. Es en este último plano donde cobra especial importancia el problema de las relaciones entre el Derecho Internacional y los Derechos internos.

Hay que tener en cuenta la debilidad institucional de la presente sociedad internacional en el sentido explicado por Scelle cuando formula la *ley de desdoblamiento funcional*. Según dicha ley, “el Derecho Internacional carece de órganos propios para el cumplimiento adecuado de sus funciones. Esta insuficiencia se remedia por un desdoblamiento de las funciones de los órganos del Estado, que no sólo cumplen funciones internas, sino también internacionales. Ello explica el papel relevante del Estado en la formación de las reglas internacionales. Y ello explica también la importancia de los órganos del Estado y su Derecho en el proceso del cumplimiento de las normas internacionales. En este contexto se sitúa el reenvío de normas internacionales a normas internas, o viceversa, así como también el

supuesto de normas internacionales no ejecutables por sí mismas, que requieren para su cumplimiento el desarrollo por normas internas”²³.

Las manifestaciones del reenvío son frecuentes en la práctica. En los casos de transgresión de una norma de Derecho Internacional en los que exista el reenvío, la pena la impone el Derecho interno, pero la definición del tipo lo hace el Derecho Internacional. Un ejemplo de reenvío de normas internacionales a normas internas está en la norma de Derecho Internacional que exige el agotamiento de los recursos internos del Estado reclamado, como requisito para el ejercicio de la protección diplomática; son efectivamente los derechos internos los que prescriben cuáles son los recursos en cuestión.

Existen también –como ya se explicó- normas internacionales que no son aplicables directamente, sino que precisan de desarrollos legislativos posteriores en los Derecho Internos.

“En algunos tratados del ámbito penal, la fijación del tipo delictivo la hace el Derecho Internacional, pero la determinación de la pena se deja al derecho interno. Y en los casos de comisión de tales delitos son tribunales estatales los que inician y organizan el proceso penal”²⁴.

²³ Scelle, G. CURSO DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO. Editorial Arazandi, S. A. Madrid. 1988. Pp. 102.

²⁴ Herrero Rubio, A. DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO. Editorial Aranzandi, S. A. Madrid. 1986. Pp. 90.

La importancia de las relaciones entre el Derecho Internacional y los derechos internos se ha acrecentado en nuestros días como consecuencia del aumento de las funciones del primero. El Derecho Internacional contemporáneo ya no tiene únicamente la función clásica de regular las relaciones entre Estados y distribuir las competencias entre ellos, sino que tiende además al desarrollo de los pueblos e individuos, lo cual exige una cooperación en muchas materias que antes asumían exclusivamente los Estados y se regulaban por los derechos internos. En este orden de ideas la interdependencia inherente a la civilización comporta un aumento progresivo el contenido del Derecho Internacional a costa del de los derechos internos.

“La cooperación internacional se ha institucionalizado en múltiples campos, y en tales condiciones el reforzamiento institucional ha hecho cobrar nuevas dimensiones a la cuestión de las relaciones entre el Derecho Internacional y los derechos internos. El reforzamiento institucional supone que aquellas relaciones se contemplen bajo una óptica nueva, y algunas organizaciones internacionales como la Unión Europea, pueden adoptar ya decisiones que surten efectos directos en los derechos internos, estableciendo además órganos jurisdiccionales que admiten el acceso de los particulares”²⁵. Pero el reforzamiento institucional no ha tenido lugar en todos los casos, y al versar progresivamente el Derecho Internacional sobre materias de conflicto, los casos surgidos en la actualidad son mayores que en el

²⁵ Pastor Ridruejo, José A. CURSO DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO Y ORGANIZACIONES INTERNACIONALES. Editorial Tecnos. Madrid. 2012. Pp. 169.

pasado y el Derecho Internacional necesita apoyarse en los derechos nacionales. En esto radica la singular importancia de las relaciones entre el Derecho Internacional y los derechos internos.

1.9 EL *QUID* DE LAS RELACIONES ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL Y LOS DERECHOS INTERNOS

Como se explicó anteriormente, existen en el ámbito de las relaciones entre el Derecho Internacional y los derechos internos una controversia que versa sobre dos problemas fundamentales: si el Derecho Internacional es aplicable sin más en el ámbito jurídico interno de los Estados o si necesita, por el contrario, algún acto especial de recepción o conversión, y qué ordenamiento debe prevalecer en caso de conflicto. Para resolver estos problemas, es necesario recurrir a las posiciones doctrinales más importantes y examinar del punto de vista sustentado por los órganos internacionales.

A nuestro parecer, no es posible la aplicación concomitante de dos sistemas jurídicos en un mismo ordenamiento jurídico, porque necesariamente en el intento de su aplicación serían mutuamente excluyentes, por lo que necesariamente el monismo sería la solución epistemológicamente correcta, es decir desde un punto de vista lógico y racional.

En Guatemala, podemos afirmar que se adopta el sistema monista, pues los tratados internacionales ingresan al ordenamiento jurídico por medio de un decreto legislativo. Únicamente los tratados sobre derechos humanos prevalecen sobre las leyes infra-constitucionales, mientras que aquellos que no son sobre derechos humanos tienen el nivel jerárquico de leyes ordinarias.

Hans Kelsen²⁶, en su “Teoría Pura del Derecho”, se inclina por el sistema monista, manifestando que las relaciones entre el Derecho Internacional y el derecho estatal sólo pueden darse en un nivel de supra-ordinación o de coordinación; lo que dependerá de cada ordenamiento jurídico. En algunos ordenamientos el Derecho Internacional se encuentra supraordinado respecto del derecho estatal, en otros, el Derecho Internacional se encuentra subordinado al derecho estatal, mientras que en otros se encuentran en relaciones de coordinación, pues las normas de ambos sistemas no se entrecruzan, en el sentido de que ambos sistemas tienen sus mecanismos de producción, modificación y derogación o abrogación de sus respectivas normas, pero en síntesis, no existe otra solución científica que el monismo.

Si bien es cierto, manifiesta Kelsen, que en determinado momento la soberanía de los Estados se sacrifica frente al Derecho Internacional, cuan amplio

²⁶ Kelsen, Hans. TEORÍA PURA DEL DERECHO. Edición de 1960. Editorial Porrúa. México. 2013. Pp. 330-348.

es ese sacrificio, depende de la política de cada Estado y no de la primacía de ambos sistemas:

“Mediante un tratado internacional puede crearse una organización internacional que sea tan centralizada, que tenga ella misma carácter de Estado, de suerte que los Estados-partes en el tratado, que son miembros de la organización, pierden su carácter de Estados. Hasta dónde el gobierno de un Estado deba o pueda limitar la libertad de acción de su Estado mediante tratados internacionales, es asunto político. La respuesta no puede deducirse ni de la primacía del Derecho Internacional, ni de la primacía del derecho estatal.”²⁷

²⁷ IBIDEM. Pp. 345.

CAPÍTULO II

SOBERANÍA Y DERECHO INTERNACIONAL

SUMARIO: 2.1 Definición de Tratado, 2.2 Las fuentes de las obligaciones internacionales, 2.3 La estructura jerárquica de las normas y de los principios internacionales, 2.4 Derecho convencional y Derecho consuetudinario, 2.5 La relación entre normas convencionales y normas de Derecho Internacional general, 2.6 Aplicación del Derecho Interno por los Tribunales internacionales, 2.7 Adopción y aceptación de tratados, 2.8 Formas de manifestación del consentimiento en obligarse por un tratado Internacional, 2.9 Las formas de manifestación del consentimiento, 2.10 Otras formas de vinculación y de obligarse los Estados por un tratado Internacional.

En este capítulo se analiza el problema del concepto de soberanía como *poder absoluto* y las formas que adopta el Derecho Internacional según las fuentes de las obligaciones internacionales de los Estados, así como las formas de obligarse de Estos por medio de un tratado internacional. Si bien es cierto, por el Artículo 27 de la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados, un Estado no puede argumentar el contenido de su derecho interno para incumplir obligaciones internacionales adquiridas por medio de los tratados, también lo es que el Derecho Internacional, como cualquier otro sistema jurídico, establece formas de anular aquellos actos que se han realizado en contravención de los requisitos de validez que tal derecho exige, por lo que la aplicación lisa y llana del referido Artículo 27, debe estar sujeta a tales requisitos.

2.1 DEFINICIÓN DE TRATADO

Sobre los tratados como fuentes de obligaciones y su relación con los derechos internos existen varias teorías expuestas algunas de maneras diversas, Pastor Ridruejo²⁸ manifiesta al respecto: “La importancia de las relaciones entre el Derecho Internacional y los Derechos internos de los Estados radica en el hecho de que la eficacia del primero depende en muy amplia medida de la fidelidad con que los Derechos nacionales se conformen a las normas internacionales y les den efecto.”

Esta manifestación es importante tomando en cuenta que en este problema se enfrentan tres criterios constitucionales: el de soberanía, el republicano de la separación de poderes en el sentido de que es únicamente el Congreso de la República el facultado constitucionalmente para promulgar leyes y; el del principio *pacta sunt servanda*, en relación con el cumplimiento de obligaciones internacionales adquiridas por el Estado.

Sobre la teoría del tratado como fuente de obligaciones internacionales, se analiza de forma crítica a continuación, la teoría expuesta por el Dr. Francisco Villagrán Kramer²⁹ la cual manifiesta de forma bastante clara, la naturaleza jurídica de dicha institución del Derecho Internacional.

²⁸ Pastor Ridruejo, José A. CURSO DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO Y ORGANIZACIONES INTERNACIONALES. Editorial Tecnos. Madrid. 2012. Pp. 165-167.

²⁹ Villagrán Kramer, Francisco. DERECHO DE LOS TRATADOS. F&G Editores. Guatemala. 2003. Capítulos II y III. Pp. 16-56.

Manifiesta el Dr. Villagrán Kramer que se expresa en la convención de Viena de 1949 sobre el Derecho de los Tratados que por tratado debe entenderse, cualquiera que sea su denominación: “*el acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados regido por el Derecho Internacional*”.³⁰

Si bien esta definición inicialmente se consideró apropiada, lo cierto es que la dinámica internacional y el desarrollo que en el tiempo y en el espacio ha tenido el Derecho Internacional, han hecho variar ese concepto.

En primer término, los Estados ya no son los únicos sujetos del Derecho Internacional que pueden celebrar tratados, toda vez que las organizaciones internacionales, aun cuando sean creadas mediante mecanismos convencionales, pueden, asimismo, celebrar tratados con Estados entre ellas lo mismo que la Santa Sede.

Luego, el texto escrito *per se*, no es elemento solemne que el Derecho Internacional contemporáneo exija para que un acuerdo entre sujetos del Derecho Internacional exista, sea válido y pueda, incluso, exigirse su cumplimiento.

³⁰ Op.Cit. Pp. 40.

Finalmente, porque mediante un tratado se crean o generan no sólo derechos sino también obligaciones entre las partes, e incluso a favor o en contra de terceros, se trate de Estados, organizaciones internacionales o personas físicas y morales.

En tal virtud, a la par de que en los tratados pueden establecerse derechos y obligaciones recíprocas entre las partes, los tratados también pueden ser *leyes uniformes* en distintos Estados partes y, de la misma manera, ampliarse, tanto su ámbito personal como su ámbito territorial de validez de conformidad con las estipulaciones que figuren en el propio tratado o bien, conforme al Derecho Internacional general.

Entre las primeras, están los mecanismos de la *adhesión* y la llamada *accesión* de terceros Estados y, entre las otras, cuando un Estado, sin ser parte de un tratado, e incluso sin adherirse a él, acepta o reconoce de manera expresa o concluyente como obligatorias las obligaciones que constan en un tratado.

Por consiguiente, el concepto actualizado de tratados permite precisar que se trata de acuerdos entre sujetos del Derecho Internacional que los vincula o liga por lo que el vínculo produce efectos jurídicos, rigiéndose éste por el Derecho Internacional. Ello, desde luego, conduce a apreciar las diferencias que existen entre la *forma* de los tratados y la *substancia* o sea, entre el *instrumentum* y el *negotium* que lo contiene.

Las formas convencionales cobran relevancia al distinguirse los tratados que constan en textos escritos que, desde luego, deben registrarse ante la Secretaría General de la ONU conforme al Artículo 102 de la Carta de la ONU (y publicarse) para ser invocables antes los órganos de las Naciones Unidas, y los acuerdos no escritos, que, al no estar registrados no pueden invocarse ante esa estructura internacional, incluyendo la Corte Internacional de Justicia.

Manifiesta el autor que desde luego, un acuerdo no registrado o no publicado por la Secretaría General de la ONU no implica, como lo que precisó el Tribunal Arbitral que conoció del caso entre Guinea Bisseau y Senegal en 1989, que necesariamente, sea un acuerdo secreto.

En relación a los *acuerdos no escritos*, debe decirse que en la esfera internacional entran en el dominio de las modalidades *ad probationem* de los negocios jurídicos, y ello, en tanto en cuanto, según el Artículo 3 de la Convención de Viena de 1969 no son aplicables sus disposiciones a los acuerdos no celebrados por escrito, lo que, según la convención, no afecta: a) el valor jurídico de dichos acuerdos; b) la aplicación a los mismos de cualquiera de las normas enunciadas en dicha convención a que estuvieren sometidos en virtud del Derecho Internacional (general) independientemente de dicha convención; y c) a la aplicación de dicha convención a las relaciones de los Estados entre sí en virtud de acuerdos internacionales en los que fueren, así mismo, partes de otros sujetos de Derecho Internacional.

Es evidente, manifiesta el autor, que para que los tratados y los acuerdos no escritos puedan ser invocables ante un órgano de las Naciones Unidas, su existencia debe ser objeto de aceptación o reconocimiento entre las partes; los que, en ausencia de reconocimiento, pueden ser probados en juicio. De esta manera suele traerse a cuenta la *Declaración Ihlen*, hecha de manera verbal en 1934 por el Ministerio de Relaciones Exteriores de Noruega a enviados del gobierno de Dinamarca, por lo que dicha declaración –Sostuvo Dinamarca ante la Corte Permanente de Justicia Internacional– Vinculaba a Noruega como Estado y producía efectos jurídicos.

La Corte, en efecto, así lo declaró. En todo caso, y para mayor ilustración, recordamos que los contratos verbales no son desconocidos en los sistemas legales internos como tampoco lo es el valor jurídico que producen las declaraciones unilaterales de voluntad.

Lo importante es que en el Derecho Internacional no existen diferencias –Como acontece en los sistemas legales internos entre los contratos solemnes y los no solemnes– entre tratados que puedan, para efectos de su naturaleza y alcances, calificarse de solemnes y no solemnes, sino únicamente existen diferencias entre tratados y acuerdos que figuran en textos escritos y los acuerdos no escritos.

Ello, desde luego, no impide que los propios Estados califiquen ciertos tratados –como los estados de paz, de alianzas militares, o la constitución de comunidades y uniones económicas o monetarias– como tratados solemnes, y de la misma manera asignarle superior jerarquía a ciertos tratados sobre otros, como acontece con la Carta de la ONU conforme a su Preámbulo y el Artículo 103, y a los tratados de integración económica; como el de la Unión Europea, el tratado del MERCOSUR y los constitutivos y operacionales del Sistema de Integración Centroamericana (SICA).

Los acuerdos entre Estados y entre organizaciones internacionales, aparte de constar de un único instrumento al que suele llamársele *tratado o Convención* pueden constar, así mismo, en dos o más instrumentos. Al efecto, los conocidos *canjes de notas* entre gobiernos y entre misiones diplomáticas, entre representaciones permanentes ante organizaciones internacionales y las organizaciones y entre las mismas organizaciones pueden, dependiendo de su contenido, constituir tratados internacionales.

La Corte Internacional de Justicia estableció en su fallo del 1 de julio de 1994 sobre admisibilidad y jurisdicción el litigio Qatar y Bahrein que:

“un acuerdo internacional puede tomar varias formas y presentarse bajo denominaciones diversas. El párrafo 1a) del Artículo 2 de la convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados del 23 de mayo de 1969 que para los

finde esa convención se entiende por 'la expresión de tratado' un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados, y regido por el Derecho Internacional. Ya que conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación."

Aún más, como lo anotó la Corte tratándose de un *Comunicado Conjunto*:

"no existe ninguna regla de Derecho Internacional que prohíba que un comunicado conjunto constituya un acuerdo internacional destinado a someter al arbitraje o a decisión judicial una disputa."

El acuerdo entre dos o más Estados puede, asimismo, constar en textos separados entregados a un tercer Estado, como aconteció con los llamados "Acuerdos de Argelia" entre Estados Unidos e Irán en 1980 relacionados con la liberación y entrega de los rehenes que se encontraban secuestrados en la embajada de Estados Unidos en Irán. En esa oportunidad, por haberse roto las relaciones diplomáticas entre Estados Unidos e Irán se planteó la posibilidad de que cada Gobierno entregare al Gobierno de Argelia sendas notas en las que constasen los términos y condiciones de la entrega de los rehenes y otros asuntos, y éste, a su vez, la transmitiría a la otra parte. Por lo demás, las variantes de entrega de notas a terceros Estados y organismos internacionales y el *canje de notas* son congruentes con lo dispuesto en el Artículo 13 de la Convención de Viena de 1969.

Expuesta la teoría del Dr. Villagrán Kramer, podemos concluir que de acuerdo a ella, la doctrina y la jurisprudencia del Derecho Internacional Público se inclina por el principio de *favor negotium*, según la cual, en caso de duda, el Organismo que interprete debe inclinarse por el reconocimiento de la existencia de un tratado y por el cumplimiento del mismo, aún cuando su existencia formal esté dubitada por incumplimiento de algunos requisitos.

Por su parte Sorensen, define al tratado de la siguiente forma: “*El tratado es cualquier acuerdo internacional que celebran dos o más Estados u otras personas internacionales, y que está regido por el Derecho Internacional.*”³¹ Esta definición agrega a la definida por la Convención de Viena, el término “otras personas internacionales”.

Pastor Ridruejo por su parte, en su definición de tratado, parte de la definición de la Convención de Viena, pero agrega: “...*ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos y cualquiera que sea su denominación particular*”³², y agrega que, con todo, los acuerdos internacionales concluidos por una organización internacional, aún no sometidos a la Convención, son tratados.

Como observamos de lo expuesto, se tiene por tratado, todo acuerdo con calidad de internacional, que se realice entre Estados o entre organizaciones

³¹ Sorensen, Max. DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO. Editorial Fondo de Cultura Económica. México. 1994. Pp. 155.

³² Pastor Ridruejo, José A. Op.Cit. Pp. 87.

internacionales o bien entre los primeros y las segundas, y que se considere fuente de obligaciones entre sus partes.

2.2 LAS FUENTES DE LAS OBLIGACIONES INTERNACIONALES

Continuando con la exposición del Dr. Villagrán Kramer en su obra citada, si bien el concepto de *fuentes del Derecho Internacional* tiene importancia doctrinaria debemos decir que a jueces internacionales y nacionales pareciera no interesarles la discusión que existe entre fuentes primarias, supletorias y secundarias. En cambio, les importa ubicar las normas internacionales que establecen los derechos que deben hacer valer las partes y las obligaciones que deben cumplir, o bien, dejar sin efecto.

Por consiguiente, el problema que se les plantea es si los derechos que ante ellos invocan las partes o que pretenden hacer valer, existen conforme a Derecho y, si esas mismas normas o bien otras normas establecen o generan, de manera independiente, obligaciones internacionales, y en su caso, cuál es la naturaleza de esas obligaciones y, por supuesto, si éstas son o no obligaciones vigentes y, además, exigibles.

Los árbitros y los jueces internacionales aprecian el valor y los efectos y consecuencias jurídicas que producen o generan los actos y los hechos de los Estados y los de las organizaciones internacionales, así como, si unos y otros

generan o no derechos y obligaciones para ellos y, si las obligaciones pueden serles exigibles por otros Estados o por otras organizaciones internacionales. De inmediato, señala el autor que el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia no contempla en forma expresa estos fenómenos.

La doctrina es, a juicio del autor, desde luego, importante, por lo que para precisar las fuentes de las obligaciones suele acudir a la Teoría General de las Obligaciones y a la Teoría General del Derecho Internacional. Empero, también debe tenerse presente que en los distintos ordenamientos jurídicos internos se enuncian o establecen derechos y se precisan las obligaciones que nacen o se generan dentro de esos sistemas, incluyendo los que, a su vez, generan los contratos entre las partes y para terceros.

De la misma manera, se precisan en los sistemas internos las obligaciones que nacen o se forman *sin convenio* o que nacen de hechos lícitos (es el caso de los actos no prohibidos por el Derecho Internacional) y los actos ilícitos (también conocidos como delitos) incluyendo, las que generan los actos de las personas y los efectos y alcances de sus declaraciones unilaterales de voluntad. Por su parte, algunos sistemas internos también reconocen los llamados *cuasi contratos* y los *cuasi delitos* como fuentes de obligaciones. Como puede apreciarse, aportan importantes elementos.

Al examinarse el desarrollo que el Derecho de las obligaciones internacionales ha tenido en la jurisprudencia internacional es visible que en el siglo XIX y a principios del siglo XX, los Estados y los árbitros internacionales acudían a la teoría general de las obligaciones para precisar las fuentes de las obligaciones internacionales y, de la misma manera, buscaban comunes denominadores entre los distintos sistemas jurídicos internos, determinando que, en el ámbito interno unas eran fuentes de derechos y de obligaciones –es el caso de la ley y de la costumbre (en algunos sistemas)– y otros –los actos jurídicos y los hechos lícitos e ilícitos– que de la misma manera generan obligaciones.

Salta entonces a la vista, manifiesta el autor, que los primeros árbitros internacionales repararon en que la teoría de los actos y de los hechos jurídicos iba de la mano de la teoría de la responsabilidad y que, en los órdenes jurídicos internos se acentuaba, por un lado, la diferencia entre la responsabilidad civil y la responsabilidad criminal y, por el otro, entre la responsabilidad contractual y la extra contractual, en tanto que en el ámbito internacional no podía ni debían acentuarse esas mismas diferencias y categorías.

Un análisis a fondo conduce a apreciar que en el plano internacional se fue sedimentando y desarrollando una práctica que permitió que los Estados y los árbitros internacionales sostuvieran la existencia de obligaciones de Derecho Internacional general o consuetudinario y de obligaciones establecidas en tratados internacionales. De la misma manera, el análisis permite distinguir los actos jurídicos

de los hechos de los Estados que generan obligaciones internacionales, sin tener que aceptar que en el Derecho Internacional existe la misma diferencia que en el Derecho interno existe entre responsabilidad civil y penal y entre responsabilidad contractual y extra contractual. Esto último llevó, pues, a depurar los conceptos.

En consecuencia, los tribunales arbitrales, primero, y después las Cortes Internacionales y la Comisión de Derecho Internacional de la ONU, establecieron que la responsabilidad de los Estados era y es únicamente internacional. Que la pueden generar tanto los actos unilaterales como aquellos otros actos y omisiones de los Estados que violan o incumplen una obligación internacional –sea ésta de naturaleza general o consuetudinaria o convencional– o bien el incumplimiento de un compromiso internacional, al igual que los hechos que conforme al Derecho Internacional se reputan hechos ilícitos, ya sea que éstos constituyan hechos ilícitos simples o hechos ilícitos graves y continuos.

Ello, añade el Dr. Villagrán Kramer, también llevó a esclarecer que una es la responsabilidad internacional de los sujetos del Derecho Internacional generada por hechos ilícitos reputados delitos (hechos ilícitos simples) y otra generada por hechos ilícitos graves, incluyendo entre estos últimos, los crímenes internacionales, sin que la responsabilidad de los Estados tenga, por ello, carácter penal.

Desde luego, la discusión también condujo a distinguir las *obligaciones imperativas* o de *jus cogens* y las *obligaciones o deberes fundamentales* de los

Estados que figuran en la Carta de las Naciones Unidas y que han cobrado naturaleza consuetudinaria o general, por lo que obligan a todos los sujetos del Derecho Internacional. En consecuencia, deben distinguirse las obligaciones imperativas y los derechos y las obligaciones que para los sujetos del Derecho Internacional tienen carácter *fundamental*.

Por otra parte, según manifiesta el autor cuya teoría aquí se expone, también se debe recordar que la Corte Internacional de Justicia, distinguió entre *obligaciones simples* (de naturaleza consuetudinaria y convencional) y otras obligaciones que el Derecho Internacional general establece como *obligaciones erga omnes*. Ello, a fin de dejar claro que tratándose de obligaciones simples la relación entre acreedor y deudor y entre el Estado que incumple la obligación y el Estado lesionado por el incumplimiento, es de naturaleza bilateral, en tanto que, en el caso de las *obligaciones erga omnes*, la relación entre deudor y acreedores o entre Estado lesionado y Estado o Estado lesionado es multilateral, dado que todos los Estados –y no sólo los Estados directamente lesionados– pueden exigir su observancia y su cumplimiento y, en caso de incumplimiento, hacer efectiva la responsabilidad internacional del sujeto internacional que incumple o viola dichas normas.

Se trata, manifiesta el autor, como dijo la Corte Internacional de Justicia, “*de obligaciones de los Estados con la comunidad internacional en su conjunto, por lo que, por su naturaleza misma conciernen a todos los Estados.*” Y que, “*Dada la importancia de los derechos en juego puede considerarse que todos los Estados*

tienen un interés jurídico en que esos derechos sean protegidos, por tanto las obligaciones en ese caso son obligaciones erga omnes”.

A manera de comentario, cabe preguntarse aquí si las obligaciones de orden tributario contraídas entre Estados o entre éstos y organizaciones internacionales, tendrían la naturaleza de *erga omnes*, y cuál sería la pauta objetiva que nos ofrece el Derecho Internacional para distinguirlas, pregunta que no puede ser contestada sin examinar la naturaleza, estructura y fundamento de dichas obligaciones.

Por último, en la teoría del Dr. Villagrán Kramer, las clasificaciones de las obligaciones que figuran en los sistemas legales internos son, en lo internacional, útiles toda vez que ayudan a precisar la naturaleza de una obligación. Las categorías internas tienen en lo internacional valor doctrinario, puesto que las clasificaciones que en Derecho Internacional existen responden a su naturaleza consuetudinaria o convencional y a otros elementos que tienen que ver con la naturaleza de los sujetos del Derecho Internacional. De esta suerte, la distinción que la Comisión de Derecho Internacional introdujo en su proyecto de artículos sobre la responsabilidad internacional de Estado entre *obligaciones de conducta* y *obligaciones de resultado* ha merecido aceptación internacional.

Como correlato doctrinario de las obligaciones internacionales, se puede establecer el principio *pacta sunt servanda*, el cual es desarrollado por Sorensen de la siguiente manera: “*Los Estados y las demás personas internacionales quedan*

obligadas por los tratados celebrados en forma regular y que hayan entrado en vigor: ellos deben cumplirse de buena fe. Este principio afirmado por la Carta de las Naciones Unidas, se expresa comúnmente por la máxima pacta sunt servanda, lo que quiere decir literalmente: los tratados deben ser cumplidos. ¿Cuál es la naturaleza de este principio? Si bien todos los escritores reconocen su existencia, no siempre convienen en cuanto a su naturaleza. Para algunos es una regla del derecho natural; para otros, un principio general del derecho; y todavía para otros, una regla consuetudinaria.”³³

Más férrea resulta la posición de Pastor Ridruejo, quien opina que además del principio *pacta sunt servanda*, debe tomarse en cuenta que: “...los tratados deben observarse aunque sean contrarios al Derecho interno de alguno de los Estados partes. El Tribunal de la Haya ya se había manifestado categóricamente a este respecto, diciendo que un Estado no podía sustraerse a las obligaciones que le imponen los tratados, invocando su Derecho Constitucional o las leyes internas.”³⁴

³³ Sorensen, Max. Op. Cit. Pp. 158, 159.

³⁴ Pastor Ridruejo, José A. Op.Cit. Pp. 111.

2.3 LA ESTRUCTURA JERÁRQUICA DE LAS NORMAS Y DE LOS PRINCIPIOS INTERNACIONALES

Continuando con la doctrina expuesta por el Dr. Villagrán Kramer, éste manifiesta que, el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia no establece ninguna preeminencia entre las normas consuetudinarias y las normas convencionales ni entre éstas y los principios generales del Derecho. El problema que se confronta en el Derecho Internacional es, entonces, si existen jerarquías y preeminencias entre las distintas clases de normas internacionales.

2.4 DERECHO CONVENCIONAL Y DERECHO CONSUECUDINARIO

Dado que no existe instrumento alguno que precise –salvo en el caso de las normas imperativas establecidas entre la Convención sobre el Derecho de los Tratados– preeminencia entre las normas consuetudinarias y las convencionales, manifiesta el autor que, los tribunales internacionales se inclinan por verificar, al examinar el caso que deben fallar, en primer lugar, si existen entre las partes en litigio vínculos convencionales; es decir, tratados y convenios internacionales vigentes entre ellas y, luego, si existen o no normas de Derecho Internacional general o consuetudinario aplicables al caso o a la situación o situaciones que examinan y que deben resolver, sea que estas últimas fueren o no coincidentes con las normas convencionales.

En consecuencia, si entre las partes en litigio existen algunas convenciones internacionales –generales o particulares que establezcan reglas expresamente reconocidas por ellas– y que, además, estén vigentes entre y para ellas, los jueces internacionales no sólo tienen presente sino que, cuando procede, las aplican al caso concreto. De no existir en y para ese caso normas convencionales los jueces examinan, entonces, el espectro del Derecho Internacional general o consuetudinario a fin de precisar la o las normas consuetudinarias aplicables.

Como puede apreciarse, para los jueces internacionales propiamente no existe jerarquía entre las normas convencionales que vinculan a las partes y las normas de Derecho Internacional general, sino tan sólo un orden normativo, en el sentido de que toman en cuenta y aplican, en primer término, las normas convencionales que corresponde porque éstas vinculan a las partes y son para ellas *res inter alios acta* –cosa celebrada entre las partes- y, de no existir éstas, hurgan conforme al principio *Iuris Novit Curia* –el juez debe conocer el derecho– el espectro normativo consuetudinario.

Si el tribunal verifica que coexisten ambas clases de normas, manifiesta el autor analizado, no confronta ningún problema de jerarquía ni de prelación normativa. Ello, porque pueden aplicar, como en efecto lo ha hecho la Corte Internacional de Justicia, en diferentes casos (Estados Unidos vrs. Irán, caso de los rehenes, 1980 y Nicaragua vrs. Estados Unidos, 1986) ambas clases de normas.

Coincidencia normativa y vigencia simultánea son, pues los parámetros que, en estos casos, utilizan los tribunales internacionales.

En cuanto a jerarquías entre normas de Derecho Internacional general y normas de Derecho convencional y los principios generales del Derecho cabe recordar que las dos primeras son directamente aplicables por los tribunales internacionales y nacionales en tanto que los principios generales del Derecho lo son, únicamente, en aquellos casos en los que es menester integrar el Derecho a aplicar o bien, cuando los tribunales estiman que al traerlos a cuenta, ilustran y confirman el Derecho aplicable.

En cuanto a los actos unilaterales de los Estados y de las organizaciones internacionales, los jueces internacionales distinguen entre los actos cuyo basamento se encuentra en el marco del Derecho Convencional y los que tienen fundamento consuetudinario, distinguiendo, además, aquellos otros actos que pueden ser autónomos. Por consiguiente, precisan si dichos actos son acordes al sistema normativo dentro del que se originan y deben adoptarse y a la luz de esos elementos, precisan sus alcances, efectos y consecuencias jurídicas. El punto lo ilustran, por ejemplo, los actos unilaterales que tienen relación directa con los tratados internacionales –reservas, aceptación, ratificación, denuncia etc.– y las protestas y notificaciones que conforme al Derecho Internacional general deben, en ciertos casos, hacer los Estados.

2.5 RELACIÓN ENTRE NORMAS CONVENCIONALES Y NORMAS DE DERECHO INTERNACIONAL GENERAL

Expone el Dr. Villagrán Kramer en su teoría que, la relación entre las reglas convencionales y las reglas consuetudinarias es, de por sí, y como acontece en el ámbito jurídico interno, compleja. En primer término, es útil recordar que en muchos sistemas legales nacionales existe el principio que la costumbre obliga y produce efectos y consecuencias jurídicas cuando la ley así lo prescribe. Luego, están las situaciones jurídicas en las que, existiendo y teniendo fuerza legal una regla consuetudinaria, ésta puede ser *contra legem*, en cuyo caso es menester resolver el conflicto en cuanto si el sistema legal admite o no si una regla consuetudinaria puede o no abrogar la ley escrita y, ello, atendiendo al factor de que el correspondiente sistema legal admite la abrogación tanto de la costumbre por la ley escrita como la abrogación (o derogación) de la ley escrita por costumbre contraria que se sedimentó, afianzó, consolidó o desarrolló de manera paralela a la ley.

De la misma manera pueden surgir otras situaciones, entre ellas, el *olvido de una ley escrita*, por lo que ésta cae en desuso y el gradual y progresivo abandono de una costumbre o bien, el de su *cambio o modificación*. De esta suerte puede válidamente sostenerse que estas alturas del desarrollo del Derecho Internacional no existen ni convenciones internacionales ni leyes nacionales pétreas. Y ello, porque en el ámbito internacional existen, aparte del acuerdo recíproco entre las partes, mecanismos legales para suspender y terminar los tratados bilaterales y

multilaterales, de la misma manera que en el orden interno existen mecanismos legales para establecer si una ley escrita en el transcurso del tiempo ha caído o no en desuso y si puede o no exigirse su cumplimiento e imponerse las sanciones que en ella se establecían.

Ciertamente éstos son problemas que los jueces internacionales y los jueces nacionales pueden confrontar, porque no desconocen los efectos y las consecuencias que la dinámica internacional y la propia de las sociedades estatales producen o generan.

2.6 APLICACIÓN DEL DERECHO INTERNO POR LOS TRIBUNALES INTERNACIONALES

Continúa exponiendo el autor en su teoría, que no es usual que los tribunales internacionales sean llamados a resolver controversias aplicando normas de Derecho interno, puesto que ello depende, por un lado, de la naturaleza de la controversia y, por otro, que, aparte del Derecho Internacional aplicable también deben aplicar el Derecho interno. Así, por ejemplo, en materia de préstamos y obligaciones financieras internacionales, la Corte Permanente de Justicia Internacional sentó la siguiente tesis: *“Desde la perspectiva del Derecho Internacional, del que la Corte es su órgano, las leyes nacionales son simples hechos, manifestaciones de la voluntad y de la actividad de los Estados de la misma manera que lo son las decisiones judiciales o las medidas administrativas. La Corte*

no está llamada, como tal, a interpretar la ley polaca; pero nada se opone a que ella se pronuncie sobre la cuestión a saber si, al aplicar dicha ley, Polonia actúa o no de conformidad con las obligaciones que la convención de Ginebra le impone hacia Alemania.”

Luego sobre la forma cómo la Corte debía aplicar el Derecho interno y los elementos a tomar en cuenta al hacerlo, añadió en el caso de los “Empréstitos brasileños”: *“La Corte, habiendo llegado a la conclusión que ha lugar de aplicar el Derecho interno de un país determinado, no tiene duda que debe esforzarse en aplicarlo como se aplicaría en dicho país. No sería el caso de aplicar el Derecho de una manera diferente a como se aplicaría en el país en que está en vigor. De allí se desprende que la Corte debe tomar en cuenta la jurisprudencia nacional, ya que es gracias a esa jurisprudencia que ella podrá determinar cuáles son, verdaderamente, las reglas que de hecho son aplicadas en el país cuyo derecho es reconocido como aplicable en un campo determinado. Si la Corte estuviera colocada en la necesidad hacer abstracción de la jurisprudencia, el resultado sería que eventualmente podría aplicar otras reglas, distintas a las que corresponde aplicar; ello parecería coincidir con la misma idea que está a la base de la aplicación del Derecho interno.”*

En cuanto a la aplicación del Derecho interno, la misma Corte hizo importantes consideraciones, por lo que, el autor transcribe *in extenso* el párrafo pertinente de su fallo en el caso de los “Empréstitos Serbios”: *“No sería conforme a la tarea para la cual la Corte ha sido establecida y tampoco correspondería a los*

principios que gobiernan su composición que ella tuviera que abocarse a una interpretación propia de Derecho nacional, sin tomar en cuenta la jurisprudencia, corriendo el riesgo de ponerse en contradicción con la interpretación que la más alta jurisdicción nacional, habría establecido y cuyos resultados le parecen razonables. Sería particularmente delicado hacerlo cuando se trata de reglas de orden público –nacional cuya definición en un país determinado, depende en gran medida de la opinión que prevalece en cada momento en ese mismo país– y cuando los textos no se pronuncian directamente sobre la cuestión de que se trata.”

Por último, manifiesta el autor, en cuanto al principio *Iuris Novit Curia* –el juez debe conocer el Derecho– la Corte Permanente de Justicia Internacional consideró pertinente ilustrar el punto a manera que pudiere servirle de pauta a otros tribunales. En efecto, dijo la Corte:

“Aún cuando la Corte debe aplicar el Derecho interno cuando las circunstancias lo exigen, la Corte que es un jurisdicción de Derecho Internacional y que, por ello, está supuesta a conocer ella misma ese Derecho, no está obligada sin embargo, a conocer las leyes nacionales de los diferentes países. Todo lo que se puede admitir a ese respecto es que la Corte podría eventualmente verse obligada a procurarse el conocimiento del Derecho interno que debe aplicar; y ello, con la ayuda de las pruebas que le proporcionan las partes, o con la ayuda de todas las investigaciones que la Corte juzgaría conveniente efectuar, o causar que se emprendan.”

Como puede verse, manifiesta el autor en la exposición de su teoría, el conocimiento del Derecho aplicable es trascendental. Al respecto, suele decirse que se prueban los hechos más no el Derecho. La afirmación se hace en relación con la ley, puesto que en la esfera internacional, si bien no es mandatario probar la costumbre (salvo cuando se trata de una costumbre regional o local), quien invoca una costumbre debe suministrar, como mínimo, información precisa sobre ella y, desde luego, que ella existe.

En el orden interno, por ejemplo en Guatemala, el Artículo 2 de la Ley del Organismo Judicial establece que la costumbre sólo se rige en defecto de la ley escrita aplicable y siempre que no sea contraria a la moral o al orden público, y que *resulte probada*.

En segundo término, conforme al principio de "*Iuris Novit Curia*", tanto los tribunales internacionales como los nacionales deben conocer el Derecho llamado a aplicar. De ahí que la práctica usual sea que la parte que invoca determinada regla de Derecho ilustre al tribunal no sólo sobre su existencia y vigencia sino sobre la forma y modo que ha sido interpretada y aplicada con antelación. De ahí que la Corte en el caso de los "Empréstitos brasileños" señalara con esmero, a fin de mantenerse dentro del principio "*Juris Novit Curia*", que podría verse obligada eventualmente, a procurarse el conocimiento del Derecho interno, lo que debe

hacerse por medio de la *evidencia proporcionada por las partes* o por medio de *las investigaciones que la misma Corte puede hacer o causar que se emprendan*.

2.7 ADOPCIÓN Y ACEPTACIÓN DE TRATADOS

El Dr. Villagrán Kramer expone que es frecuente confundir la *adopción*, la *aprobación* y la *aceptación* de un texto convencional por lo que conviene precisar sus diferencias. En primer término, en el caso de los tratados bilaterales o entre un número reducido de partes los tratados no sólo se negocian directamente entre las partes sino que todos los Estados que expresan su conformidad con el texto negociado dejan constancia de ello en el acto de suscribirlos. En segundo término, si el tratado es resultado de negociaciones en una conferencia internacional, los negociadores y plenipotenciarios expresan conformidad con el texto del tratado en el acto de su adopción por mayoría entre los Estados presentes y votantes o por consenso entre todas las delegaciones asistentes a la conferencia.

En consecuencia, el término *adopción* tiene relación con el texto del tratado y no significa, para los efectos de su obligatoriedad, que el tratado sea aprobado o aceptado por los Estados adoptantes y que mediante el acto de adopción hubieren manifestado consentimiento en obligarse por el tratado. En tal virtud, la adopción no es equivalente, ni sinónimo de aprobación, ni de aceptación. Para algunos la adopción significa que existe el tratado.

Por otra parte, el texto adoptado se considera autentico y definitivo al seguirse el procedimiento que en él se prescriba o que los Estados que hayan participado en su elaboración convengan. A falta de dicho procedimiento, la convención de Viena establece una regla cómoda de observar, cual es que mediante la firma de tratado, la firma *ad referendum* o la rúbrica puesta por los representantes de los Estados en el texto del tratado ha sido adoptado, sistema que se estableció en 1815 al suscribirse el acta de París en la que figuran los siete tratados negociados y firmados en esa oportunidad por las potencias europeas.

2.8 FORMAS DE MANIFESTACIÓN DEL CONSENTIMIENTO EN OBLIGARSE POR UN TRATADO INTERNACIONAL

Para concluir con el análisis de la teoría expuesta por el Dr. Villagrán Kramer en lo que a este trabajo interesa, el referido autor manifiesta que, de inmediato se puede esclarecer que el consentimiento de los Estados en obligarse por un tratado internacional no es tácito, ni implícito, sino que debe ser expreso. Y ello, porque existen diferentes formas para manifestar el consentimiento y porque en razón directa de la forma cómo manifiestan o expresan su consentimiento los Estados dejan constancia de su voluntad de vincularse con las otras partes y, por consiguiente obligarse por el tratado.

Si bien la práctica de los Estados ha variado con el correr del tiempo, la codificación que se operó en 1969 de las reglas consuetudinarias entonces

existentes, ha contribuido a resolver las dudas que surgen y, además, a que los Estados establezcan en sus sistemas internos, mecanismos tendientes a mejor cumplir las reglas sobre la materia. Las siguientes son, pues las formas escritas que en la práctica se utilizan para expresar el consentimiento de los Estados para obligarse por un tratado internacional.

2.9 LAS FORMAS DE MANIFESTACIÓN DEL CONSENTIMIENTO

- a) Mediante la firma del tratado: Artículo 12 de la Convención de Viena;
- b) Mediante el canje de instrumentos que constituyen un tratado; o sea, el canje de notas: Artículo 13 de la Convención de Viena;
- c) Mediante la ratificación, aceptación o aprobación de un tratado por los órganos que el ordenamiento interno establece: Artículo 14 de la Convención de Viena;
- d) Mediante la adhesión de los Estados al tratado y cualquier otra forma que los Estados entre sí convengan: Artículo 15 de la Convención de Viena;
- e) Mediante el canje o depósito de los instrumentos de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión: Artículo 16 de la Convención de Viena;
- f) Mediante la aceptación de parte del tratado si lo permite el tratado o los demás Estados contratantes: Artículo 17 de la Convención de Viena;
- g) Mediante la escogencia o selección de las opciones que consten en el texto de un tratado al indicarse claramente a cuáles disposiciones se refiere el

consentimiento que se manifiesta o presta: Artículo 17 numeral 2 de la Convención de Viena; y

- h) Mediante cualquier otra forma que se convenga en el tratado: Artículo 11 de la Convención de Viena.

2.10 OTRAS FORMAS DE VINCULACIÓN Y DE OBLIGARSE LOS ESTADOS POR UN TRATADO INTERNACIONAL

De inmediato se advierte, expresa el autor, que se trata de formas no previstas en la Convención de Viena de 1969 por lo que se incursiona en un área no codificada en dicha Convención.

Para muchos internacionalistas, entre ellos Hans Kelsen, existe la diferencia entre la *adhesión* a un tratado internacional y la *accesión*, la primera consiste en la disposición que se establece en un tratado por la que las partes consienten a que terceros Estados sean parte en un tratado por lo que, mediante la adhesión, los Estados hacen constar que en el ámbito internacional y, en particular, ante las otras partes contratantes, su consentimiento en obligarse por el tratado. La *accesión*, por el contrario, es el acto por el que un Estado, sin que exista cláusula de adhesión, basado en que las partes en el tratado no lo objetan. Se incorpora como parte a un tratado y con ellos expresa el consentimiento requerido para obligarse por dicho tratado.

Una segunda variante consiste en que un Estado sin subscribir, firmar o adherir a un tratado, declara o por actos concluyentes hace saber que acepta o que se registrará por los compromisos establecidos en un tratado sin cumplir con los requisitos de la ratificación ni con el depósito de la ratificación establecidos en el tratado. La pregunta que en esos casos surge es si lo previsto en el tratado obliga o no a dicho Estado.

El problema se planteó en 1969 ante la Corte Internacional de Justicia en los casos de la “Plataforma del Mar del Norte entre Holanda y Dinamarca vrs. La República Federal de Alemania” en relación con la forma o formas como debía delimitarse la plataforma continental en el Mar del Norte. A la razón, ya existía la Convención de Ginebra de 1958 sobre la Plataforma Continental, convención que Alemania Federal no había ratificado, pero que tanto Holanda como Dinamarca sostenían que le era aplicable “por haber asumido unilateralmente Alemania Federal las obligaciones” establecidas en dicha convención.

El argumento sobre la aplicabilidad de la convención a Alemania en razón de que había manifestado concordancia con reglas contenidas en dicha convención descansó en la teoría de los *actos concluyentes*, según la cual un Estado puede resultar obligado por reglas contenidas en un tratado internacional cuando manifiesta –no por las formas previstas en el tratado– su aceptación a las reglas que contiene el tratado. A tales efectos, los *actos concluyentes* deben consistir en expresiones o manifestaciones de concordancia con las reglas contenidas en un

tratado por lo que, aun cuando dicho tratado no fuera aceptado por escrito ni ratificado, esa práctica produce como efecto que el Estado queda obligado por la disposición que figura en el tratado que acepta o a la que en anterior oportunidad se acogió.

Ya con la antelación de la Corte Permanente de Justicia Internacional había expresado en su opinión constitutiva en el asunto del Tratamiento de Naciones Polacos en Dantzig del 10 de septiembre de 1929 que “las convenciones, salvo algunas excepciones particulares, no devienen obligatorias sino en virtud de su ratificación.” Teniendo presente ese precedente, la Corte Internacional de Justicia se pronunció sobre el asunto planteado por Dinamarca y Holanda contra Alemania Federal en su sentencia del 20 de febrero de 1969 en la siguiente forma: *“En principio cuando varios Estados (...) han concluido una convención en la que se especifica que la intención de estar vinculados por el régimen convencional debe manifestarse de una forma determinada, es decir, por el cumplimiento de ciertas formalidades escritas (ratificación, adhesión) no podría presumirse a la ligera que un Estado no haya cumplido esas formalidades, ya que en todo momento estaba en la medida y en el derecho de hacerlos, y no lo hizo de otra manera.”*

En consecuencia, al haberse previsto en la Convención de Ginebra su ratificación, y al no haberla efectuado Alemania Federal, no se le pudo tener como parte de dicha convención y, por consiguiente, la convención no devino obligatoria para dicho país.

Desde luego, lo resuelto por la Corte no excluye que la aceptación de una regla o de reglas contenidas en un tratado, primero, por algunos Estados y, luego, por una mayoría de Estados, sin que se cumplan con las formas de manifestación del consentimiento establecidas en el propio tratado, que dicha regla o reglas se transformen por ello en reglas de Derecho Internacional general; tema que también abordó la Corte Internacional de Justicia y que luego fue objeto de codificación en la Convención de Viena de 1969 al consignarle en el Artículo 38 que el régimen aplicable a los tratados y terceros Estados no impide que una norma contenida en un tratado *“llegue a ser obligatoria para un tercer Estado como norma consuetudinaria de Derecho Internacional reconocida como tal.”*

Hans Kelsen en su obra “El contrato y el tratado” se manifiesta de la forma siguiente: *“Con el término “contrato” se designa un Estado de hecho del orden jurídico interno. Pero el mismo Estado de hecho existe igualmente –bajo el nombre de “tratado”- en el derecho internacional. En ambos casos se plantean, en principio, los mismos problemas.”*³⁵

Como puede inferirse, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados es susceptible de interpretaciones diversas y en consecuencia, la determinación de su contenido no es pacífica. En última instancia, serían los

³⁵ Kelsen, Hans. EL CONTRATO Y EL TRATADO. Editorial Colofón, S.A. México. Segunda Edición. 2002. Pp. 1.

órganos internacionales encargados de su interpretación y aplicación quienes decidirían cuál es su interpretación, la cual sería *auténtica* en el sentido kelseniano, si esta es de última instancia.

CAPÍTULO III

MONISMO Y DUALISMO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

SUMARIO: 3.1 Definición del problema de las relaciones entre la Constitución y los tratados en materia de derechos humanos, 3.2 Las respuestas comunes al problema formulado, 3.3 Relación de interacción o retroalimentación entre el sistema internacional y el sistema constitucional, 3.4 Influencia del sistema internacional de derechos humanos en los sistemas constitucionales internos de los estados, 3.4.1 Incorporación formal, 3.4.2 Incorporación sustantiva, 3.5 Influencia de los sistemas nacionales en el sistema internacional de los derechos humanos, 3.5.1 Propiedad Colectiva, 3.5.2 Acceso a la información, 3.5.3 Matrimonio entre personas del mismo sexo, 3.5.4 Control de convencionalidad, 3.6 Los derechos económicos, sociales y culturales, 3.7 La supremacía de la Constitución, 3.8 La idea de supremacía constitucional, 3.9 La supremacía material y la supremacía formal de la Constitución, 3.10 La jerarquía de la Constitución y de los tratados de derechos humanos

En el presente capítulo se analiza la forma en que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos se relaciona con el derecho interno en relación al principio de jerarquía normativa; es decir, si la relación es de naturaleza dualista o monista. También se analiza la forma de incorporación de los tratados sobre derechos humanos al ordenamiento jurídico y la influencia recíproca entre los sistemas internacionales de derechos humanos y los sistemas constitucionales internos de los Estados.

3.1 DEFINICIÓN DEL PROBLEMA DE LAS RELACIONES ENTRE LA CONSTITUCIÓN Y LOS TRATADOS EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

El tratamiento jurídico sobre la relación existente entre los sistemas normativos constitucional e internacional en materia de Derechos Humanos es controvertido en la doctrina y en los ordenamientos internos. Esto en virtud de que la forma en que se explique la relación entre estos sistemas supone consecuencias en el sistema democrático y en su relación con los Derechos Humanos. Organizar un sistema democrático supone la configuración de un Estado de Derecho, la consagración de ciertos derechos mínimos que legitimen la actividad del Estado y el establecimiento de mecanismos de garantía para el pleno goce y ejercicio de los derechos.

Tanto el modelo de Estado de Derecho, como la consagración de derechos humanos y el diseño de mecanismos de garantía, son cuestiones en donde convergen los sistemas constitucional e internacional de los derechos humanos.

Este planteamiento da paso a un problema que puede definirse así: “si entendemos que el derecho interno permite acuerdos más amplios y profundos en materia de derechos que el sistema internacional (*atendiendo a la mayor diversidad de opiniones que éste debe conjugar para llegar a acuerdos básicos en materia de derechos mínimos que permitan legitimar la actividad del Estado*) los derechos no son los mismos en el ámbito interno que en el internacional y, por tanto, la protección

de derechos no puede ser entendida como un *continuum* entre la protección interna y la protección internacional. Estamos ante dos sistemas que contemplan derechos mínimos y mecanismos de garantía que deben coordinarse de forma tal que cada uno cumpla un objetivo común: la efectiva protección de los derechos humanos”³⁶.

¿Cuál es la mejor explicación de la relación entre el sistema constitucional y el sistema internacional en materia de derechos humanos?

Esta pregunta es relevante porque su respuesta puede constituir la base para legitimar la intervención entre uno y otro sistema de protección.

3.2 LAS RESPUESTAS COMUNES AL PROBLEMA FORMULADO

Una de las respuestas tradicionales respecto a la relación entre el Derecho Internacional y Derecho Constitucional, ha sido entender al sistema internacional como *subsidiario del nacional*, se ha considerado, tradicionalmente, que el Derecho Internacional debe aplicarse sólo cuando el sistema interno no ha dado respuesta ante determinadas violaciones de derechos fundamentales. En este sentido, se ha planteado que el sistema internacional actúa cuando los mecanismos internos de los Estados han fallado.

³⁶ Nash, Claudio. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD DE LA DOGMÁTICA A LA IMPLEMENTACIÓN. Editorial Porrúa. México. 2013. Pp 55-56.

“Confirma esta respuesta, el hecho de que muchos órganos internacionales exijan para conocer de un caso ocurrido dentro del territorio de un Estado, el previo agotamiento de los recursos internos. Si bien el principio de subsidiariedad se emplea en algunos ámbitos de la relación existente entre Derecho Internacional y los ordenamientos internos, no resulta factible aplicar esta visión a la totalidad de las materias a las cuales está sujeta esta relación entre sistemas. Entendiendo lo anterior; resulta inadecuado abordar la generalidad de la relación entre los sistemas constitucional e internacional de los derechos humanos desde esta perspectiva”³⁷.

“Considerando las dificultades anteriores, se ha planteado por la doctrina, que la relación existente entre los sistemas constitucional e internacional debe ser entendida como de *carácter complementario*. De acuerdo con esta concepción, las normas internacionales de derechos humanos pasan a integrar, precisar y enriquecer el contenido de los derechos reconocidos en la Constitución. Esta perspectiva, considera que las normas del ordenamiento interno y del internacional tienen un sentido y alcance que debe articularse en un sistema en donde ninguna anule a la otra, ni estén en pugna, sino que deben aplicarse de tal modo que se alcance una congruencia armonizante. Ejemplos de esta perspectiva se encuentran en el Estatuto de Roma de 1998 (Corte Penal Internacional) y en el nuevo Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas”³⁸.

³⁷ Arregú, Martín & Courtis, Cristian. LA APLICACIÓN DE LOS TRATADOS SOBRE DERECHOS HUMANOS POR LOS TRIBUNALES LOCALES. Buenos Aires. Editores del Puerto. 2004. Pp 4.

³⁸ Mongayo, Guillermo. REFORMA CONSTITUCIONAL, DERECHOS HUMANOS Y JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA. En: Arregú, Martín & Courtis, Cristian. Op Cit. Pp 100.

Al concebir la relación entre derecho interno y sistema internacional como una forma de *complementar* contenidos y protección, el sistema internacional no sólo cumple el rol de suplir los vacíos que deja la inactividad en el ámbito interno de un Estado, sino que también, se erige como una fuente directa a aplicar en el resguardo de los derechos humanos.

Esta perspectiva se acerca a las necesidades que hoy en día tiene una sociedad democrática, ya que claramente ambos sistemas jurídicos deben tener una relación de *complementariedad* entre sus normas, principios y sistemas de protección. Sin embargo, pareciera que es necesario avanzar y entender esta relación no sólo como *complementaria* sino que también como de *retroalimentación* entre ambos sistemas jurídicos.

3.3 RELACIÓN DE INTERACCIÓN O RETROALIMENTACIÓN ENTRE EL SISTEMA INTERNACIONAL Y EL SISTEMA CONSTITUCIONAL

Recientemente hemos observado la existencia de una relación mucho más estrecha entre los sistemas internacional y nacional, en donde ya no solo se busca que el sistema internacional actúe en *subsidio* del sistema interno, ni tampoco *complementando* las normas internas de los Estados. Podemos inferir que existe una relación recíproca entre ambos sistemas, en donde el sistema interno de cada Estado se enriquece de los aportes normativos y jurisprudenciales del sistema

internacional y, en donde también, el sistema internacional se retroalimenta del desarrollo normativo constitucional de los Estados para emprender la concreción de nuevos instrumentos internacionales o para enriquecer su argumentación jurisprudencial.

Se puede afirmar entonces que esta relación es *recíproca*, entendiendo que no sólo es el sistema internacional el que aporta normas, estándares y principios a los ordenamientos jurídicos de cada Estado, sino que también, los aportes del derecho interno al sistema internacional han enriquecido el desarrollo jurisprudencial de los órganos internacionales.

3.4 INFLUENCIA DEL SISTEMA INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS EN LOS SISTEMAS CONSTITUCIONALES INTERNOS DE LOS ESTADOS

Aproximadamente desde mediados de los años ochenta en Latinoamérica, ha sido importante la influencia del sistema interamericano de protección de los derechos humanos en los ordenamientos internos de los Estados. El impacto del sistema interamericano de protección de los derechos humanos en los ordenamientos internos de los Estados, ha sido desde entonces, mucho más visible y, por tanto, más desarrollado por la jurisprudencia de los tribunales constitucionales.

3.4.1 INCORPORACIÓN FORMAL

“Dada la cada vez más prolífica incorporación de instrumentos internacionales en los ordenamientos internos de los Estados, se hace necesario que estos definan cómo será la recepción de la normativa internacional, ya sea mediante la transformación de la norma internacional en norma interna o mediante la integración de las normas internacionales al sistema interno”³⁹.

También es necesario que se defina la jerarquía de estas normas en el ámbito interno, sea como normas de rango constitucional, supraconstitucional u ordinario.

En los primeros años de los sistemas internacionales de protección, la incorporación del Derecho Internacional estuvo marcada por los tratados o convenciones de Derecho Internacional que los países ratificaban y, con ello, se incorporaban a su sistema interno.

Mariño destaca a este respecto: “... en la influencia del Derecho Internacional sobre los Derechos internos, debe destacarse la importante repercusión en el orden constitucional de la ineludible exigencia de regular de algún modo diferentes aspectos de la aplicación de las normas del primero en los segundos”⁴⁰.

³⁹ Mariño, Fernando. DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO. Madrid. Editorial Trotta. 2001. Pp 592.

⁴⁰ Ibidem, Pp. 586.

En ese mismo sentido, Cançado Trindade establece que “la incorporación de los instrumentos de derechos humanos en el ámbito interno incluso ha significado profundos cambios constitucionales que ha implicado estar, en su concepto, ante un nuevo constitucionalismo con una cierta apertura a la internacionalización de la protección de los derechos humanos”⁴¹.

3.4.2 INCORPORACIÓN SUSTANTIVA

Sin desconocer la importancia que tiene la integración de las normas internacionales en los ordenamientos internos, debe considerarse una nueva tendencia que ha dejado en evidencia el aporte sustantivo que el sistema internacional de derechos humanos realiza. Esta forma de incorporación se basa en la adopción de estándares sustantivos desarrollados por el sistema internacional de derechos humanos, para resolver cuestiones internas de los Estados. Ésta ha tenido impacto en dos ámbitos principalmente: en lo normativo- institucional y en la jurisprudencia.

“En lo normativo, se ha desarrollado, desde fines de la década de los ochenta, un proceso de transformación constitucional, ya sea con el surgimiento de nuevos textos (Brasil 1988, Colombia 1991, Venezuela 1998), de reforma de los

⁴¹ Cançado Trindade, Antonio. EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL SIGLO XXI. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 2001. Pp. 273.

mismos (Argentina 1994, Chile 1989 y 2005) o la creación de nuevas instancias jurisdiccionales (Costa Rica 1989). Dichas modificaciones constitucionales tuvieron como objetivo explícito una mejor consagración y protección de los derechos humanos”⁴².

Este proceso ha ido más allá de lo constitucional y comprende también procesos de transformación legislativa en materia de procedimientos, estructuras institucionales de justicia emprendidas en los últimos años en Latinoamérica, han tenido por objeto adecuarse a los requerimientos del sistema internacional de derechos humanos.

Otra de las áreas en donde se ha desarrollado esta incorporación sustantiva del Derecho Internacional ha sido en la jurisprudencia. La jurisprudencia constitucional latinoamericana ha incorporado el Derecho Internacional de los derechos humanos, en especial, los estándares fijados por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El alcance que se ha dado a los elementos centrales para configurar una idea de los derechos fundamentales (alcances de los estándares normativos, recepción constitucional amplia, límites y garantías del poder estatal) si bien no podría calificarse como un nuevo paradigma, son sin duda, suficientes como para configurar una concepción particularmente garantista de los derechos fundamentales.

⁴² Nash, Claudio. LA CONCEPCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN LATINOAMÉRICA. México. Editorial Fontamara. 2010. Pp 81

“Claros ejemplos de esta recepción se encuentran en los razonamientos de los tribunales constitucionales en temas como obligaciones positivas de los Estados, restricciones y juicio de ponderación, bloque de constitucionalidad, entre otras. Cada una marcada por las tendencias internacionales en materia constitucional y por los avances en la jurisprudencia internacional”⁴³.

La incorporación de los estándares internacionales para resolver cuestiones en materia de debido proceso en los procesos penales, marca una nueva forma de entender los derechos de los individuos frente al poder punitivo del Estado. En este sentido, nuevas interpretaciones en materia de derechos de las víctimas, obligación de juzgar los crímenes graves, el derecho a la verdad, presunción de inocencia, no serían explicables sin un desarrollo de estos temas desde el ámbito internacional.

“También ha sido importante el rol que ha jugado el Derecho Internacional de los derechos humanos en materia de libertad de expresión, al incorporar estándares que han permitido cambios en los ordenamientos internos. En materia de libertad personal el Derecho Internacional de derechos humanos ha complementado el contenido y alcance que éste adquiere en los ordenamientos internos”⁴⁴.

⁴³ Ibidem, Pp. 124

⁴⁴ Ibidem, Pp. 197

3.5 INFLUENCIA DE LOS SISTEMAS NACIONALES EN EL SISTEMA INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

También han sido los sistemas constitucionales internos de los Estados, los que han influido en el orden internacional de derechos humanos. En el ámbito internacional, se ha recogido por los instrumentos de derechos humanos, un principio básico de interpretación: la interpretación integral, que se expresa en la siguiente norma de Derecho Internacional: “No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado”.⁴⁵

Esta norma es la puerta de entrada para buscar la mejor interpretación de los derechos humanos, que permita su plena efectividad y que ayude a nutrir al Derecho Internacional de los avances que se producen en el ámbito interno.

Un caso en el que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha hecho uso de este principio, es sobre derechos de los miembros de pueblos indígenas:

⁴⁵ Artículo 5.2 del Pacto Internacional Sobre Derechos Humanos y en el mismo sentido el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos

148. Mediante una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, tomando en cuenta las normas de interpretación aplicables y, de conformidad con el Artículo 29.b de la Convención –que prohíbe una interpretación restrictiva de los derechos–, esta Corte considera que el Artículo 21 de la Convención protege el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal, la cual también está reconocida en la Constitución Política de Nicaragua.⁴⁶

Algunos otros ámbitos desde la perspectiva de la influencia del derecho interno en dar contenido y alcance a los derechos consagrados internacionalmente y el desarrollo jurisprudencial de la Corte IDH en materia de garantía de derechos, que, inspirada en instituciones del derecho interno, busca impactar en la efectividad del Derecho Internacional en el ámbito nacional son los desarrollados a continuación.

3.5.1 PROPIEDAD COLECTIVA

Uno de los primeros casos en que el sistema interamericano recurre al derecho interno para buscar una respuesta que amplíe la protección de derechos,

⁴⁶ Caso Mayagna Awas Tigni vs. Nicaragua, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79

se da en el ámbito del derecho de propiedad indígena. La Corte Interamericana en la ya citada sentencia del caso *Mayagna Awas Tigni*, colocada en la compleja situación de interpretar el derecho de propiedad privada –una norma consagrada en términos clásicos como propiedad individual– amplía su alcance, reconociendo la protección en la propiedad indígena sobre la base del reconocimiento de ésta en el ámbito interno; esto es, fija el contenido del derecho a la luz del derecho interno:

151. El derecho consuetudinario de los pueblos indígenas debe ser tenido especialmente en cuenta, para los efectos de que se trata. Como producto de la costumbre, la posesión de la tierra debería bastar para que las comunidades indígenas que carezcan de un título real sobre la propiedad de la tierra obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro. 152. Como ya fue señalado, Nicaragua reconoce la propiedad comunal de los pueblos indígenas, pero no ha regulado el procedimiento específico para materializar dicho reconocimiento, lo cual ha causado que desde 1990 no se hayan otorgado títulos de esta naturaleza. Además, en el presente caso, el Estado no se ha opuesto a la pretensión de la Comunidad Awas Tigni de ser declarada propietaria, aunque se discuta la extensión del área que ésta reclama.

3.5.2 ACCESO A LA INFORMACIÓN

Otro caso en el cual el sistema interamericano se ha nutrido del derecho interno para fijar el alcance de un derecho consagrado internacionalmente, es respecto del derecho de libertad de expresión. En el caso *Claude Reyes vs. Chile*, la pregunta que tenía que responder la Corte era si la libertad de expresión podía comprender dentro de sus alcances normativos, el derecho de acceso a la información. Para contestar esta pregunta la Corte busca fundamentos en el derecho interno de los Estados, examinando su legislación ordinaria y sus constituciones:

78. Al respecto, es importante destacar que existe un consenso regional de los Estados que integran la Organización de los Estados Americanos (en adelante “la OEA”) sobre la importancia del acceso a la información pública y la necesidad de su protección... 82. Asimismo, el Tribunal considera de especial relevancia que a nivel mundial, muchos países han adoptado normativa dirigida a proteger y regular el derecho de acceder a la información bajo el control del Estado. 83. Finalmente, la Corte estima relevante hacer notar que, con posterioridad a los hechos de este caso, Chile ha realizado importantes avances en materia de consagración normativa del derecho de acceso a la información bajo el control del Estado, que incluyen entre otros

una reforma constitucional y que actualmente se encuentra en trámite un proyecto de ley sobre dicho derecho.⁴⁷

3.5.3 MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO

En el ámbito del sistema europeo, esta retroalimentación entre el Derecho Interno y el Derecho Internacional, se ha constituido en una verdadera doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Como ejemplo es relevante un caso que trata sobre la alegación del derecho al matrimonio homosexual. En éste, la Corte Europea de Derechos Humanos fija el alcance del derecho a la protección de la familia, entendiéndolo en términos amplios, atendido a que ésta ha sido la tendencia en las legislaciones nacionales. Concluye que “en vista de la evolución que ha tenido este tema en las legislaciones internas sería artificial mantener la visión que la Corte venía sosteniendo, esto es, que las uniones de personas del mismo sexo no podían constituir una “familia” en términos convencionales y, por tanto, sus criterios desde ahora es que las uniones de personas del mismo sexo –que de facto son una unión estable– caben dentro de la noción de “vida familiar” al igual que lo sería una unión de personas de diferente sexo”.⁴⁸

⁴⁷ Corte IDH. Caso Claude Reyes y otros vs. Chile. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C Nº151

⁴⁸ Corte Europea de Derechos Humanos. Case of Schalk and Kopf v. Austria. Application no. 30141/04, 24 June 2010

3.5.4 CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

“Algo similar ha ocurrido en materia de procedimientos de protección de derechos humanos. Uno de los mecanismos más interesantes de protección de derechos en el ámbito interno es el control de convencionalidad. Esta institución ha sido recogida por la Corte interamericana, que desde 2006 ha comenzado a desarrollar la idea de que los jueces en el ámbito interno –en casos relativos a derechos que se encuentran consagrados internacionalmente– deben hacer un ejercicio de control, que la Corte ha denominado control de convencionalidad”⁴⁹.

Una explicación clara la expresa la Corte en un reciente fallo:

“225. Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de

⁴⁹ Nash, Claudio. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD DE LA DOGMÁTICA A LA IMPLEMENTACIÓN. Op Cit. Pp. 65

ejercer *ex officio* un “control de convencionalidad” 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, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que de lo mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete último de la Convención Americana (*Caso “Cabrer García y Montiel Flores vs. México”*. Sentencia de 26 de noviembre de 2010).”.

Este “Control de convencionalidad” claramente tiene su fuente de inspiración en la figura del control de constitucionalidad ampliamente desarrollado en el ámbito interno de los Estados. Así, la Corte Interamericana en el fallo citado (párrafos 226-232) cita como fuente del control de convencionalidad, jurisprudencia dictada por tribunales superiores de Costa Rica, Bolivia, República Dominicana, Perú, Argentina y Colombia.

Una explicación sobre esta materia la da el juez Sergio García Ramírez, quien en un voto concurrente señala como fuente del control de convencionalidad el sistema constitucional, en los siguientes términos:

“4. En otras ocasiones ha cotejado la función de los tribunales internacionales de derechos humanos con la misión de las cortes constitucionales internas. (...) el control de constitucionalidad, como valoración y decisión sobre el acto

de autoridad sometido a juicio, se encomienda a un órgano de elevada jerarquía dentro de la estructura jurisdiccional del Estado (control concentrado) o se asigna a los diversos órganos jurisdiccionales en lo que respecta a los asuntos de los que toman conocimiento conforme a sus respectivas competencias (control difuso). (*Corte IDH. Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú. Sentencia de 24 de Noviembre de 2006. Serie C No. 158. Voto Razonado juez Sergio García Ramírez*)”.

Parece evidente que el Derecho Internacional de los derechos humanos, en particular en su jurisprudencia, ha recogido estándares desarrollados en el ámbito interno, para dar contenido y alcance a los derechos consagrados internacionalmente. También se ha desarrollado la idea de un mecanismo de garantía interno de los derechos con consagración internacional, inspirado en un sistema de control de constitucionalidad ampliamente desarrollado en el ámbito interno.

3.6 LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

El desarrollo histórico de la consagración legal en sede nacional e internacional de los derechos económicos, sociales y culturales resulta un buen ejemplo de cómo los sistemas nacional e internacional de protección de los derechos humanos han tenido una interacción constante.

“A principios del siglo XX dadas las fuertes críticas al modelo liberal de Estado de Derecho, se comienza a dar importancia en los órdenes constitucionales nacionales a estos derechos. El concepto de igualdad material provoca que los derechos sociales comiencen a ser considerados en las constituciones políticas de la época. Derechos como la educación, la salud o la previsión social comienzan a ser regulados por los Estados. En algunos países, como en Inglaterra se fomentan algunas políticas públicas para controlar la explosión social de la época. La Constitución de Querétaro (1917) en México incorporó un vasto programa de protección a los sectores populares, así como la Constitución socialista en Rusia de 1918 que abolía la propiedad privada y resguardaba las necesidades básicas de todos sus habitantes”⁵⁰.

En el orden internacional, se crea la Organización Internacional del Trabajo en 1919, que responde al fuerte desarrollo que ha tenido en el ámbito nacional el resguardo de los derechos laborales. Estos eventos ejercen influencia en el ámbito internacional, dadas las tendencias normativas que se adoptan en sede nacional. En 1966 se crea el Pacto Internacional de Derechos sociales, económicos y culturales y, en el ámbito interamericano, el Protocolo adicional a la Convención Americana en materia de derechos económicos, sociales y culturales (Protocolo de San Salvador) de 1988. Ambos instrumentos internacionales tuvieron una

⁵⁰ Ferrajoli, Luigi. ESTADOS SOCIAL Y ESTADO DE DERECHO. En: Abramovich, Víctor. DERECHOS SOCIALES. INSTRUCCIONES DE USO. México. Editorial Fontamara. 2006. Pp 25

importante influencia en los sistemas nacionales, al destacar la importancia de los derechos sociales y dejar en evidencia que los Estados tienen obligaciones en relación a éstos.

“En una primera etapa, la interacción entre ambos sistemas se centró en el ámbito normativo, sin embargo, hoy en día la interrelación también es perceptible en materia de jurisprudencia. Si bien es cierto que los tribunales nacionales de muchos países se han servido de los estándares internacionales otorgados por los órganos internacionales, también en esta materia ha existido influencia de los desarrollos jurisprudenciales nacionales en las instancias internacionales”⁵¹.

Sobre la progresividad de los derechos humanos, la Corte Constitucional de Colombia ha señalado lo siguiente:

“El Estado, por una parte, debe adoptar e implementar las políticas, programas o medidas positivas para lograr una igualdad real de condiciones y oportunidades entre los asociados y al hacerlo, dar cumplimiento a sus obligaciones constitucionales de satisfacción progresiva de los derechos económicos, sociales y culturales básicos de la población –en aplicación de los que la jurisprudencia constitucional ha denominado “cláusula de erradicación de las injusticias presentes”–.

⁵¹ Pisarello, Gerardo. LOS DERECHOS SOCIALES Y SUS GARANTÍAS. ELEMENTOS PARA UNA RECONSTRUCCIÓN. Madrid. Editorial Trotta. 2007. Pp 25.

Sobre la de regresividad de los derechos humanos, la Corte Constitucional de Colombia ha señalado:

“Por otra parte, el Estado debe abstenerse de adelantar, promover o ejecutar políticas, programas o medidas ostensiblemente regresivos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, que conduzcan clara y directamente a agravar la situación de injusticia, de exclusión o de marginación que se pretende corregir; sin que ello impida avanzar gradual y progresivamente hacia el pleno goce de tales derechos”.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos recoge este desarrollo jurisprudencial de la Corte colombiana en el caso Acevedo Buendía vs. Perú: (corte IDH. Caso Acevedo Buendía vs. Perú. Sentencia de 1 de julio de 2009. Serie C N° 198, párr. 102 y 103). En éste señala:

“102. El Tribunal observa que el desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales ha sido materia de pronunciamiento por parte del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, en el sentido de que la plena efectividad de aquéllos “no podrá lograrse en un breve periodo de tiempo” y que, en esa medida, “requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo [...] y las dificultades que implica para cada país el asegurar [dicha]

efectividad”. En el marco de dicha flexibilidad en cuanto al plazo y modalidades, el Estado tendrá esencialmente, aunque no exclusivamente, una obligación de hacer; es decir, de adoptar providencias y brindar los medios y elementos necesarios para responder a las exigencias de efectividad de los derechos involucrados, siempre en la medida de los recursos económicos y financieros de que disponga para el cumplimiento del respectivo compromiso adquirido por el Estado podrá ser exigido ante las instancias llamadas a resolver eventuales violaciones a los derechos humanos. 103. Como correlato de lo anterior; se desprende un deber –si bien condicionado– de no-regresividad, que no siempre deberá ser entendido como una prohibición de medidas que restrinjan el ejercicio de un derecho. Al respecto, el Comité de Derecho Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas ha señalado que “las medidas de carácter deliberadamente regresivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto [Internacional de Derecho Económicos, Sociales y Culturales] y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que [el Estado] disponga”.

En la misma línea, la Comisión Interamericana ha considerado que para evaluar si una medida regresiva es compatible con la Convención Americana, se deberá “determinar si se encuentra justificada por razones de suficiente peso”. Por

todo lo expuesto, cabe afirmar que la regresividad resulta justiciable cuando de derechos económicos, sociales y culturales se trate”.

“Si bien la Corte IDH no hace mención expresamente a la Corte colombiana, recoge de forma muy similar el desarrollo jurisprudencial que ha realizado tradicionalmente esta instancia judicial. Podemos ver así, como el desarrollo doctrinal y jurisprudencial de una instancia nacional puede influir en el desarrollo jurisprudencial de una instancia internacional como la Corte Interamericana de Derechos Humanos”⁵².

El desarrollo que ha tenido el tema de los derechos sociales en el ámbito nacional e internacional deja en evidencia la importante interacción entre sistemas, y cómo en función de ésta se han desarrollado los alcances normativos y jurisprudenciales que hoy en día tienen estos derechos.

“El sistema democrático se define no sólo en base a la forma en que se toman las decisiones colectivas (reglas de mayorías), sino que también es determinante el modelo de Estado de Derecho y la forma en que se consagran y garantizan los derechos humanos”⁵³.

⁵² Nash, Claudio. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD DE LA DOGMÁTICA A LA IMPLEMENTACIÓN. Op Cit. Pp 71.

⁵³ Ibidem, Pp. 72.

Determinar la forma en que el derecho interno se relaciona con el Derecho Internacional en materia de derechos humanos es vital para la configuración del sistema democrático y sus características en un momento histórico determinado.

“La mejor explicación hoy en día, de la relación entre el derecho interno y el derecho internacional en materia de derechos humanos, no es sobre la base de las respuestas clásicas de subsidiariedad o complementariedad, sino que sobre la idea de interacción entre ambos sistemas”⁵⁴.

Esta interacción ya es visible, y se demuestra en el impacto del sistema internacional en el ámbito interno, tanto en lo normativo como en lo jurisprudencial. Como también, por la influencia del sistema interno en el ámbito internacional, en la medida en que éste último va tomando desarrollos conceptuales del derecho interno para dar contenido y alcance a los derechos consagrados internacionalmente y, también, al estructurarse nuevas visiones acerca de la mejor garantía de los derechos desde lo internacional, pero con aplicación en lo nacional.

3.7 LA SUPREMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN

A continuación, exponemos de forma sucinta y comentada, la tesis de Vladimiro Naranjo Mesa acerca de la supremacía constitucional:

⁵⁴ Ibidem, Pp. 73.

Manifiesta Naranjo Mesa⁵⁵ que no hay Estado sin Constitución. Sea que esté formulada por escrito en un texto determinado, que esté dispersa en varias leyes, o sea de carácter consuetudinario, la Constitución dice Naranjo Mesa, es el fundamento positivo sobre el cual se asienta el orden jurídico del Estado.

La supremacía de la Constitución resulta, a decir de Naranjo Mesa, del hecho de ser el primer fundamento del orden jurídico y del Estado; ella es la fuente o el principio del orden estatal entero, y hace que todo lo demás, dentro de la vida del Estado, sea de determinada manera y no de otra diferente. Por eso se dice, en opinión del autor, que la Constitución es la “ley de leyes”.

3.8 LA IDEA DE SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL

Hans Kelsen, citado por Naranjo Mesa, al exponer la teoría de la pirámide jurídica, ideada por Merkl, explica: “La norma que determina la creación de otra es superior a esta; la creada de acuerdo con tal regulación, es inferior a la primera. El orden jurídico, especialmente aquel cuya personificación constituye el Estado, no es, por tanto, un sistema de normas coordinadas entre sí, que se hallasen, por así decirlo, una al lado de la otra, en un mismo nivel, sino que se trata de una verdadera jerarquía de diferentes niveles de normas. La unidad de estas se halla constituida por el hecho de que la creación de una norma –la de grado más bajo–, se encuentra

⁵⁵ Naranjo Mesa, Vladimiro. TEORÍA CONSTITUCIONAL E INSTITUCIONES POLÍTICAS. Editorial Temis. Bogotá. 2010. Pp 399.

determinada por otra –de grado superior–, cuya creación es determinada, a su vez, por otra todavía más alta. Lo que constituye la unidad del sistema es precisamente la circunstancia de que tal *regressus* termina en la norma de grado más alto, o norma básica, que representa la suprema razón de validez de todo el orden jurídico. La estructura jerárquica del orden jurídico de un Estado puede expresarse toscamente en los siguientes términos; supuesta la existencia de la norma fundamental, la Constitución representa el nivel más alto dentro del derecho nacional”⁵⁶.

Manifiesta Naranjo Mesa que “la posición jerárquica que la Constitución ocupa, respecto del resto del ordenamiento jurídico de un Estado, es clara. No solo obedece esa ubicación en la cúspide al hecho de ser la norma fundamental (o contener el conjunto de normas fundamentales), de la cual derivan su validez las demás normas positivas, sino, además, por el hecho de llevar implícita toda una filosofía política que sirve de orientación no solo a los agentes del poder (los gobernantes), sino a la conducta de los gobernados, en cuanto miembros activos del conglomerado social”⁵⁷.

Copete Lizarralde, citado por Naranjo Mesa, sostiene que: “Siempre hemos considerado que el fundamento de la superlegalidad de la Constitución está en el reconocimiento que ella hace de los derechos de las personas, encauzando y

⁵⁶ Kelsen, Hans. TEORÍA GENERAL DEL DERECHO Y DEL ESTADO. Editorial Tecnos. Madrid. 1995. Pp 227

⁵⁷ Naranjo Mesa, Vladimiro. Op Cit. Pp 400.

limitando la actividad legítima del Estado, cuyo fin es la persecución del bien común”⁵⁸.

Ya se ha visto, dice Naranjo Mesa, cómo el contenido de la Constitución no se limita a la recopilación de las normas fundamentales para la organización del poder en el Estado, sino que comprende, además, otros tipos de reglas, como son aquellas que consagran los derechos de los individuos frente al Estado y las libertades públicas y de las cuales deriva también su supremacía.

García de Enterría, citado por Naranjo Mesa, manifiesta que la supremacía de la Constitución se fundamenta en varias razones: “Primero, porque la Constitución define el sistema de fuentes formales del derecho, de modo que solo por dictarse conforme a lo dispuesto por la Constitución una ley será válida o un reglamento vinculante. En este sentido, es la primera de las “normas de producción”, la norma *normarum*, la fuente de las fuentes. Segundo, porque en la medida en que la Constitución es la expresión de una intención funcional, configuradora de un sistema entero que en ella se basa, tiene una pretensión de permanencia o duración, lo que parece asegurarle una superioridad sobre las normas ordinarias carentes de una intención total tan relevante, limitada a objetos mucho más concretos, todos singulares dentro del marco globalizador y estructural de la constitución ha establecido”⁵⁹.

⁵⁸ Copete Lizarralde, Álvaro. LECCIONES DE DERECHO CONSTITUCIONAL. Ediciones Lerner. Bogotá. 1960. Pp 221.

⁵⁹ García de Enterría, Eduardo. LA CONSTITUCIÓN COMO NORMA Y EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Editorial Civitas, S.A. Madrid. 1985. Pp 50

Saa Velasco, también citado por Naranjo Mesa, manifiesta que: “La Constitución, aparece así en el más alto escalón de la jerarquía de un sistema, y su superioridad con relación a las demás normas pasa a ser su característica formal”⁶⁰.

Dice Naranjo Mesa que: “Se nos presenta, entonces, la Constitución como la ley suprema o fundamental, como la ley de leyes”⁶¹.

Linares Quintana, citado por Naranjo Mesa, manifiesta que: “La Constitución aparece como el fundamento obligado de todas las demás normas jurídicas”⁶².

Kelsen, citado también por Naranjo Mesa, manifiesta que: “La Constitución se presenta como razón de validez de las disposiciones legales”⁶³.

Para Bidart Campos, citado por Naranjo Mesa: “La supremacía constitucional 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 del deber ser; todo el orden jurídico-político del Estado debe ser congruente o compatible con la Constitución formal. La supremacía constitucional supone gradación jerárquica del orden jurídico derivado, que se escalona en planos

⁶⁰ Saa Velasco, Ernesto. TEORÍA CONSTITUCIONAL GENERAL. Editorial Talleres del Departamento del Cauca. Popayán. 1986. Pp 169

⁶¹ Naranjo Mesa, Vladimiro. Op Cit. Pp. 400

⁶² Linares Quintana, Segundo V. DERECHO CONSTITUCIONAL E INSTITUCIONES POLÍTICAS. Tomo II. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1970. Pp. 160

⁶³ Kelsen, Hans. Op Cit. Pp 144

descendientes. Los más altos subordinan a los inferiores, y todo el conjunto se debe subordinar a la Constitución”⁶⁴.

Continúa manifestado Naranjo Mesa que “cuando ese orden jerárquico se rompe; es decir, cuando una norma de inferior jerarquía desconoce a la de superior jerarquía y, en particular, a la superior que es la Constitución, dicha norma está viciada de inconstitucionalidad. Ello acarrea la consecuencia de que debe ser retirada del ordenamiento jurídico, atribución esta que se asigna, como se verá más adelante, a tribunales especiales, o, en ciertos casos, por vía de excepción, a autoridades de rango inferior”⁶⁵.

La fuerza que se otorga a las disposiciones constitucionales, en opinión del autor, debe ser enfocada desde un doble punto de vista: ella proviene de una parte de su propio contenido, por lo cual se habla de una supremacía material, y en ocasiones del procedimiento a través del cual es elaborada: esto es la supremacía formal.

⁶⁴ Bidart Campos, Germán J. DERECHO CONSTITUCIONAL. Editorial Ediar. Buenos Aires. 1968. Pp 77

⁶⁵ Naranjo Mesa, Vladimiro, Op Cit. 401

3.9 LA SUPREMACÍA MATERIAL Y LA SUPREMACÍA FORMAL DE LA CONSTITUCIÓN

Naranjo Mesa manifiesta que, “la supremacía material significa que el orden jurídico depende por entero de la Constitución. Siendo ella el origen de toda actividad jurídica que se desarrolla dentro del Estado, necesariamente será superior a todas las formas de esta actividad, puesto que es de ella, y tan solo de ella, que esas formas derivan validez. En este sentido decimos que la Constitución es la norma o la ley fundamental”⁶⁶.

Burdeau, citado por Naranjo Mesa, manifiesta que: “La supremacía material de la Constitución resulta del hecho de que ella organiza las competencias. En efecto, al crear las competencias, ella es necesariamente superior a los individuos –los gobernantes– que están investidos de esas competencias. Por consiguiente, los gobernantes no puede ir en sus actos contra la Constitución, sin despojarse, al mismo tiempo, de su investidura jurídica”⁶⁷.

Vattel, citado por Naranjo Mesa, tratándose de saber si el Príncipe o una Asamblea podrían modificar las leyes fundamentales del Estado, manifiesta: “Es de

⁶⁶ Ibidem. Pp. 401

⁶⁷ Burdeau, Georges. MÉTODO DE LA CIENCIA POLÍTICA. Editorial DePalma. Buenos Aires. 1964. Pp 77

la Constitución que los legisladores tienen sus poderes, ¿cómo podrían ellos cambiarla sin destruir el fundamento de su autoridad?”⁶⁸.

Del hecho de la supremacía material de la Constitución, manifiesta el autor, se derivan importantes consecuencias: “a) en primer lugar, ella asegura para los participantes –para toda la comunidad– un refuerzo de la legalidad, ya que sí todo acto contrario a la ley debe ser considerado desprovisto de valor jurídico, necesariamente lo será también todo acto contrario a la Constitución, inclusive en el caso de que el acto emane de los gobernantes; b) la supremacía material de la Constitución se opone también a que el órgano investido de una competencia determinada delegue su ejercicio en otro”⁶⁹.

Continúa manifestando Naranjo Mesa que “no es posible delegar un poder del cual no puede disponerse por sí mismo, y los gobernantes no tienen un derecho propio sobre la función que ejercen. Esta les es conferida en consideración a las garantías particulares que ofrecen su modo de nominación y su status. Si ellos pudieran delegarla a otros”⁷⁰.

Burdeau, citado nuevamente por Naranjo Mesa, manifiesta que: “Es toda la organización del poder en el Estado la que sería puesta en tela de juicio. Es por esta razón por la cual debe condenarse la práctica abusiva de los decretos-leyes,

⁶⁸ Vattel, E. DERECHO DE GENTES O PRINCIPES DE LA LEY NATURAL. Tomo Cuarto. Editorial Casa De Masson Y Hijo. Paris. 1824. Pp 156

⁶⁹ Naranjo Mesa, Vladimiro. Op Cit. Pp 402

⁷⁰ Ibidem.

tan corriente en algunos países bajo el imperio del estado de sitio, que rigió por tanto tiempo durante las décadas de la segunda mitad del siglo XX”⁷¹.

La supremacía formal de la Constitución surge, en opinión de Naranjo Mesa⁷², fundamentalmente, del hecho de que sus normas han sido consagradas mediante procedimientos especiales, diferentes a los de la ley ordinaria, y de que para modificar esas normas se requiere igualmente de procedimientos especiales. De ahí que cuando se trata de disposiciones cuyo contenido no sea propiamente de naturaleza constitucional, pero que por su particular importancia el constituyente ha considerado oportuno elevar a esa categoría, introduciéndolas en el texto de una Constitución, esas disposiciones, al igual que las demás, tendrán supremacía sobre cualquier otra norma no constitucional.

Es por esto, continúa Naranjo Mesa, que “el establecimiento y reforma de los textos constitucionales, se subordina generalmente al respeto de ciertas formalidades especiales. De ahí resulta, en primer término, la distinción que se hace entre Constitución rígida y flexible”⁷³.

Como se explicó, se trata de una distinción puramente formal, que se refiere a los procedimientos para su elaboración y no a su contenido. De tal manera que

⁷¹ Burdeau, Georges. Op Cit. Pp. 74

⁷² Naranjo Mesa, Vladimiro. Op Cit. 402

⁷³ Ibidem.

se habla de supremacía formal en los casos de Constitución rígida, ya que esta es la que prevé esos procedimientos.

3.10 LA JERARQUÍA DE LA CONSTITUCIÓN Y DE LOS TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS

A continuación, se exponen las resoluciones más importantes de las cortes guatemaltecas, sobre la jerarquía de la Constitución y la jerarquía de los Tratados sobre derechos humanos.

En Guatemala, la supremacía constitucional se encuentra regulada en los Artículos 44 y 204 de la Constitución Política de la Republica de Guatemala.

Artículo 44. "...Serán nulas ipso jure las leyes y las disposiciones gubernativas o de cualquier otro orden que disminuyan, restrinjan o tergiversen los derechos que la Constitución garantiza."

"Artículo 204. Los tribunales de justicia en toda resolución o sentencia observarán obligadamente el principio de que la Constitución de la República prevalece sobre cualquier ley o tratado."

El Artículo 46 de la Constitución Política establece:

“Preeminencia del Derecho Internacional. Se establece el principio general de que en materia de derechos humanos los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tiene preeminencia sobre el derecho interno”.

Asimismo, el Artículo 9º. De la Ley del Organismo Judicial establece:

“Supremacía de la Constitución. Los tribunales de justicia observarán siempre el principio de la jerarquía normativa y de supremacía de la Constitución Política de la República sobre cualquier otra ley, o tratado internacional, salvo los tratados o convenciones sobre derechos humanos ratificados por Guatemala que tienen prevalencia sobre el derecho interno. Carecen de validez las disposiciones que contradigan a una norma de jerarquía superior”.

En la misma línea, el Artículo 3 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad establece:

“Supremacía de la Constitución. La Constitución prevalece sobre cualquier ley o tratado. No obstante en materia de derechos humanos, los tratados y

convenciones aceptados y ratificados por Guatemala prevalecen sobre el derecho interno”.

La Corte Suprema de Justicia en sentencia del 12 de octubre de 1990, dentro del expediente 71-90 manifestó:

“... esta Corte estima, que si bien en materia de derechos humanos los Tratados y Convenciones Internacionales prevalecen sobre todo el derecho interno, inclusive la Constitución...”.

Esta declaración de la Corte Suprema de Justicia entra en contradicción con el contenido el Artículo 204 de la Constitución Política el cual establece:

“Condiciones esenciales de la administración de justicia. Los tribunales de justicia en toda resolución o sentencia observarán obligadamente el principio de que la Constitución de la República prevalece sobre cualquier ley o tratado”.

Sin embargo, la Corte de Constitucionalidad, intérprete último de la Constitución, ha establecido que la Constitución Política de la República prevalece indiscriminadamente sobre las disposiciones del Derecho Internacional en general y al respecto ha manifestado:

1. "... Esta Corte estima conveniente definir su posición al respecto. Para ello parte del principio hermenéutico de que la Constitución debe interpretarse como un conjunto armónico, en el significado de que cada parte debe determinarse en su forma acorde con las restantes, que ninguna disposición debe ser considerada aisladamente y que debe preferirse la conclusión que armonice y no la que coloque en pugna a las distintas cláusulas del texto. En primer término, el hecho de que la Constitución haya establecido esa supremacía sobre el derecho interno debe entenderse como su reconocimiento a la evolución que en materia de derechos humanos se ha dado y tiene que ir dando, pero su jerarquización es la de ingresar al ordenamiento jurídico en carácter de norma constitucional que concuerde en su conjunto, pero nunca con potestad reformadora y menos derogatoria de sus preceptos por la eventualidad de entrar en contradicción con normas de la propia Constitución, y este ingreso se daría no por vía de su artículo 46, sino –en consonancia con el Artículo 2, de la Convención– por la del primer párrafo del 44 constitucional, el artículo 46 jerarquiza tales derechos humanos con rango superior a la legislación ordinaria o derivada, pero no puede reconocer ninguna superioridad sobre la Constitución, porque si tales derechos, en el caso de serlo, guardan armonía con la misma, entonces su ingreso al sistema normativo no tiene problema pero si entraren en contradicción con la Carta Magna, su efecto sería modificador o derogatorio lo cual provocaría conflicto con las cláusulas de la misma que garantizan su rigidez y superioridad y con la disposición que únicamente el poder

constituyente o el refrendo popular, según sea el caso, tiene facultad reformadora de la Constitución. (Artículos 44, párrafo tercero; 175, párrafo primero; 204, 277, 278, 279, 280 y 281 de la Constitución Política). Por otro lado, la pretensión de preeminencia sobre la Constitución tendría sentido si la norma convencional entrase en contravención con la primera, puesto que la compatibilidad no ofrece problemas a la luz de lo establecido en el Artículo 44 constitucional, pero resulta que el poder público guatemalteco está limitado a ejercer sus funciones dentro del marco de la Constitución, por lo que no podría concurrir el perfeccionamiento de un convenio o tratado internacional que la contravenga...". (Gaceta No. 18, página No. 99, expediente No. 280-90, sentencia del diecinueve de octubre de 1990).

2. "... Los tratados y convenios internacionales –en cuya categoría se encuentran la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Universal de los Derechos Humanos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos– no son parámetro para establecer la constitucionalidad de una ley o una norma, pues si bien es cierto, el Artículo 46 de la Constitución le otorga preeminencia a esos cuerpos normativos sobre el derecho interno, lo único que hace es establecer que, en la eventualidad de que una norma ordinaria de ese orden entre en conflicto con una o varias normas contenidas en un tratado o convención internacional, prevalecerían estas últimas; pero ello no significa, como se dijo, que las mismas puedan utilizarse como parámetro de constitucionalidad. Por

consiguiente, en lo referente a este punto, debe declararse que no se da la violación a ninguna norma de la Constitución Política de la República...”. (Gaceta No. 43, página No. 47, expediente No. 131-95, sentencia del doce de marzo de 1997).

A nuestro entender, la polémica sobre la ubicación de los tratados sobre derechos humanos (su jerarquía) respecto de la jerarquía de la Constitución, viene del malentendido que genera la frase “prevalecen sobre el derecho interno”, en mala hora consignada por el constituyente de tal forma semántica.

Es nuestra opinión, que tal malentendido no tiene fundamento lógico, por varias razones.

La primera es que la fuente de la Constitución y la fuente de los tratados sobre derechos humanos no es la misma. La fuente de la Constitución es el poder originario. La fuente de los tratados es un acuerdo de voluntades manifestada por los representantes del Estado en el ámbito internacional.

Pensar que los tratados internacionales de derechos humanos prevalecen sobre la Constitución, es denostar la soberanía y burlar al poder originario a quien no se le consultó y quien no autorizó, otorgar tal jerarquía a dichos tratados.

La segunda es que ningún órgano del Estado se encuentra autorizado por el poder originario para delegar la soberanía, pues esta no es delegable y si se le han impuesto limitaciones en el ámbito internacional, ha sido por que los representantes del Estado (funcionarios públicos) lo han permitido sin previa consulta al poder originario.

La tercera es que el “control de las convenciones sobre derechos humanos (control de convencionalidad)”, es distinto del “control de constitucionalidad”, y por lo tanto, tienen distinta significación.

El denominado “control de convencionalidad” es una doctrina que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha implementado a partir del caso Myrna Mack Chang y ha adquirido reconocimiento unánime por la Corte con posterioridad a dicho caso. Este “control de convencionalidad consiste esencialmente en la idea de que las convenciones sobre derechos humanos deben ser objeto de un control *difuso* por parte de los tres poderes del Estado, el cual puede ser en concreto o en abstracto *ex officio*, sin perjuicio de que posteriormente la Corte ejerza un control definitivo si el caso llegara a sus estrados. Queda por lo tanto en entredicho el denominado “bloque de constitucionalidad” adoptado por la Corte de Constitucionalidad de Guatemala porque las convenciones de derechos humanos

no tienen como fuente el poder originario y su control se ejerce de manera distinta al “control de constitucionalidad”⁷⁴

⁷⁴ González Álvarez, Roberto. CONSTITUCIÓN, LEY Y PROCESO. Ara Editores. Perú. 2013. Pp. 201

CAPÍTULO IV

EL DERECHO INTERNACIONAL SOBRE DERECHOS HUMANOS Y EL DERECHO INTERNO. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

SUMARIO: 4.1 El control de convencionalidad. Origen y evolución, 4.2 El control de convencionalidad sobre las leyes y las constituciones de los Estados partes en la convención, 4.3 La violación *per se* de la Convención y el control de convencionalidad sobre la Constitución, las leyes y los reglamentos de los Estados partes, 4.4 El control de convencionalidad. Elementos conceptuales, sustantivos y procesales, 4.5 Elementos conceptuales. La noción de control de convencionalidad, 4.6 El control de convencionalidad en sentido sustantivo, 4.7 El control de convencionalidad en sentido instrumental, 4.8 Principios jurídicos que fundamentan el control de convencionalidad, 4.9 Los principios y las normas con estructura de principio, 4.10 Los principios del derecho internacional “clásico” y los principios generales del derecho “reconocidos por las naciones civilizadas”, 4.11 Clasificación de control de convencionalidad, 4.12 Los criterios de clasificación de los controles de constitucionalidad y de convencionalidad, 4.13 El control concentrado de convencionalidad, 4.13.1 el control concentrado sobre las leyes y otras normas desde el ejercicio de la competencia consultiva, 4.13.2 la violación *per se* de la convención y su aplicación en casos contenciosos, 4.13.3 la descalificación de un proyecto de reforma constitucional por ser contraria a la convención americana, 4.13.4 el control concentrado de convencionalidad desde el ejercicio de la competencia contenciosa, 4.13.5 control de convencionalidad en competencia contenciosa por violación *per se* de la constitución en casos singulares con orden de modificar la legislación interna, 4.13.6 control de convencionalidad en competencia contenciosa por violación *per se* de la convención por impunidad mediante amnistías e indultos, 4.13.7 control de convencionalidad en competencia contenciosa por violación *per se* de la convención por impunidad en crímenes de paramilitares y ejército de Colombia, 4.14 El control difuso de convencionalidad, 4.15 La competencia para el ejercicio del control de convencionalidad, 4.15.1 la competencia como asunto de técnica jurídica, 4.15.2 la competencia en el control de convencionalidad y sus escenarios.

En este capítulo se analiza la forma como el Derecho Internacional de los derechos humanos es aplicado en relación con el derecho interno de los Estados. Al control de la aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos se le ha denominado, desde hace un tiempo bastante corto, *control de convencionalidad*, este nombre fue acuñado vía jurisprudencial, por la Corte Internacional de Derechos Humanos y su forma de *controlar* la aplicación de los tratados de derechos humanos (no únicamente la Convención Americana Sobre Derechos Humanos) puede ser tanto de forma difusa como concentrada, en otras palabras, puede realizarse dicho control de manera concreta o abstracta.

4.1 EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. ORIGEN Y EVOLUCIÓN

El control de convencionalidad es una institución perteneciente al Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, implementada desde el conjunto de precedentes articulado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el cumplimiento de la tarea de efectivizar la vigencia, garantía y promoción de los derechos humanos en la región.

“Se trata de una institución propiamente regional, articulada en cumplimiento de las funciones impuestas a la Corte Interamericana por los artículos 61 a 69 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Como lugar común de referencia del nacimiento de la expresión y la figura, se suele citar el voto concurrente del juez

García Ramírez a la sentencia de fondo del *Caso Myrna Mack Chang contra Guatemala*. Como noción conceptual y operativa, la Corte ha dicho que el control de convencionalidad es una actividad por la cual los jueces internos de los distintos Estados partes tienen la obligación al fallar los casos de su competencia, de aplicar la Convención Americana, así como las interpretaciones de la Corte Interamericana sobre esos derechos”⁷⁵.

El control de convencionalidad tiene como punto inicial de referencia la institución de la *violación per se de la Convención*, dispuesta en la Opinión Consultiva 04 de 1994, y examina los casos fallados por la Corte Interamericana en los que realizó control de convencionalidad sobre las leyes, la Constitución y las políticas públicas de los Estados partes. La finalidad de este examen era evidenciar las declaratorias de responsabilidad internacional de esos Estados partes, por no haber sometido su derecho interno al derecho convencional.

La Corte toma como referencia el *uso* específico de la expresión control de convencionalidad en los fallos de fondo proferidos por la Corte Interamericana. El punto de partida es la sentencia emitida en el *Caso Almonacid Arellano contra Chile*, que es la referencia común en esta clase de reconstrucciones. Se desarrolla así el sistema de precedentes referidos explícitamente al control de convencionalidad, involucrando tanto casos de control sobre normas, como control sobre hechos. En

⁷⁵ Hitters, Juan. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. COMPARACIÓN. Universidad de Talca. Chile. 2009. Pp. 109

este examen resulta decisiva la consideración del voto razonado del juez Ferrer Mac Gregor contenido en la sentencia proferida en el *Caso Cabrera García y Montiel Flores contra México*.

Una discusión corriente alrededor de expresiones como “jurisprudencia”, “pretender” y “línea jurisprudencial”, está relacionada con el tipo de metodología que debe ser usada para trabajar un precedente, presentar una “cadena de precedentes” o para articular una “línea jurisprudencial”. Dentro de esa misma discusión, se refieren como antecedentes metodológicos y como lugar común, que en el caso de los sistemas internos, al manejar precedentes entran en contacto prácticas del derecho común, junto a prácticas del derecho legislado.

En este sentido, se ha afirmado que “el usuario por un un lado, tiene que moverse entre las perspectivas y metodologías de análisis de precedentes del *Common Law* y aquellas de estudio jurisprudencial del derecho codificado; y, por otro lado, es una reflexión que debe articular y retroalimentar consideraciones filosóficas con construcciones dogmáticas conceptuales y la clarificación de las llamadas “sub-reglas” de decisión de casos particulares, que permitan la elaboración y crítica de las líneas jurisprudenciales de las altas cortes, y en todo ello conviene fundarse en formas de jurisprudencia comparada”⁷⁶.

⁷⁶ Fuentes, Adriana & otros. LIBERTAD DE PRENSA Y DERECHOS FUNDAMENTALES. Editorial Dejusticia. Bogotá. 2006. Pp 16

“Como maneras analíticas de tratar el precedente y la línea jurisprudencial, algunos autores han diferenciado entre el “análisis dinámico” de jurisprudencia y el “análisis estático” de jurisprudencia. El primero se refiere a los elementos individuales que integran el análisis o el estudio de un fallo judicial, que pueda ser utilizado como precedente. Es justo en este contexto en el que se diferencia entre el problema jurídico y las nociones de *ratio decidendi*, *el obiter dicta* y el *decisum*”⁷⁷.

El segundo de los análisis se refiere propiamente a la cadena de precedentes o la línea jurisprudencial; es decir, a la posibilidad metodológica de poder vincular distintos fallos dentro de un relato consistente.

“El criterio de articulación de la línea jurisprudencial está relacionado con el desempeño de la regla judicial según la cual, los jueces locales están obligados a ejercer control jurídico en los casos de sus competencias usuales, desde los enunciados de la Convención Americana y sus tratados concurrentes, así como desde las interpretaciones hechas por la Corte Interamericana en sus sentencias”⁷⁸.

⁷⁷ López, Diego. EL DERECHO DE LOS JUECES. Editorial Legis. Bogotá. 2000. Pp. 56

⁷⁸ Quinche Ramírez, Manuel Fernando. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. Editorial Ubijus. México. 2016. Pp. 30

4.2 EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD SOBRE LAS LEYES Y LAS CONSTITUCIONES DE LOS ESTADOS PARTES EN LA CONVENCIÓN

“La primera evidencia contundente del ejercicio del control de convencionalidad, es el ejercido por la Corte Interamericana sobre las leyes y la Constitución de los Estados partes en la Convención desde la figura de la *violación per se de la Convención*. Esta actividad tiene dos elementos centrales: en primer lugar, fue toda una novedad en la Región latinoamericana, en la que al amparo del principio de soberanía nacional y bajo la excusa de la seguridad nacional, los Estados emitieron toda clase de normas legales y constitucionales violatorias de los derechos humanos, sin control alguno. En segundo término, el despliegue de ese control puso en evidencia, que los tratados en materia de derechos humanos son normas jurídicas plenas, de contenido normativo y de aplicación directa, cuestionando la práctica estatal que considera al Derecho Internacional (y especialmente al de los derechos humanos) como normas “de segunda”, sometidas a los criterios políticos y represivos de los gobernantes de los distintos Estados partes”⁷⁹.

Es fundamental como punto de partida, el concepto de *violación per se de la Convención*, estructurado por la Corte Interamericana y evidencia su despliegue a lo largo del ejercicio de la competencia contenciosa.

⁷⁹ Ibidem, Pp. 31

4.3 LA VIOLACIÓN *PER SE* DE LA CONVENCIÓN Y EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD SOBRE LA CONSTITUCIÓN, LAS LEYES Y LOS REGLAMENTOS DE LOS ESTADOS PARTES

“Un hecho corriente en América Latina es que la normatividad interna de los distintos Estados (es decir, la Constitución, las leyes, los derechos y las demás normas de los sistemas estatales) sea expedida sin tener en cuenta el Derecho Internacional en general, y muy especialmente el de los derechos humanos. Así lo hicieron y lo han venido haciendo los dictadores, los presidentes elegidos por voto popular, los Congresos, las Asambleas Legislativas o los Parlamentos de los distintos Estados”⁸⁰.

El punto es que, en última instancia, cada uno expedía las normas de forma arbitraria, invocando como fundamento el principio de soberanía nacional o la doctrina de la seguridad nacional, según fuera el caso. Dentro de la misma comprensión y aún bajo la vigencia de la Convención Americana y el funcionamiento de sus instituciones (La Comisión Interamericana y la Corte Interamericana de Derechos Humanos), nada se interponía al puro ejercicio del poder normativo estatal, permaneciendo el Derecho Internacional como un derecho simplemente “diplomático”, que muy poco se enseñaba en las escuelas de Derecho y que pocas veces era aplicado por los jueces nacionales.

⁸⁰ Ibidem, Pp. 32

Esta situación acontecía y aún acontece, a pesar que los Estados hayan suscrito y ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que en su Artículo 2 contiene una regla que obliga a los distintos Estados partes, *a someter y ajustar su derecho interno a la norma convencional*. Dicho enunciado establece:

“Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno. *Si en el ejercicio de los derechos liberales mencionados en el Artículo 1 no se estuviere ya garantizando por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.*

Entonces, el punto de partida, es la aplicación de este Artículo 2, de la efectivización del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en América Latina y de la existencia y aplicación del control de convencionalidad, se encuentra en la emisión de la Opinión Consultiva 014 de 1994 *Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (Artículos 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, que entre otras muchas cuestiones puntualizó dos asuntos centrales: que el derecho interno de los distintos Estados partes es un simple hecho respecto de los derechos y obligaciones contenidas en la Convención Americana (i), y que acontece el suceso de la *violación per se de la Convención Americana*, que genera responsabilidad internacional, por

el simple hecho de que los Estados partes expidan normas constitucionales, legales o reglamentarias contrarias a la Convención (ii). De esta manera, tal providencia es el punto de partida obligado del control de convencionalidad.

La parte consultante fue la Comisión Interamericana sobre Derechos Humanos, siendo el motivo de la consulta la interpretación de los párrafos 2 y 3 del Artículo 4 de la Convención Americana (sobre el derecho a la vida y la prohibición de la pena de muerte), en referencia al Artículo 140 de la Constitución peruana de 1993, que establecía: *“La pena de muerte sólo puede aplicarse por el delito de traición a la Patria en caso de guerra y el de terrorismo, conforme a las leyes y a los tratados de los que el Perú es parte obligada”*. En concreto, fueron formuladas las siguientes preguntas:

- i. Cuando un Estado parte en la Convención Americana sobre Derechos Humanos dicta una ley que viola manifiestamente las obligaciones que el Estado ha contraído al ratificar la Convención, ¿cuáles serían en ese caso los efectos jurídicos de esa ley en vista de las obligaciones internacionales del Estado?
- ii. Cuando un Estado parte en la Convención dicta una ley cuyo cumplimiento por parte de los agentes o funcionarios de ese Estado se traduce en una violación manifiesta de la Convención, ¿cuáles son las obligaciones y responsabilidades de dichos agentes o funcionarios?

Las respuestas a cada una de las cuestiones fueron bastante precisas. A la consulta uno dijo la Corte:

“Que la expedición 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, en el caso de que esa violación afecte derechos y libertades protegidos respecto de individuos determinados, genera la responsabilidad internacional de tal Estado”⁸¹.

A la consulta dos señaló:

“Que el cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley manifiestamente violatoria de la Convención, genera responsabilidad internacional para tal Estado. En caso de que el acto de cumplimiento constituya *per se* un crimen internacional, genera también la responsabilidad internacional de los agentes o funcionarios que ejecutaron el acto”⁸².

Sin embargo, y para los efectos del control de convencionalidad, lo más significativo del documento está en la determinación de dos enunciados con

⁸¹ Corte IDH. OPINIÓN CONSULTIVA 0C-14/94. RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL POR EXPEDICIÓN Y APLICACIÓN DE LEYES VIOLATORIAS DE LA CONVENCION. (Arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Diciembre 9 de 1994. Serie A No. 14, puntos decisorios 1 y 2.

⁸² Ibidem

estructura de regla que son el punto de partida del establecimiento y consolidación de este control. El primero de ellos, se refiere al valor de las normas internas frente a la Convención Americana, y el segundo, dispone el establecimiento de un concepto, el de “violación *per se* de la Convención”, que es decisivo para comprender el alcance de la regla de proscripción de las amnistías y el ejercicio del control de convencionalidad sobre estas. Así, respecto del primer punto, la tesis de la Corte es la siguiente:

“(…) 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 presidencia de la significación o jerarquía que la norma nacional tenga dentro del ordenamiento jurídico del respectivo Estado”⁸³.

Y alrededor de la violación directa de la Convención, fuente misma del control de convencionalidad, precisó que:

“En el caso de las leyes de aplicación inmediata, tal como han sido definidas anteriormente, la violación de los derechos humanos, individual o colectiva,

⁸³ Ibidem Párrafo 22.

se produce por el solo hecho de su expedición. Así una norma que despojará 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”⁸⁴.

La consecuencia de esta regla fue inmediata, pues la Corte comenzaría a declarar la responsabilidad internacional de distintos Estados, en aquellos casos en que expidieran normas internas que violaran la Convención Americana.

4.4 EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. ELEMENTOS CONCEPTUALES, SUSTANTIVOS Y PROCESALES

El componente sustantivo determina la noción del control de convencionalidad, identifica sus antecedentes, enumera sus características, enuncia los principios que lo rigen, precisa su marco normativo, individualiza su objeto y presenta su clasificación. El elemento procedimental determina quién es el titular de ese control, precisa la competencia para su ejercicio y anuncia las relaciones existentes entre el control de legalidad, el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad.

⁸⁴ Ibidem. Párrafo 43

4.5 ELEMENTOS CONCEPTUALES. LA NOCIÓN DE CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

El control de convencionalidad es propiamente una actividad que debe ser ejercida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la totalidad de los jueces y autoridades públicas locales de los distintos Estados Partes en la Convención Americana, encaminada a la protección y efectividad de los derechos humanos en la Región. Dicho control se ejerce sobre las leyes y los enunciados normativos que profieren los distintos Estados partes, sobre los hechos violatorios de los derechos humanos que en ellos acontecen, y sobre las políticas públicas que los distintos Estados implementan.

En la base de este control se encuentra la pretensión explícita, de hacer efectivo el carácter normativo de la Convención Americana y de los otros tratados concurrentes al Sistema Interamericano de Protección de los Derecho Humanos.

La noción de lo que sea el control de convencionalidad puede ser desplegada en dos dimensiones: en sentido sustantivo y en sentido instrumental.

4.6 EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN SENTIDO SUSTANTIVO

La formulación explícita del control de convencionalidad por la Corte Interamericana es relativamente reciente, aconteciendo con los casos contenciosos

decididos desde 2006, cuando la Corporación plantea explícitamente la obligación que tiene los jueces de los distintos Estados, de ejercer control jurídico desde la Convención Americana y los tratados concurrentes, en los asuntos de sus competencias ordinarias.

La primera presentación integral del control de convencionalidad fue hecha por la Corte Interamericana en la sentencia del fondo proferida en el Caso *Almonacid Arellano contra Chile*, al resolver un caso relacionado con la impunidad sobrevenida por la aplicación de la ley de amnistía promulgada por el dictador Augusto Pinochet en Chile. La Corte presentó de la siguiente manera el contenido del control de convencionalidad:

“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 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”⁸⁵.

Desde esta noción integral, pueden ser identificados los siguientes tres elementos constitutivos de este control, que han sido mantenidos y precisados como jurisprudencia constante:

- a) Los jueces y tribunales internos de los distintos Estados están sometidos al ordenamiento jurídico local, lo que además de ser obvio, implica que ellos ejercen en las órbitas de sus competencias, el control de legalidad y el control de constitucionalidad.
- b) Esos mismos jueces y tribunales, por el hecho de la ratificación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de sus tratados concurrentes, se encuentran también obligados a cumplir y hacer cumplir las normas contenidas en ellos, lo que implica que junto a los controles de legalidad y de constitucionalidad deben ejercer también el control de convencionalidad.

⁸⁵ Corte IDH. CASO ALMONACID ARELLANO CONTRA CHILE. Sentencia de septiembre 26 de 2006. Serie C No. 154, Párrafo 124

- c) El control de convencionalidad tiene como referente normativo y se ejerce, no sólo respecto de las normas contenidas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y sus tratados concurrentes, sino que también involucra las reglas contenidas en las interpretaciones que de la Convención y sus tratados hace la Corte Interamericana, como intérprete última de esos instrumentos internacionales.

Con posterioridad a 2006, la Corte Interamericana ha venido refinando el elemento conceptual del control de convencionalidad, haciéndolo expansivo, para considerar ahora, que no sólo los jueces y tribunales de los distintos Estados tienen la obligación de aplicar y defender la Convención Americana, sino que dicha obligación involucra también a las autoridades administrativas y legislativas. Más aún, la Corte Interamericana, dentro de la tendencia mundial de entender que los jueces son también sujetos activos de la democracia en la defensa de los derechos de las minorías, ha vinculado el ejercicio del control de convencionalidad a la realización misma de la democracia en los Estados miembros de la Convención.

Así fue afirmado en la sentencia de fondo proferida en el *Caso Gelman contra Uruguay*, también relacionado con la impunidad sobrevenida por la aplicación de la ley de amnistía promulgada en Uruguay. En esta nueva ocasión, la Corte precisó el contenido de ese control así:

“193. Cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de las convenciones no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, por lo que los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes y en esta tarea, deben 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”⁸⁶.

Y en lo que tuvo que ver con el trabajo de los jueces, la realización de la democracia y el ejercicio del control de convencionalidad, la Corte dijo:

“239. La sola existencia de un régimen democrático no garantiza, per se, el permanente respeto del Derecho Internacional, incluyendo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo cual ha sido así considerando incluso por la propia Carta Democrática Interamericana. La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada

⁸⁶ Corte IDH. CASO GELMAN CONTRA URUGUAY. Sentencia de febrero 24 de 2011. Serie C No. 221, Párrafo 193

por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en los tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la Protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayoría, es decir, a la esfera de lo “susceptible de ser decidido” por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un “control de convencionalidad” (supra párr. 193), que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial. En este sentido, la Suprema Corte de Justicia ha ejercido, en el Caso Nibia Sabalsagaray Curutchet, un adecuado control de convencionalidad respecto de la Ley de Caducidad, al establecer, *inter alia*, que “el límite de la decisión de la mayoría reside, esencialmente, en dos cosas: la tutela de los derechos fundamentales (los primeros, entre todos, son el derecho a la vida y a la libertad personal, y no hay voluntad de la mayoría, ni interés general ni bien común o público en aras de los cuales puedan ser sacrificados) y la sujeción de los poderes públicos a la ley”. Otros tribunales nacionales se han referido también a los límites de la democracia en relación con la protección de derechos fundamentales”⁸⁷.

⁸⁷ Ibidem, párrafo 239

Este último punto es trascendental, pues concita al lado de la dimensión jurídica de los derechos fundamentales y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la dimensión política de su defensa, que involucra a los jueces, merced al ejercicio de los tres controles que están obligados a ejercer en el Estado constitucional democrático: el control de legalidad, de control de constitucionalidad y el control de convencionalidad.

4.7 EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN SENTIDO INSTRUMENTAL

Además de la consideración sustantiva, también es posible la comprensión instrumental del control de convencionalidad, que puede ser comprendido como un conjunto de instrumentos y de instituciones procesales, implementadas para mantener la vigencia y efectividad de los derechos vertidos en los tratados públicos sobre derechos humanos, que integran el sistema interamericano de Protección. De esta manera, los derechos contenidos en los distintos tratados ratificados, así como las reglas contenidas en las interpretaciones que sobre esos derechos hace la Corte Interamericana, operarían como derecho vigente en cada uno de los Estados, realizando el compromiso internacional de defensa y promoción de los derechos humanos.

Este despliegue instrumental del control de convencionalidad y su garantía, se corresponde en el órgano que ejerce la competencia de ese control, la que acontece en cuatro gradas o niveles así:

1) Control de convencionalidad ejercido por los órganos e instituciones del Sistema Interamericano de Protección

Si se considera que los órganos de dicho sistema son la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se tiene entonces que en sentido instrumental, el control de convencionalidad comprende la aplicación de las reglas de procedimiento previstas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; el Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; el Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

2) Control de convencionalidad ejercido por los órganos superiores o de cierre de los distintos Estados Partes

En este segundo nivel instrumental, los órganos que ejercen el control son las cortes, salas o tribunales constitucionales, según el modelo adoptado por cada Estado. Adicionalmente a cada uno de esos órganos le corresponderá una norma que establezca las reglas que rigen los trámites y las actuaciones ante ellos.

3) Control de convencionalidad ejercido por la totalidad de los jueces de los Estados Partes

En el *Caso Juan Gelman contra Uruguay*, la Corte manifestó: “los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia *en todos los niveles* están en la obligación de ejercer *ex officio* un ‘control de convencionalidad’ entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes”.

Dentro de esta comprensión, los diversos procedimientos ordinarios y especiales (civiles, penales, laborales, administrativos, etc.), constituyen el espacio instrumental de aplicación de este control.

4) Control de convencionalidad ejercido por autoridades que ejercen jurisdicción y por otras autoridades públicas

La Corte Interamericana ha dispuesto, que el ejercicio del control de convencionalidad no se circunscribe únicamente a los jueces. En sentido contrario, ha señalado que todas las personas que ejerzan jurisdicción (como pueden serlo los árbitros, algunos funcionarios administrativos y los particulares que por excepción decidan el derecho o impartan justicia) tienen la obligación de hacer control de convencionalidad.

Así fue señalado y reiterado en la sentencia de fondo proferida en el *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas contra República*, donde se volvió a decir que si bien los jueces locales están sometidos al principio de legalidad: “Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, están en la obligación de ejercer *ex officio* un ‘control de convencionalidad’ entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes”, insistiendo además para el caso concreto, que:

“471. Finalmente, esta Corte considera pertinente recordar, sin perjuicio de lo ordenado, que en el ámbito de su competencia ‘todas las autoridades y órganos de un Estado Parte en la Convención tienen la obligación de ejercer un ‘control de convencionalidad’”⁸⁸.

4.8 PRINCIPIOS JURÍDICOS QUE FUNDAMENTAN EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

Dentro de la categoría de principios jurídicos, tienen cabida tanto los establecidos en el orden interno de los distintos Estados, como los que le corresponden el Derecho Internacional. Adicionalmente, cabría diferenciar entre los principios jurídicos del Derecho Internacional “clásico” y los principios jurídicos del

⁸⁸ Corte IDH. CASO DE PERSONAS DOMINICANAS Y HAITIANAS EXPULSADAS CONTRA REPÚBLICA DOMINICANA. Sentencia de agosto 28 de 2014. Serie C No. 282, párrafo 471

Derecho Internacional de los Derechos Humanos, donde se encuentran propiamente los principios que fundamentan el control de convencionalidad.

4.9 LOS PRINCIPIOS Y LAS NORMAS CON ESTRUCTURA DE PRINCIPIO

“De conformidad con las tendencias del Derecho Internacional y del constitucionalismo contemporáneo, los principios jurídicos ya no son enunciados normativos secundarios, sino que han pasado a ser normas de aplicación directa, que solucionan toda clase de asuntos, especialmente los casos complejos o difíciles”⁸⁹.

“De hecho, los principios son hoy el componente central de soluciones jurídicas en distintos escenarios, y muy especialmente en los casos en que se encuentran involucradas normas de derecho constitucional y de derechos humanos, por ser ellas mismas, principios”⁹⁰.

Más aún, el poder y la importancia de los principios está hoy tan extendida, que la comprensión y aplicación tanto del derecho interno como del Derecho Internacional, está medida por la existencia de principios aceptados por la comunidad internacional.

⁸⁹ Dworkin, Ronald. LOS DERECHOS EN SERIO. Editorial Ariel. Barcelona. 1984. Pp 163

⁹⁰ Alexy, Robert. TEORÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1983. Pp 122

La expresión principio jurídico ofrece distintos sentidos, todos ellos aplicables a la solución de los casos complejos, siendo los más usuales: los principios como norma jurídica de aplicación directa en los casos concretos; los principios como normas generales que regulan casos de propiedades generales; los principios como normas que expresan los valores superiores de un ordenamiento jurídico; los principios como norma programática o directriz, es decir, como norma que establece la obligación de perseguir determinados fines; o los principios como *regula juris*; es decir, como un enunciado general que permite sistematizar el ordenamiento jurídico.

Estipulativamente se presenta la noción y características que de los principios jurídicos hace Alexy, extendida en la Región, para quien los principios son “*normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado*⁹¹”, según posibilidades jurídicas y reales.

Como características generales de los principios jurídicos se señalan:

- a) “Son verdaderas normas que contienen mandatos obligatorios y exigibles de modo inmediato. Sobre el punto, Alexy ha precisado que “*toda norma es o bien una regla o bien un principio*”.

⁹¹ Ruíz, Juan. PRINCIPIOS JURÍDICOS. Editorial Trotta. Madrid. 2000. Pp 151

- b) Son normas de carácter general. Esto significa que son aplicables sin restricción a un universo muy grande de casos y en todas las especialidades jurídicas. Así por ejemplo, el principio *pro homine*, el de buena fe, *pacta sunt servanda* o el principio de distinción, son exigibles a la totalidad de las personas y a la totalidad de los Estados, independientemente de su configuración política.
- c) Son las normas concurrentes en toda clase de conflictos jurídicos, pero muy especialmente, permiten decidir los casos difíciles o complejos. Más aún, operan en todos los casos en los que las simples reglas resultan insuficientes o contradictorias.
- d) Sus conflictos son resueltos por ponderación, es decir, por una operación en la que puestos en tensión varios principios, se determina cuál de ellos tiene mayor peso específico en la circunstancia concreta”⁹².

4.10 LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO INTERNACIONAL “CLÁSICO” Y LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO “RECONOCIDOS POR LAS NACIONES CIVILIZADAS”

Tradicionalmente los autores han diferenciado entre los principios del Derecho Internacional y los “principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas”, referidos desde el sistema de fuentes consignado en el Artículo 38 del

⁹² Alexy, Robert. Op Cit. Pp 86

Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Esa distinción que con ajustes se mantiene más o menos vigente, asiste en la actualidad a dos lecturas, una conservadora y tradicional y otra más contemporánea, concurrente con las transformaciones actuales de ese derecho.

4.11 CLASIFICACIÓN DE CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

“Una cuestión determinante es la de determinar la clasificación del control de convencionalidad, la que depende a su vez, del diseño que tenga cada uno de los Estados para el ejercicio interno del control de constitucionalidad. En este sentido, los criterios de clasificación son válidos y operativos para las dos clases de control”⁹³.

4.12 LOS CRITERIOS DE CLASIFICACIÓN DE LOS CONTROLES DE CONSTITUCIONALIDAD Y DE CONVENCIONALIDAD

El control de convencionalidad puede ser clasificado de modo análogo a como se clasifica el control de constitucionalidad. En este sentido y utilizando los criterios usuales se tiene:

⁹³ Quinche Ramírez, Manuel Fernando. Op Cit. Pp 150

a) El control según su titular

De acuerdo con su titular, el control de convencionalidad se divide en:

- a) Control concentrado de convencionalidad, que es el ejercido por un único órgano especializado, para el caso, la Corte Interamericana en el nivel regional, y las cortes supremas o los tribunales constitucionales de los países que tienen control concentrado de constitucionalidad, como acontece en los casos de Ecuador, Panamá y Uruguay.
- b) Control difuso de convencionalidad, que es el ejercido por la totalidad de los jueces y tribunales del Estado como acontece con Argentina y su régimen constitucional y muy especialmente de la acción de tutela.

b) El control según el objeto

De acuerdo con este criterio, el control se divide en:

- a) Control abstracto de convencionalidad, que es el control que recae sobre normas. En el nivel regional la Corte Interamericana confronta las normas internas de los distintos Estados partes, con la Convención Americana, para afirmar su conformidad, o la violación de la Convención. En el plano interno, el ejercicio del control abstracto de convencionalidad le corresponde a la Corte Suprema o al Tribunal Constitucional respectivo, quienes conocen de

las acciones de inconstitucionalidad, como sucede en Perú o en Colombia, o de las cuestiones de constitucionalidad, como sucede en otros países.

- b) Control concreto de constitucionalidad. En este evento, la actividad de jueces y tribunales recae sobre hechos y personas, más que sobre normas. es el control que acontece con ocasión del ejercicio de la acción de tutela y de la excepción de inconstitucionalidad.

El control de convencionalidad fue ejercido en sus comienzos como control concentrado, bajo la actividad de un único órgano (la Corte Interamericana), que ejercía sus competencias sobre las leyes y otras normas emitidas en los distintos Estados partes. Sin embargo, y con el paso del tiempo, dicho control comenzó a extenderse, hasta ser hoy “control difuso de convencionalidad”, en la medida en que debe ser ejercido por cualquier autoridad pública, así como por los jueces de cualquiera de las jurisdicciones y niveles internos en los Estados partes.

4.13 EL CONTROL CONCENTRADO DE CONVENCIONALIDAD

En la fase inicial de ejercicio de la competencia contenciosa por la Corte Interamericana, aconteció por primera vez en América Latina, que un órgano judicial le ordenara a un Estado que modificara su legislación interna. Esto fue todo un suceso, en la medida en que para los años 80 del siglo XX imperaban en el continente tres cuestiones: una lectura muy fuerte de la soberanía nacional, que

legitimaba todo tipo de arbitrariedades en los Estados; el Derecho Internacional era reducido a su versión “clásica”, como derecho de los tratados y de las relaciones entre los Estados; y se creía y se confiaba ciegamente en la soberanía de los parlamentos, de modo tal, que nadie, ni siquiera una Corte internacional de justicia, tenía la virtualidad de influir en las decisiones normativas de un “Estado soberano”.

Fue justamente dentro de esa atmósfera, que la Corte Interamericana comenzó a trabajar y a declarar la responsabilidad internacional de los Estados por la violación del derecho convencional, por la expedición de leyes contrarias a la Convención, o con ocasión de hechos ilícitos internacionales concretos.

4.13.1 EL CONTROL CONCENTRADO SOBRE LAS LEYES Y OTRAS NORMAS DESDE EL EJERCICIO DE LA COMPETENCIA CONSULTIVA

La competencia consultiva de la Corte Interamericana fue prevista en el Artículo 64 de la Convención Americana de la siguiente manera:

Artículo 64.

1. Los Estados miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. Asimismo, podrán consultarla, en lo que les compete, los

órganos enumerados en el capítulo X de la Carta a la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires.

2. La Corte, a solicitud de un Estados miembros de la Organización, podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales.

El punto es que en ejercicio de esa competencia, la Corte hizo dos contribuciones capitales para el control concentrado sobre leyes y normas, en el sentido de construir la figura de la “*violación per se de la Convención*” y de opinar en un caso concreto, la incompatibilidad entre la expedición de una norma local (nada menos que la reforma constitucional de un Estado Parte) frente a la Convención Americana.

4.13.2 LA VIOLACIÓN *PER SE* DE LA CONVENCIÓN Y SU APLICACIÓN EN CASOS CONTENCIOSOS

Como se expuso anteriormente, la Corte Interamericana la estableció en la Opinión Consultiva 014 de 1994, *Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (Artículos 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, siendo decisiva para la comprensión del control concentrado de convencionalidad. Por su importancia, se vuelve a plantear el resultado de dicha Opinión Consultiva:

La parte consultante fue la Comisión Interamericana, que solicitó la interpretación de los párrafos 2 y 3 del Artículo 4 de la Convención Americana, en referencia al establecimiento del Artículo 140 de la Constitución peruana de 1993. Al respecto, fueron formuladas dos preguntas:

- i. Cuando un Estado parte en la Convención Americana dicta una ley que viola manifiestamente las obligaciones que el Estado ha contraído al ratificar la Convención, ¿cuáles serían en ese caso los efectos jurídicos de esa ley en vista de las obligaciones internacionales del Estado?
- ii. Cuando un Estado parte en la Convención dicta una ley cuyo cumplimiento por parte de los agentes o funcionarios de ese Estado se traduce en una violación manifiesta de la Convención, ¿cuáles son las obligaciones y responsabilidades de dichos agentes o funcionarios?

Las respuestas fueron:

“A la consulta uno:

Que la expedición 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, en el caso de que esa violación afecte derechos y libertades protegidos respecto de individuos determinados, genera la responsabilidad internacional de tal Estado.

A la consulta dos:

Que el cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley manifiestamente violatoria de la Convención, genera responsabilidad internacional para tal Estado. En caso de que el acto de incumplimiento constituya *per se* un crimen internacional, genera también la responsabilidad internacional de los agentes o funcionarios que ejecutaron el acto”⁹⁴.

La institución de la *violación per se de la Convención*, fuente misma del control de convencionalidad, fue establecida al modo de una regla, que es el eje central de la regla de proscripción de la impunidad por la concesión de amnistías, indultos y perdones, que la Corte Americana ha venido construyendo de modo consistente, sistemático y continuo desde el año 2000. El enunciado normativo es el siguiente:

⁹⁴ Corte IDH. OPINIÓN CONSULTIVA 0C-14/94. RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL POR EXPEDICIÓN Y APLICACIÓN DE LEYES VIOLATORIAS DE LA CONVENCION. (Art. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos. Diciembre 9 de 1994, Serie A No. 14. Puntos decisorios 1 y 2).

- a) La declaratoria de responsabilidad internacional de los Estados partes por *violación per se de la Convención*, en casos singulares de condena, con órdenes de modificar la legislación interna de un país.
- b) La declaratoria de responsabilidad internacional de los Estados partes por *violación per se de la Convención*, en los casos de concesión de amnistías e indultos generales por crímenes atroces y violaciones graves del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.
- c) La declaratoria de responsabilidad internacional del Estado, por *violación per se de la Convención*, en los casos de condenas proferidas por crímenes internacionales.

4.13.3 LA DESCALIFICACIÓN DE UN PROYECTO DE REFORMA CONSTITUCIONAL POR SER CONTRARIA A LA CONVENCION AMERICANA

El control concentrado de convencionalidad por la vía del ejercicio de la competencia consultiva, tuvo un momento fundacional determinante con ocasión de la Opinión Consultiva 04 de 1984, *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*. Este pronunciamiento es muy importante, pues evidencia desde casos concretos, la manera de hacer control

de convencionalidad, aún sobre la Constitución Política de un país, por medio de opiniones consultivas.

La parte consultante fue el Estado de Costa Rica, que solicitó a la Corte manifestara si había incompatibilidad entre la Convención Americana y el proyecto de reforma de los Artículos 14 y 15 de la Constitución de ese país, relacionados con la naturalización de extranjeros. Adicionalmente preguntó ese Estado, si las reformas proyectadas afectaban los Artículos 20 (derecho a la nacionalidad) y 17.4 (igualdad entre cónyuges) de la Convención Americana.

Al resolver las consultas, la Corte Interamericana consideró que las modificaciones propuestas no afectaban el derecho a la nacionalidad, y que tampoco se afectaba el derecho a la igualdad al establecer condiciones más favorables de naturalización a centroamericanos, iberoamericanos y españoles por nacimiento. Sin embargo, y en relación con una diferencia de trato basada en sexo, señaló:

“5. Que sí constituye discriminación incompatible con los Artículos 17.4 y 24 de la Convención estipular en el Artículo 14.4 el proyecto condiciones preferentes para la naturalización por causas de matrimonio a favor de uno solo de los cónyuges”⁹⁵.

⁹⁵ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-04/84. PROPUESTA DE MODIFICACIÓN A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COSTA RICA RELACIONADA CON LA NATURALIZACIÓN. Enero 19 de 1984. Serie A. No. 14. Resolutivo 5

Como argumento central de su decisión, la Corte dijo que

“67. En consecuencia, la Corte Interpreta que no se justifica y debe ser considerada como discriminatoria la diferencia que se hace entre los cónyuges en el párrafo 4 del Artículo 14 del proyecto para la obtención de la nacionalidad costarricense en condiciones especiales por razón del matrimonio”⁹⁶.

El hecho concreto es que debido a la opinión emitida por la Corte Interamericana, Costa Rica se abstuvo de incluir dicha cláusula dentro de su Constitución. En sentido contrario, su inclusión habría implicado la violación de la Convención y eventualmente, la declaratoria de responsabilidad internacional.

4.13.4 EL CONTROL CONCENTRADO DE CONVENCIONALIDAD DESDE EL EJERCICIO DE LA COMPETENCIA CONTENCIOSA

La segunda competencia de la Corte Interamericana es la contenciosa, que fue regulada en el Artículo 62 de la Convención, especialmente en lo previsto en el numeral tercero:

⁹⁶ Ibidem, párrafo 67

Artículo 62.

1. Todo Estado parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención.
2. La declaración puede ser hecha incondicionalmente, o bajo condición de reciprocidad, por un plazo determinado o para casos específicos. Deberá ser presentada al Secretario General de la Organización, quien transmitirá copias de la misma a los otros Estados miembros de la Organización y al Secretario de la Corte.
3. La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados Partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial, como se indica en los incisos anteriores, ora por convención especial.

Con ocasión del intento de Fujimori de repudiar la competencia de la Corte Interamericana en los años noventa, el Tribunal fijó el alcance de la aceptación de la competencia contenciosa así:

“33. La competencia de la Corte no puede estar condicionada por hechos distintos a sus propias actuaciones. Los instrumentos de aceptación de la cláusula facultativa de la jurisdicción obligatoria (Artículo 62.1 de la Convención) presuponen la admisión, por los Estados que la presentan, del derecho de la Corte a resolver cualquier controversia relativa a su jurisdicción. Una objeción o cualquier otro acto interpuesto por el Estado con el propósito de afectar la competencia de la Corte es inocuo, pues en cualesquiera circunstancias la Corte retiene la *compétence de la compétence*, por ser maestra de su jurisdicción”⁹⁷.

Para los efectos de esta sección, se evidencia el ejercicio de su plena jurisdicción bajo tres modalidades del control de convencionalidad derivadas de la figura de la *violación per se de la Convención*, dispuesta por la Opinión Consultiva 014 de 1994, advirtiendo que la competencia contenciosa asume otras formas de actuación.

⁹⁷ Corte IDH. CASO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL VS PERÚ. Competencia. Sentencia de 24 de septiembre de 1999. Serie C No. 55 párrafo 33

4.13.5 CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN COMPETENCIA CONTENCIOSA POR VIOLACIÓN *PER SE* DE LA CONSTITUCIÓN EN CASOS SINGULARES CON ORDEN DE MODIFICAR LA LEGISLACIÓN INTERNA

Estos casos fueron toda una novedad en el Sistema Interamericano en la década de los años 90 del siglo XX. El punto es que debido al principio de soberanía nacional, los Estados de América Latina, fundados a su vez en el principio de soberanía parlamentaria o en el poder *de facto* que daban las dictaduras militares o las dictaduras constitucionales, expedían alguna legislación arbitraria, sin atender al hecho de que habían suscrito normas imperativas de Derecho Internacional que los obligan a someter su legislación interna a los instrumentos internacionales que han firmado y ratificado.

Para el caso, el Artículo 2 de la Convención Americana según el cual “(...) *los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otros carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades*”.

Sin embargo, y en contra de esa comprensión autoritaria, represiva y violatoria del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la Corte

Interamericana comenzó a expedir fallos condenatorios en los que se incluían tres elementos concurrentes:

- a) Se declaraba la *violación per se de la Convención* debido a la expedición de una ley, un decreto o de una reforma constitucional;
- b) Se declaraba la responsabilidad internacional del Estado parte por la violación de los derechos humanos y de la Convención, con ocasión de la expedición de la norma interna y;
- c) Se le ordenaba al Estado parte modificar su legislación interna de conformidad con lo expuesto por la Corte Interamericana en la sentencia.

Como evidencia de esta modalidad del control de convencionalidad suelen ser referidos dos fallos emblemáticos proferidos por la Corte: el *Caso Suárez Rosero contra Ecuador*, en el que bajo la tesis contenida en la Opinión Consultiva 014 de 1994, se declaró la responsabilidad objetiva del Estado por la expedición de una ley contraria a la Convención; y el *Caso “La Última Tentación de Cristo” contra Chile*, que declaró la responsabilidad del Estado, por tener en su Constitución una norma violatoria de la Convención Americana.

4.13.6 CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN COMPETENCIA CONTENCIOSA POR VIOLACIÓN *PER SE* DE LA CONVENCIÓN POR IMPUNIDAD MEDIANTE AMNISTÍAS E INDULTOS

La mejor evidencia del ejercicio de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana por *violación per se de la Convención*, es la articulada en la línea decisional dispuesta alrededor de la regla que proscribe la impunidad en los casos de amnistías, indultos y leyes de perdón. Esa línea está constituida por una secuencia fácilmente reconstruible desde las sentencias de fondo proferidas en: *Caso Barrios Altos contra Perú*; *Caso Almonacid Arellano contra Chile*; *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilla do Araguaia) contra Brasil* y en el caso *Gelman contra Uruguay*.

4.13.7 CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN COMPETENCIA CONTENCIOSA POR VIOLACIÓN *PER SE* DE LA CONVENCIÓN POR IMPUNIDAD EN CRÍMENES DE PARAMILITARES Y EJÉRCITO DE COLOMBIA

Las condenas proferidas por la Corte Interamericana en contra del Estado colombiano, por las acciones conjuntas de los paramilitares y el Ejército en contra de la población civil, en general han sido asumidas como el resultado de la realización de hechos ilícitos internacionales, directamente causados por esos dos agentes. En estos casos, de análoga forma a como la existencia de una norma contraria a la Convención acarrea *per se* la responsabilidad internacional del

Estado, de la misma manera, la falta de adopción de medidas de protección por parte del Estado, acarrea *per se* la violación de la Convención.

Para el caso pueden ser reseñadas múltiples evidencias contenidas indistintamente en las sentencias de fondo proferidas en los casos de *La Masacre de Mapiripán contra Colombia*, *La Masacre de Pueblo Bello contra Colombia*, *La Masacre de La Rochela contra Colombia* y otras más.

En el primero de estos dos casos, de acuerdo con los hechos, el 12 de julio de 1997, cien sujetos de las Autodefensas Unidas de Córdoba y Urabá (AUC) aterrizaron en el aeropuerto de San José de Guaviare, provenientes de Necoclí y Apartadó (Antioquia).

Estos fueron recogidos por el Ejército colombiano y transportados en sus camiones. Posteriormente, se unieron con paramilitares del Meta y Casanare y se ubicaron en Charras, un caserío situado frente a Mapiripán, mediado por el Río Guaviare.

El 15 de julio de 1997, tras rodear el pueblo, los sujetos penetraron en Mapiripán usando armas y prendas de uso privativo del ejército. Una vez allí, ocuparon el pueblo y las oficinas públicas, secuestrando a las personas que posteriormente serían torturadas y asesinadas, bien en el matadero municipal, en la plaza central o en las calles de la población.

Según los testimonios recaudados, los perpetradores llegaron con una lista de 27 personas que fueron torturadas y descuartizadas, hasta completar un total de 49 víctimas, siendo arrojados la mayoría de los cuerpos a las aguas del río San José. Como consecuencia de los hechos, además de las torturas, degollamientos y descuartizamientos, sobrevino un gran desplazamiento de la población que aún hoy continúa.

“El Estado colombiano aceptó su responsabilidad internacional, siendo condenado por la violación de múltiples derechos. En este fallo, la Corte Interamericana retomó el relato que sobre el paramilitarismo venía articulando desde fallos anteriores, con dos elementos nuevos: el primero, normativo, consistente en la expedición del Decreto 3030 de 1990, sobre rebaja de penas; el Decreto 2535 de 1993; sobre el “régimen de servicios de vigilancia y seguridad privada”, que permitió el otorgamiento de armas a particulares por el ejército, y el Decreto 356 de 1994, “por el cual se expide el estatuto sobre vigilancia y seguridad privada”, que permitió la creación de unas cooperativas llamadas *Convivir*, que fueron uno de los brazos armados de los paramilitares; y el segundo, relacionado con la expedición de las normas de lo que hoy se llama “legislación de justicia y paz”⁹⁸.

⁹⁸ Corte IDH. CASO DE LA MASACRE DE MAPIRIPAN CONTRA COLOMBIA. Sentencia de septiembre 15 de 2005. Serie C No. 134, párrafos 96.1 a 96.20

Respecto de la *violación per se de la Convención*, un voto razonado fue que:

“Así como la existencia de una ley manifiestamente incompatible con la Convención Americana acarrea *per se* una violación de ésta (bajo el deber general de su Artículo 2, de armonización con la Convención de la normativa del derecho interno), la falta de la toma por el Estado de medidas positivas de protección – inclusive de carácter preventivo– ante una situación reveladora de un patrón consistente de violencia y flagrantes y graves lesiones de derechos humanos acarrea *per se* una violación de la Convención Americana (bajo el deber general de garantía del Artículo 1, o sea, de respetar y asegurar el respeto de los derechos protegidos)”⁹⁹.

4.14 EL CONTROL DIFUSO DE CONVENCIONALIDAD

El ejercicio del control concentrado de convencionalidad por la Corte Interamericana, significó un gran avance para el derecho en América Latina, erigiéndose en el más notable de los mecanismos existentes para la defensa, promoción y enseñanza de los derechos humanos en la Región. Al ejercerlo, la Corte comenzó a hacer lo que hasta entonces era impensable:

⁹⁹ Corte IDH. VOTO RAZONADO DEL JUEZ ANTONIO CANCADO TRINDADE. CASO DE LA MASACRE DE MAPIRIPAN CONTRA COLOMBIA. Sentencia de septiembre 15 de 2005. Serie C No. 134, párrafo 6.

- a) Que los Estados, los presidentes de los países y los políticos entendieran que la firma y ratificación de los tratados públicos es un asunto serio, que da lugar al nacimiento de normas y de obligaciones jurídicas plenamente exigibles.
- b) Que los políticos, los jueces y las personas corrientes entendieran también, que las normas jurídicas y las obligaciones contenidas en los tratados públicos son derecho pleno, vigente y exigible, como lo es el resto del ordenamiento jurídico.
- c) Que los tratados públicos son normas plenas de Derecho Internacional, que en el caso específico del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, someten al derecho interno de los distintos Estados Partes, debido a dos razones: por haberlo aceptado así expresamente los Estados al ratificar las Convenciones; y por la materia específica de este derecho, relacionado con normas de garantía sobre derechos.

Ahora bien, respecto de los jueces internos de los distintos Estados, la vigencia plena del derecho convencional da lugar a la obligación de ejercer control de convencionalidad, y más precisamente entender que:

“El “control difuso de convencionalidad” convierte al juez nacional en juez interamericano: en un primer y auténtico guardián de la Convención Americana, de sus Protocolos adicionales (eventualmente de otros instrumentos internacionales) y de la jurisprudencia de la Corte IDH que interpreta dicha normatividad. Tienen los jueces y órganos de impartición de justicia nacionales la importante misión de salvaguardar no sólo los derechos fundamentales previstos en el ámbito interno, sino también el conjunto de valores, principio y derechos humanos que el Estado ha reconocido en los instrumentos internacionales y cuyo compromiso internacional asumió”¹⁰⁰.

La actividad del control difuso de convencionalidad al interior de los Estados Partes, es uno de los retos más importantes del Sistema Interamericano de Protección, e implica toda clase de esfuerzos que tienen como punto de partida una nueva comprensión del Derecho Internacional y del papel de los tratados sobre derechos humanos, de modo tal que se entienda, que:

“No son tratados multilaterales de tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derecho, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes; por el contrario, cuando los Estados aprueben un tratado sobre derechos humanos quedan sometidos a un ordenamiento legal dentro del

¹⁰⁰ Corte IDH. Voto razonado del Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor. En la sentencia del caso CABRERA GARCÍA Y MONTIEL FLORES CONTRA MÉXICO. Sentencia de noviembre 26 de 2010. Serie C No. 220, párrafo 24

cual asumen diversas obligaciones en relación con los individuos bajo su jurisdicción y no frente a otros Estados”¹⁰¹.

Adicionalmente, es necesaria la implementación y desarrollo de actividades concretas, entre las que se cuentan, la inclusión del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, del Derecho procesal constitucional y del sistema Interamericano de Protección dentro de los planes de estudio de las facultades de derecho de América Latina; la inclusión de estas mismas materias y temas en los cursos de capacitación, promoción y ascenso de jueces y magistrados de los países de la región; y el uso por parte de los litigantes sobre derechos humanos y de las reglas fijadas por la Corte Interamericana en sus sentencias.

4.15 LA COMPETENCIA PARA EL EJERCICIO DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

El derecho al “juez natural”, o más técnicamente, el derecho al juez o tribunal competente, es un derecho reconocido tanto por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, como por el derecho interno de los distintos Estados.

De esta manera, la Convención Americana establece en el numeral 1 del Artículo 8, destinado a las *Garantías Judiciales*, que “1. Toda persona tiene derecho

¹⁰¹ Bazan, Víctor. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD, APERTURAS DIALÓGICAS E INFLUENCIAS JURISDICCIONALES RECÍPROCAS. Revista Europea de Derechos Fundamentales. No. 18. Valencia. 2012. Pp 636

a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial (...)”, principio que generalmente recogen también las constituciones contemporáneas.

4.15.1 LA COMPETENCIA COMO ASUNTO DE TÉCNICA JURÍDICA

El concepto de “jurisdicción” ha sido usado como el presupuesto para definir el concepto de “competencia”. En sentido tradicional, la jurisdicción es la facultad general que tiene el Estado para administrar justicia en los casos concretos, o para decidir el derecho, por medio de los órganos judiciales establecidos. En sentido complementario, la competencia ha sido entendida como una *medida de jurisdicción* que es distribuida entre los diferentes jueces.

“La competencia también ha sido entendida como la porción, la cantidad o el grado de jurisdicción que corresponde a cada juez o tribunal específico, de acuerdo con ciertos factores que la determinan, como son la naturaleza o materia del proceso y la cuantía (factor objetivo); la calidad de las partes que intervienen en el proceso (factor subjetivo); la naturaleza de la función que desempeña quien debe resolver el proceso (factor funcional); el lugar donde debe transitarse el proceso (factor territorial) y el factor de conexidad”¹⁰².

¹⁰² Quinche Ramírez, Manuel Fernando. Op Cit. Pp 166

Algunos autores consideran insuficiente la noción tradicional de jurisdicción, por estar referida únicamente al acto de la sentencia.

En sentido más técnico e integral, se dice de la jurisdicción, que se trata “de la actividad jurisdiccional consistente en procesa, eventualmente sentenciar y, también eventualmente, ejecutar lo sentenciado”¹⁰³.

Otro tanto ocurriría con la noción de competencia, la que según algunos autores, no puede ser reducida al grado o medida de la jurisdicción. Este autor dice que la competencia debe ser entendida como la atribución de funciones que efectúa la ley y/o la convención a ciertas personas que actúan en carácter de autoridad respecto de otras personas que actúan como particulares, para desde allí entender específicamente por competencia judicial “la aptitud que tiene una *autoridad* (juez) para procesar, juzgar y, en su caso, ejecutar la decisión que resuelva un litigio y un *particular* (árbitro) para procesar y laudar”.

4.15.2 LA COMPETENCIA EN EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y SUS ESCENARIOS

Se ha señalado reiteradamente que el control de convencionalidad consiste básicamente en una actividad de acuerdo con la cual, los jueces y los funcionarios de los distintos Estados partes tienen la obligación de aplicar el *corpus iuris*

¹⁰³ Ibidem, Pp. 166

interamericano, conformado por los distintos tratados que son objeto de competencia contenciosa por la Corte, así como por las reglas contenidas en las interpretaciones que de las normas convencionales hace la Corte Interamericana.

“El despliegue y ejercicio del control de convencionalidad acontece cuando menos en tres escenarios diferenciales y concurrentes, que tienen como presupuesto una competencia específica. El primero de estos escenarios es internacional y allí el órgano competente es la Corte Interamericana de Derechos humanos. Los otros dos escenarios son locales y están referidos a los órganos judiciales (jueces y tribunales) que ejercen control constitucional, y a todas las autoridades públicas de cualquiera de los Estados partes de la Convención, en sus distintos niveles”¹⁰⁴.

Como se puede inferir de lo expuesto, el control de convencionalidad se ejerce de forma distinta a como se ejerce el control de constitucionalidad y aunque existan puntos de conexión no es lo mismo controlar la convencionalidad que controlar la constitucionalidad, en ese sentido, resulta un contrasentido afirmar que las convenciones sobre derechos humanos forman parte y tienen la misma jerarquía de la Constitución, aunque en esta última se hiciera una incorporación por referencia a dichas convenciones, se trata de distintos instrumentos normativos, provenientes de distinta fuente.

¹⁰⁴ Ibidem, Pp. 167

CONCLUSIÓN

Determinar de forma clara y sin ambigüedades las pautas normativas e interpretativas sobre las relaciones y la jerarquía entre el Derecho Internacional y el derecho interno es controvertido.

Tanto en los tribunales nacionales como en los tribunales internacionales existen opiniones y jurisprudencia diversa, que hacen que la discusión sobre la determinación de las relaciones y jerarquía entre el Derecho Internacional y el derecho nacional no sea pacífica.

En primer lugar, deben confrontarse dos conceptos jurídico-políticos fundamentales, lo que contribuye a exacerbar la controversia. El primero es el concepto de soberanía, inherente al concepto de Estado, pues hablar de Estados no soberanos deviene en un contrasentido, la soberanía es inherente al Estado. El término soberanía tiene su origen etimológico en los términos latinos *super omnia* que significan “sobre todo poder”.

La soberanía, como lo explica magistralmente Hermann Heller, posee dos ámbitos, el interno y el externo. El ámbito interno de la soberanía consiste en la facultad de un pueblo de darse sus propias leyes, cumplirlas y hacer que se cumplan, la fuente de estas leyes es, por supuesto, el pueblo, ya que en un sistema democrático, la soberanía radica en el pueblo.

En el ámbito externo, la soberanía consiste en la igualdad de todos los Estados frente a la comunidad internacional de Estados, lo que implica que ningún Estado puede imponer a otro Estado ninguna decisión de *facto* ni de *iuris*.

Esta explicación de la soberanía, entra en conflicto con el Derecho Internacional, no en el sentido ontológico, sino lógico-epistemológico, pues si nos tomamos en serio su significado, cabe plantear la pregunta: ¿puede un organismo burocrático internacional, por medio de un tratado, obligar a un Estado a modificar su Constitución?

La respuesta a esta pregunta no es pacífica, pues responderla en forma afirmativa o negativa conlleva serias consecuencias.

En segundo lugar, la fuente de la Constitución es el *poder originario*, este poder manifiesta su voluntad al darle contenido a la Constitución, por medio de un ejercicio de *democracia directa*; es decir, por medio de la expresión de su *voluntad pura*, sin intermediarios, y en casi todo el concierto internacional de Estados se afirma que se debe respetar la voluntad popular, dada precisamente su *expresión directa y sin intermediarios*.

La fuente de los tratados; sin embargo, no es la voluntad popular expresada en forma pura, directa y sin intermediarios, sino la voluntad de funcionarios públicos

en quienes se ha *delegado* la soberanía y en ejercicio (leal o desleal) de ésta, han signado y ratificado tratados cuyo contenido, generalmente, no le han consultado al poder originario.

Por otro lado, el segundo término jurídico-político es un principio generalmente aceptado como válido en el Derecho Internacional, pues proviene de la costumbre, el denominado *pacta sunt servanda*, incorporado en muchas constituciones contemporáneas de forma normativa, y se traduce en el sentido que, ningún Estado puede argumentar la violación de su derecho interno para negarse a cumplir un tratado del cual es parte.

Aquí sin embargo, hay que hacer algunas aclaraciones. En primer lugar, a ningún funcionario público, el poder originario ha autorizado a suscribir tratados cuyo contenido viole o contradiga la Constitución del Estado. Si de hecho ha sido así en algunas ocasiones, la responsabilidad es del funcionario, no del poder originario. Esto por supuesto, consistiría en una limitación a la soberanía; es decir en su violación, pero en ningún momento la reduce o la limita, pues la soberanía, acudiendo a la doctrina de Rousseau, es indelegable, es indivisible, es inderogable e imprescriptible.

En segundo término, para el caso de Guatemala, si nos tomamos en serio el principio de supremacía constitucional, el cual ha sido ratificado en varias sentencias de la Corte de Constitucionalidad, ningún tratado es jerárquicamente

superior a la Constitución, así lo establece el Artículo 204 de la Constitución guatemalteca.

Respecto de los tratados en materia de derechos humanos, si bien el consenso es que prevalecen *sobre las leyes infraconstitucionales*, como se ha visto en esta investigación, alguna jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, manifiesta que los Estados parte de la Convención, deben cambiar el texto de su Constitución para “armonizarlo” con los tratados. Aquí también habría que hacer algunas aclaraciones. En realidad lo que se le dice al *poder originario* es que debe reformar el texto de su Constitución para adecuarlo, tanto las convenciones como a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Esto implicaría un problema serio, puesto que la Constitución de Guatemala no le otorga iniciativa de reforma constitucional a la Corte Interamericana de Derechos Humanos; y un proceso de reforma constitucional implica serios problemas no sólo políticos sino de inversión de recursos.

Por otro lado, como lo afirma el Doctor René Arturo Villegas Lara en su obra “Teoría de la Constitución”, la Corte de Constitucionalidad, al pretender incorporar el contenido de los tratados sobre derechos humanos al texto de la Constitución por vía interpretativa argumentando la doctrina del *bloque de constitucionalidad*, estaría reformando de hecho la Constitución y a la vez, violándola, porque la Constitución establece taxativamente los procedimientos para su reforma.

Con fundamento en lo expuesto podemos afirmar que en Guatemala se sigue un sistema monista de incorporación del Derecho Internacional y que los tratados sobre derechos humanos prevalecen sobre las normas infraconstitucionales pero no sobre la Constitución con la que guardan una relación *sui géneris*, pues a veces regulan la misma materia y a veces regulan materias que, erróneamente a nuestro juicio, se han querido incorporar al texto de la Constitución por vía del Artículo 46.

Toda la teoría contemporánea sobre el Derecho Internacional y sobre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, tiende a anular el concepto y la significación de soberanía, lo cual, a nuestro juicio, también anularía y destruiría al cuerpo político.

BIBLIOGRAFÍA

1. Aguilar Navarro, M. DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO. Tomo II. Volumen I. Editorial Reus. Madrid. 1972.
2. Alexy, Robert. TEORÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1983
3. Arregú, Martín & Courtis, Cristian. LA APLICACIÓN DE LOS TRATADOS SOBRE DERECHOS HUMANOS POR LOS TRIBUNALES LOCALES. Editores del Puerto. Buenos Aires. 2004.
4. Bazan, Víctor. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD, APERTURAS DIALÓGICAS E INFLUENCIAS JURISDICCIONALES RECÍPROCAS. Revista Europea de Derechos Fundamentales. No. 18. Valencia. 2012.
5. Bidart Campos, Germán J. DERECHO CONSTITUCIONAL. Editorial Ediar. Buenos Aires. 1968
6. Bidart Campos, Germán José. TEORÍA GENERAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México. 1989.
7. Burdeau, Georges. MÉTODO DE LA CIENCIA POLÍTICA. Editorial De Palma. Buenos Aires. 1964.
8. CanÇado Trindade, Antonio. EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL SIGLO XXI. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 2001.
9. Carrillo Salcedo. J. A. SOBERANÍA DEL ESTADO Y DERECHO INTERNACIONAL. Editorial Tecnos. Madrid. 1976.

10. Caso Mayagna Awas Tigni vs. Nicaragua, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79
11. Cicerón. SOBRE LOS DEBERES. Editorial Alianza. Madrid. 2002.
12. Copete Lizarralde, Álvaro. LECCIONES DE DERECHO CONSTITUCIONAL. Ediciones Lerner. Bogotá. 1960.
13. Corte Europea de Derechos Humanos. Case of Schalk and Kopf v. Austria. Application no. 30141/04, 24 June 2010.
14. Corte IDH. CASO ALMONACID ARELLANO CONTRA CHILE. Sentencia de septiembre 26 de 2006. Serie C
15. Corte IDH. CASO CLAUDE REYES Y OTROS VS. CHILE. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C N°151.
16. Corte IDH. CASO DE PERSONAS DOMINICANAS Y HAITIANAS EXPULSADAS CONTRA REPÚBLICA DOMINICANA. Sentencia de agosto 28 de 2014.
17. Corte IDH. CASO GELMAN CONTRA URUGUAY. Sentencia de febrero 24 de 2011. Serie C No. 221.
18. Corte IDH. Voto razonado del Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor. En la sentencia del caso CABRERA GARCÍA Y MONTIEL FLORES CONTRA MÉXICO. Sentencia de noviembre 26 de 2010. Serie C No. 220.
19. Corte IDH. VOTO RAZONADO DEL JUEZ ANTONIO CANCADO TRINDADE. CASO DE LA MASACRE DE MAPIRIPAN CONTRA COLOMBIA. Sentencia de septiembre 15 de 2005. Serie C No. 134.
20. Corte IDH. Opinión Consultiva OC-04/84. PROPUESTA DE MODIFICACIÓN A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COSTA RICA RELACIONADA CON LA NATURALIZACIÓN. Enero 19 de 1984. Serie A. No. 14. Resolutivo 5

21. Corte IDH. OPINIÓN CONSULTIVA OC-14/94. RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL POR EXPEDICIÓN Y APLICACIÓN DE LEYES VIOLATORIAS DE LA CONVENCIÓN. (Arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Diciembre 9 de 1994. Serie A No. 14, puntos decisorios 1 y 2.
22. Corte IDH. CASO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL VS PERÚ. Competencia. Sentencia de 24 de septiembre de 1999. Serie C No. 55.
23. Díez de Velasco, M. INSTITUCIONES DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO. Editorial Bosch, S.A. Madrid. 1978.
24. Dworkin, Ronald. LOS DERECHOS EN SERIO. Editorial Ariel. Barcelona. 1984.
25. Ferrajoli, Luigi. ESTADOS SOCIAL Y ESTADO DE DERECHO. En: Abramovich, Víctor. DERECHOS SOCIALES. INSTRUCCIONES DE USO. México. Editorial Fontamara. 2006.
26. Fuentes, Adriana & otros. LIBERTAD DE PRENSA Y DERECHOS FUNDAMENTALES. Editorial Dejusticia. Bogotá. 2006
27. García de Enterría, Eduardo. LA CONSTITUCIÓN COMO NORMA Y EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Editorial Civitas, S.A. Madrid. 1985.
28. González Álvarez, Roberto. CONSTITUCIÓN, LEY Y PROCESO. Ara Editores. Perú. 2013
29. Herrero Rubio, A. DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO. Editorial Aranzandi, S. A. Madrid. 1986.
30. Hitters, Juan. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. COMPARACIÓN. Universidad de Talca. Chile. 2009.

31. Jiménez de Arechaga, E. EL DERECHO INTERNACIONAL CONTEMPORÁNEO. Editorial Tecnos. Madrid. 1980.
32. Juste Ruiz, J. ¿DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO?. Revista de Derecho Público. No. 36. Universidad de Valencia. 1991.
33. Kelsen, Hans. EL CONTRATO Y EL TRATADO. Editorial Colofón, S.A. México. Segunda Edición. 2002.
34. Kelsen, Hans. LA TEORÍA PURA DEL DERECHO. Editorial Porrúa, S.A. México. 2013.
35. Kelsen, Hans. TEORÍA GENERAL DEL DERECHO Y DEL ESTADO. Editorial Tecnos. Madrid. 1995.
36. Linares Quintana, Segundo V. DERECHO CONSTITUCIONAL E INSTITUCIONES POLÍTICAS. Tomo II. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1970.
37. López, Diego. EL DERECHO DE LOS JUECES. Editorial Legis. Bogotá
38. Luna A. FUNDAMENTACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL. Editorial Tirant lo Blanch. Madrid. 1991
39. Mariño, Fernando. DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO. Editorial Trotta. Madrid. 2001.
40. Miaja de la Muela, A. INTRODUCCIÓN AL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO. Editorial Tecnos. Madrid. 1979.
41. Miaja de la Muela, A. LAS NEGOCIACIONES DIPLOMÁTICAS PREVIAS A LAS RECLAMACIONES ANTE LOS TRIBUNALES INTERNACIONALES.

- Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional. Volumen II. Universidad Complutense. 1963.
42. Mongayo, Guillermo. REFORMA CONSTITUCIONAL, DERECHOS HUMANOS Y JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA. En: Arregú, Martín & Courtis, Cristian. Op Cit. Pp 100.
 43. Naranjo Mesa, Vladimiro. TEORÍA CONSTITUCIONAL E INSTITUCIONES POLÍTICAS. Editorial Temis. Bogotá. 2010.
 44. Nash, Claudio. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD DE LA DOGMÁTICA A LA IMPLEMENTACIÓN. Editorial Porrúa. México. 2013.
 45. Nash, Claudio. LA CONCEPCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN LATINOAMÉRICA. Editorial Fontamara. México. 2010.
 46. Pastor Ridruejo, José A. CURSO DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO Y ORGANIZACIONES INTERNACIONALES. Editorial Tecnos. Madrid. 2012.
 47. Pacto Internacional Sobre Derechos Humanos y en el mismo sentido el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.
 48. Pecourt García P. LA SOBERANÍA DE LOS ESTADOS ANTE LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES. Editorial Ariel. Barcelona. 1962.
 49. Pisarello, Gerardo. LOS DERECHOS SOCIALES Y SUS GARANTÍAS. ELEMENTOS PARA UNA RECONSTRUCCIÓN. Madrid. Editorial Trotta. 2007.
 50. Quinche Ramírez, Manuel Fernando. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. Editorial Ubijus. México. 2016.
 51. Ruíz, Juan. PRINCIPIOS JURÍDICOS. Editorial Trotta. Madrid. 2000.

52. Saa Velasco, Ernesto. TEORÍA CONSTITUCIONAL GENERAL. Editorial Talleres del Departamento del Cauca. Popayán. 1986.
53. Scelle, G. CURSO DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO. Editorial Arazandi, S. A. Madrid. 1988.
54. Soresen, Max. DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO. Editorial Arazandi, S.A. Madrid 1988.
55. Triepel, Carl Heinrich. DERECHO INTERNACIONAL Y DERECHO INTERNO. Editorial Bosch. Barcelona. 1978.
56. Vattel, E. DERECHO DE GENTES O PRINCIPIES DE LA LEY NATURAL. Tomo Cuarto. Editorial Casa De Masson Y Hijo. Paris. 1824.
57. Villagrán Kramer, Francisco. DERECHO DE LOS TRATADOS. F&G Editores. Guatemala. 2003. Capítulos II y III.