

**UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE CIENCIAS JURIDICAS
SEMINARIO DE GRADUACIÓN EN CIENCIAS JURÍDICAS AÑO 2012
PLAN DE ESTUDIOS 2007**



**EL CONTROL DIFUSO DE CONVENCIONALIDAD Y SU INCIDENCIA EN
LA JUSTICIA INTERNA SALVADOREÑA.**

**TRABAJO DE INVESTIGACIÓN PARA OBTENER EL GRADO DE
LICENCIADO(A) EN CIENCIAS JURÍDICAS**

PRESENTADO POR

ERNESTO ANTONIO ANDRADE ZALDAÑA

SERGIO BERNABE MARTELL CHACON

MSC. LUIS ALONSO RAMIREZ MENENDEZ

DIRECTOR DE SEMINARIO

CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, OCTUBRE 2013

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

INGENIERO MARIO ROBERTO NIETO LOVO
RECTOR

MAESTRA ANA MARÍA GLOWER DE ALVARADO
VICERRECTORA ACADÉMICA

MAESTRO ÓSCAR NOÉ NAVARRETE
VICERECTOR ADMINISTRATIVO

DRA. ANA LETICIA ZABALETA DE AMAYA
SECRETARÍA GENERAL

LIC. FRANCISCO CRUZ LETONA
FISCAL GENERAL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

DOCTOR JULIO ALFREDO OLIVO GRANADINO
DECANO

LICENCIADO DONALDO SOSA PREZA
VICEDECANO

LICENCIADO OSCAR ANTONIO RIVERA MORALES
SECRETARIO

DRA. EVELYN BEATRIZ FARFAN MATA
DIRECTORA DE ESCUELA DE CIENCIAS JURIDICAS

MSC. LUIS ALONSO RAMIREZ MELENDEZ
DIRECTOR DE SEMINARIO

Agradezco...

A Dios por haberme guiado en este camino y permitirme culminar esta meta, gracias por darme las fuerzas para culminar este proyecto.

Mi gratitud más sincera a mi madre Marlene Zaldaña, por su amor y su apoyo incondicional durante toda la carrera y por el apoyo que durante la vida me seguirás brindando, gracias por enseñarme que todo requiere de esfuerzo y sacrificio para finalizar todo lo que emprendemos y lo que nos proponemos en la vida.

A mis hermanos Jacqueline y Nelson Andrade, por su apoyo, su comprensión, sus buenos deseos y consideración, elementos importantes para mi vida que me ayudaron para la realización de muchas metas, en especial ésta de culminar con este proyecto.

A mi asesor de tesis, por enseñarnos y guiarnos en este proceso de aprendizaje.

Agradezco a todos los que han intervenido en mi formación personal, espiritual y profesional.

Enhorabuena por este otro peldaño, hoy termina una etapa y empieza otra, el próximo esfuerzo dará nuevas alegrías.

Ernesto Antonio Andrade Zaldaña.

“ La presente tesis de investigación está dedicada a mi padre, que sin necesidad de un estudio de pre-grado o post-grado me ha enseñado y transmitido este don inigualable de luchar y defender a ultranza mis creencias y mis ideales. A usted, que sin duda hubiera sido un abogado de méritos.”

Así también, no me quiero quedar sin agradecer...

A Dios, que me lo ha dado todo, él que permitió las circunstancias y el contexto que me inclino a decidirme por esta prestigiosa profesión. Sin él, esto que hoy he logrado no hubiera sido alcanzado.

A mi padre Oscar, que cada día de su vida lo ha dedicado a Dios y a su familia. Mi maestro, ese que desde muy pequeño me demostró lo que es ser responsable, respetable y honorable.

A mi madre Adonis, creada y diseñada en los pensamientos de Dios especialmente para mí. Tu entrega y sacrificio nunca los podre recompensar, pero si me esforzare al máximo por honrarlos cada día de mi vida.

A mis hermanos, que me dieron a conocer la felicidad de tener una familia numerosa. A ustedes, que por obvias razones no menciono por nombre, infinitamente gracias por todo su apoyo y comprensión.

“Y si alguno de vosotros tiene falta de sabiduría, pídale a Dios, el cual da a todos abundantemente y sin reproche, y le será dada.”

Santiago 1:5

Sergio Bernabé Martell Chacón

INDICE

Introducción.....	1
CAPÍTULO I: EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS.	
1.1. Derechos Humanos en el Sistema Interamericano.....	5
1.1.1 Exordio.....	
1.1.2 Noción: los individuos frente al Estado.....	7
1.1.3 Conceptualización de los derechos humanos.....	10
1.1.3.1 El valor de la dignidad.....	13
1.1.3.2 Un concepto histórico.....	15
1.1.3.3 Aproximación conceptual.....	16
1.1.3.3.1 Concepción dualista.....	21
1.2 Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH).....	24
1.3 Órganos internacionales de protección.....	26
1.3.1 Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).....	26
1.3.1.1 Composición.....	28
1.3.1.2 Funciones.....	28
1.3.1.3 Competencias.....	30
1.3.1.4 Procedimiento.....	30
1.3.1.4.1 Solución Amistosa.....	31
1.3.1.4.2 Procedimiento sobre el fondo.....	32
1.3.2 Corte Interamericana de Derechos Humanos. (Corte IDH).....	34
1.3.2.1 Composición.....	34
1.3.2.2 Competencias y funciones.....	35
1.3.2.2.1 Función Contenciosa.....	35
1.3.2.2.2 Función Consultiva.....	36
1.3.2.3 Procedimiento.....	37
1.3.2.3.1 Procedimiento escrito.....	37
1.3.2.3.2 Procedimiento oral.....	38
1.3.2.3.3 Procedimiento en las Opiniones Consultivas.....	40
CAPÍTULO II: DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL DERECHO INTERNO.	
2.1. Relación entre Derecho Internacional y la normativa interna.....	42

2.1.1 Soberanía y sus incidencias.....	
2.1.1.1. Origen y evolución.....	43
2.1.1.2 Soberanía como un obstáculo.....	47
2.1.1.3 Soberanía y derechos humanos.....	50
2.1.2. Tratados internacionales clásicos y especiales.....	53
2.1.2.1 Tratados sobre derechos humanos y sus particularidades.....	54
2.2 La Internacionalización del derecho constitucional.....	57
2.3 La Constitucionalización del derecho internacional: la recepción de los estándares internacionales en el orden constitucional.....	59
2.4 El Bloque de Constitucionalidad.....	61
2.4.1 Reseña Histórica.....	62
2.4.2 Conceptualización del bloque.....	63
2.4.3 Algunas consideraciones.....	66
2.4.4 Incorporación en el derecho comparado.....	68
2.4.3 El bloque de constitucionalidad en El Salvador.....	71
2.5 Los tratados de derechos humanos en el derecho interno.....	77
2.5.1 Incorporación de tratados en los ordenamientos.....	77
2.5.1.1 Jerarquía de la norma internacional.....	81
2.5.1.2 Operatividad de los tratados internacionales.....	84
2.5.2 Aplicación e interpretación particular de los tratados de derechos humanos en los tribunales locales.....	87
2.5.2.1 Principio <i>pro homine</i> como regla de interpretación y aplicación.....	90
CAPITULO III: CONTROL DE CONVENCIONALIDAD.	
3.1. Conceptualización.....	93
3.1.1 Manifestaciones del examen convencional: uso directo o indirecto.....	94
3.1.1.1 Uso directo del control convencional.....	95
3.1.1.2 Uso indirecto o interpretativo.....	96
3.2 Fundamentos normativos y doctrinarios.....	97
3.2.1 El principio de buena fe y el impedimento de alegar el derecho interno en el cumplimiento de las obligaciones internacionales.....	97
3.2.2 Obligación de respeto, garantía y adecuación.....	98
3.2.3 Subsidiariedad del SIDH.....	100

3.3	Parámetro de convencionalidad: norma controlante.....	102
3.3.1	Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre.....	104
3.3.2	Otros tratados.....	107
3.3.3	Jurisprudencia interamericana.....	110
3.4	Control concentrado de convencionalidad.....	113
3.4.1	El control de convencionalidad como parte de las competencias de la Corte.....	115
3.4.3.1.	Competencia Contenciosa (Artículo 62.3 CADH).....	115
3.4.3.2.	Competencia Consultiva (Artículo 64.2 CADH).....	116
3.5	Control difuso de convencionalidad.....	118
3.5.1	Conceptualización.....	120
3.5.2	Evolución del control desde la percepción de la Corte IDH.....	124
3.5.2.1	Etapas primitiva o inicial.....	125
3.5.2.2	Etapas intermedia.....	128
3.5.2.3	Etapas moderna.....	149
3.5.2.4	El control difuso de convencionalidad: una pauta evolucionista.....	166
3.5.3	Consideraciones.....	170
3.5.4	Características del control difuso.....	173
3.5.4.1	Legitimación.....	173
3.5.4.2	Difuso.....	175
3.5.4.3	A petición de parte u oficio.....	176
3.5.5	Usos del control difuso de convencionalidad.....	178
3.5.5.1	Herramienta armonizadora o destructiva.....	178
3.5.6	Efectos del control difuso de convencionalidad.....	179

CAPITULO IV: CONTROL DIFUSO DE CONVENCIONALIDAD A CARGO DEL JUEZ INTERNO SALVADOREÑO.

4.1	Consideraciones previas.....	182
4.2	Jerarquía de normas internacionales.....	183
4.2.1	Rango constitucional de los tratados de derechos humanos.....	183
4.2.1.1	Posturas de la Sala de lo Constitucional.....	185
4.2.1.2	Una posición “final”.....	194
4.3	Aplicabilidad del examen convencional en la justicia interna salvadoreña.....	202

4.3.1 Convención de Viena del Derecho de los Tratados (CVDT).....	202
4.3.2 Pauta constitucional.....	205
4.3.2.1 La exposición de motivos.....	206
4.3.2.2 El preámbulo constitucional.....	210
4.3.2.3 Sentido personalista –Artículo 1 Constitución de la República-.....	213
4.3.3 Ratificación de la CADH y reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte IDH.....	214
4.3.4 Sentencia condenatoria de la Corte IDH en el caso El Mozote y lugares aledaños.....	216
4.4 Parámetro controlante.....	218
4.4.1 Jurisprudencia.....	218
4.5 Parámetro controlado.....	221
4.5.1 ¿Normas de rango constitucional?.....	221
4.5.2 Normas infraconstitucionales.....	226
4.5.3 Omisiones legislativas.....	227
4.6 Ejercicio del control difuso de convencionalidad.....	231
4.6.1 Características en el esquema salvadoreño.....	235
4.6.1.1 Legitimación.....	235
4.6.1.2 Control de oficio y a petición de parte.....	236
4.6.1.3 Vía incidental.....	237
4.6.1.4 Efectos.....	238
4.6.2 Manifestaciones del control difuso de convencionalidad.....	240
4.6.2.1 Control indirecto.....	242
4.6.2.1.1 Armonización e interpretación conforme a tratados.....	242
4.6.2.1.2 Control mixto (constitucionalidad-convencionalidad).....	247
4.6.2.2 Control directo.....	253
4.6.2.2.1 Rol de los jueces salvadoreños frente a la norma nacional inconvenional: propuesta de ejecución.....	254
4.7 Recepción de la doctrina del control difuso de convencionalidad.....	256
4.7.1 Casos prácticos en sede ordinaria y constitucional.....	257
4.7.1.1 Caso diligencias de cambio de nombre y sexo.....	257
4.7.1.2 El Estado de El Salvador contra José Antonio A. M. y otros.....	259
4.7.1.3 El Estado de El Salvador contra Maura Maribel Beltrán	

Cerna (Caso Requisas a internos y visitantes).....	260
4.7.1.4 Caso Frankeko Álvarez y otros (Ley Antimaras).....	263
4.7.1.5 Caso desbloqueo de listas y candidaturas independientes.....	266
4.7.1.6 Caso Anaya Barraza (Ley General Tributaria Municipal).....	269
4.7.1.7 Caso Bukele (Inconstitucionalidad de la despenalización de la crítica política por parte de periodistas y de propietarios de medios).....	271
4.7.1.8 Caso Walter Marcial Orellana Esquivel versus Ministro de Trabajo y Previsión Social.....	273
4.8 Exigencias para un ejercicio directo del control convencional.....	276
4.8.1 Reforma Constitucional.....	276
Conclusiones.....	281
Recomendaciones.....	287
Bibliografía.....	291

Introducción.

La presente tesis de investigación de pre-grado titulada *“El control difuso de convencionalidad y su incidencia en la justicia interna salvadoreña”* ha sido llevada a cabo no solamente con el fin de enriquecer y diversificar la producción documental del examen convencional en las jurisdicciones internas, sino también con el objetivo de determinar el alcance que esta herramienta contralor posee en razón de la efectiva tutela de los derechos humanos en el ordenamiento salvadoreño.

Por ello partiendo que los derechos humanos son facultades reconocidas a la persona como consecuencia de exigencias ético-jurídicas derivadas de su dignidad, libertad e igualdad inherentes, se establece la importancia del ejercicio de estos, su postulación en cada ordenamiento y por ende su promoción y protección.

En ese sentido es como el examen difuso de convencionalidad como obligación derivada del derecho internacional de los derechos humanos y de los mismos preceptos constitucionales salvadoreños, se erige como una útil herramienta procesal que prepondera a los derechos humanos emanados de estos tratados sobre los nacionales.

Es la Convención Americana y la Convención de Viena las que prescriben obligaciones que establecen cargas a los Estados. Cargas que los mismos en virtud del ejercicio de su soberanía se impusieron al suscribir estos tratados, y que hoy se encuentran vinculados a obedecer. Una de estas obligaciones es la de *“adecuación normativa”* (Art. 1.1 y 2 CADH), misma que con el desarrollo jurisprudencial de la Corte IDH, se convirtió posteriormente en el control difuso de convencionalidad. Por otro lado, si bien es cierto que

los Estados a lo largo de los años anteriores al establecimiento del control, habían filtrado los estándares interamericanos en sus decisiones, estos generalmente solo habían sido utilizados como criterios complementarios, mermando con ello su fuerza, efectividad y obligatoriedad en los diferentes ordenamientos internos.

Lo anterior cambió ostensiblemente con la instauración de la ejecución del deber-obligación convencional, en vista que el juez interno al ejercerlo se convierte en juez interamericano, y se reviste de esta forma de sus facultades, con las cuales estaría capacitado para ejercer un control normativo con potestad de inaplicar la norma tachada de contrariar los estándares interamericanos.

En este orden de ideas emerge la necesidad de analizar a profundidad su desarrollo, ejecución y operacionalización en el ordenamiento salvadoreño, y como éste incide en todo el andamiaje jurídico que se construye en torno a los derechos humanos.

En el ordenamiento salvadoreño el preámbulo constitucional y el artículo 1 de la Carta Magna reivindican a la persona humana como el origen y fin del Estado, siendo por lo tanto, obligación de éste asegurar y proveer los mecanismos o controles idóneos para el cumplimiento de este principio personalista, y de los ideales y criterios interamericanos.

Así las cosas es que esta investigación aspira plantear una pauta de aplicación del control de convencionalidad en El Salvador, la cual aclarara los lineamientos generales que rodean a esta figura, causas, consecuencias e incidencias del mismo en los derechos ya reconocidos, y en el ordenamiento nacional.

En el afán de desarrollar los tópicos mencionados, es que se aborda el tema de los derechos humanos a partir del capítulo I, exponiendo en él la esencia de estos, su noción, inherencia y fundamento; ligándolos estrechamente con la dignidad humana, en razón que su afirmación constituye una garantía de tipo negativo que protege a las personas contra vejámenes y cualquier ofensa, afirmando con ello su pleno desarrollo.

Es relevante mencionar que no se profundizó en el estudio del origen histórico de estos derechos, así como tampoco en la enumeración o enunciación de los diferentes instrumentos internacionales que los contienen; de igual manera no se ahondó en aspectos políticos, ya que el objetivo de este acápite es dar a conocer la importancia y rol que estos juegan en el derecho interno de los Estados.

El capítulo II versa sobre las relaciones que se establecen entre derecho internacional y derecho interno, y por ende, los problemas que emergen al incorporarse ambas normativas en un solo ordenamiento; desvirtuando con ello la absolutización de la soberanía, reflejando la particularidad de los tratados de derechos humanos y la diferenciación de estos con los tratados clásicos, ya sea en su contenido, ejecución u operacionalización.

En ese capítulo se resalta la influencia de la normativa internacional en el ordenamiento nacional y viceversa, a través de la constitucionalización del derecho internacional y de la internacionalización del derecho constitucional, identificando el progreso y desarrollo de los derechos humanos y de sus prerrogativas en los ordenamientos internos y externos.

Es a partir del capítulo III que se conceptualiza y contextualiza el control de convencionalidad en su definición general, estableciendo su origen normativo

y parámetro de control, así como sus formas de ejecución por vía directa e indirecta.

También se abordó al control desde ambas perspectivas, la internacional con el control concentrado y la nacional con el control difuso. De esa forma se desarrolló este último como derivación de los deberes de garantía y de adecuación normativa, estableciendo su origen jurisprudencial, sus características, sus tipos y los efectos que podría conllevar una eventual declaratoria de inconvencionalidad.

Finalmente el capítulo IV comprende el análisis focalizado de esta figura, es decir, el acápite profundiza en la temática de la ejecución del control a cargo del juez salvadoreño, con lo cual se pretende identificar el rol que juega éste frente a la norma inconvencional.

La aplicabilidad de lo anterior será determinada por múltiples factores, entre ellos, el rango que los tratados de derechos humanos ostentan en el ordenamiento, las posturas de la Sala de lo Constitucional respecto a los tratados y la ratificación de los instrumentos convencionales, entre otros.

A todo ello debe sumársele el reconocimiento y aplicación tacita del control de convencionalidad, la adaptación de las características del control constitucional al convencional y la aplicación del control indirecto de convencionalidad en términos del constitucional, para establecer que en este ordenamiento, este examen contralor se instaura como un refuerzo del Estado Constitucional de Derecho, con lo cual se preserva y protege a la persona humana de cualquier arbitrariedad del Estado y sus agentes.

CAPITULO I

EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS.

1.1. Derechos Humanos en el Sistema Interamericano.

1.1.1 Exordio.

Los derechos humanos tienen su origen más evidente en la formulación de los mismos como naturales. Sin embargo no fue sino hasta el fin de la Segunda Guerra Mundial, y la creación de la Organización de las Naciones Unidas (en adelante ONU), que los asuntos relacionados con los derechos del individuo trascendieron las fronteras del Estado-nación y se volvieron un tema eminentemente internacional.

En concreto, fueron las atrocidades del nazismo en contra de la población judía las que hicieron surgir la doctrina de los derechos humanos en el ámbito internacional, lo cual creó conciencia moral en la comunidad internacional naciente, y provocó que la misma por medio de los derechos humanos fundamentara política y jurídicamente sus esfuerzos por evitar que estos hechos se repitieran en el futuro.

Fue así como se recurrió a un lenguaje ético cuyo principal objetivo era la contención del poder estatal y la prevención de sus abusos; es decir, se intentaba reconocer una doctrina que partía de la idea de afirmar que las personas tenían una serie de derechos que no pueden ser violentados por el Estado.

De tal suerte que el lenguaje de derechos humanos, universales e internacionales, parecía el más indicado para condenar e intentar prevenir situaciones como el genocidio del pueblo judío. Con esto, se dio un

importante avance en la declinación del principio de soberanía absoluta del Estado y en la incorporación de los individuos en el Derecho Internacional.

Así surge la Convención de La Haya de 1907 y la Convención de Ginebra de 1929; y más tarde, después de la Segunda Guerra Mundial, las cuatro convenciones de Ginebra de 1949 y sus protocolos complementarios de 1977, que protegen a las poblaciones civiles, los prisioneros de guerra, los náufragos, los heridos, entre otros.

Es a partir de ese momento y de la adopción de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (en adelante DUDH) por parte de la Asamblea General de la ONU en 1948, que el concepto, normas e instituciones internacionales de derechos humanos, tuvieron un desarrollo progresivo importante, hasta llegar hoy en día a constituir un nutrido cuerpo normativo y un amplio andamiaje institucional para su promoción y defensa en las naciones.

Es de esta forma que este capítulo ofrece, en primera instancia, un esbozo del contenido y significado de los derechos humanos, más precisamente del valor intrínseco de estos y su especialidad resultante de su naturaleza; con el objetivo de resaltar la importancia y validez que los mismos han obtenido en la comunidad internacional, en razón de los tratados internacionales de índole protectora.

Se acota que dicha temática se aborda no como simples descripciones o concepciones doctrinarias repartidas en el tiempo y espacio, sino como un boceto de lo que se desarrollará a continuación, sirviendo como base en la que se fundarán los posteriores argumentos en favor del control difuso de convencionalidad.

Es decir, la relevancia de los derechos humanos aquí plasmada, demostrará la importancia de la aplicación de la herramienta contralor, no solamente como un medio de control normativo, sino mayormente como una forma de defender los derechos humanos de las personas en el derecho interno.

Se advierte que el presente no profundiza en el contexto histórico de los mismos, ni de forma universal, ni regional, debido a que el objeto no es ese; sino por el contrario, el presente estudio al alejarse de las posiciones meramente didácticas, se enfoca en cuestiones específicas, otorgándole a las afirmaciones vertidas, una cierta operatividad que encaja a la perfección con los argumentos en favor de la ejecución del control de convencionalidad.

1.1.2 Noción: los individuos frente al Estado.

Los derechos humanos a partir de su incorporación en instrumentos internacionales pasaron de ser un concepto filosófico a constituir una categoría normativa de mayor importancia. Es así que históricamente, los mismos se han desarrollado como una garantía del individuo en contra de la opresión del Estado.¹

Los derechos humanos *-llámense éstos civiles, políticos, económicos, sociales o culturales-* prescriben obligaciones; que al indagar sobre ellas, *frente o contra* quien, es muy similar a preguntarse ante *quien* son oponibles; es decir, *quien* es el sujeto pasivo de esa relación derecho-obligación. Según el maestro *Bidart Campos*,² el *quien*, obtiene una respuesta doble,

¹ **FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor**, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: Aspectos institucionales y procesales*, 3era Edición Revisada, IIDH, San José, Costa Rica, 2004, p. 6

² **BIDART CAMPOS, Germán**, *Teoría general de los derechos humanos*, 1era. Edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1991, p. 25

visualizando como obligados al Estado y a los demás seres humanos; la ambivalencia de éstos derechos en cuanto al sujeto pasivo, no se encuentra en discusión, ya que es una realidad aceptada doctrinariamente.

Sin embargo, ésta noción que se desarrollará versará únicamente sobre la oponibilidad de éstos frente al Estado, la cual es reconocida por los doctrinarios como *efecto vertical*.³

Pedro Nikken asevera que la misma se corresponde con la afirmación de la dignidad de la persona frente al Estado, situando en contraposición al poder estatal y la dignidad humana, exponiendo la necesidad de ejercer el poder público al servicio del ser humano, no pudiendo ser empleado ilícitamente para ofender sus atributos inherentes, sino como un medio para poder vivir en sociedad, en condiciones acordes a su dignidad.⁴

La Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH o Convención) en el artículo 1.1, expresa que: el Estado está obligado a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella.⁵ En tal sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte o Corte IDH), señaló que *el respeto a estos derechos, constituye un límite a la actividad estatal, lo cual vale para todo órgano o funcionario que se encuentre en una situación de poder, en razón de su carácter oficial, respecto de las demás personas*.⁶

³ **FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor**, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: Aspectos institucionales y procesales*, Óp. cit., p. 8

⁴ **CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto, et. al.**, *Estudios básicos de derechos humanos*, Tomo I, 1era Edición, IIDH, San José, Costa Rica, 1994, p. 15

⁵ **CONVENCIÓN AMERICANA DE LOS DERECHOS HUMANOS (PACTO DE SAN JOSE)**, suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana Sobre Derechos Humanos (B-32).

⁶ **CORTE IDH**, Caso del *Tribunal Constitucional versus Perú*, Fondo, Sentencia de 3 de enero de 2001, párrafo 68.

El Estado como sujeto pasivo en la relación Hombre-Estado, según *Bidart Campos*, asume una trinidad obligacional. La *primera*, es una especie de obligación negativa o de omisión; la *segunda*, obligación positiva de hacer; y la *tercera*, una obligación positiva de dar.

Aunque a simple vista lo anterior se pueda considerar como la mejor forma de definir las obligaciones a cargo del Estado, resultan más provechosos para esta investigación los argumentos de los doctrinarios *Abramovich* y *Courtis*, los cuales se tomarán como referencia para una mejor comprensión.⁷

Dichos autores retomando las ideas de *Fried Van Hoof* proponen un esquema interpretativo, señalando como "niveles" las obligaciones estatales, es así como de acuerdo a esta propuesta podrían distinguirse cuatro "niveles": de respetar, de proteger, de asegurar y de promover el derecho en cuestión.

En cuanto a las *obligaciones de respetar*, estas se definen, por el deber del Estado de no interferir, obstaculizar o impedir el acceso al goce y ejercicio de los derechos; las *obligaciones de proteger*, consisten, en impedir que terceros interfieran, obstaculicen o impidan el acceso a esos bienes; las de *asegurar*, suponen, certificar que el titular del derecho acceda al mismo,⁸ y finalmente, *las obligaciones de promover*, se caracterizan, por el deber de desarrollar condiciones para que los titulares del derecho accedan al bien.⁹

⁷ **ABRAMOVICH, Víctor y Christian COURTIS**, "Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales", en *Revista Jura Gentium: Rivista di filosofia del diritto internazionale e dellapolitica globale*, Florencia, Italia, 2005.

⁸ **CORTE IDH**, caso *Castillo Petruzzi y otros versus Perú*, Sentencia de 30 de mayo de 1999, Serie C, No. 52, párrafo 207.

⁹ **CIDH**, Informe sobre seguridad ciudadana y Derechos Humanos, OEA/Ser. L/V/II. Doc. 57, 31 diciembre 2009, párrafo 35.

En síntesis, no importando como se clasifiquen las obligaciones del Estado, éste posee el deber ineludible de respetar y asegurar la inviolabilidad de los derechos fundamentales, delimitándose de esa manera, las facultades y deberes de los poderes públicos.

Es por eso que el respeto a los derechos humanos implica que la actuación de los órganos del Estado, o de un delegado estatal, no puede sobrepasar los límites que éstos señalan. Al contrario, su función es asegurar su total efectividad, preservándolos y protegiéndolos.

1.1.3 Conceptualización de los derechos humanos.

Todo ser humano por el hecho de serlo, es titular de derechos fundamentales que nadie puede despojarle. La inherencia de éstos convive con el concepto de dignidad humana, en razón que no existe una separación del fundamento de estos con la inherencia propia de los mismos, cada una es complemento de la otra.¹⁰

Al hablar de derechos humanos inherentes, -como se verá posteriormente- no se puede rehuir de la posible enmarcación de éstos dentro de una fundamentación *iusnaturalista*, y su futura discusión con su contraparte, la teoría *iuspositivista*.

En esa lógica, si se adoptara una fundamentación *iusnaturalista*, sería posible colegir que todos los seres humanos nacen siendo titulares de derechos que les pertenecen por su condición de seres humanos, sus

¹⁰ Vid., **LARA PONTE, Rodolfo**, *Los Derechos Humanos en el constitucionalismo Mexicano*, 1era. Edición, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie G, Estudios Doctrinales, Núm. 151, UNAM, México, 1993, pp. 16-20

derechos no dependen del reconocimiento del Estado o leyes internacionales, ni de la nacionalidad o cultura, sino se deben a su propia naturaleza.

Battaglia sostiene que considerar que existe un derecho de naturaleza inserto en las cosas, y del cual el hombre es partícipe, termina por influir en el reconocimiento de que el hombre mismo es titular de derechos que le son naturalmente propios, innatos, atributos suyos, y a fin de cuentas constitutivos de su esencia en cuanto sujeto de derecho.¹¹

Aunque muchos *iuspositivistas* visualicen a esta teoría como una posición ilusoria, la aceptación de esta teoría a nivel internacional es real, ya que resulta imposible comprender la trascendencia del valor e importancia de la persona humana sin reconocer su dignidad inherente.

El reconocimiento de estos derechos como atributos innatos a la persona, importa en cuanto al contenido de estos, ya que como consecuencia de este, estos se revisten de universalidad,¹² ya que por esa calidad, las personas son titulares de derechos y no pueden invocarse diferencias de regímenes políticos, sociales o culturales como pretexto para menoscabarlos.

Por otra parte, al hablar de la dignidad de la persona humana es inexcusable remitirse a su fundamento normativo inicial, la referida expresión se reflejó en distintos cuerpos normativos con el objetivo de fundamentarlos filosófica y

¹¹ **BATTAGLIA, Felice**, citado en **GARCÍA BECERRA, José Antonio**, *Teoría de los Derechos Humanos*, 1era. Edición, Universidad Autónoma de Sinaloa, Sinaloa, México, 1991, p. 36.

¹² Véase además: **PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio**, “*La universalidad de los derechos humanos*”, en *Doxa: cuadernos de filosofía del derecho*, No. 15/16, Universidad de Alicante, Departamento de Filosofía del Derecho, Instituto Juan Gil-Albert, Alicante, España, 1994, pp. 613-633.

moralmente. Su expresión se reconoció por primera vez en la Carta de las Naciones Unidas de 1945, la cual prescribe:

“Nosotros los pueblos de las Naciones Unidas resueltos...

A reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres...”

A esta Carta, le siguió la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que en su preámbulo manifiesta:

“Todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos, y dotados como están por naturaleza de razón y conciencia, deben conducirse fraternalmente los unos con los otros...”

Así también la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 - *aprobada meses después de la Declaración Americana*-, en su preámbulo se refiere en dos ocasiones a la idea de la dignidad humana:

“Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana...”

También el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas adoptado el 16 de diciembre de 1966 expresaba:

“Considerando que, conforme a los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables

(y)...

Reconociendo que estos derechos se derivan de la dignidad inherente a la persona humana..."

En el mismo sentido, se reitera en el preámbulo del Protocolo de San Salvador:¹³

Los Estados Partes en la Convención sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica"

...

Considerando la estrecha relación que existe entre la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales y la de los derechos civiles y políticos, por cuanto las diferentes categorías de derechos constituyen un todo indisoluble que encuentra su base en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana, por lo cual exigen una tutela y promoción permanente con el objeto de lograr su vigencia plena, sin que jamás pueda justificarse la violación de unos en aras de la realización de otros ...

1.1.3.1 El valor de la dignidad.

La dignidad es un valor específico del ser personal,¹⁴ el cual fundamenta los derechos humanos, en razón que su afirmación no sólo constituye una garantía de tipo negativo que protege a las personas contra vejámenes y cualquier ofensa; sino que debe también afirmar positivamente a través de los derechos humanos, el pleno desarrollo de cada persona.¹⁵

¹³ Protocolo A-52, aprobado el 17 de noviembre de 1988, en San Salvador, El Salvador.

¹⁴ **GUERRA LÓPEZ, Rodrigo**, *Afirmar a la persona por sí misma, la dignidad como fundamento de los derechos de la persona*, 1era. Edición, Consejo Nacional de los Derechos Humanos, México, D.F., México, 2003, p. 100.

¹⁵ **NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto**, *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*, 1era. Edición, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, Núm. 156, Universidad Nacional Autónoma de México, Distrito Federal, México, 2003, p. 145

La dignidad denota una marcada diferencia de tratamiento entre personas y cosas, ya que las cosas no tienen dominio de sí, pero pueden ser objeto de dominio por personas, siendo así un medio para obtener un fin. En cambio, la persona no es un objeto de dominio,¹⁶ es un fin en sí mismo, impidiendo que sea considerada un instrumento o medio para otro fin.¹⁷

La persona no puede ser sustituida por nada, no tiene precio, su valor es interno, no puede ser remplazado; no existe un valor cualitativa y cuantitativamente igualable. Así, es como la dignidad reconoce que la persona es algo especial, extraordinario y superior en relación con los demás seres vivos. Ésta singulariza, caracteriza y diferencia a la persona de los animales y plantas, debido a su razón, voluntad, libertad e igualdad.¹⁸

Este concepto designa un importe intrínseco al ser humano, tal como lo expresa *Truyol Sierra*,¹⁹ afirmando que hablar de los derechos humanos - como una especie de fundamento ético- equivale a afirmar que existen derechos que el hombre posee por el hecho de ser hombre, no por quien sea, ni que haya hecho, sino por su propia naturaleza y dignidad. Derechos que lejos de ser una concesión del Estado, han de ser por este consagrados y garantizados.

La Sala de lo Constitucional salvadoreña acompaña estas ideas, sosteniendo en su jurisprudencia que *“la dignidad humana no está sujeta a las*

¹⁶ **ADAME GODDARD, Jorge**, *Naturaleza, Persona y Derechos Humanos*, Cuadernos Constitucionales México-Centroamericanos, 1era Edición, UNAM, México, 1996, p. 151

¹⁷ **NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto**, *La Interpretación constitucional de los derechos humanos*, 1era Edición, Ediciones Legales, Lima, Perú, 2009, pp. 11-14

¹⁸ **CARPIZO, Jorge**, “Los derechos humanos: naturaleza, denominación y características” en *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, No. 25, julio-diciembre, Universidad Nacional Autónoma de México, 2011, p. 8

¹⁹ **TRUYOL SIERRA, Antonio**, citado por **AA.VV.**, *Liber Amicorum*, 1era Edición, Volumen I, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Unión Europea, Costa Rica, 1998, p. 55

circunstancias particulares de cada individuo, tales como edad, sexo, condición económica o nivel de educación; tampoco se desvanece en razón de la conducta mostrada, pues aun cuando el individuo incurre en actos reprobados socialmente o incluso perpetra hechos que el ordenamiento jurídico considera como delictivos, su dignidad permanece.”²⁰

La dignidad de la persona se constituye en el valor supremo que constituye la columna vertebral básica de todo el ordenamiento constitucional y fuente de los derechos humanos, irradiando todo el sistema jurídico el que debe interpretarse y aplicarse conforme a las condiciones en que dicha dignidad se realice de mejor forma. Todo ser humano posee una dignidad propia e inalienable, que no puede ser disminuida por ningún motivo o circunstancia, convirtiéndose esta en un mínimo irreductible protegido por el ordenamiento jurídico.

1.1.3.2 Un concepto histórico.

Los derechos humanos como hoy los conocemos, no son un concepto intemporal que haya acompañado a la humanidad a lo largo de su historia, sino, son el resultado de la historia universal y de la civilización.

La historia ayuda a comprenderlos como el fruto de luchas y tensiones, y como respuesta a problemas contextualizados histórica y geográficamente,²¹ ya sea por condiciones sociales, económicas o políticas. Suponer a los derechos humanos como un concepto histórico, no significa afirmar que

²⁰ **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**, *Líneas y Criterios Jurisprudenciales*, Sala de lo Constitucional, Compiladora María Teresa Cordero, 2005, pág. 182.

²¹ **ASÍS ROIG, Rafael de**, “La concepción dualista de los derechos fundamentales de Gregorio Peces-BARBA” en **AA.VV.**, *Entre la ética, la política y el derecho: Estudios en Homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, Vol. I, 1era. Edición, Dykinson, Madrid, España, 2008, p. 395

éstos nacieron con el tiempo o que surgieron según las insuficiencias temporales, pero sí, como un concepto en constante evolución.

El fundamento de éstos no está en la historia, no está en algo en extremo mutable, pero ciertamente el fundamento extra-histórico les impregna de historicidad, porque es la base que presta y añade razón para que los mismos se sitúen y positivicen en ella. Por tanto, relacionar a la historia con la evolución y desarrollo de los derechos humanos, no significa defender una fundamentación histórica.

Esta historicidad se explica por su conexión con la dignidad humana y las necesidades básicas, ya que los derechos humanos representan la concreción, en cada momento histórico, de las exigencias derivadas de la dignidad, libertad e igualdad de las personas, vinculadas radicalmente al sistema de necesidades humanas básicas.

Es así como las exigencias de la dignidad evolucionan dependiendo de los contextos históricos y sociales; de ahí que también los derechos humanos evolucionen.²² Es por eso, que éstos derechos entendidos como un resultado de la confrontación humana, deben ser concebidos como una forma de reivindicar los derechos de las personas y resaltar la dignidad de la igual condición humana en cada individuo.

1.1.3.3 Aproximación conceptual.

La expresión derechos humanos es un tanto confusa y de tal vaguedad que toda definición propuesta no es satisfactoria. Aunado a ello, se encuentran

²² **BALLESTEROS LLOMPART, Jesús**, *et. al.*, Derechos Humanos, 1era Edición, Editorial Universitat de Valencia, España, 2007, p.10

múltiples definiciones que poco hacen para llenar y aclarar estos vacíos conceptuales.

La presente temática no hará referencia a las distintas acepciones²³ en que se puede emplear esta expresión, ya que se iniciaría un debate perenne que no aportaría mayor sustancia a este estudio. Sin embargo, si es relevante mencionar, la denominación *derechos fundamentales*, debido a su aceptación popular y doctrinaria, resultando ineludible una controversia con la locución *derechos humanos*.

Cabe plantear una reflexión sobre esos conceptos, en razón que para ciertos doctrinarios estos poseen una diferencia marcada; en cambio para otros, ésta diferencia es inexistente y los entienden como semejantes.

La Sala de lo Constitucional los equipara, observándolos sin distinción alguna, afirmando que “llámeseles *derechos humanos, fundamentales o constitucionales*, esta Sala entiende por (...)”.²⁴ Esta posición –como *sinónimos*- es un tanto conciliadora e integracionista, porque elimina las barreras conceptuales y se concentra exclusivamente en el contenido.

La doctrina que afirma que estos son conceptos disímiles, posee dos vertientes: la *primera*, considera que son aquellos derechos y libertades reconocidos y garantizados por el derecho positivo de los Estados; y la

²³ Derechos del hombre, derechos individuales, garantías individuales o sociales, derechos innatos, derechos naturales, derechos esenciales, libertades públicas, derechos de la persona humana, derechos públicos subjetivos. Véase al respecto: **GARCÍA BECERRA, José Antonio**, *Teoría de los Derechos Humanos*, Op. cit., pp. 11-13; **LARGO-FERNÁNDEZ, Antonio Osuna**, *Teoría de los derechos humanos*, 1era. Edición, Editorial San Esteban, Madrid, España, 2001, pp. 14-17

²⁴ **SALA DE LO CONSTITUCIONAL**, Sentencia Definitiva de Inconstitucionalidad, referencia 57-2005, de fecha 25 de Junio de 2009, Considerando III.B

segunda, como un catálogo selectivo extraído de los *derechos humanos*, es decir, se conciben a los *derechos fundamentales* como una selección de mayor importancia.

En relación con la primera afirmación, *Peces-Barba* considera que es evidente que si una sociedad no reconoce a los derechos humanos en su derecho positivo interno, no se puede hablar de estos en un sentido jurídico, en consecuencia, los mismos no son alegables en los tribunales competentes.²⁵

*Ledesma*²⁶ apoya la segunda vertiente afirmando que la expresión *derechos fundamentales* hace referencia a una categoría de los derechos humanos, a los cuales simplemente se considera más importantes que otros de naturaleza meramente accesorio.

*Ferrajoli*²⁷ -aumentando la dificultad de la problemática- propone una tercera definición, la cual asimismo es doble, dividiéndose en una teórica y otra dogmática. La definición *teórica*, los entiende como todos aquellos derechos subjetivos²⁸ que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto están dotados del *status* de personas.

Esta definición es comparable con una concepción de derechos humanos, ya que prescinde de circunstancias de hecho, siendo válida para cualquier ordenamiento, ya que es independiente de bienes, valores o necesidades

²⁵ **PECES-BARBA, Gregorio**, *Derechos Fundamentales*, 1era. Edición, Guadiana de Publicaciones, Madrid-Barcelona, 1973, p. 59

²⁶ **FAÜNDEZ LEDESMA, Héctor**, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: Aspectos institucionales y procesales*, Op. Cit., pág. 4

²⁷ **FERRAJOLI, Luigi**, *Derechos y garantías, La ley del más débil*, Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, 3era. Edición, Editoriales Trotta, España, 1999, p. 37

²⁸ Cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones).

que son tuteladas por el derecho positivo. Por el contrario, la versión *dogmática* los concibe como aquellos que se encuentran estrechamente vinculados con el derecho positivo.

Muchos autores han pretendido fallidamente encontrar la diferencia entre *derechos fundamentales y humanos* en su estructura, encontrando de esa manera obstáculos insalvables.

Sin embargo siguiendo el pensamiento de *Carla Huerta*,²⁹ se considera que lejos de crearse una división teórica entre los *derechos fundamentales y humanos*, la diferencia radica en la posibilidad de exigir el respeto de su consecuencia, lo que hace notorio que la diferencia, más que referirse a la estructura de la norma, se encuentra en su efectividad, cuestiones dependientes de los medios de protección más que de la estructura.

Al tener resuelta la anterior problemática, surge la segunda, ya que al intentar crear un concepto de derechos humanos se manifiestan de inmediato dificultades de orden ideológico y doctrinario. Debido a que este depende en gran medida de la orientación que se asuma; por lo cual debe tenerse en cuenta que en función de la idea que se tenga de su fundamento, así se utilizará uno u otro concepto.

La fundamentación de éstos se refiere al problema de buscarles una justificación racional.³⁰ Según *Bobbio*,³¹ no debe argumentarse un fundamento único, sino fundamentos diferentes, ya que cualquier intento de

²⁹ **HUERTA, Carla**, “Sobre la distinción entre derechos fundamentales y derechos humanos” en *Revista Derechos Humanos en México*, No. 14, Año 5, México, 2010, p. 76

³⁰ **PACHECO GÓMEZ, Máximo**, “El concepto de derechos fundamentales...” en **AA.VV.**, *Líber Amicorum*, Op. cit., p. 50

³¹ **ASÍS ROIG, Rafael de**, “Bobbio y los Derechos Humanos” en *La figura y el pensamiento de Norberto Bobbio*, edición de A. LLamas, Universidad Carlos III, España, 1994, p. 173.

buscar un fundamento absoluto de los derechos humanos está condenado al fracaso. Entre las diferentes fundamentaciones se pueden mencionar las siguientes:

(a) una fundamentación *ética*, considerando a éstos, como derechos *morales*. Es decir, como presiones de ciertas exigencias básicas y comunes a toda la humanidad.

(b) una fundamentación *racional*, que considera a éstos como derechos *pragmáticos*, esto es, como derechos que poseería todo ser dotado de competencia comunicativa para participar en todos aquellos discursos prácticos que conduzcan a la adopción de decisiones que puedan afectar a los sujetos.³²

Y por último, (c) una fundamentación *iusnaturalista*, que considera a éstos, como prerrogativas inherentes a la persona humana que tienen una existencia independiente de la que puedan conferirle o no los distintos ordenamientos jurídicos positivos dotados de realidad histórica.

Como ha escrito *Bobbio*,³³ el *iusnaturalismo* es aquella corriente que admite la distinción entre derecho natural y derecho positivo y sostiene la supremacía del primero sobre el segundo. *Pérez Luño*,³⁴ entrega una visión más clara, ya que según él, dicha fundamentación conjuga su raíz ética con su vocación *jurídica*.

³² **SQUELLA NARDUCCI, Agustín**, *Introducción al Derecho*, 2da. Edición, Universidad de Valparaíso Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 2011, pp. 212-213.

³³ **ASÍS ROIG, Rafael de**, “*Bobbio y los Derechos Humanos*” en *La figura y el pensamiento de Norberto Bobbio*, Op. cit., p. 173

³⁴ **PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique**, “*El concepto de los derechos humanos y su problemática actual*” en *Derechos y Libertades*, No 1, Año 1, España, 1993, p. 180

Los autores se basan en estas fundamentaciones para definir lo que ellos consideran como *derechos humanos*. En el caso de *Pedro Nikken*³⁵ y su peculiar forma de ver los derechos humanos, este los aborda desde dos perspectivas.

La primera, como derechos inherentes a la persona humana; y en segundo lugar, como derechos que se afirman frente al poder público. Lo cual provee de una apreciación generalizada de los derechos humanos, pero en fin, una posición con rasgos inequívocamente *iusnaturalistas*.

De acuerdo a *Sonia Picado*, en la situación actual de los derechos humanos la tesis mayoritaria que los identifica y sustenta, es la que los considera inalienables, y que por lo tanto el hombre los obtiene por su propia naturaleza.

Es por eso que las leyes o tratados no *crean* derechos humanos, sino simplemente los *reconocen*. *Picado*, al igual que *Ferrajoli*, considera que según esta posición se observa a los derechos humanos como valores anteriores o superiores a las normas legales; es decir, un concepto en esencia con matices axiológicos.³⁶

1.1.3.3.1 Concepción dualista.

No obstante lo anterior, para una mejor comprensión se retomara la propuesta metodológica de la concepción dualista del maestro Peces-Barba, dividiendo ésta en valores o paradigmas de un derecho futuro y como

³⁵ **NIKKEN, Pedro**, “Sobre el concepto de derechos humanos”, en **AA.VV.**, *Estudios sobre Derechos Humanos*, Op. Cit., pp. 39-54

³⁶ **FERRAJOLI, Luigi, et. al.**, *El fundamento de los derechos fundamentales*, 4ta Edición, Editorial Trotta, Madrid, 2001, p. 290.

derecho vigente en una sociedad determinada, es decir, desde las perspectivas ética y jurídica.

El concepto *dualista de los derechos* se enmarca en una visión positivista metodológica, es decir un positivismo que separa al Derecho de la moral, pero también asume el objetivismo moral. Su concepción parte de la idea que los derechos humanos no son propiamente tales hasta no lograr su positivización; existiendo la necesidad de una valoración filosófica y ética de la legislación positiva.

Acorde a esta idea los derechos humanos serían pretensiones apoyadas en razones de índole moral que recogen valores universales (dignidad, libertad, igualdad, seguridad y solidaridad) que han sido reconocidas por el ordenamiento como jurídicas. Existirán por tanto pretensiones morales que todavía no constituyan derechos, por falta de positivización. Es por ello que para hablar de derechos en sentido jurídico (fundamentales) y no morales (naturales o morales) es necesario que se encuentren recogidos por normas.

La ventaja de ésta concepción es precisamente que sirve de puente entre lo estrictamente moral y lo jurídico, siendo fácil afrontar los problemas tanto jurídicos como morales. El modelo dualista, además de contar con el ámbito ético y jurídico, añade una tercera perspectiva, la realidad social; transformando a esta teoría, en *tridimensional* o, como él prefiere llamarla, *visión integral de los derechos*.³⁷

Es que un concepto completo de los derechos humanos exige contemplar a éstos también como realidades sociales. Así solo cabe hablar de derechos

³⁷ **REY PÉREZ**, José Luis, *El discurso de los derechos: Una introducción a los derechos humanos*, Óp. cit, p. 26

cuando se trata de pretensiones morales justificadas, incorporadas al derecho y susceptibles de ser eficaces.

A pesar de que el mismo *Peces-Barba* la caracterizó como una visión dualista, no hay razón para diferenciarla de la dualista, ya que esa dimensión social o de eficacia, también puede estar presente en el ámbito ético o en el jurídico.³⁸

En ese orden de ideas, de acuerdo con la visión integral, los derechos humanos son: *una pretensión moral justificada*, porque se centra en una serie de valores; *un subsistema dentro del sistema jurídico*, la pretensión moral justificada debe formar parte de un cuerpo normativo, en razón de ser obligatoria; *una realidad social, con lo que exige la armonía con los factores sociales, económicos o culturales*.

Con todo lo visto hasta el momento es posible aspirar a la construcción de un concepto completo –*aunque no absoluto*– de los derechos humanos, retomando como cuestiones principales las ideas de *Nikken, Picado, Peces-Barba, Faundez y Pérez Luño*, aplicando todo lo hasta aquí establecido; con lo cual se pretende dar una definición acertada pero no definitiva, acerca de lo que significan los derechos humanos para este estudio en cuestión.

Así las cosas, retomando todo lo anterior y ciertas ideas acuñadas por la Sala de lo Constitucional salvadoreña,³⁹ se establece que los derechos humanos son *las facultades o poderes de actuación reconocidos a la persona humana como consecuencia de exigencias ético-jurídicas derivadas*

³⁸ **ASÍS ROIG, Rafael de**, “La concepción dualista de los derechos fundamentales de Gregorio Peces-Barba” *Óp. cit.*, p. 393

³⁹ **SALA DE LO CONSTITUCIONAL**, Sentencia Definitiva de Inconstitucionalidad, referencia 57-2005, de fecha 25 de Junio de 2009, Considerando III.B

de su dignidad, su libertad y su igualdad inherentes, que han sido positivadas en el texto constitucional y que, en virtud de dicha positivización, desarrollan una función de fundamentación material de todo el ordenamiento jurídico, gozando de la supremacía y la protección reforzada de la que goza la Constitución.

1.2 Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH).

En la Conferencia Interamericana sobre Problemas de la Guerra y de la Paz, celebrada en Ciudad de México del 21 de febrero al 8 de marzo de 1945, surgió la aspiración de contar en la región americana con un instrumento que regulara el régimen de los derechos humanos.⁴⁰

Fue en esta que los Estados americanos expresaron su respaldo a la idea de establecer un sistema internacional para su protección, encomendándole al Comité Jurídico Interamericano la redacción de un anteproyecto de Declaración de Derechos y Deberes Internacionales del Hombre, con el objetivo de preparar el camino para futuros compromisos en esta materia.⁴¹ Sin embargo fue hasta la Novena Conferencia Internacional Americana, celebrada en Bogotá el 30 de marzo al 2 de mayo de 1948, que los Estados americanos aprobaron dos importantes instrumentos jurídicos en materia de derechos humanos.

El primero fue la Carta de la Organización de los Estados Americanos (en adelante Carta de la OEA) que proclama los derechos fundamentales del individuo, sin distinción de raza, nacionalidad, credo, o sexo y que establece,

⁴⁰ **CARRIÓ, Genaro**, *El Sistema Americano de Derechos Humanos*, EUDEBA, Buenos Aires, 1987, p. 92

⁴¹ *Acta de Chapultepec*, en **Conferencias Internacionales Americanas**, segundo suplemento, 1945-1954, Unión Panamericana, Washington, D. C., 1956, pp. 52 y ss.

como uno de los deberes fundamentales de los Estados, el respetar los derechos de la persona humana.⁴²

El segundo, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (en adelante Declaración o DADDH),⁴³ la cual constituye un complemento indispensable de la Carta, ya que ésta última, no especifica cuáles son los derechos de la persona humana.

Los Estados americanos consideraron que la DADDH constituía el sistema inicial de protección de los derechos humanos, y que estaba destinada a garantizar los derechos ahí prescritos. Sin embargo, aunque los Estados la adoptaron, ésta formalmente no resulta vinculante para ninguno de ellos, pero si pueden ser exigibles como costumbre internacional.⁴⁴

La Carta de la OEA en su forma original no contemplaba ningún órgano o mecanismo encargado de la promoción o protección de los derechos humanos, es decir no se previó ninguna instancia encargada de supervisar el respeto de los mismos.

Por lo que en la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, se encomendó al Consejo Interamericano de Jurisconsultos la

⁴² La *Carta de la OEA* fue suscrita el 30 de abril de 1948, y está en vigor desde el 13 de diciembre de 1951. Ella ha sido objeto de cuatro importantes reformas, introducidas por el *Protocolo de Buenos Aires*, suscrito en dicha ciudad el 27 de febrero de 1967 y en vigor desde el 27 de febrero de 1970, por el *Protocolo de Cartagena de Indias*, suscrito el 5 de diciembre de 1985, y en vigor desde el 16 de noviembre de 1988, por el *Protocolo de Washington*, suscrito el 14 de diciembre de 1992, en vigor desde el 25 de septiembre de 1997, y por el *Protocolo de Managua*, adoptado el 6 de octubre de 1993, y en vigor desde el 29 de enero de 1996.

⁴³ Aprobada el 2 de mayo de 1948, siete meses antes de la adopción de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

⁴⁴ **CORTE IDH**, Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC- 10/89 del 14 de julio de 1989, párrafos 11, 14 ii), y 18.

tarea de elaborar un proyecto de Convención sobre Derechos Humanos; resolviéndose crear una Comisión Interamericana de Derechos Humanos, (en adelante Comisión IDH o CIDH) cuya función sería promover el respeto de tales derechos.

En la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Asuntos Exteriores reunida en Santiago de Chile en agosto de 1959, se adoptó la decisión de impulsar la preparación de la Convención, encaminada a la creación de una Corte o Tribunal encargado de aplicar la parte sustantiva de la Convención, el cual fue aprobado en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos.⁴⁵

Para asegurar el respeto de los derechos consagrados en la Convención y para vigilar el cumplimiento de las obligaciones asumidas por los Estados suscriptores de la misma, se estableció una Comisión IDH y una Corte IDH,⁴⁶ adquiriendo el compromiso los Estados, de respetar y garantizar el ejercicio de los derechos consagrados en ella.

1.3 Organos internacionales de protección.

1.3.1 Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).

En agosto de 1959 se establece la Comisión por medio de la Quinta Reunión de Ministros de Relaciones Exteriores de los Estados Americanos, originalmente concebida con el propósito de promover los derechos establecidos por la Declaración Americana, y como un intento de la OEA por

⁴⁵ **INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS**, *Guía sobre Aplicación del Derecho Internacional en la Jurisdicción Interna*, IIDH, San José, Costa Rica, 1996, p. 202

⁴⁶ **COX, Francisco, et. al.**, *El futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 1998, p. 609

frenar la violación masiva de los derechos humanos del pueblo cubano, llevada a cabo por el nuevo gobierno revolucionario de ese país.⁴⁷

Esta Comisión fue concebida (de acuerdo con los términos de su Estatuto) como una *entidad autónoma*, de carácter –no convencional-, cuyo mandato se limitó a promover el respeto de los derechos humanos,⁴⁸ entendiendo por tales, los consagrados en la DADDH.

En razón del momento en que se originó, ésta no obtuvo la aceptación deseada, ya que debido a su urgente creación se le confirió poco margen de actuación y de un Estatuto que no enmendó los problemas existentes. Poco después y a falta de una solución, esta interpretó sus competencias de una manera muy imaginativa y liberal, descifrando que se le había otorgado la función de velar por la protección de los derechos humanos, defenderlos y promover su observancia, lo cual acarreó consecuencias importantes en los procedimientos que han sido decisivos en el desarrollo de sus actividades.

Su Estatuto fue vigente por un corto periodo, ya que en 1965 en la Segunda Conferencia Interamericana Extraordinaria llevada a cabo en Rio de Janeiro, haciendo eco de las necesidades expresadas por esta, se acordó modificar su estatuto, ampliando sus funciones y facultades; de esta forma se le reconoció la práctica *praeter legem*⁴⁹ que había venido desarrollando desde su creación.⁵⁰

⁴⁷ PADILLA, David, “La Comisión Interamericana de Derechos Humanos” en CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto, *et. al.*, *Estudios básicos de derechos humanos*, Tomo I, Op. cit., p. 229

⁴⁸ FAÚNDEZ LEDESMA, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: Aspectos institucionales y procesales*, Op. cit., p. 39

⁴⁹ Significa al margen de la ley, es decir es una cuestión no regulada por ley, recogida en la sociedad que supone un uso o costumbre.

⁵⁰ AYALA CORAO, Carlos, “El Sistema Interamericano de Promoción y Protección de los Derechos Humanos”, en FIX-ZAMUDIO, Héctor, *et. al.*, *México y las declaraciones de*

El 22 de noviembre de 1969 se suscribe en San José de Costa Rica la CADH, ésta también estableció las funciones de la Comisión, generando cierta confusión, ya que algunas de estas facultades habían sido establecidas anteriormente por su Estatuto. Es por eso, que por medio de la Resolución 253,⁵¹ el Consejo Permanente de la OEA decidió que los procedimientos establecidos por la práctica de la Comisión y los que se creaban como consecuencia de la nueva Convención, coexistirían.

1.3.1.1 Composición.

La Comisión actúa en representación de todos los países miembros de la OEA, la misma está integrada por 7 miembros independientes que desempeñan sus funciones a título personal, quienes deben ser personas de alta autoridad moral y de reconocida versación en materia de derechos humanos. Estos serán elegidos por cuatro años y sólo podrán ser reelegidos una vez, asimismo no puede formar parte de la Comisión más de un nacional de un mismo Estado.⁵²

1.3.1.2 Funciones.

En la actualidad la CIDH tiene como función cardinal promover la observancia y defensa de los derechos humanos,⁵³ y en virtud de este mandato se le asignan distintas atribuciones, entre ellas:

Derechos Humanos, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie: Doctrina Jurídica, No. 18, CIDH, UNAM, México, 1999, p. 102.

⁵¹ **Resolución CP/ TES.253 (343/78)** “*Transición entre la actual Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Comisión prevista en la Convención Americana sobre Derechos Humanos*”, adoptada por el Consejo Permanente de la Organización el 20 de Septiembre de 1978.

⁵² **ESTATUTO CIDH**, Art. 7.

⁵³ *Idem*, artículo 41.

- a) Formular recomendaciones a los Estados miembros para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos, a fin de fomentar el debido respeto de los mismos;
- b) Solicitar informes a los Estados miembros sobre las medidas que adopten en materia de derechos humanos;
- c) Atender consultas que por medio de la Secretaría de la OEA le formulen los Estados miembros en cuestiones relacionadas con los Derechos Humanos.
- d) Rendir un informe anual a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos.

Es necesario acotar que la mayoría de funciones otorgadas por el artículo 41 de la CADH corresponden *-con algunas diferencias de redacción-* substancialmente a las que inicialmente les atribuía el artículo 9 del primer Estatuto de la CIDH. Conviene subrayar que excepto en el caso de la función prevista en el artículo 41 f), la CIDH ejerce atribuciones respecto de todos los países miembros de la OEA, sean o no partes en la Convención.⁵⁴

Para poder llevar a cabo la mayoría de atribuciones otorgadas a la Comisión, esta debe hacer despliegue de sus habilidades políticas y diplomáticas, pero en lo concerniente a las peticiones y comunicaciones que se le sometan, la CIDH cumple una función distinta, que la Corte IDH ha comparado con una especie de ministerio público interamericano.

⁵⁴ **FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor**, “El agotamiento de los recursos internos en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos”, en *Revista del Instituto Iberoamericana de Derechos Humanos*, Volumen 46, San José, Costa Rica, 2007, p. 151

1.3.1.3 Competencias.

La competencia se le reconoce entre los artículos 44 y 51 de la CADH, pero para que esta sea efectiva, el Estado suscriptor de la Convención debe reconocer su competencia, ya sea en el momento de la ratificación, en la adhesión o cualquier momento posterior.⁵⁵

Este reconocimiento debe efectuarse por medio de una declaración escrita, la cual viene a ser vital, en función de que la Comisión no admitirá ninguna comunicación contra un Estado parte que no haya hecho tal declaración. Estas peticiones individuales consisten en el derecho de petición frente a la Comisión, a fin de denunciar las violaciones de derechos humanos, causadas por la acción, omisión o tolerancia de agentes o entes estatales.⁵⁶

Es a partir de estas denuncias que la Comisión entra en contacto con los Estados, como parte del trabajo que debe realizar en materia de comprobación de la información y verificación, antes de admitir un caso.⁵⁷ En materia de peticiones individuales la instancia ante la Comisión es requisito ineludible para acceder a la jurisdicción contenciosa ante la Corte.

1.3.1.4 Procedimiento.

Para que una comunicación pueda ser conocida por la Comisión es necesario que se cumplan requisitos de dos tipos: el primero, requisitos referidos a la competencia del mismo, tanto en razón de las personas que las

⁵⁵ CADH, artículo 45.1

⁵⁶ FIX-ZAMUDIO, Héctor, *et. al.*, México y las declaraciones de Derechos Humanos, Op. cit., p. 106.

⁵⁷ GARCÍA-SAYÁN, Diego, *et. al.*, *Aplicación de las normas internacionales de derechos humanos*, ONUSAL - PDDH, 1era Edición, San Salvador, El Salvador, 1994, p. 74

impulsan, como la fecha y el lugar en que los hechos suceden y la materia del caso; otros permiten a la CIDH no admitir la tramitación de un caso que cumple con los requisitos de competencia si se dan otras circunstancias, que pueden ser sólo formales, que, si se superados, permiten la tramitación.

La Comisión divide el examen de estos requisitos en dos categorías: La primera es la competencia, que agrupa las clásicas cuatro condiciones que se examinan para determinarla: la persona, el lugar, el tiempo y la materia.

La segunda es la de admisibilidad, donde se encuentra el estudio del agotamiento de los recursos internos, el plazo de presentación de la comunicación, que la comunicación no esté pendiente de resolución ante otro procedimiento de arreglo internacional, y los requisitos formales de la petición.

1.3.1.4.1 Solución Amistosa.

Este mecanismo de solución amistosa está disponible durante el curso del proceso y mientras exista interés de negociar,⁵⁸ permitiendo que las partes negocien una solución efectiva al conflicto. En el caso de darse una solución amistosa, la Comisión deberá aprobar los términos de la negociación para asegurar el total respeto de los Derechos Humanos.

Este procedimiento permite al Estado denunciado una salida de tipo política; evitando con ello la posible decisión y condena de un órgano jurisdiccional, siendo su propósito último alcanzar un arreglo fundado en el respeto de los

⁵⁸ **VIVANCO, José Miguel**, *“Fortalecer o Reformar el Sistema Interamericano”*, en **COX, Francisco, et. al.**, *El futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos*, Op. cit, p. 63

derechos humanos establecidos en la CADH, en la DADDH, y en los demás instrumentos del *corpus iuris* interamericano.

Iniciada la conciliación, la Comisión podrá encomendar a uno o más de sus miembros la tarea de facilitar la negociación entre las partes sometidas al procedimiento. La CIDH podrá dar por concluida su intervención en este procedimiento si advierte que el asunto no es susceptible de resolverse por esta vía, o alguna de las partes no consiente en su aplicación, decide no continuar en él, o no muestra la voluntad de llegar a una solución amistosa fundada en el respeto de los derechos humanos.⁵⁹

De lograrse la solución amistosa, la CIDH aprobará un informe con una breve exposición de los hechos y de la solución lograda, lo transmitirá a las partes y lo publicará. Antes de aprobar dicho informe, la Comisión verificará si la víctima, ha consentido el acuerdo. Caso contrario, la Comisión proseguirá con el trámite de la petición o caso.

1.3.1.4.2 Procedimiento sobre el fondo.

Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la OEA puede presentar ante la Comisión peticiones en su propio nombre o en el de terceras personas, referentes a la presunta violación de alguno de los derechos humanos reconocidos, según sea el caso.⁶⁰

Admitida la petición esta será registrada como caso y se iniciará el procedimiento sobre el fondo. La CIDH solicitará informaciones al Estado al

⁵⁹ CADH, artículo 40.4

⁶⁰ REGLAMENTO CIDH, artículo 23.

cual pertenezca la autoridad señalada como responsable de la violación alegada, transcribiendo las partes pertinentes de la petición o comunicación fijando un plazo de tres meses para que los peticionarios presenten sus observaciones adicionales sobre el fondo.⁶¹

Recibidas las observaciones la Comisión deliberará sobre el fondo del caso en privado,⁶² a cuyo efecto preparará un informe en el cual examinará los alegatos, las pruebas suministradas por las partes, y la información obtenida durante audiencias y observaciones *in loco*. La Comisión también podrá tener en cuenta otra información de público conocimiento.⁶³

Terminada la deliberación y votación, la Comisión puede proceder de diferentes maneras: (i) Si establece que no hubo violación en el caso sometido a su conocimiento, así lo manifestará en su informe sobre el fondo. Este informe será transmitido a las partes, y será publicado e incluido en el Informe Anual de la Comisión a la Asamblea General de la OEA. (ii) En cambio, si establece una o más violaciones, preparará un informe preliminar con las proposiciones y recomendaciones y lo transmitirá al Estado en cuestión. En tal caso, fijará un plazo dentro del cual el Estado deberá informar sobre las medidas adoptadas para cumplir las recomendaciones.

Si el Estado en cuestión ha aceptado la jurisdicción de la Corte IDH, de conformidad con el artículo 62 de la CADH, y la Comisión considera que no ha cumplido las recomendaciones de su informe, someterá el caso a la Corte, salvo por decisión fundada de la mayoría absoluta de los miembros de la Comisión.

⁶¹ CADH, artículo 48 a) y REGLAMENTO CIDH, artículo 37.1

⁶² REGLAMENTO CIDH, artículo 43.2

⁶³ Idem, artículo 43.1

Si dentro del plazo de tres meses a partir de la transmisión del informe preliminar al Estado en cuestión, el asunto no ha sido solucionado o, en el caso de los Estados que hubieran aceptado la jurisdicción de la Corte Interamericana, no ha sido sometido a la decisión de esta por la Comisión o por el propio Estado, la Comisión podrá emitir, por mayoría absoluta de votos, un informe definitivo que contenga su opinión y conclusiones finales y recomendaciones. Las partes presentarán, en el plazo fijado, información sobre el cumplimiento de las recomendaciones.

1.3.2 Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).

El constante interés por perfeccionar el SIDH dio paso al surgimiento de la Corte IDH, con el objetivo de garantizar la protección de los derechos humanos ante una grave violación de los mismos por parte de los Estados. Con la adopción y entrada en vigor de la CADH, es que se establece la Corte IDH.⁶⁴

1.3.2.1 Composición.

Está compuesta por siete jueces de la nacionalidad de los Estados miembros de la OEA, elegidos a título personal por mayoría absoluta de votos de los Estados suscriptores la Convención Americana, de una lista de candidatos propuestos por esos mismos Estados.

Son elegidos por seis años y podrán ser reelegidos una vez. Estos jueces deben ser escogidos entre juristas de la más alta autoridad moral, de

⁶⁴ ODIMBA-ON'ETAMBALAKO, Jean Cadet, "Logros Alcanzados y Ajustes pendientes en la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. VI, 2006, México, p. 705

reconocida competencia en materia de derechos humanos y que reúnan las condiciones requeridas para el ejercicio de las más altas funciones judiciales, conforme a la ley del Estado de que sean nacionales o del que los postule como candidatos.

1.3.2.2 Competencias y funciones.

La Corte tiene esencialmente dos funciones, una contenciosa y otra consultiva, a las que se une la facultad de adoptar medidas provisionales. En cuanto a la competencia de la Corte, ésta es limitada, pues sólo puede atender casos en los que el Estado involucrado ratificó la Convención Americana, así también cuando ese Estado ha aceptado la jurisdicción de la Corte o cuando el caso sea remitido a la Corte ya sea por la Comisión IDH, o por el Estado implicado en el caso.

1.3.2.2.1 Función Contenciosa.

Es el mecanismo por el cual ese tribunal determina si un Estado ha incurrido en responsabilidad internacional, por haber violado alguno de los derechos consagrados o estipulados en la CADH.

La función contenciosa de la Corte, se hace efectiva en cumplimiento del artículo 62 de la CADH, por el que se consagra como posibilidad para todo Estado suscriptor, declarar que reconoce como obligatoria, de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte IDH.

Sobre el alcance de la función contenciosa, la Corte ejerce plena jurisdicción sobre todas las cuestiones inherentes a los casos que le son sometidos, esto incluye el cumplimiento del procedimiento que se sigue ante la Comisión, y la

apreciación, sobre si se han observado cabalmente las disposiciones relativas al agotamiento de los recursos internos.⁶⁵

En las sentencias que emite la Corte en casos contenciosos que declaran la responsabilidad internacional del Estado, ésta dispondrá que se garantice al lesionado el goce de su derecho o libertad conculcados; y, en caso que sea procedente, dispondrá la reparación de las consecuencias del acto u omisión violatorio de derechos humanos, y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.

1.3.2.2.2 Función Consultiva.

Es el medio por el cual la Corte IDH responde consultas que le formulan los Estados miembros de la OEA, o los órganos de la misma, acerca de la interpretación de la Convención, o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos.⁶⁶

De igual forma la Corte IDH a solicitud de un Estado miembro de la Organización podrá emitir opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas, y los instrumentos internacionales relativos a los derechos humanos. Las opiniones consultivas son determinantes para la interpretación de la Convención; incluso, se ha llegado a afirmar que no se puede realizar una interpretación correcta de la Convención sin las opiniones consultivas de la Corte.⁶⁷

⁶⁵ CADH, artículo 46.1 a)

⁶⁶ La Corte ha interpretado en la OC-1/82 párr.35 que tal expresión –Estados Americanos– alude a todos los Estados que pueden ratificar o adherirse a la Convención, según artículo 74 de la misma, es decir a los miembros de la OEA.

⁶⁷ **RÁBAGO DORBECKER, Miguel**, “*El avance de los derechos humanos en las opiniones consultivas de la corte interamericana de derechos humanos*”, en **BECERRA RAMÍREZ, Manuel, et. al.**, *La Corte Interamericana de...*, UNAM, México, 2007. pp. 223-224.

1.3.2.3 Procedimiento.

Los artículos 66 al 69 de la CADH hacen referencia en términos generales a las características que debe tener la sentencia de la Corte, es decir, a la exigencia de la motivación del fallo, a su calidad de definitivo e inapelable, a la posibilidad de interpretación por la propia Corte, al cumplimiento de los fallos por parte de los Estados, a su notificación y transmisión.

Sin embargo no hace referencia a los aspectos estrictamente relacionados al procedimiento. Es en ese sentido que la Corte para desarrollar sus funciones debe recurrir, además de lo consignado en la Convención, a las otras normas que le son pertinentes como son su Reglamento y Estatuto.

1.3.2.3.1 Procedimiento escrito.

El proceso da inicio con la presentación de la demanda ante la Corte IDH; admitido el caso, esta solicita al Estado demandado que conteste la demanda dentro de los dos meses a partir de su notificación. Al contestarla el Estado deberá interponer las excepciones preliminares que considere procedentes y declarar si acepta los hechos denunciados y las pretensiones del demandante, o si los contradice.

La comunicación de dicha contestación es a cargo de la Secretaría de la Corte, haciéndoselas saber a las mismas personas a las que se les notificó la demanda.⁶⁸ La Corte Interamericana podrá considerar como aceptados los hechos no expresamente negados y las peticiones no expresamente controvertidas.

⁶⁸ **REGLAMENTO CORTE IDH**, artículo 37.1

El sometimiento del caso por parte de la Comisión será mediante la presentación del informe a la Corte, la cual debe contener todos los hechos supuestamente violatorios, inclusive la identificación de las presuntas víctimas, para que el caso pueda ser examinado.

1.3.2.3.2 Procedimiento oral.

Con respecto al procedimiento oral ante la Corte IDH la presidencia de esta señalará la fecha de apertura del procedimiento oral.⁶⁹ La tramitación de las audiencias será referente a las excepciones preliminares, presentación de pruebas, sobre el fondo del caso, y sobre medidas provisionales.

Podrán participar en todas las audiencias que se realicen durante el transcurso del proceso de manera autónoma las presuntas víctimas, sus familiares o sus representantes debidamente acreditados.

El reglamento de la Corte IDH hace mención expresa de dos medios probatorios, testimonial y pericial, sin embargo a través de su jurisprudencia la Corte ha indicado que también pueden ser utilizados otros medios de prueba, tales como documental, circunstancial, indicios y las presunciones.⁷⁰

Sobre el valor de las pruebas la Corte ha establecido que la determinación de la responsabilidad internacional de un Estado por la violación de derechos de la persona requiere una mayor flexibilidad en la valoración de la prueba rendida ante el Tribunal, de acuerdo con las reglas de la lógica y con base en la experiencia.

⁶⁹ **REGLAMENTO CORTE IDH**, artículo 45

⁷⁰ **CORTE IDH**, Caso *Velásquez Rodríguez versus Honduras*, Sentencia del 29 de julio de 1988, párrafo 130; Caso *Fairén Garbi y Solís Corrales versus Honduras*, Sentencia del 15 de marzo de 1989, párrafo 133

En el caso de que el Estado demandado no presente pruebas de descargo en las oportunidades procesales correspondientes, la Corte presumirá verdaderos los hechos planteados en la demanda sobre los cuales guarda silencio el Estado.⁷¹

Los fallos de la Corte son definitivos e inapelables. Si el fallo no expresare en todo o en parte la opinión unánime de los jueces, cualquiera de ellos tendrá derecho a que se agregue al fallo su opinión, a través de votos razonados, disidentes o concurrentes, los cuales sólo podrán referirse a lo tratado en la sentencia correspondiente.

Los jueces que decidan presentar un voto razonado, disidente o concurrente de la opinión de la mayoría, deberá presentarlo dentro del plazo que fije el Presidente de la Corte, de modo que pueda ser conocido por todos los jueces antes de la notificación de la sentencia.⁷²

La supervisión de las sentencias y demás decisiones de la Corte se realizará mediante la presentación de informes estatales, y de las correspondientes observaciones a dichos informes por parte de las víctimas o sus representantes.

La Comisión deberá presentar observaciones al informe del Estado y a las observaciones de las víctimas o sus representantes⁷³ La supervisión de sentencias es una labor que requiere cuidadoso estudio y detenida consideración. Sin embargo, constituye también la etapa en la que la labor de la Corte alcanza materialmente a aquellas personas para las cuales se ha

⁷¹ **CORTE IDH**, *Caso Ivcher Bronstein versus Perú*, Sentencia de 5 de febrero de 2001, párrafo 67 y 68

⁷² **REGLAMENTO CORTE IDH**, artículo 55.

⁷³ *Ibídem*, artículo 66, 67 y 69.

concebido el sistema de protección a los derechos humanos y en la cual se concretan, de manera más evidente, los beneficios de sus actividades.

La Corte tiene dos medios para velar por el cumplimiento de las sentencias por ella pronunciada. En primer lugar, la Corte puede hacer uso del órgano político de la OEA, la Asamblea General, a través de sus informes anuales de labores, que de acuerdo con el artículo 65, deberá señalar los casos en que un Estado no haya dado cumplimiento a sus fallos. Y el otro medio consiste en la ejecución de las sentencias, a través de los tribunales nacionales del Estado.⁷⁴

A la fecha ninguna de las sentencias de la Corte han sido ejecutadas mediante procedimiento interno vigente del Estado condenado, sin embargo las sentencias de la Corte deben de ser ejecutadas no como sentencias extranjeras, sino como sentencias emanadas de un tribunal supranacional.

1.3.2.3.3 Procedimiento en las Opiniones Consultivas.

Las solicitudes de opiniones consultivas hechas a la Corte y referidas a la interpretación de la Convención, o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos, deberán ser formuladas con precisión, conteniendo preguntas específicas, sobre las cuales se pretende obtener la opinión de la Corte.⁷⁵

Si la opinión consultiva es con respecto a la interpretación de otro tratado concerniente a la protección de los derechos humanos en los Estado

⁷⁴ El artículo 68 inciso 2 de la Convención dispone, que la parte del fallo sobre indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país, por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias.

⁷⁵ **REGLAMENTO CORTE IDH**, artículo 70.

americanos, deberá ser identificado el tratado y las partes en él, además de las preguntas específicas sobre las cuales se pretende obtener la opinión de la Corte, acompañado de las consideraciones que originan la consulta.⁷⁶

La Corte emitirá la opinión consultiva, la cual deberá contener: el nombre de quien preside la Corte, y de los demás jueces que la hubieren emitido, las cuestiones sometidas a la Corte, una relación de los actos del procedimiento, los fundamentos de derecho, la opinión de la Corte, la indicación de cuál es la versión auténtica de la opinión, asimismo todo juez que haya participado en la emisión de una opinión consultiva tiene derecho a unir a la de la Corte, su voto concurrente o disidente, el cual deberá ser razonado.⁷⁷

⁷⁶ Idem, artículo 71.

⁷⁷ Estos votos deberán ser presentados, dentro del plazo fijado por la presidencia, de modo que puedan ser conocidos por los Jueces antes de la comunicación de la opinión consultiva. Ibídem, artículo 75.

CAPITULO II

DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL DERECHO INTERNO.

2.1. Relación entre derecho internacional y la normativa interna.

A modo de *introito* es necesario resaltar la incidencia del desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho interno de cada Estado, ya que su instrumentación ha influenciado diversas modificaciones a instituciones y conceptos internos con el fin de adaptarlas al contexto de protección internacional actual.

La instrumentación de los derechos humanos en favor de la protección internacional de los derechos y libertades fundamentales, fue una de las decisiones más certeras que tomó la comunidad internacional en su momento, pues se logró cierta sumisión del Estado a los sistemas de protección regionales y universales, constituyendo hoy en día, la manera más sólida de reconocer el respeto de la dignidad de la persona humana.

Pero no obstante, el desarrollo, progreso y evolución del derecho internacional en los últimos tiempos y su tendencia hacia ser reconocidas e incorporadas sus normas en el derecho interno, subsisten las mismas dificultades y el planteamiento de numerosas cuestiones sobre posibles conflictos entre preceptos internacionales y normas de derecho interno.

2.1.1 Soberanía y sus incidencias.

Antes de profundizar en cuanto a las formas de incorporar y aplicar el derecho internacional en los sistemas jurídicos nacionales, es inevitable

abordar esta temática, debido a que su comprensión constituye un paso significativo en la clarificación y desmitificación de ciertas cuestiones en torno a la aplicabilidad del derecho internacional.

2.1.1.1. Origen y evolución.

Comprender su origen en el contexto político y social de aquella época, es la clave para descifrar su contenido y trascendencia en la comunidad nacional e internacional de hoy, sirviendo como guía fundamental para derribar toda presunción que conciba a la soberanía como un obstáculo insalvable.

Su concepto creado a través del tiempo como un concepto ideal fue influido por el momento político que convulsionaba a Francia en el siglo XVI; y es en ese ínterin que *Jean Bodín* la acuña y presenta como solución a la guerra civil francesa que era causada por razones religiosas, justificando ideológicamente con ello al absolutismo monárquico como nueva forma de gobierno.⁷⁸

La idea de soberanía estaba dirigida a fundar la paz en el interior de las fronteras nacionales, esto implicaba que la paz religiosa solo se podía lograr si el rey tenía la suficiente fuerza para imponer la tolerancia a todas las partes en disputa.

Bodín a través de sus *Six livres de la république*, creó la definición de *souveraineté* o de *la summa potestas como in cives ac súbditos legibus soluta potestas*, la cual constituye la base teórica del poder soberano del

⁷⁸ **BODIN, Jean**, “*Los seis libros de la Republica*”, Universidad Central de Venezuela, Caracas, Venezuela, 1966, p. 141 citado en **ROMERO UREIRO, Benjamín**, *Origen y evolución del concepto de soberanía*, Tesis de pregrado, Universidad Autónoma Iztapalapa.

Estado, entendido por muchos, como poder supremo, permanente e indivisible.⁷⁹ Sin embargo, este estudio no comparte tal afirmación, ya que, como se verá más adelante, no es cierto que *Bodín* concibiera a la soberanía de esa forma.

En ese momento la soberanía del rey parece fundarse como un reemplazo al Estado feudal que poseía diversos polos de poder, por un nuevo Estado con un solo poder central. Es por eso que para implantar este cambio radical se requería un poder que no tuviera que limitarse al Derecho, es decir, un poder que pudiera violar el Derecho. Es así como a la soberanía se le identificó como el ejercicio del poder -por parte del rey- de forma “absoluta y perpetua”.

La teoría de la soberanía con *Bodín* obtuvo un éxito sin precedentes, debido a que otorgó la posibilidad al rey de poder suspender los derechos de los señores a hacer la guerra y así lograr cierta paz religiosa. El éxito de la soberanía como argumento para la pacificación religiosa se debió en gran medida a su capacidad persuasiva.⁸⁰

Este mismo concepto fue perdiendo prestigio con la incursión de *Thomas Hobbes* en razón de su sincera identificación con la monarquía absoluta francesa y al vínculo estrecho con un concepto de Estado absoluto y con poder ilimitado, sin ninguna vinculación con el Derecho.

Hobbes afirmó en su obra el Leviatán que “*todos los hombres han dado la soberanía a quien representa su persona, y, por consiguiente, si lo deponen*

⁷⁹ **KOTZUR, Markus, et. al.**, *De la soberanía al Derecho Constitucional común: palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano*, 1era. Reimpresión, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Ensayos Jurídicos, No. 12, UNAM, México, 2011, p. 91

⁸⁰ **MARSHALL BARBERAN, Pablo**, “*La soberanía popular como fundamento del orden estatal y como principio constitucional*” en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso [online]*, No. 35, 2010, p. 249

toman de él lo que es suyo...".⁸¹ En el pacto social hobbesiano, el pueblo cede a un particular el ejercicio y la titularidad de la soberanía.

Este filósofo profesó también un evidente pesimismo antropológico, ya que, era del pensamiento que la maldad del hombre hace insuficiente el *status naturalis* del Estado, pues este estado de naturaleza y el egoísmo individual, da origen a unas relaciones humanas definidas por la permanente guerra de todos contra todos "*bellum ómnium contra omnes*".

Y es con el fin de terminar con esa situación de inseguridad, desorden, injusticia y guerra que ese filósofo creó idealmente a ese gran Leviatán que se llama República o Estado, que no es sino un hombre artificial, aunque de mayor estatura y robustez que el natural para cuya protección y defensa fue instituido.⁸²

Es así como *Hobbes* se constituye como un liberal *absolutizador* del concepto de soberanía, trayendo consigo la percepción de que este concepto *-incluyendo el de Bodín-* visualizan al Estado como poseedor de un poder sin límites, lo cual acarrearía al mundo actual la idea de una barrera inexpugnable.

De las anteriores teorías que propugnaban que la soberanía le pertenecía al rey, el pensamiento de esa época se desplaza a una propuesta más democrática, estableciendo que la soberanía ya no le pertenece más al rey sino al pueblo.

⁸¹ **HOBBS, Thomas**, *Leviatán*, Fondo de Cultura Económica, México, 1992, p. 73

⁸² El Estado al que Hobbes denomina Leviatán o Dios mortal, se crea a través del pacto voluntario de los hombres interesados, que termina en contrato, y mediante el que solo una voluntad –monarca o asamblea- sustituye la voluntad de todos los hombres. **NAVAS CASTILLO, Antonia, et. al.**, *Derecho constitucional: Estado Constitucional*, 1era. Edición, Colección Manuales, Editorial Dykinson S.L., Madrid, España, 2005, p. 48

Así *John Locke* apartándose de la línea de *Bodín*, establece que la soberanía es concebida como una concesión de imperio, lo cual demuestra las diferencias insalvables entre una teoría y otra, ya que, para *Hobbes* los hombres cedían su soberanía al soberano, mientras para *Locke* la soberanía reside en el pueblo y la ejercen los gobernantes.⁸³

A la teorización de *Locke* le siguió la de *Rousseau*, el cual convirtió en realidad una soberanía popular que hasta ese momento solo era un deseo virtual. *Jean-Jacques Rousseau*, en su obra *El contrato social*, entiende que la soberanía reside originalmente en el pueblo: “*como la naturaleza da a cada hombre un poder absoluto sobre sus miembros, así el pacto social da al cuerpo político un poder absoluto sobre todo lo que es suyo*”.⁸⁴

En el mundo actual la soberanía influenciada por las teorizaciones de *Locke*, *Rousseau* y muchos más, es indefectiblemente entendida como aquella que reside en el pueblo; consistiendo está potestad suprema en poder determinarse a sí mismo, darse sus propias leyes, de organizarse políticamente y gobernarse por sí mismo.⁸⁵

En el ordenamiento salvadoreño el principio de soberanía popular está consagrado en el artículo 83 de la Constitución, el cual tiene una gran trascendencia en la estructuración del Estado, pues significa que el pueblo es el verdadero y único titular del poder soberano, y por ello todas las normas jurídicas y cargos públicos emanan directa o indirectamente de la voluntad popular.

⁸³ **BRICEÑO MONZON, Claudio Alberto, et. al.,** *El problema de la soberanía: su historia ante el siglo XXI*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, Venezuela, 2007, p. 16

⁸⁴ **BECERRA RAMIREZ, Manuel, et. al.,** *Soberanía y juridificación en las relaciones internacionales*, 1era. Edición, No. 153, UNAM, México, 2010, p. 61

⁸⁵ **SALA DE LO CONSTITUCIONAL**, Interlocutoria, Proceso de Inconstitucionalidad, con referencia 11-93, de fecha 20 de Mayo de 1993, Considerando III.

2.1.1.2 Soberanía como un obstáculo.

En el mundo moderno existen muchas ideas acerca de la soberanía y de lo que ella significa, y no necesariamente como un concepto jurídico, sino más bien la forma en que los Estados la comprenden y la ejercen.

Alrededor de esta temática existe cierto tipo de consenso por parte de los Estados, los cuales la conciben de forma tal, que anteponen ésta ante todo lo que consideren “injerencia” externa, otorgándole un carácter inflexible, absoluto, irrevocable e indivisible.

Diversos doctrinarios respaldan esta aseveración, verbigracia *Peces Barba*, el cual afirmaba que la soberanía es un obstáculo para la organización y para la protección de los derechos humanos.⁸⁶ *Bobbio* por su parte, asevera que la salvaguardia intransigente y celosa de la soberanía, por parte de los Estados constituye un obstáculo al reconocimiento y protección de las exigencias de los derechos humanos.⁸⁷

Así también *Kelsen* acuñaba una idea vinculada a la anteriormente mencionada, asegurando que la soberanía se constituía como un obstáculo para el correcto desenvolvimiento del derecho internacional, tal como se sostuvo en el derecho público a lo largo del siglo XIX y en las primeras décadas del XX. Esta resistencia estatal al derecho internacional es influenciada por la doctrina constitucional clásica, en donde la soberanía del Estado se plantea desde el interior, sobre la necesidad de anular a sus

⁸⁶ **BECERRA RAMÍREZ, José de Jesús**, “*Los instrumentos internacionales de derechos fundamentales y su aplicación en el ámbito constitucional mexicano*” Tesis Doctoral, Instituto de Derechos Humanos, Universidad Carlos III de Madrid, Getafe, España, 2009, p. 67

⁸⁷ **CONSO, Giovanni**, “*Bobbio y la temática de los derechos humanos*”, en *Derechos y Libertades: revista de filosofía del derecho y derechos humanos*, No. 17, Dykinson, Madrid, España, 2007, p. 50.

antagonistas bajo la perspectiva de que no pueden existir más relaciones que las de sujeción frente al Estado.

De cara al exterior, la soberanía externa visualizada siempre como obstáculo, se muestra como la tendencia del Estado para proteger sus intereses con el “principio de no injerencia”, el cual existe sobre la base de la igualdad con relación a los demás Estados, con la idea que a medida que el Estado se halla subordinado a un ente externo, su soberanía se desvanece.⁸⁸

Contra la opinión general existente, la soberanía del rey en sus orígenes no se presentó como un poder exento de límites, y de esta manera absoluto e ilimitado no aparecen como sinónimos. En cambio, *Bodín* comprendía los límites de la soberanía vinculándolos al derecho natural y al divino, y a la *lex ómnium gentium communis* (la ley común de todos los pueblos), es decir, el derecho internacional.⁸⁹

Es con ello que el rey debía respetar las leyes involucradas en la constitución del gobierno monárquico, esto es, las leyes de la corona. La soberanía estaba más bien limitada. Es decir, que la característica clave que distinguía a la soberanía, era la de no estar limitada por los antiguos y buenos derechos feudales, lo que era lo más lógico, si se tiene en cuenta que lo que impedía poner fin a la guerra era justamente el Derecho.

La Sala de lo Constitucional salvadoreña por su parte confirma la inviabilidad del concepto clásico de soberanía en el mundo moderno, por situaciones fácticas específicas, las cuales detalla de la forma siguiente:

⁸⁸ **BECERRA RAMÍREZ, José de Jesús**, “Los instrumentos internacionales de derechos fundamentales y su aplicación en el ámbito constitucional mexicano” Op. cit., p. 69

⁸⁹ **KOTZUR, Markus, et. al.**, *De la soberanía al Derecho Constitucional común: palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano*, Op. cit., p. 91

En la actualidad la soberanía ya no se considera como un poder indivisible y absoluto (...) *“En primer lugar, porque sería imposible ejercerlo desde un centro único, tanto menos cuanto más numerosa sea la población y mayor sea el territorio. Esta imposibilidad práctica exige al poder soberano estructurarse de manera funcional y territorialmente articulada (...) creando una multiplicidad de órganos para el ejercicio especializado del poder (...). Y, en segundo lugar, por razones de principio como la conveniencia de un ejercicio más racionalizado del poder, de una mayor proximidad al ciudadano, etc., también llevan a la misma necesidad de la división funcional o territorial del poder, como lo muestra la estructura de numerosos estados contemporáneos”*.⁹⁰

Esta inviabilidad no significa que la misma desaparezca, sino que si bien en la actualidad los Estados ya no pueden ejercer su actividad aisladamente de la comunidad internacional, no significa que la asunción de tales obligaciones emanadas de tratados lleve aparejada *per se* una limitación a la soberanía de los mismos.⁹¹

Con todo lo mencionado, se puede acotar que el concepto original de soberanía creado por *Bodin* y continuado por *Hobbes*, no es un concepto absoluto ni mucho menos limitante, por lo tanto es inválido excusarse y apoyarse en tal argumento.

Por otra parte, si se situara a la soberanía en contraposición con el derecho internacional, es necesario aceptar que ese concepto, tal y como lo afirma *Vescovi*, se encuentra en crisis debido a que es imposible fundar un derecho

⁹⁰ **SALA DE LO CONSTITUCIONAL**, Sentencia Definitiva de Inconstitucionalidad, con referencia 03-91, de fecha 7 de Noviembre de 1999, Considerando III.3.A

⁹¹ *Ibíd.*

internacional verdadero sin admitir que el Estado se encuentra sometido a normas superiores a él.⁹²

Es insoslayable que la existencia de una sociedad internacional y obligaciones vinculantes para el Estado, no es incompatible, en principio, con la soberanía de este; ya que dicha compatibilidad emana del consentimiento del mismo Estado en la asunción de los compromisos y obligaciones al suscribir los tratados.

Entonces en tanto una Constitución prevé que el Estado en el ejercicio de su soberanía puede asumir obligaciones internacionales, esto no es incompatible con su *soberanía externa*, porque el pueblo -verdadero titular de la soberanía- así lo ha decidido libremente y lo ha expresado en la norma jurídica de máximo rango.

2.1.1.3 Soberanía y Derechos Humanos.

A pesar de la instauración de un régimen de garantía internacional en favor de los derechos humanos, por muchos años ha sido necesaria una incombustible lucha que por fin permita la efectiva aplicación y protección de estos derechos en los Estados. Esto como un esfuerzo para limitar el ejercicio del poder estatal frente a los imperativos que emanan de la dignidad de la persona humana y sus derechos.⁹³

Aún en la época actual los Estados intentan anteponer su soberanía a la fuerza de estos derechos, verbigracia Sudáfrica, la cual durante muchos

⁹² **VESCOVI, Enrique**, *Introducción al Derecho*, Tomo I, 21ª Edición, Euro Editores S.R.L., Buenos Aires, Argentina, 2005, p. 191

⁹³ **NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto**, *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*, Op. cit., pág. 139

años defendió su régimen racista del *apartheid*,⁹⁴ bajo el argumento de ser una cuestión interna correspondiente a la soberanía de su país, con exclusión de la injerencia de otros Estados; lo cual no permitía que la comunidad internacional actuara.⁹⁵

Fue hasta que la violación sistemática de los derechos humanos dentro de Sudáfrica se recrudeció, que surgió un consenso a nivel internacional en contra del *apartheid*, los cuales fueron denominados como hechos contrarios a los principios consagrados por la Declaración Americana.

Es a partir de ese consenso que se consolida un principio que modificaría la forma clásica de concebir a la soberanía; dicho principio determina que no existe soberanía que valga para justificar la violación sistemática de los derechos humanos.⁹⁶

Este principio intenta justificar jurídicamente la intervención o injerencia de otros países en aquellos asuntos definidos como internos para otro Estado. Es decir, la violación de estos derechos dentro de un país, tolerada implícita o explícitamente por el gobierno, no puede ser defendida bajo el principio de la autodeterminación o de la no intervención extranjera en los asuntos internos de un Estado.

⁹⁴ El *apartheid* fue el sistema de segregación racial en Sudáfrica y Namibia, entonces parte de Sudáfrica, en vigor hasta 1992. Fue llamado así porque significa "separación" en afrikáans, lengua germánica derivada del holandés hablada principalmente en Sudáfrica y Namibia.

⁹⁵ Véase además: **CUADRA, Héctor**, "*El apartheid y los derechos humanos*", en **CASSIN, García Bauer**, *Veinte años de evolución de los derechos humanos*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie G: Estudios Doctrinales, No. 5, UNAM, México, 1974, pp. 27-65

⁹⁶ **BUSTAMANTE, Jorge**, "*La paradoja de la autolimitación de la soberanía: derechos humanos y migraciones internacionales*", en **MENDEZ SILVA, Ricardo, et. al.**, *Derecho Internacional de los derechos humanos*, Memoria del VII Congreso Iberoamericano de derecho Constitucional, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, No. 98, UNAM, México, 2002, p. 124

Lo anterior concuerda con lo que el Doctor *Jorge Carpizo* afirma, ya que soberanía y DIDH no son conceptos antagónicos ni excluyentes, sino deben ser conceptos armonizados y conjuntados en razón del valor de la persona humana y de su dignidad.⁹⁷

En igual sentido el ex procurador para la Defensa de los Derechos Humanos en El Salvador, Licenciado *Oscar Humberto Luna* afirma que (...) las relaciones diplomáticas, y los principios de “soberanía” y “no intervención en los asuntos internos del Estado”, se han flexibilizado al grado que los límites fronterizos no son obstáculo para la defensa de la dignidad humana.⁹⁸

Es así como en el mundo actual ningún Estado puede sostener que la comunidad internacional no tiene derecho a “vigilar”, “opinar” o “intervenir” en su situación interna a favor de los ideales legítimos de esa comunidad y que la cooperación entre órganos de protección de distintos Estados es ilegítima.

En resumen, actualmente no es posible hablar de una soberanía limitante, sino de una limitada; por lo cual, dicha soberanía nunca más podrá ser definida por el poder *ilimitado* del Estado, sino el concepto de la misma debe ser articulado y definido en función de la protección de un fin ulterior, la dignidad de la persona humana.

Así es como se torna factible seguir la teoría de que los derechos humanos están por encima del Estado y su soberanía, no siendo posible considerar que se violente el principio de no-intervención cuando se ponen en

⁹⁷ **CARPIZO, Jorge**, “*La Constitución mexicana y el derecho internacional de los derechos humanos*”, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. XII, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2012, p. 813

⁹⁸ **PDDH**, Informe Especial presentado al Comité de Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migrantes y de sus Familiares de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), 2008, p. 4

movimiento los mecanismos organizados por la comunidad internacional para su promoción y protección.⁹⁹

2.1.2 Tratados internacionales clásicos y especiales.

Es de mucha importancia aproximarse a una noción de tratados para determinar su influencia en el derecho internacional y los efectos en la normativa interna de cada Estado. Es por eso, que se extraerán a los tratados de *derechos humanos (especiales)*, de los *tratados generales o clásicos*, a fin de esclarecer su diferencia de tratamiento en las distintas jurisdicciones.

El concepto de tratado clásico se puede analizar en dos sentidos: en *sentido estricto* y en *sentido amplio*. En *sentido estricto*, la *Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, de 23 de mayo de 1969*, (en adelante la Convención de Viena o CVDT) ilustra de forma escueta su definición, entendiéndolo como un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya sea que conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos.

En *sentido amplio*, el tratado debe ser considerado como un negocio jurídico con características propias, debido a los sujetos que en el intervienen y a sus demás peculiaridades. Algo parecido al concepto dado por *Carrillo Salcedo*, que visualiza al tratado como un acuerdo de voluntades entre dos o más sujetos de derecho internacional, destinado a producir efectos jurídicos;¹⁰⁰ es

⁹⁹ **LEÓN BASTOS, Carolina**, *Los tratados internacionales sobre Derechos Humanos en México: Jerarquía y Pauta de Interpretación*, Ponencia, VIII Congreso Mundial «Constituciones y Principios», México, 2010, p. 4

¹⁰⁰ **CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio**, *Curso de Derecho Internacional Público*, Editorial Tecnos, Madrid, 1994, p.103

decir, estos instrumentos crean derechos y obligaciones exigibles bilateralmente.¹⁰¹

Remiro Brotóns a diferencia de *Carrillo Salcedo* les otorga un alcance mayor, concibiéndolos como la fuente por excelencia de derechos y obligaciones internacionales particulares, amén de excelente coadyuvante en la formación de normas generales.¹⁰²

Es que los tratados *comunes*, como un acuerdo de voluntades, buscan mantener la correlación entre los derechos y los deberes que los Estados asumirán, procurando que exista un equilibrio entre las partes contratantes. Esto se ve reflejado en una relación igualitaria *-de reciprocidad-* por medio del artículo 60 CVDT, el cual señala que el incumplimiento por una de las partes permite la terminación del tratado.

Lo cual lleva a mencionar una clausula importante en las relaciones internacionales, la *rebus sic stantibus*, la cual solamente resalta la relación de reciprocidad que impera en los tratados clásicos. Siendo el equilibrio entre los intereses de las partes contratantes una de las características típicas de estos instrumentos, demostrando que la igualdad es una de las columnas vertebrales de estos pactos y de la comunidad internacional.

2.1.2.1 Tratados sobre derechos humanos y sus particularidades.

Efectuado un cierto esbozo del sentido general de los tratados es necesario mencionar las diferencias radicales de los tratados clásicos en razón de los

¹⁰¹ **ARELLANO GARCÍA, Carlos**, *Primer Curso de Derecho Internacional público*, Quinta Edición, Editorial Porrúa, México, 2002, p.644

¹⁰² **ALVAREZ LONDOÑO, Luis**, *Derecho Internacional Público*, 4ta. Edición, Colección Estudios de Derecho Internacional, Pontificia Universidad Javeriana, Colombia, 2007, p. 107

de derechos humanos, desde su objeto hasta sus efectos y consecuencias en la comunidad internacional.

Es cierto que los tratados de derechos humanos encuentran su fundamento jurídico en fuentes del Derecho Internacional, las cuales le permiten su obligatoriedad y superioridad; y no obstante, el régimen de estos sea básicamente el mismo que los tratados comunes, es necesario reconocer que los que versan en derechos humanos, gozan de ciertas particularidades que los hacen substancialmente distintos.¹⁰³

A diferencia de los tratados comunes, los de derechos humanos no se consideran un medio para equilibrar recíprocamente intereses entre Estados, sino como un medio para el establecimiento de un orden público común, cuyos destinatarios no son los Estados, sino los seres humanos que pueblan sus territorios.¹⁰⁴

La Corte IDH ha señalado que los tratados concernientes a esta materia, están orientados más que a establecer un equilibrio de intereses, garantizan el goce de derechos y libertades del ser humano. Es decir, en este tipo de tratados los Estados contratantes no poseen intereses propios, solamente tienen un interés común: la consecución de los propósitos que constituyen la razón de ser del tratado.¹⁰⁵

¹⁰³ **COURTIS, Christian, et. al.**, *La aplicación de los tratados sobre Derechos Humanos por los tribunales locales: un estudio comparado*, 1era. Edición, Centro de Estudios Legales y Sociales, Editores del Puerto, Argentina, 2004, p. 35.

¹⁰⁴ **NIKKEN, Pedro**, *La Protección internacional de los derechos humanos, y su desarrollo progresivo*, Civitas, Madrid, España, 1987, p.90; **RODRÍGUEZ, Gabriela**. “Normas de responsabilidad internacional de los Estados”, en **MARTÍN, Claudia, et al**, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Doctrina Jurídica, México, 2004, p. 61

¹⁰⁵ **GARCIA RAMIREZ, Sergio, et. al.**, *Recepción Nacional del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y admisión de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana*, 1era. Edición, México, 2009, p. 298

Ese mismo tribunal por medio de la Opinión Consultiva OC-2/82 de 1982 confirmó tal posición al enfatizar que *los tratados modernos sobre Derechos Humanos, no son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes.*¹⁰⁶ Es decir, que su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado, como frente a los Estados contratantes.

Otra de las diferencias radica en que en los tratados de derechos humanos es inadecuado aplicar la *exceptionon adimplenti contractus*,¹⁰⁷ es decir, no es aplicable la terminación o suspensión de un tratado debido al incumplimiento de una de las partes (*tal y como sucede en los tratados comunes*), debido a la especialidad de los mismos.

Esta aseveración es respaldada por la Convención de Viena, la cual explícitamente excluye de esa cláusula “*a las disposiciones relativas a la protección de la persona humana contenidas en tratados de carácter humanitario, en particular a las disposiciones que prohíben toda forma de represalia con respecto a las personas protegidas por tales tratados*”.¹⁰⁸

En cuanto a las reservas, el tratamiento de los tratados comunes dista de los de derechos humanos, ya que no todo el sistema de reservas puede aplicarse, específicamente no puede sostenerse que una norma determinada a la que algún Estado le formuló una reserva al momento de ratificar el

¹⁰⁶ **CORTE IDH.** *El Efecto de las Reservas sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Opinión Consultiva OC-2/82 del 24-09-1982. Serie A

¹⁰⁷ **CANÇADO TRINDADE, Antônio, et. al.**, *Estudios Especializados de Derechos Humanos*, Tomo I, 1era. Edición, IIDH, San José, Costa Rica, 1996, p. 138

¹⁰⁸ **CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE DERECHO DE LOS TRATADOS**, artículo 60.5

respectivo tratado no sea obligatoria para el resto de los Estados en virtud de dicha reserva.¹⁰⁹

En síntesis, los tratados sobre derechos humanos han de considerarse distintos a los comunes, en virtud de la especialidad de su materia, siendo estos revestidos con características especiales lo cual les permite establecer un orden público común, cuyos destinatarios no son los Estados, sino los seres humanos.

Por la importancia que revisten estos, se les considera normas superiores, y estarían por encima de los tratados comunes y las costumbres internacionales, los cuales no pueden derogarlos ni restringirlos, sino sólo complementarlos y hacerlos efectivos.

2.2 La Internacionalización del derecho constitucional.

Debido a que los decálogos de derechos y garantías previstas en las Constituciones nacionales resultaron insuficientes, surgió la necesidad de que estos se reunieran en documentos internacionales, por medio de los cuales se lograra reconocer a los mismos, a manera de un estándar internacional.¹¹⁰

Estos tratados son consecuencia inmediata del sufrimiento de la humanidad al terminar la Segunda Guerra Mundial. Su fin trajo como consecuencia la internacionalización del constitucionalismo mundial, iniciándose un proceso

¹⁰⁹ **COURTIS, Christian, et. al.**, *La aplicación de los tratados sobre Derechos Humanos por los tribunales locales: un estudio comparado*, Op. cit., p. 38

¹¹⁰ El derecho es evolutivo por esencia, y la creciente interrelación entre sus distintas ramas lo confirman. La interacción entre el derecho internacional y el constitucional no solo se une a una evolución del derecho en general, sino al desarrollo social, humano y jurídico.

de constante reconocimiento de más y mejores derechos dentro de los textos constitucionales e internacionales.

Lo anterior se ha traducido en que los tratados de índole protectora ya no solo se limitan a establecer extensos catálogos de derechos, sino que contemplan y consagran también instituciones, procedimientos y los medios necesarios que permiten respetar, proteger, promover y garantizar efectivamente tales derechos.

Con esto el derecho internacional adquiere una connotación distinta, ya que anteriormente nada más se encontraba fundamentado en las relaciones de los Estados, no así en la protección de los individuos. Es así como el derecho internacional sufre una transformación importante, surgiendo de este modo el *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*,¹¹¹ en donde resulta evidente la interacción entre el Derecho Internacional y el Derecho Constitucional.¹¹²

Por otra parte, es importante destacar que una de las fuentes directas de este proceso son las constituciones de los Estados, debido a que estas poseen su fundamento en la consagración de valores superiores que la sociedad en su conjunto considera fundamentales para poder desarrollar la convivencia política, como la dignidad de la persona, la libertad y la justicia, valores que además, fundamentan la consagración de los derechos humanos tanto a nivel nacional como internacional.¹¹³

¹¹¹ **MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer**, *Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad, el nuevo paradigma para el juez mexicano*, Chile, 2011, p. 538.

¹¹² **DE DIENHEIM BARRIGUETE, Cuauhtémoc**, *Constitucionalismo universal: la internacionalización y estandarización de los derechos humanos*, Ad Hoc, Buenos Aires, Argentina, 2009, p. 43

¹¹³ **ÁLVAREZ CONDE, Enrique**, *Curso de Derecho Constitucional: El Estado Constitucional, el Sistema de Fuentes, los derechos y libertades*, Editorial Tecnos, Madrid, 1996, p. 155-156.

2.3 La Constitucionalización del derecho internacional: la recepción de los estándares internacionales en el orden constitucional.

En las últimas décadas los ordenamientos internos han experimentado transformaciones en virtud del derecho internacional aplicable, en las cuales, los estándares universales y regionales vigentes influyen de manera diversa sobre el ordenamiento constitucional de los diferentes Estados.

Entre estas tendencias se encuentra la llamada *constitucionalización del ordenamiento internacional*, en donde la Ley suprema se presenta como sujeto activo que se abre hacia el exterior, para así acoplarse con los estándares de derecho internacional.

Esta propensión a la constitucionalización no solo obedece a obligaciones normativas (adecuación, artículos 1.1 y 2 CADH) o jurisprudenciales,¹¹⁴ sino también a la relación simbiótica que impera entre la Constitución y los estándares de derecho internacional.

Es así como los derechos reconocidos en los tratados internacionales y su contenido axiológico fortalecen, complementan y efectivizan los derechos humanos en el orden interno, conformando con ello un orden jurídico comprometido con la dignidad y la libertad de la persona, así como con el bienestar de las naciones.¹¹⁵

¹¹⁴ En el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha celebrado un convenio internacional, debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de las obligaciones asumidas. Esta norma aparece como válida universalmente y ha sido calificada por la jurisprudencia como un principio evidente. **CORTE IDH**, Caso *Garrido y Baigorria versus Argentina*, Reparaciones y costas, sentencia del 27 de agosto de 1998, párrafo 68.

¹¹⁵ **GÓMEZ BISOGNO, Francisco Vásquez**, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos, normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*, Poder Judicial del Estado de Campeche, *Noviembre 2011*, p. 13.

La influencia y la presencia cada vez más intensa del derecho internacional de los derechos humanos en los ordenamientos nacionales, ha generado hasta cierto punto, un cambio en la estructura de fuentes del derecho interno y, especialmente, en el derecho constitucional.

Esta especial receptividad puede advertirse *inter alia* en la costumbre internacional, la cual es conformada por las reglas de derecho internacional obligatorio (*ius cogens*), los principios básicos constituyentes de la comunidad internacional,¹¹⁶ y jerarquía de tratados.¹¹⁷ Con la última se otorga a la norma internacional un rango preferente en el ordenamiento interno, posicionando a esta sobre la ley secundaria o en algunos casos, sobre la norma constitucional.

La modalidad del rango supralegal ya ha sido retomada por muchos Estados latinoamericanos, entre ellos, Argentina, Chile, Colombia, Costa Rica, Perú y Paraguay. Otros ordenamientos constitucionales ya otorgaron inclusive, jerarquía supraconstitucional a estos instrumentos, en la medida que sean más favorables en la protección de los derechos a sus habitantes, tal como lo establecen las Constituciones de Bolivia (artículo 256.1), Ecuador (artículo 424), Venezuela (artículo 23) o a través de la jurisprudencia en Costa Rica.

Una de las últimas tendencias ha sido dirigida a incorporar “cláusulas abiertas” de recepción de normatividad convencional o cláusulas constitucionales,¹¹⁸ a fin de interpretar los derechos y libertades de conformidad con los instrumentos internacionales en la materia, instituyendo

¹¹⁶ **HERDEGEN, Matthias**, “La internacionalización del orden constitucional” en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Año XVI, Montevideo, Uruguay, 2010, p. 74

¹¹⁷ **MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer**, *Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad... Op. cit.*, p. 547.

¹¹⁸ **CABALLERO, José Luis**, *La incorporación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en México y España*, México, Porrúa, 2009, p.22

de alguna forma una suerte de bloque de constitucionalidad, como sucedió en México al preverse en el párrafo segundo del reformado artículo uno de su Constitución Política.

Con todo lo mencionado anteriormente, la incorporación de derechos, figuras y controles normativos emanados de los criterios interamericanos es factible en función de su estrecha vinculación con las leyes fundamentales de los Estados, y su cercanía y complementariedad que ostentan en razón del valor axiológico de la persona, su dignidad.

2.4 El bloque de constitucionalidad.

La figura del bloque es una manifestación más de la interacción entre derecho internacional y derecho interno, la cual en este caso se configura como medio de incorporación y aplicación de tratados. Esta es una técnica mediante la cual el texto constitucional reenvía a otros textos que forman parte de ese mismo cuerpo normativo.

La Constitución no se limita a su articulado, sino que también incluye una serie de principios, normas, reglas y valores que hacen parte del mismo conjunto, en tanto que haya una remisión a ellos.¹¹⁹

Lo anterior se explica entendiendo a la Constitución en sentido material, y es que si la misma en su contenido efectúa una remisión a otros textos, este mandato se entenderá como un imperativo, debiendo estas remisiones ser objeto de estudio y de cotejo obligado en los casos en que se verifique, por ejemplo, la constitucionalidad o convencionalidad de una disposición legal.

¹¹⁹ **UPRIMNY, Rodrigo**, Bloque de constitucionalidad: Derechos Humanos y nuevo procedimiento penal, p. 3

2.4.1 Reseña histórica.

El nacimiento de esta doctrina tradicionalmente se ha imputado al derecho francés, afirmación que la Suprema Corte de los Estados Unidos podría poner en entredicho, ya que la misma al interpretar el texto de la enmienda XIV, efectuó una suerte de bloque de constitucionalidad tácito al concluir que no obstante que la Constitución no reconocía en su texto el derecho de libertad contractual, la Carta de Filadelfia si incluía un debido proceso sustantivo, lo cual le permitió anular la legislación promulgada en las primeras décadas del siglo XX.¹²⁰

Sin perjuicio de lo anterior, lo cierto es que ni la jurisprudencia norteamericana ni la francesa acuñaron textualmente el término, aun y cuando en su actividad hacían permanentes remisiones a textos o principios que están fuera del texto original de la Constitución.

La aparición del vocablo tributa a la doctrina francesa, cuando *Luis Favoreu* al analizar una decisión del Consejo Constitucional francés (en adelante CCF), constitucionaliza el término administrativo *bloc de légalité*¹²¹ y crea la expresión *bloc de constitutionnalité*.¹²² En esa decisión el CC estimó que como el preámbulo de la Constitución de ese país, hace referencia a la Constitución derogada de 1946 y a la Declaración de los Derechos del

¹²⁰ **UPRIMNY, Rodrigo**, “El bloque de constitucionalidad en Colombia: un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal”, *Dejusticia: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad*, 2012, p. 5

¹²¹ Su origen primario se remonta al campo del derecho administrativo en Francia, en donde se desarrolló como el *bloc de légalité*. **BARRILLAS CARDONA, Enrique Baltazar**, *El Bloque de Constitucionalidad como un medio para interpretar la Constitución de Guatemala*, Tesis de pre-grado, Universidad Francisco Marroquín, Guatemala, 2001, p. 46.

¹²² **FERRAND RISSO, Martín**, “Jurisprudencia de la Suprema Corte de la Justicia Uruguay”, en **BAZAN, Víctor y otros**, *Justicia constitucional y derechos fundamentales, fuerza normativa de la Constitución*, Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, Uruguay, 2010, p. 172

Hombre y del Ciudadano de 1789, dichos textos eran normas y principios de valor constitucional que condicionaban la validez de las leyes, lo cual permitía que dichos ordenamientos ostentaran el mismo valor y pudieran ser aplicados en bloque. Con esta resolución, ese Consejo, por ende, también le otorgó valor normativo al preámbulo ya mencionado.¹²³

La necesidad de aplicar estas normas y principios como conjunto, respondió al existente vacío normativo para el caso concreto, siendo aplicado de forma supletoria y como una misma institución, a manera de armonizar y superar las circunstancias que el legislador no había previsto.

2.4.2 Conceptualización del bloque.

A pesar de la revolución, novedad y uso que supone la adopción de esta figura por parte de las jurisdicciones nacionales, aún resulta problemático su manejo en la doctrina, debido mayormente a que su definición varía de ordenamiento en ordenamiento, en razón de las particularidades y contexto de cada legislación.

En ese sentido, es que la presente investigación apoyándose en los criterios y concepciones comunes, pretenderá proveer una definición que elimine cualquier resquicio, vacío o duda acerca de su noción, estableciendo claramente su alcance e importancia respecto al fortalecimiento de los derechos humanos en sede nacional.

En un inicio a fin de acercarse a la noción de bloque de constitucionalidad, es posible partir de que éste constituye una categoría que permite encontrar

¹²³ **CONSEJO CONSTITUCIONAL FRANCÉS**, decisión D-39 de fecha 19 de junio de 1970 y decisión D-44 de fecha 16 de julio de 1971.

normas de rango constitucional por fuera del articulado que conforma una Constitución escrita. Es este su rasgo más sobresaliente y su función propia, en vista que este reúne a las normas que cumplen características constitucionales o funciones similares a estas.

Adentrándose en el desarrollo doctrinario, el concepto en sus inicios dejó entrever lo que podría ser el contenido del bloque, lo cual *Favoreu* explica al referirse “a los principios y reglas de valor constitucional para designar el conjunto de normas situadas en el nivel constitucional y cuyo respeto se impone a la ley.”¹²⁴

Así también *Mónica Olaya* en el entendido que la normatividad constitucional no es privilegio de los artículos que integran el texto de la Ley Fundamental, lo concibe como todas aquellas normas y principios que no aparecen formalmente en el texto constitucional, pero que han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y/o por mandato de la misma.¹²⁵

En el caso de *Bidart Campos* al igual que *Mónica Olaya*, define al bloque de constitucionalidad como el conjunto normativo integrado por la Constitución y los tratados internacionales que no forman parte de la Constitución que se complementa con las disposiciones, principios o valores constitucionales que no se encuentran en el texto constitucional. Estos añaden nuevas características a favor de la construcción del concepto, entre ellas, que la integración de las distintas normas puede ser posible ya sea por remisión de

¹²⁴ **FAVOREU, Luis**, citado en **CORNEJO VILLACORTA, Karlo Francisco y otros**, *El Bloque de constitucionalidad y sus efectos en la tutela de los derechos fundamentales en El Salvador*, Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad de El Salvador, El Salvador, 2012, p. 23

¹²⁵ **ARANGO OLAYA, Mónica**, *El Bloque de Constitucionalidad en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana*, Universidad Icesi, Anuario Jurídico 2004, p.79.

la misma norma constitucional o por otras vías (constitucional o jurisprudencial).

Con lo mencionado surgen diversas dudas e interrogantes en torno a porque multiplicidad de normas pueden llegar a obtener rango constitucional sin haber formado parte material desde su creación. Para responder a esto, es necesario tener en cuenta que las constituciones no son códigos totalmente cerrados, pudiendo hacer estas remisiones, expresas o tácitas, a otras reglas y principios, que sin estar en ella tienen relevancia en la práctica constitucional, en la medida en que la propia constitución les otorga y cede al mismo tiempo, valor constitucional.

Por su parte *Pablo Manili* define al bloque como la “*comunidad normativa, en cuyo seno reina la uniformidad jerárquica de normas que la componen, existiendo principios armonizadores de su contenido a los efectos de su interpretación por los operadores constitucionales en general y de su aplicación por los jueces.*”¹²⁶

En esta definición *Manili* le confiere a la doctrina del bloque de constitucionalidad una función hermenéutica, competencia que cede a los operadores de justicia, ya sean estos constitucionales u ordinarios. En consecuencia, este bloque se entenderá fundamentalmente como vía de ampliación de la Constitución, en el cual se incluyen normas, principios y valores que originalmente se encontraban fuera de aquella.

En atención a lo expuesto hasta este momento la pretensión del inicio es factible, ya que la construcción de un concepto que abarque todas las

¹²⁶ **CORNEJO VILLACORTA, Karlo Francisco y otros**, *El Bloque de constitucionalidad y sus efectos...Op. cit.*, p. 31

perspectivas y prismas que contiene el bloque de constitucionalidad, ha encontrado su fundamentación en las definiciones mencionadas.

En ese entendido, en términos generales puede sostenerse que el bloque de constitucionalidad es una categoría jurídica del derecho constitucional comparado,¹²⁷ que se refiere al conjunto de normas, principios y valores que sin ser parte del texto de la constitución escrita, se integran a esta, por disposición o mandato expreso de la propia constitución; y/o por contener características propias de normas constitucionales, integrándose así a la constitución, siendo dotados por ende, de supremacía constitucional. Dicho bloque puede funcionar como parámetro de control constitucional o convencional y en casos determinados como un criterio hermenéutico.

2.4.3 Algunas consideraciones.

La existencia de derechos o principios que no se encuentran determinados expresamente en las constituciones, pero que directa o indirectamente ostenten rango constitucional, facilita y permite la adaptación histórica de estas normas a nuevas realidades sociales y políticas.

El bloque como doctrina representa un avance sustancial en la interpretación constitucional de hoy en día, puesto que a través de éste, se amplía el alcance de los derechos contenidos en la Constitución, y se complementan a fin de procurar una mejor tutela de la dignidad de la persona.

La importancia del bloque deriva del hecho que la Constitución misma, no es tan amplia como para resguardar todos los intereses de una nación, por lo

¹²⁷ **ARJONA ESTÉVEZ, Juan Carlos y otros**, *Bloque de constitucionalidad en México*, Primera Edición, Universidad Autónoma de la Ciudad de México, México, 2013, p. 17

que se pretende que esta se erija como un cuerpo dinámico,¹²⁸ que regule normas acordes con los cambios históricos, sociales, económicos y políticos que ocurren en el mundo. Su finalidad es añadir otras fuentes jurídicas al derecho constitucional, que ofrezcan un marco más amplio de interpretación, que muchas veces se ve limitado debido a la rigidez de las constituciones.

Es importante mencionar el aporte de *Ernesto Cantor* en torno a esta temática, el cual supone que debido al rango que estas normas alcanzan, podrían cumplir una cuádruple finalidad, pudiendo funcionar como:

1. Regla de interpretación respecto de las dudas que puedan suscitarse al momento de la aplicación de la Constitución.
2. Integración normativa, cuando no exista regla directamente aplicable al caso.
3. Criterio orientador y hermenéutico del operador jurídico, y como;
4. Limitación de la validez de las regulaciones subordinadas a él, cuando se realiza el control de constitucionalidad o convencionalidad de las leyes.¹²⁹

La inclusión de los tratados de derechos humanos en el bloque permite que las normas internas se interpreten no sólo de conformidad con la Constitución, sino a la luz de la legalidad internacional, vinculando con ello al resto del ordenamiento y a los jueces. Debiendo sujetarse estos a dichos tratados y a la propia Constitución, lo cual contribuirá al establecimiento de un sistema más garantista, y la mejor y mayor concreción de derechos emergentes y fundamentales, garantizando su aplicación y salvaguarda.

¹²⁸ **RUBIO LLORENTE, Francisco**, *Bloque de Constitucionalidad, Derecho Constitucional*, Enciclopedia Jurídica Básica, tomo I, Civitas, Madrid, 1995, p.815.

¹²⁹ **REY CANTOR, Ernesto**, “*El Bloque de Constitucionalidad: aplicación de tratados Internacionales de Derechos Humanos*”, *Revista Estudios Constitucionales*, volumen 4, Santiago, Chile, 2006, p. 308

En ese orden de ideas todos los jueces internos al estar obligados a asegurar la integridad de la Constitución, deben igualmente garantizar la integridad de los tratados de índole protectora, salvaguardando los derechos que estos contienen. Por lo que en caso de incompatibilidad entre estos y una ley secundaria, los jueces ejecutarán un control de convencionalidad, aplicando de manera preferente las disposiciones de dichos tratados.

2.4.4 Incorporación en el derecho comparado.

Después de arraigarse en Francia, el concepto de bloque fue adoptado por otros países europeos como España, en donde el Tribunal Constitucional usó por primera vez la expresión en el fallo STC 10/82, refiriéndose al bloque como *“conjunto de normas que ni están incluidas en la Constitución, ni delimitan competencia, pero la cual sirve para determinar la inconstitucionalidad de la ley sometida a examen”*.¹³⁰

Ese Tribunal consideró que dicha noción alude al conjunto de normas que junto a la Constitución, deben ser tenidas en cuenta por el órgano al que está atribuido el control de constitucionalidad, a fin de determinar la conformidad o disconformidad de las normas susceptibles de ese control. La doctrina ha servido para que España supere la noción formalista que ha tenido la Constitución, al poder contar con elementos más amplios para decidir la constitucionalidad de las leyes.

En Italia también se ha incorporado esta figura, haciendo valer, además de la Constitución, normas del derecho internacional que forman parte de su bloque de constitucionalidad, incluyendo los reglamentos internos de las

¹³⁰ RUBIO LLORENTE, Francisco, “Bloque de Constitucionalidad”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 9, número 27, septiembre-diciembre 1989.

asambleas parlamentarias, sin embargo la jurisprudencia ha excluido a estas últimas, y solo ha hecho referencia a las normas internacionales incluidas las relativas a los derechos humanos, aplicándolas con preferencia a las normas nacionales.

También Alemania Occidental en el artículo 25 de su Constitución, establecía por su parte que *“las reglas generales de Derecho Internacional, forman parte del Derecho Federal, y que tendrán precedencia sobre las leyes y crearán derechos y deberes directamente para los habitantes del territorio federal”*.¹³¹

Luego que algunos países de Europa adoptaran esta doctrina, países como Argentina, Colombia, Perú y los tribunales internacionales o regionales, comenzaron a emplearla bajo el argumento que la misma proporciona racionalidad jurídica a dos fenómenos de enorme importancia en la evolución actual del Derecho.

El primero de ellos, es el reconocimiento de la existencia de normas y principios no necesariamente expresos que asumen la jerarquía de normas constitucionales; y *el segundo* se refiere, a que el número de los derechos humanos no está determinado, sino que varía constantemente en forma progresiva e irreversible.

Es así como en América Latina uno de los primeros países en reconocer, utilizar y aplicar el bloque de constitucionalidad fue Colombia, luego de la promulgación de la constitución de 1991, y utilizado por primera vez en la

¹³¹ **JÍMENEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo**, *Introducción al problema de las relaciones entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno*, separata de la Revista Jurídica, Buenos Aires, 1962, p.87

sentencia C-225/95, por medio de la cual se estableció la relación jerárquica que ocupaban los tratados y la Constitución, concluyendo que ambos están al mismo nivel conforme a la figura del bloque.¹³²

En Argentina el conflicto respecto de la jerarquía que los tratados internacionales ostentaban en la Ley suprema, fue resuelto con la reforma constitucional de 1994,¹³³ que equiparó a los tratados internacionales con las leyes que dicta el Congreso, por lo tanto, debido a la jerarquía constitucional otorgada, instaura en ese ordenamiento un bloque conformado por los textos normativos de derechos humanos que se mencionan en el art. 75.22 de la Constitución de dicho país.

Costa Rica en su caso, ha hecho uso de la doctrina, no obstante esta aún no se haya enunciado formalmente, añadiendo dentro de los componentes de su bloque de constitucionalidad a la costumbre internacional y los tratados internacionales, los cuales la misma Constitución les concede tal carácter en su artículo 7.¹³⁴

En Guatemala, su instauración fue de forma jurisprudencial,¹³⁵ bajo el argumento que el Derecho es dinámico y evolutivo, lo cual hace imperativo la integración de normas internacionales referidas a derechos humanos y el derecho interno. Así a juicio de la Corte Constitucional guatemalteca, el artículo 46 de su Constitución denota la inclusión de tratados en el bloque de

¹³² **OLANO GARCÍA, Hernán**, “*El Bloque de Constitucionalidad en Colombia*” en *Estudios Constitucionales*, Volumen I, Santiago, Chile, 2006, p.232.

¹³³ **MORALES MORALES, Alejandra Virginia y otros**, “*La incorporación del concepto del bloque de constitucionalidad en materia de derechos humanos en México*” en *Revista Prolegómenos*, Volumen XIV, No. 27, Colombia, 2011, p. 140

¹³⁴ **HOYOS, Arturo**, “*El Control Judicial y el Bloque de Constitucionalidad en Panamá*”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, N°.75, México, 1992, pp.797 y 798.

¹³⁵ **CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD**, Sentencia de Inconstitucionalidad, con Referencia 1822-2011, de fecha 17 de julio de 2012.

constitucionalidad, cuyo respeto se impone al resto del ordenamiento jurídico, exigiendo la adaptación de las normas de inferior categoría a los mandatos contenidos en esos instrumentos internacionales.¹³⁶

En el caso mexicano, no obstante el primer antecedente de esta figura se encuentra en una tesis de jurisprudencia que pronunció la Suprema Corte de Justicia en materia electoral,¹³⁷ este no era totalmente reconocido.¹³⁸ Sin embargo, el panorama cambió desde la reforma constitucional de 2011, en donde se modificaron varios artículos de la Constitución Política mexicana (Artículos 1, 3, 11, 15, 18, 29, 33, 89, 97, 102 y 105), la cual permitió instaurar el bloque de constitucionalidad a partir de lo establecido por el artículo 1 de esa Carta Magna.

2.4.5 El bloque de constitucionalidad en El Salvador.

Al realizar un examen en el ordenamiento salvadoreño, específicamente en el constitucional, este estudio advierte la existencia de un reconocimiento tácito del bloque de constitucionalidad por remisión de normas.

En concreto el artículo 253 Cn en su primer inciso expresa que las disposiciones contenidas en el Decreto Constituyente número 36 quedan incorporadas al título decimo de la Constitución titulado “Disposiciones Transitorias”. Por otra parte, el inciso segundo se dedica a establecer un criterio de aplicación temporal de dicho decreto.

¹³⁶ **CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD**, *Bloque de constitucionalidad e inconstitucionalidad por omisión*, Instituto de Justicia Constitucional, INFOCC, Guatemala, agosto 2012, año 2, N°4, p.3.

¹³⁷ Tesis de jurisprudencia número P./J. 18/2007, Novena Época, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXV, Mayo, 2007.

¹³⁸ **MORALES MORALES, Alejandra Virginia y otros**, “La incorporación del concepto del bloque de constitucionalidad en materia de derechos humanos en México” Op. cit., p. 142

De lo anterior se deduce que esas normas derivadas del decreto 36, se encuentran incorporadas a la Constitución, pasando a formar parte del contenido constitucional en sentido formal, siendo aplicables estas como un conjunto con las estrictamente constitucionales, es decir como un bloque.

Este análisis resulta viable al retrotraerse a lo que en un principio se estableció como definición de esta figura, en razón que si se parte que para que ciertas normas formen parte de un bloque solo es necesaria su integración por mandato constitucional tácito o expreso, el supuesto del artículo 253 cumpliría a cabalidad esa característica.

Por otra parte, existe en la Constitución un caso de referencia jurisprudencial que para algunos doctrinarios salvadoreños¹³⁹ también forma parte del bloque reconocido en el artículo 253. Sobre este caso en específico, esta investigación difiere de dichos argumentos, en vista que si bien es cierto que el artículo 84 al referirse sobre los límites territoriales del Estado salvadoreño se remite a lo establecido por la sentencia de la Corte de Justicia Centroamericana, pronunciada el 9 de marzo de 1917, ésta solo lo hace a efectos de *“mayor abundamiento”* y no con el ánimo de que esa resolución pase a formar parte integrante de las normas constitucionales.

Es importante acotar que la jurisprudencia constitucional no hace ninguna mención de los casos previamente citados, quedando con ello sujetos solamente a lo que la Constitución prescribió. Con esto es posible establecer que de aceptarse la existencia del bloque de acuerdo a lo establecido por la Constitución, este únicamente estaría conformado por las normas constitucionales y el Decreto Constituyente N° 36, de fecha 22 de noviembre

¹³⁹ CORNEJO VILLACORTA, Karlo Francisco y otros, *El Bloque de constitucionalidad y sus efectos...Op. cit.*, p. 98

de 1983, publicado en el Diario Oficial N° 225, Tomo 281 de fecha 5 de diciembre del mismo año.

Desarrollado lo establecido por el texto constitucional, y siendo que la importancia de esta investigación radica en los derechos humanos, se intentará establecer vía jurisprudencial, sí los tratados de derechos humanos forman o no un bloque con el ordenamiento constitucional.

Muchos son los casos en que se ha planteado al tribunal constitucional salvadoreño el uso de tratados de derechos humanos como base de la pretensión en procesos constitucionales diversos, sin embargo en la mayoría de ellos, esa Sala se ha pronunciado de forma desestimatoria. Esto puede verse reflejado en los casos siguientes:

En sentencia de inconstitucionalidad del año 2000, a la luz del caso *Castro Duarte y otros (Caso Ley de Amnistía)*¹⁴⁰ que versaba sobre la supuesta inconstitucionalidad de los artículos 1 y 4 de esa ley, por violación directa de los artículos 1.1, 2 y 25.1 CADH en contravención a los deberes de respetar, adoptar disposiciones de derecho interno y defender los derechos humanos mediante recurso judicial efectivo; la Sala se refirió al bloque de constitucionalidad y al parámetro constitucional aplicable.

En sus razonamientos la Sala de lo Constitucional descalifica la existencia de una integración normativa de los tratados de derechos humanos con la Constitución, y confirma la improcedencia de estos como parámetro por no formar parte del texto constitucional, basándose en los artículos 246 inc. 2do Cn., y 6 de la Ley de Procedimientos Constitucionales.

¹⁴⁰ **SALA DE LO CONSTITUCIONAL**, Sentencia de inconstitucionalidad, con referencia 24-97/21-98, de fecha 26 de septiembre de 2000.

En el año 2001, en el caso *Miranda Cortez contra la Directora del Instituto Salvadoreño del Seguro Social*,¹⁴¹ la Sala de lo Constitucional advirtió que no obstante los tratados internacionales ratificados por El Salvador son leyes de la República, su inobservancia no puede alegarse en sede constitucional, ya que estos únicamente pueden tener un soporte referencial de la infracción constitucional y no conforman un parámetro de control.¹⁴²

Lo anterior fue reiterado y sostenido de igual forma por el caso *Membreño y otros (Caso Reglamento General de Tránsito y Seguridad Vial)*, en el cual el tribunal constitucional aclaró que *“para que sea eficaz una pretensión planteada en un proceso constitucional, es indispensable fundamentarla jurídicamente en la Constitución, ya sea en sus disposiciones expresas, o en los valores y principios que se encuentran a su base, ya que los tratados sobre derechos humanos, así como cualquier disposición o normativa infraconstitucional no son parámetro de control de constitucionalidad”*.¹⁴³

Hasta este momento la jurisprudencia constitucional parece ser inequívoca en cuanto a la exclusión de los tratados de derechos humanos en el bloque, ya que sistemáticamente ese tribunal sostuvo que el ordenamiento salvadoreño carece de un conjunto de normas o principios que junto a las normas constitucionales se deban tener en cuenta como parámetro para enjuiciar la legitimidad constitucional de las normas inferiores.

Es por ello que no resulta posible invocar en un proceso constitucional, la violación directa de los tratados de derechos humanos, ni argumentar su

¹⁴¹ **SALA DE LO CONSTITUCIONAL**, Sentencia definitiva de amparo, con referencia 348-999, de fecha 4 de abril de 2001.

¹⁴² *Ibidem*.

¹⁴³ **SALA DE LO CONSTITUCIONAL**, Sentencia de Inconstitucionalidad, con referencia 30-96/10-97/10-99/29-2001, de fecha 15 de marzo de 2002.

conexión o unidad normativa con la norma constitucional, en vista que estos no forman parte integrante de la Ley suprema.

Si bien es cierto que los fundamentos en los que la Sala basó sus pronunciamientos parecen legítimos y certeros, al articularse estos con la jerarquía constitucional que los tratados ostentan y la misma jurisprudencia constitucional acerca de esa temática, el debate queda abierto.

Es así como la Sala por medio de los casos *Frankeko Álvarez y otros*,¹⁴⁴ y *Arnoldo Vaquerano y otros*,¹⁴⁵ estableció un nuevo paradigma en la aplicación del DIDH por vía constitucional, efectuando una interpretación novedosa que le permitió determinar que *si bien los tratados internacionales no constituyen parámetro de control en el proceso de inconstitucionalidad, la disposición constitucional que consagra su valor jurídico y posición en el sistema de fuentes no puede ser desatendida por el tribunal encargado de la defensa de la Constitución.*

Es de aclarar que la pretensión de inconstitucionalidad en estos casos se ve condicionada al establecimiento de la violación a un tratado que desarrolle derechos humanos; y su la trasgresión constitucional se entiende por acción refleja, cometida en relación con el art. 144 inc 2° Cn., ante la contradicción entre ley secundaria y tratados de esa índole.¹⁴⁶

La posición de los casos anteriores, se reafirmó y consolidó como doctrina en el devenir de los años, en vista que la Sala hace uso de ella en casos

¹⁴⁴ **SALA DE LO CONSTITUCIONAL**, Sentencia de Inconstitucionalidad, referencia 52-2003/56-2003/57-2003 acumulado, de fecha 1 de febrero de 2004.

¹⁴⁵ **SALA DE LO CONSTITUCIONAL**, Sentencia de Inconstitucionalidad, referencia 31-2004/34-2004/38-2004/6-2005/9-2005, de fecha 6 de junio de 2008.

¹⁴⁶ *Ibidem*.

posteriores, verbigracia caso *Bukele*¹⁴⁷ y caso *Salvador Enrique Anaya Barraza y otros*,¹⁴⁸ dejando así establecido que la violación de derechos humanos prescritos por tratados, ya sea por actos o por normas contrarias al DIDH, esgrime *per se* una violación constitucional.

El postulado que admite que al configurarse conflictos entre norma nacional y la internacional de los derechos humanos existe violación de la Constitución por acción refleja del artículo 144 inc 2do, podría traducirse en una inclusión indirecta de la norma internacional de derechos humanos al bloque de constitucionalidad ya instaurado.

La anterior posición es respaldada por la magistrada Doctora Marina Velásquez de Avilés en su voto disidente del caso *Convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)*,¹⁴⁹ en el cual dejó entrever que la Sala erró en estimar la inconstitucionalidad de estos convenios, remitiéndose a los argumentos establecidos en el caso *Frankeko Álvarez y otros*, calificándolos como una sugerencia expresa de la conformación de un bloque de constitucionalidad entre tratados de derechos humanos y la parte dogmática de la Constitución, por su coincidencia de valores y fines.

Lo cual traería consigo –concluyó– la prohibición de que la norma internacional sea impugnada en un proceso de inconstitucionalidad, pues no sería posible que coincidiera en un proceso de tal envergadura, objeto y parámetro de control.¹⁵⁰

¹⁴⁷ **SALA DE LO CONSTITUCIONAL**, Sentencia de Inconstitucionalidad, referencia 91-2007, de fecha 24 de septiembre de 2010.

¹⁴⁸ **SALA DE LO CONSTITUCIONAL**, Sentencia de Inconstitucionalidad, referencia 120-2007/123-2007, de fecha 28 de septiembre de 2012.

¹⁴⁹ **VELÁSQUEZ DE AVILÉS, Marina**, Voto disidente, sentencia 63-2007/69-2007 de fecha 16 de octubre de 2007, en su considerando VI.

¹⁵⁰ *Ibidem*.

Con todo lo mencionado, es legítimo afirmar que a pesar que la Constitución de la República no incluye a los tratados de derechos humanos en el bloque de constitucionalidad, la jurisprudencia constitucional si les permite acceder a éste, manteniendo la Constitución su supremacía, pero instaurando a estos tratados como un criterio hermenéutico.

2.5 Los tratados de derechos humanos en el derecho interno.

2.5.1 Incorporación de tratados en los ordenamientos.

Al hablar de incorporación, la relación entre derecho internacional e interno posee una importancia fundamental, puesto que la eficacia y efectividad del derecho internacional depende, en gran medida, de la manera en que los ordenamientos jurídicos internos se integren a las normas internacionales.

Cada Estado en virtud de su potestad soberana genera su orden jurídico interno y asimismo participa con los demás Estados en la elaboración de un orden normativo internacional; de la coexistencia de estos sistemas, se derivan problemas atinentes a sus relaciones.

No es posible ocultar los diversos problemas que genera la aplicación conjunta de dichos sistemas en un solo Estado, y por lo tanto, la necesidad de un auxilio doctrinario. Estos problemas no solo consisten en determinar la forma en la cual se incorpora el derecho internacional al interno, sino van más allá, necesitando determinar cuál de los ordenamientos jurídicos priva sobre el otro, y cuándo un asunto se encuentra reservado a la jurisdicción internacional o a la domestica.

En el intento de solucionar estos problemas surgen las doctrinas dualistas y monistas, las cuales muchas veces se ven limitadas ante la cantidad y

diversidad de dificultades en la práctica internacional. Dichas teorías no son la solución mágica a la problemática, más bien, estas normalmente son utilizadas únicamente para corregir o aclarar el conflicto al momento de incorporar el derecho internacional al interno.¹⁵¹

a) Teoría dualista.

Esta concibe al derecho internacional y al interno como dos ordenamientos separados, sin que exista entre ellos vinculación o subordinación alguna. Esta teoría fue sostenida por los doctrinarios *Triepel* y *Anzilotti*, los cuales aseveraban que la fuente del derecho internacional es la voluntad común de dos o más Estados, mientras que la fuente del derecho interno es la voluntad que emana de un cuerpo legislativo.¹⁵²

En vista de la separación de estos sistemas, no es posible la integración de un sistema con el otro. *Alberto Vergara Molano* lo aclara al desentramar las diferencias de los sistemas, distinguiéndolos por su campo de aplicación, sus fuentes y por sus sujetos.¹⁵³

En cuanto al *campo de aplicación*, en el derecho internacional la norma jurídica rige las relaciones entre los Estados, mientras que el derecho interno es válido para un Estado determinado y su población. *Por sus fuentes, confirmando la teoría de Anzilotti*, el derecho internacional nace de la voluntad de dos o más sujetos de derecho internacional, en cambio el derecho interno surge por la fuerza de un órgano legislador. En relación con *los sujetos*, el derecho internacional es válido para los Estados y otros

¹⁵¹ Vid., **HALAJCZUK**, Bodhan, *et. al.*, Derecho Internacional Público, 3era Edición Actualizada, Sociedad Anónima Editora, Buenos Aires, Argentina, 1999, p. 47

¹⁵² **MARCANO SALAZAR**, Luis Manuel, Fundamentos de Derecho Internacional Público, 1era. Edición, Editorial CEC, Caracas, Venezuela, 2005, p. 27

¹⁵³ **VERGARA MOLANO**, Alberto, citado por **MARCANO SALAZAR**. *Ibidem*, p. 28

sujetos de derecho de manera recíproca, mientras que el interno solo es aplicable de manera directa a los individuos.

Al encontrar sus diferencias se deduce que se trata de dos sistemas distintos, ya que ambos poseen diversidad de fuentes, sujetos y campo de aplicación, por lo cual no existe problema de superioridad del uno sobre el otro, ya que esta teoría independiza y desvincula al derecho internacional del interno.

Travieso considera que para una incorporación satisfactoria sería necesario establecer una especie de *novación*¹⁵⁴ normativa, la cual modificaría a la norma internacional convirtiéndola en un acto de derecho interno. En el mismo sentido, *Triepel* afirmaba que para que una norma internacional tenga vigencia en el ámbito interno de un Estado, es menester una previa manifestación de dicha norma.

Ello implica que para ser una norma de derecho internacional público reconocida por el ordenamiento jurídico de un país, se requiere de un acto soberano del Estado a través del Poder legislativo.¹⁵⁵ Este sistema es aplicado por una minoría de Estados, verbigracia el Reino Unido.

b) Teoría monista.

Esta teoría a la inversa del dualismo, afirma que entre derecho internacional y derecho interno existe unidad de orden jurídico, y por ende, unidad en el sistema de fuentes.¹⁵⁶ Es decir, las fuentes del derecho internacional son

¹⁵⁴ Entendiendo como novación al acto de modificar, mutar o cambiar la figura jurídica.

¹⁵⁵ **MARCANO SALAZAR, Luis Manuel**, Fundamentos de Derecho Internacional Público, Óp. cit., p. 27

¹⁵⁶ **REY CANTOR, José**, Celebración y Jerarquía de los tratados de Derechos Humanos, 1era. Edición, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, Venezuela, 2007, p. 96

automáticamente y por sí mismas fuentes del derecho interno, con lo cual el derecho internacional se incorpora directamente.

Kelsen afirmaba que el derecho internacional y el nacional no pueden ser sistemas distintos e independientes entre sí, puesto que las normas de ambos sistemas son consideradas válidas para el mismo espacio y el mismo tiempo.¹⁵⁷

Entonces no es posible, desde el punto de vista lógico, sostener que normas válidas simultáneamente pertenezcan a sistemas distintos e independientes entre sí.¹⁵⁸ Lo cual se clarifica con *Kunz*, ya que para él, la unidad entre derecho internacional e interno no elimina la posibilidad de contradicciones, sino que ella implica la posibilidad de superar el conflicto por normas superiores.

Con todo lo mencionado en los apartados anteriores, se ha aclarado –*en cierta medida*– las formas clásicas de incorporar los tratados internacionales a los sistemas internos de cada Estado, quedando así establecidos los que se incorporan de forma automática y los de recepción especial, es decir monismo y dualismo, respectivamente. En resumen, el dualismo postula la independencia entre las esferas normativas nacional e internacional, mientras que el monismo apunta hacia su integración.

¹⁵⁷ *Idem.*

¹⁵⁸ Esto se puede ejemplificar de la siguiente forma: si el Estado por medio de su voluntad soberana legitima su normativa interna e internacional; entonces el derecho internacional es válido para un Estado debido a su voluntad manifestada por su tácito o expreso reconocimiento del derecho internacional, al firmar tratados de cualquier tipo. Es por ese reconocimiento en específico, que el Estado hace del derecho internacional parte de su propio derecho. **KELSEN, Hans**, *Principios de Derecho Internacional Público*, Traducida por Hugo caminos y Ernesto Hermida, Editorial El Ateneo, Buenos Aires, Argentina, 1965, p. 281., citado en **REY CANTOR, José**, *Celebración y Jerarquía de los tratados de Derechos Humanos*, Op. cit., p. 98

Y es cada sistema jurídico, es decir, cada constitución de cada Estado la que determina la mayor o menor cercanía del sistema con las doctrinas dualistas o monistas, ya que cada Estado establece los procedimientos mediante los cuales incorporan las normas de los tratados en su normativa.

En el caso salvadoreño, si se analiza desde una de las perspectivas de las teorías clásicas previamente mencionadas, éste adopta *–por medio de su Constitución–* el sistema monista, pues una vez que el tratado es celebrado por el Presidente¹⁵⁹ de la República¹⁶⁰ y ratificado por la Asamblea Legislativa,¹⁶¹ solo requiere su publicación en el Diario Oficial para su entrada en vigencia.

2.5.1.1 Jerarquía de la norma internacional.

Como ya se ha mencionado, recibida la norma internacional en cada ordenamiento jurídico nacional ésta debe convivir con el cumulo total del ordenamiento de cada Estado, el cual abarca desde su Constitución, leyes, reglamentos y por toda suerte de leyes internas; por lo cual, sobreviene la interrogante ¿Qué posición debe ocupar dentro del conjunto de normas internas?

El rango de la norma indicará cual prima en caso de conflicto, esto es, en el supuesto de que el contenido de la norma internacional ordene una conducta

¹⁵⁹ En nuestro medio, conforme al art. 168 ord. 5º Cn., corresponde al Presidente de la República la conducción de las relaciones exteriores. De ahí que, a éste le compete la celebración de tratados y convenciones internacionales –art. 168 ord. 4º Cn–, la cual también puede ser delegada al Ministro de Relaciones Exteriores –art. 32 Ords. 1º y 2º del Reglamento Interno del Órgano Ejecutivo–. **SALA DE LO CONSTITUCIONAL**, Sentencia de Inconstitucionalidad, referencia 10-2000, de fecha 11 de Noviembre de 2003, Considerando V.2

¹⁶⁰ **CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DE EL SALVADOR**, artículo 168 ordinal 4º.

¹⁶¹ *Ibidem*, artículo 131 ordinal 7º

prohibida por una norma interna, o a la inversa, esta constituya un derecho o potestad denegado por la normativa interna. La respuesta a este dilema difiere de ordenamiento en ordenamiento, haciendo imposible establecer reglas fijas.¹⁶²

Según *Edmundo Vargas Carreño* determinar cuál de las dos normativas prima en caso de conflicto entre ellos constituye de por sí un problema; y este solo puede ser resuelto, *posiblemente* desde el punto de vista de la concepción monista, porque el dualismo al proclamar la separación e incomunicación entre los ordenamientos jurídicos, no da cabida a la posibilidad de un conflicto.¹⁶³

Sin embargo, es verdad que las teorías dualistas y monistas no bastan para esclarecer éste interminable conflicto normativo,¹⁶⁴ siendo necesario una solución inmediata, por lo cual la medida propuesta debe basarse en el estudio de los distintos principios que ordenan el sistema de fuentes y que determinan el derecho aplicable.

Los posibles conflictos o colisiones normativas, en relación a la incorporación y convivencia de ambas normativas, pueden resolverse mediante la aplicación de distintos criterios, en este caso interesa aplicar y desarrollar el de *jerarquía normativa*. La importancia de determinar la jerarquía de los tratados respecto al orden local, deviene de las contradicciones que

¹⁶² **SANCHEZ, Víctor, et. al.**, *Derecho Internacional Público*, 2da Edición, Colección Lex, Huygens Editorial, Barcelona, España, 2010, p. 119

¹⁶³ **REY CANTOR, José**, *Celebración y Jerarquía de los tratados...*, Op. cit., p. 114

¹⁶⁴ *Conflicto Normativo* es aquella situación de incompatibilidad que se produce entre dos normas que pertenecen al mismo ordenamiento y tiene el mismo ámbito de validez, en virtud de la cual la aplicación de una de las normas conduce a resultados contrarios a los que se generan con la aplicación de la otra. **HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam Lorena**, “*Jerarquía de los Tratados de Derechos Humanos: Análisis jurisprudencial desde el método de casos*”, Estudios Constitucionales, Año 6, Nº 2, 2008, p. 74

eventualmente pudieran suscitarse en la aplicación preferente de uno de los dos órdenes. Es por eso que la jerarquía del DIDH dentro del ordenamiento jurídico interno, es una materia que ha de ser determinada fundamentalmente por la Constitución de cada uno de los Estados.¹⁶⁵

En razón de esto se han creado diversas soluciones según lo ha preferido cada Estado, y estas pueden dividirse en cuatro diferentes:

- i) *Legal*, coloca a los tratados en un mismo plano jerárquico que las leyes internas;
- ii) *Supralegal*, considera a los tratados con una jerarquía superior a las leyes;
- iii) *Constitucional*, otorga rango constitucional a los tratados y;
- iv) *Supraconstitucional*, reconoce un rango superior a los tratados en relación con la Constitución.

En la mayoría de sistemas americanos, conferirle a los tratados el mismo valor que la ley secundaria parece ser el más aceptado; sin embargo, debe observarse que en el caso que se aplique preferentemente el derecho interno, no se excluye al Estado de una eventual responsabilidad internacional.

En el caso salvadoreño los tratados internacionales obtienen una jerarquía constitucional, que se encuentra detallada en el artículo 144 de la Carta Magna, según la cual, estos poseen un rango superior a la ley secundaria, ya que según dicho artículo prescribe textualmente, "*Los tratados internacionales celebrados por El Salvador con otros Estados o con organismos internacionales, constituyen leyes de la República al entrar en*

¹⁶⁵ **GARCIA RAMIREZ, Sergio, et. al.**, *Recepción Nacional del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y admisión de la competencia...* Op. cit., p. 298

vigencia, conforme a las disposiciones del mismo tratado, y de esta constitución. La ley no podrá modificar o derogar lo acordado en un tratado vigente para El Salvador. En caso de conflicto entre el tratado y la Ley, prevalecerá el tratado".

Esta jerarquía consiste en que los tratados prevalecen sobre las leyes secundarias, sin embargo no pueden modificar por ninguna circunstancia a la Ley Suprema, ya que se encuentran por debajo de ésta, lo que deriva, en la necesidad de interpretar los tratados de derechos humanos de conformidad con las reglas constitucionales, estando subordinados a lo determinado en dicha norma suprema. El estudio focalizado de la jerarquía de los tratados en el ordenamiento salvadoreño será desarrollado posteriormente.

2.5.1.2 Operatividad de los tratados internacionales.

Abordadas las temáticas de incorporación y jerarquización de los tratados internacionales, es factible desarrollar un tema vinculado estrechamente con los mismos, ya que el entendimiento de éste depende del de los demás. Es por eso, que vale la pena analizar su operacionalización y aplicación en las jurisdicciones.

Al hablar de aplicación interna, este estudio no solo se refiere a como se incorporarán los tratados ni que jerarquía se les otorga en las diferentes normativas nacionales, sino a como estos tratados pueden llegar a ser invocables en las diferentes sedes jurisdiccionales y poder ser aplicables por separado o en conjunto con las normas internas.

Es así como ratificado e incorporado el tratado internacional al cuerpo normativo nacional, las autoridades deberán dar ejecución a las obligaciones

que de él deriven. En este punto se debe tener en cuenta que éstos tratados pueden contener dos tipos de cláusulas,¹⁶⁶ a los que usualmente se hace referencia con las expresiones anglosajonas *self-executing* y *non self-executing*.

Los *tratados* denominados *self-executing* por su propia naturaleza, son aplicados directamente, creando derechos y obligaciones que son tutelados y sancionados por los tribunales internos de cada Estado. Por su parte los tratados *non self-executing* serán aquellos que necesitarán una adaptación por disposiciones legislativas a fin de hacer viable su aplicación por los diferentes tribunales y autoridades públicas.¹⁶⁷

Sobre ello *Cançado Trindade*¹⁶⁸ desvela los requisitos para que una norma convencional pueda ser auto-aplicable, consistiendo estos en dos: a) la primera, en el hecho de que la norma conceda al individuo un derecho claramente definido y exigible ante un juez; b) la segunda, que sea suficientemente específica para poder ser aplicada judicialmente en un caso concreto, *per se* sin necesidad de un acto legislativo o medidas administrativas subsecuentes.

En el mismo sentido *Buergental* considera que la norma internacional directamente aplicable es aquella creada con el propósito de conferir derechos invocables ante los tribunales judiciales.¹⁶⁹

¹⁶⁶ **PFEFFER URQUIAGA, Emilio**, “Los tratados internacionales sobre derechos humanos y su ubicación en el orden normativo interno”, en *Revista Ius et Praxis*, Año 9, N° 1, Talca, Chile, p. 479

¹⁶⁷ **AGUIAR ARANGUREN, Asdrúbal**, *Código de Derecho Internacional*, 1era. Edición, Editorial Exlibris, Caracas, Venezuela, 2006, p. 250.

¹⁶⁸ **CANÇADO TRINDADE, Antonio**, “Reflexiones sobre la interacción entre el Derecho Internacional y el Derecho...”, en *V Congreso Iberoamericano de Derecho...* Op. cit., p. 129

¹⁶⁹ **ESPÓSITO, Carlos**, *La Organización Mundial del Comercio y los particulares*, 1era. Edición, Dykinson, Madrid, España, 1999, p. 32

Este tipo de tratados auto-aplicables, no requieren medidas legislativas especiales que los incorporen al orden doméstico, es decir, una norma de un tratado suscrito y ratificado por un país, no necesitará ningún requisito adicional para su validez y vigencia.¹⁷⁰

Es importante señalar que en referencia a los tratados clásicos, no todos poseen cláusulas *self-executing* en razón de la naturaleza de los mismos. Sin embargo, respecto a los tratados de derechos humanos la situación cambia ostensiblemente debido a su especialidad.¹⁷¹ Es por eso que una de las propiedades que caracteriza a la normativa internacional de los derechos humanos es su aplicabilidad directa, con base en el principio de inmediatez.¹⁷²

*Jiménez de Aréchaga*¹⁷³ coincidiendo con esta idea, acota que los tratados de derechos humanos específicamente, poseen en principio carácter

¹⁷⁰ **NOUEL, Emilio**, *Nuevos Temas de Derecho Internacional: Ensayos sobre los nuevos principios que rigen las relaciones internacionales*, 1era. Edición, Venezuela, 2006, p. 25

¹⁷¹ **REMIRO BROTONS, Antonio**, *Derecho Internacional*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, p. 364 citado en **ORDÓÑEZ REYNA, Aylín Brizeida**, *Régimen Constitucional de los Tratados Internacionales en Centroamérica*, Tesis Doctoral, Derecho Pluralista Público y Privado, Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, España, 2010, p. 68

¹⁷² Sin embargo, esto no debe entenderse que todas las disposiciones de un tratado sobre Derechos Humanos sean ejecutables por sí mismas; ya que se encuentran en ellos distintas disposiciones programáticas, especialmente en el campo de los derechos sociales y económicos, las cuales, no pueden ser ejecutadas sin una acción legislativa del Estado. **ARÉCHAGA, Eduardo Jiménez de**, "La Convención Interamericana de Derechos Humanos como Derecho Interno" en Revista IIDH, No. 7, Enero-Junio, San José, Costa Rica, 1988, pp. 25-41

¹⁷³ Quedando a salvo, sin embargo la discrepancia doctrinal de Buergenthal, que influido por las limitaciones de la práctica norteamericana, argumenta que la circunstancia de un tratado sea o no auto ejecutable depende de lo que establezca el Derecho Interno y no el Derecho Internacional. **AGUIAR ARANGUREN**, Asdrúbal, *Código de Derecho Internacional*, 1era. Edición, Editorial Exlibris, Caracas, Venezuela, 2006, p. 249; Asimismo esta opinión se complementa con la resolución de la Suprema Corte de los Estados Unidos en el caso *Foster versus Neilson*, la cual menciona que las disposiciones del tratado son de aplicación directa en los tribunales [y en la normativa] estadounidense sólo si son "de efecto inmediato". **BRADLEY**, Curtis A., *Self-Execution and Treaty Duality*, Supreme Court Review, Law & Legal Theory Paper, No. 239, Duke Law School Public, Estados Unidos, p. 1.

ejecutable y por lo tanto pueden ser exigidos en forma directa e inmediata en los tribunales locales.

2.5.2 Aplicación e interpretación particular de los tratados de derechos humanos en los tribunales locales.

No es necesario discutir si los tratados de derechos humanos son aplicables o no al derecho interno, ya que como se ha estudiado anteriormente, incorporado el tratado de derechos humanos por la constitución, definida su jerarquía, consentida su auto-ejecutabilidad, el juez interno debe aplicarlos en el desarrollo de su actividad jurisdiccional.

En el caso de El Salvador, la situación es similar, y así lo ha establecido la Sala¹⁷⁴ al enunciar que los tratados son expresión de la conciencia jurídica de la comunidad internacional, y que al ser ratificados por El Salvador, hace suyos esos preceptos, principios y valores universales, que no deben de ser desconocidos en los diversos procedimientos.¹⁷⁵

Y si aún no había quedado clara la posición de este Tribunal Constitucional, esta se consolidó en el caso *Castro Duarte y otros*, señalando que la CADH y los restantes instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, tienen fuerza normativa reconocida por la Constitución, y que deben ser aplicados en sus respectivas áreas de competencia procesal, incluida esa Sala.¹⁷⁶

¹⁷⁴ **SALA DE LO CONSTITUCIONAL**, Sentencia Definitiva, Habeas Corpus, con referencia 19-R-96, de fecha 7 de Agosto de 1996, Considerando V.

¹⁷⁵ Estos procedimientos no solo incluyen a los jurisdiccionales, sino también a los no jurisdiccionales. Como procedimientos no jurisdiccionales se podrían mencionar los que llevan a cabo las dependencias del Estado.

¹⁷⁶ **SALA DE LO CONSTITUCIONAL**, Sentencia Definitiva de Inconstitucionalidad, con referencia 24-1997, de fecha 26 de Septiembre de 2000.

Como es menester de este estudio profundizar en las reglas de aplicación de tratados, es también un deber no menospreciar las de su interpretación, ya que las dos se configuran entrelazadas y fusionadas para ser desarrolladas al unísono y así conseguir el propósito que se busca con ellas.

La interpretación de los tratados consiste en la operación de determinar el verdadero sentido y alcance de los términos empleados en una norma o negocio jurídico, y para poder interpretar estas normas, la doctrina ha acordado consistentemente diversas formas, clasificándolas así: i) según el órgano o las personas que la realizan; ii) según los resultados esperados; iii) y, según el método empleado en el proceso de interpretación.¹⁷⁷

Estos métodos no deben conducir a una interpretación ambigua u obscura, ni a un resultado manifiestamente absurdo e irrazonable. La interpretación de los tratados exige un esfuerzo de integración coherente con el derecho interno, que denote fundamentalmente la voluntad política democrática y la buena fe de los Estados de integrar extensivamente las disposiciones del derecho internacional y las obligaciones que de él emanan, al sistema jurídico vigente en materia de derechos humanos.¹⁷⁸

Las temáticas mencionadas se rigen por las mismas reglas del derecho en general, reglas de hermenéutica o de interpretación particular, que inspiran al derecho internacional de los derechos humanos; estando el juez interno vinculado a ciertas reglas de interpretación de tratados que emanan del

¹⁷⁷ **MELENDEZ, Florentín**, *Instrumentos internacionales sobre derechos humanos aplicables a la administración de justicia: estudio constitucional comparado*, 6ta. Edición, Corte Suprema de Justicia, El Salvador, 2008, p. 133

¹⁷⁸ (...) el juez (interno) debe dentro de su propia función jurisdiccional verificar una interpretación integradora tanto de la legislación secundaria, tratados internacionales, a la luz de la Constitución (...) **SALA DE LO CONSTITUCIONAL**, Sentencia Definitiva, Habeas Corpus, con referencia 9-T-96, de fecha 4 de Febrero de 1997, Considerando IV y V.

derecho internacional, siendo así las más adecuadas, las que se rigen de acuerdo al artículo 27, 29, 31 y 32 de la Convención de Viena.¹⁷⁹

Así también, sin perjuicio de lo anterior, el juez puede analizar las reglas tradicionales para aplicar el derecho internacional en el ordenamiento jurídico interno, es decir, las reglas clásicas de *jerarquía* y *temporalidad* de las fuentes. En cuanto a la *jerarquía*, en el caso de concurrencia de normas de distintas fuentes simultáneamente vigentes, el juez deberá aplicar la de mayor jerarquía en el ordenamiento jurídico.

En el caso de que se produzca la oposición de normas del mismo rango, capaces de sustituirse o derogarse expresa o tácitamente entre ellas no es posible aplicar el criterio anterior, sino que el juzgador debe aplicar aquella que sea posterior en el tiempo,¹⁸⁰ es decir, el impartidor de justicia debe utilizar la regla de *temporalidad*.

En suma, el juez de cada Estado cuenta con reglas de interpretación y aplicación emanadas de los propios tratados internacionales en general, de los de derechos humanos, y con reglas instituidas por el derecho interno de cada país, todo lo cual debe armonizar en modo lógico y sistemático para la consecución de la protección y defensa de los derechos humanos.

¹⁷⁹ Debido a que si el juez nacional aplica el ordenamiento jurídico interno y éste entra en conflicto con el ordenamiento internacional, cabría la posibilidad de ocasionar un hecho ilícito; es decir, el Estado no puede invocar su derecho interno para eludir sus obligaciones internacionales. Asimismo coincide en esto la SC salvadoreña al establecer que (...) “cabe señalar que el proceso de celebración de los tratados se halla regido por el principio de buena fe –principio de gran arraigo en el Derecho Internacional–. En virtud de este principio surgen obligaciones de comportamiento a cargo de los Estados (...) **SALA DE LO CONSTITUCIONAL**, Sentencia de Inconstitucionalidad, referencia 10-2000, de fecha 11 de Noviembre de 2003, Considerando IV.1

¹⁸⁰ **HENDERSON, Humberto**, “Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio pro homine”, en *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, Op. cit., p. 86

2.5.2.1 Principio *pro homine* como regla de interpretación y aplicación.

El artículo 31 de la Convención de Viena permite fundamentar el denominado principio *pro homine*, aceptado en su mayoría por los estudiosos del DIDH como una regla especial de aplicación e interpretación del DIDH que está orientada a privilegiar, favorecer y adoptar la aplicación de la norma que más proteja los derechos humanos de la persona.

Este principio es un criterio hermenéutico¹⁸¹ que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos, e inversamente a la norma o interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria.¹⁸²

La anterior pauta también se encuentra consagrada normativamente en los tratados de derechos humanos, los cuales establecen que ninguna de sus disposiciones autoriza a limitar los derechos protegidos en mayor medida de la prevista, a limitar el goce y ejercicio de cualquier otro derecho o libertad que pueda estar reconocido en otra norma internacional o interna en vigor, ni a excluir o limitar el efecto que puedan producir las normas consuetudinarias en materia de derechos humanos.¹⁸³

¹⁸¹ Véase además: **CASTILLA, Karlos**, “El principio *pro persona* en la administración de justicia” en Cuestiones Constitucionales: Revista Mexicana de Derecho Constitucional, No. 20, Enero-Julio, UNAM, México, 2009, pp. 65-83.

¹⁸² **PINTO, Mónica**, “El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos” en *La aplicación de los tratados sobre Derechos Humanos por los tribunales locales: un estudio comparado*, Op. cit., p. 163

¹⁸³ V. gr., Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 29); Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad (artículo 6); Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (artículo 1.2), y muchos instrumentos más.

Por lo tanto, retomando el concepto del principio *pro homine* y relacionándolo con lo mencionado por el artículo 31.1 de la Convención de Viena, se concluye que la interpretación y aplicación de tratados debe tener en cuenta el objeto y fin de los mismos, y precisamente, el objeto y finalidad de los tratados sobre derechos humanos, es conceder a todos sus derechos en la mayor medida posible.¹⁸⁴

Dicho lo anterior, la aplicación del referido principio, permitirá desarrollar una interpretación teleológica de estos tratados, aplicando la norma más favorable a la persona humana tutelada. Es por ello, que el principio *pro homine* debe ser inspirador del DIDH y representar una fundamental e indispensable regla de hermenéutica al momento de ser aplicado por los tribunales internos.

Florentín Meléndez asimila dicho principio de igual forma, afirmando que la interpretación de las normas de derechos humanos de diferente rango, fuente y naturaleza, debe traducirse en la aplicación de norma más favorable a la persona, es decir, de la satisfacción del principio *pro homine*, que sin dejar de lado la supremacía constitucional, asegure la protección real y efectiva de la persona humana y de sus derechos fundamentales.¹⁸⁵

De igual forma se pronunció el Juez de la Corte IDH, Rodolfo Piza Escalante en su opinión separada, sosteniendo que *“el criterio fundamental es el que impone la naturaleza misma de los derechos humanos, la cual obliga a interpretar extensivamente las normas que los consagran o amplían y*

¹⁸⁴ **BASTOS, Carolina**, *La interpretación de los derechos fundamentales según los tratados internacionales sobre derechos humanos*, 1era. Edición, Editorial Reus, Madrid, España, 2010, p. 275

¹⁸⁵ **MELENDEZ, Florentín**, *Instrumentos internacionales sobre derechos humanos aplicables a la administración de justicia: estudio constitucional comparado*, Op. cit., p. 134

restrictivamente las que los limitan o restringen. Ese criterio fundamental conduce a la conclusión de que su exigibilidad inmediata e incondicional es la regla, y su condicionamiento la excepción.”¹⁸⁶

En conclusión, los tratados sobre derechos humanos constituyen la plataforma normativa mínima que los Estados deben cumplir y respetar, interpretando y aplicando el conjunto de principios y disposiciones en consonancia con el derecho interno, especialmente con el derecho constitucional, de tal forma que en cada caso en concreto se aplique la norma más favorable al individuo y se garantice en lo máximo posible la tutela judicial efectiva a los derechos y garantías internacional y nacionalmente reconocidos.

En consecuencia es obligación de los jueces internos, y en general de los operadores judiciales de cada Estado, reconocer la validez jurídica de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos e interpretarlos coherentemente, aplicando sus disposiciones y garantizando que estas desplieguen sus efectos en favor de las personas sometidas a su jurisdicción, sin distinciones ni discriminación de ninguna naturaleza.¹⁸⁷

¹⁸⁶ **CORTE IDH**, *Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta*, Opinión Consultiva OC-7/86 del 29 de agosto de 1986, Opinión Separada del Juez Rodolfo Piza Escalante, Considerando 16

¹⁸⁷ **MELLENDEZ, Florentín**, *Instrumentos internacionales sobre derechos humanos aplicables a la administración de justicia: estudio constitucional comparado*, Op. cit., p. 148

CAPITULO III

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD.

3.1. Conceptualización.

El control de convencionalidad en sentido general, se constituye como una herramienta de control normativo que implica una comparación del canon interamericano con el derecho interno, a fin de velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales, haciendo prevalecer el canon interamericano sobre las normas locales que se le opongan, y que impliquen una transgresión a los derechos humanos.

Éste posee su soporte principal en el principio de buena fe que opera en el derecho internacional y en los deberes emanados de la CADH -Art. 1.1 y 2-, convirtiendo su cumplimiento en un imperativo, siendo imposible para los Estados invocar su derecho interno a fin de eludir tales obligaciones.

Como se verá más adelante, el control de convencionalidad se ha ejercido desde la instauración de la CADH y de la Corte IDH, en virtud que es una función inherente de ese tribunal, derivada de la propia Convención y de la garantía colectiva que sustenta el SIDH. A nivel contencioso esa Corte ha pronunciado diversas sentencias en las que ejecutó este examen convencional *non expressis verbis*, ya que la mención de la expresión “*control de convencionalidad*” se produce hasta muchos años después.

La primera aparición de dicha locución en forma de esbozo, surgió en los votos razonados del ex juez *Sergio García Ramírez*, el cual lo dilucidó a través de los casos contenciosos *Myrna Mack Chang*, *Tibi* y *Vargas Areco*. Sin embargo, no es hasta el caso *Almonacid Arellano* que las

argumentaciones del referido exmagistrado fueron respaldadas por la misma Corte, la cual, a lo largo de los años -en casos posteriores- terminó cimentándola como un control difuso convertido en una herramienta contralor a cargo del juez nacional.

Esta investigación pretende establecer que ambas jurisdicciones asumen obligaciones similares de contraste y de compatibilidad, las cuales son posibles gracias a la coordinación de estas, y teniendo al principio de subsidiariedad como fundamento de la relación entre la jurisdicción nacional e internacional.

Ambas califican como jurisdicción de convencionalidad, siendo el juez nacional en primer lugar quien debe ejercer esta labor, y de forma complementaria deberá intervenir el juez interamericano, cumpliendo el rol de subsidiariedad que ya se mencionó, lo cual permite que el uso de esta doctrina se entienda como una protección reforzada a los derechos individuales del nacional, brindada por el derecho interno y el derecho internacional.

En esta lógica el presente capítulo aspira a establecer el basamento teórico y jurídico del control de convencionalidad en sí mismo, así como las fuentes normativas de la que se deriva su ejecución. Asimismo se desarrollarán aspectos generales y específicos del control en sede internacional y nacional.

3.1.1 Manifestaciones del examen convencional: uso directo o indirecto.

A fin de analizar la presente temática es necesario acotar que la posibilidad de esta variabilidad en la implementación deriva del margen de libertad que

los Estados tienen para ello, ya que las modalidades a través de las cuales se recepta el control de convencionalidad no las fija necesariamente la Corte.¹⁸⁸

Las formas en que este ejercicio se canaliza en las diferentes jurisdicciones, resulta relevante en la práctica, ya que de no ser posible que el juez aplicador retome el canon interamericano como parámetro controlador de forma directa, este podría acudir a él de forma indirecta.

3.1.1.1 Uso directo del control convencional.

En este caso la declaratoria de inconvencionalidad tendrá como base directa a la norma que se utilizó como parámetro controlador, que según cada caso en específico, podría ser la CADH o cualquier instrumento del canon interamericano, y si esta declaratoria finalizó con inaplicabilidad. Los ejemplos de este uso directo en sedes nacionales son diversos, pudiendo señalar entre ellos, el fallo C-148/2005 en Colombia,¹⁸⁹ y casos *Ekmekdjian*,¹⁹⁰ *Mazzeo*¹⁹¹ y *Videla*¹⁹² en Argentina, entre otros.

En el caso del examen ejecutado en sede internacional, se puede mencionar uno de los casos recientes contra el Estado salvadoreño, el de *Masacres de*

¹⁸⁸ **LONDOÑO LAZARO, María Carmelina**, "El principio de legalidad y el control de convencionalidad de las leyes: confluencias y perspectivas en el pensamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos". en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Año XLIII, volumen 128, México, 2010, p. 810

¹⁸⁹ **CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA**, Sentencia C-148/05, 22-02-2005.

¹⁹⁰ **CSJN**, en "*Ekmekdjian c. Sofovich*", sentencia del 7 de julio de 1992, considerando N° 12, Fallos: 315:1492

¹⁹¹ **CSJN**, en "*Mazzeo, Julio Lilo s/recurso de casación e inconstitucionalidad*", sentencia del 13 de julio de 2007. Fallos 330:3248

¹⁹² **VIDELA**, Jorge Rafael s/ recurso de inconstitucionalidad de los decretos 1002/89 y 2745/90", de fecha 27 de abril de 2010, (LA LEY, 2005-C, 845) y "*Mazzeo*" (LA LEY, 2007-D, 426).

El Mozote y lugares aledaños, en el que se examinó los hechos sucedido en el caserío El Mozote, el cantón La Joya, los caseríos Ranchería, Los Toriles, Jocote Amarillo, el cantón Cerro Pando; y la instauración de la Ley de Amnistía a la luz de los artículos 1.1, 4, 5.1, 5.2, 7, 11.2, 19, 21.1 y 21.2 de la CADH, artículos 1, 6 y 8 de la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura y 7.b) de la Convención De Belém Do Pará.

3.1.1.2 Uso indirecto o interpretativo.

Con respecto a este uso, se debe partir del entendido que también a este se le conoce como un control convencional en virtud de que esta herramienta contralor se manifiesta como la verificación de los instrumentos que conforman el parámetro interamericano al momento de analizar el contenido de una disposición nacional, más allá de que se hayan aplicado o no directamente.

Es relevante que el resultado del examen normativo refleje que el juez aplicador utilizó los estándares derivados del canon interamericano para reinterpretar, o demostrar la conformidad de una norma nacional con las obligaciones de derecho internacional.

Aclarado lo anterior, se afirma que este uso interpretativo consiste en que la norma que materialmente sirve como parámetro controlante de la norma o acto controlado, dota de contenido y complementa a la norma que funcionalmente sirve como canon convencional en sentido formal.

Ejemplos de lo que previamente se ha mencionado existen de forma abundante en la práctica judicial salvadoreña, los cuales serán abordados posteriormente.

3.2 Fundamentos normativos y doctrinarios.

3.2.1 El principio de buena fe y el impedimento de alegar el derecho interno en el cumplimiento de las obligaciones internacionales (Artículos 26 y 27 Convención de Viena).

Los principios de derecho internacional relativos a la *bona fide* y al *effet utile*, que involucra a su vez al principio *pacta sunt servanda* constituyen fundamentos internacionales para que los tratados internacionales sean cumplidos por parte de los Estados.

El principio establecido por la Convención de Viena en su artículo 26, conocido comúnmente como *pacta sunt servanda*, es un principio del derecho internacional consuetudinario que consiste en que el Estado contrae libremente obligaciones frente a la comunidad internacional que no pueden ser desconocidas, cuyo incumplimiento supone una responsabilidad de carácter internacional.

Si se entiende a este como un principio absoluto, en materia de protección internacional de los derechos humanos y en el cumplimiento de las obligaciones internacionales comprende acatar no solo los tratados de derechos humanos ratificados por el Estado, sino también las decisiones de los órganos interamericanos, específicamente la jurisprudencia de la Corte. Este principio posee ciertas excepciones de aplicación, pero en el caso de los derechos humanos, estas excepciones no deben ni pueden constituir un obstáculo en la defensa, protección y aplicación de los derechos humanos sobre la aplicación de normas, actos y prácticas inconvencionales.

En igual sentido según la Convención de Viena en su artículo 27.1, “*una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como*

justificación del incumplimiento del tratado". Se advierte que esta regla no hace distinción entre violaciones manifiestas o no del derecho internacional por reglas de derecho interno, es decir, no es necesario que una acción, práctica o norma esgrima una violación de derechos humanos, para que la misma viole el artículo de la referida Convención de Viena.

Como se ha aclarado en acápites anteriores, la soberanía y la norma nacional se habían constituido como impedimentos al momento de ser aplicados los tratados de derechos humanos; sin embargo, según el mandato del artículo 27 CVDT, ninguna norma ya sea secundaria o de rango constitucional puede impedir o argumentarse como impedimento que se cumplan los compromisos internacionales adquiridos al momento de suscribir un tratado.

En resumen, ambos artículos abordados en este acápite se encuentran vinculados, ya que la primera obligación es la base de la segunda, en virtud de que un Estado que ha contraído obligaciones internacionales está obligado a hacer en su derecho interno las modificaciones que sean necesarias para el cumplimiento de estas obligaciones.

3.2.2 Obligación de respeto, garantía y adecuación. (Artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana)

La problemática de la responsabilidad del Estado en el marco de la Convención ha adquirido relevancia en los últimos tiempos, sobre todo en aquellos casos de graves violaciones a los derechos humanos. Esta responsabilidad nace en el momento mismo de la violación de las obligaciones de respetar y garantizar las normas de protección, y de

asegurar la efectividad de los derechos que allí se consagran en cualquier circunstancia y respecto de toda persona.¹⁹³

Esta responsabilidad se sostiene como regla general en dos normas de la Convención Americana, el artículo 1.1 y artículo 2. En efecto, el artículo 1.1 señala el deber de respeto y garantía de los derechos prescritos en el Pacto, esta obligación significa desde la resolución del caso *Velásquez Rodríguez*, el deber de los Estados parte de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.¹⁹⁴

Las obligaciones derivadas del artículo 1.1 se complementan con el contenido del artículo 2 de la Convención, el cual alude a la manifestación de los deberes del artículo precedente, y se proyecta en medidas de adopción y adecuación de disposiciones de derecho interno.

Si bien es cierto el artículo 2 no define cuales son las medidas para que el derecho interno se adecue a la Convención, eso no significa que la Corte no lo haya establecido por medio de su jurisprudencia. La adecuación implica la adopción de medidas en dos vertientes.¹⁹⁵

Por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención; y por otra,

¹⁹³ **HITTERS, Juan Carlos**, "La responsabilidad del Estado por violación de tratados internacionales. El que "rompe", "paga" en *Revista de Estudios constitucionales*, No. 1, Vol. 5, junio, Centro de Estudios Constitucionales, Santiago, Chile, 2007, pp. 204-205

¹⁹⁴ **CORTE IDH**, Caso *Velásquez Rodríguez versus Honduras*, Fondo, Sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C, No. 4, párrafo 166.

¹⁹⁵ **CORTE IDH**, Caso *Castillo Petruzzi y otros versus Perú*, Excepciones Preliminares, Sentencia de 4 de Septiembre de 1998, Serie C, No 41, párrafo 207.

la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías.¹⁹⁶

A partir de ese artículo resulta obligatorio suprimir los preceptos y las prácticas de cualquier naturaleza que se traduzcan en una violación de las garantías previstas en la Convención; siendo esto sostenible con lo que la Corte expreso en *Trabajadores cesados del Congreso*.

Este deber del Estado implica que las medidas del derecho interno han de ser efectivas (*principio del effet utile*), para lo cual el Estado debe “adaptar” su actuación a la normativa de protección de la Convención. El Tribunal interamericano ha establecido inclusive, que “una norma puede violar *per se* el artículo 2 de la Convención, independientemente de que haya sido aplicada o no en un caso concreto”.¹⁹⁷

A partir de los deberes generales de los artículos 1.1 y 2 CADH, los Estados se encuentran obligados a hacer concordar su ordenamiento jurídico con la normativa protectora convencional, pudiendo adoptar el examen convencional como una útil herramienta para contribuir a dicho fin.

3.2.3 Subsidiariedad del SIDH.

La jurisdicción interamericana no pretende y jamás se propuso sustituir a las jurisdicciones nacionales en el oficio protector de los derechos humanos. Esto consta en los trabajos preparatorios de la Convención, entre ellos las deliberaciones en la Conferencia de 1969, celebrada en San José.

¹⁹⁶ **CORTE IDH**, Caso *Bulacio versus Argentina*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 18 de Septiembre de 2003, Serie C, No. 100, párrafo 143.

¹⁹⁷ **CORTE IDH**, Caso *La Última Tentación de Cristo versus Chile*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 5 de febrero de 2001, Serie C, No. 73, párr. 72

Dicha jurisdicción ostenta una naturaleza coadyuvante o complementaria de los ordenamientos nacionales, la cual actuará como subsidiaria de la nacional, cuando ésta sea ineficiente o se muestre indiferente frente a los conflictos internos, y no pueda satisfacer la pretensión o pretensiones de sus nacionales a través de los medios internos dispuestos para este efecto.¹⁹⁸ Es decir, la jurisdicción internacional aparece como un segundo nivel de garantía respecto de la jurisdicción nacional, y solo se convierte en prevalente y prioritario cuando es ineficaz el primer nivel.

Esta jurisdicción americana no desplaza a las jurisdicciones nacionales en la función de conocer sobre violaciones a los derechos de los individuos y proveer la corrección correspondiente, en virtud de que la más amplia y eficiente protección de los derechos humanos sigue recayendo en una justicia interna independiente.

A fin de cuentas todo el sistema jurisdiccional internacional está montado sobre la idea de dar al Estado la oportunidad de resolver internamente el litigio, a través de los medios domésticos conducentes a ese fin.

La subsidiariedad del proceso internacional con respecto al nacional se ve remarcada en la necesidad de agotar los recursos internos antes de recurrir a la vía internacional, quedando así plasmado en los artículos 46.1.a y 61.2 de la CADH.¹⁹⁹

Cuando se comete una violación a la CADH surge la responsabilidad internacional del Estado, pero esto no significa que deba ponerse en

¹⁹⁸ **GARCIA RAMIREZ, Sergio**, *Los derechos humanos y la jurisdicción interamericana*, 1era. Edición, Serie Doctrina Jurídica, No. 106, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2002, p. 82

¹⁹⁹ *Ibíd*em, p. 90

movimiento la competencia de la Corte Interamericana, ya que esta solo se desplegará en la hipótesis de que la jurisdicción interna no actúe.

Bajo la premisa de que la batalla por los derechos humanos debe librarse y ganarse en el interior de los Estados,²⁰⁰ es deber de los Estados aplicar los tratados de derechos humanos, específicamente el control difuso de convencionalidad, como herramienta supervisora y controladora de que los actos y normas nacionales, a fin que estos no trasgredan los derechos prescritos por el parámetro interamericano.

3.3 Parámetro de convencionalidad: norma controlante.

Concretizado en que consiste el control de convencionalidad y su obligación intrínseca, se requiere precisar sobre que fundamento normativo basaran sus actuaciones los aplicadores de este; es decir cuál será el parámetro de referencia a utilizar en esta contraloría.

El parámetro de convencionalidad o canon de convencionalidad (que se entenderá también como parámetro interamericano) es un estándar de referencia que se constituye en un modelo a cumplir por la normativa interna de cada Estado parte de la OEA. El SIDH plantea una serie de conjunto de fuentes que conforman el parámetro en este sistema particular.

El parámetro es uno para ambos controles, indistintamente se realice en sede interamericana o en sede nacional. No obstante, es necesario distinguir sutiles disimilitudes, las cuales se esclarecerán distanciando las diferentes

²⁰⁰ **GARCIA RAMIREZ, Sergio**, *La jurisdicción interamericana de derechos humanos (estudios)*, 1era. Edición, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, Corte Interamericana de Derechos Humanos, México, 2006, p. 70

jurisdicciones que aplicarán dicho control, comparando los distintos sistemas se demostrará que ya sea de forma directa o indirecta ambos están constreñidos por dicho parámetro.

Como se ha mencionado en los párrafos anteriores, el uso de la Convención Americana como parámetro convencional resulta irrefutable, ya que como se ha establecido, la derivación del referido examen es la misma Convención. Aún en su origen como concepto, el control de convencionalidad se encuentra atado a la CADH, a raíz de la obligación de la contrastación de ésta con las normas nacionales.

Es así como desde el inicio, en cada caso contencioso o consultivo llevado ante la Corte IDH a lo largo de los años, la Convención ha sido el material controlante por excelencia, sirviendo como norma contrastadora, a fin de determinar la responsabilidad internacional con motivo de transgresiones a la misma Convención.

En el mismo sentido se pronuncia el magistrado Sergio García Ramírez en su voto razonado en el caso *Tibi versus Ecuador*,²⁰¹ el cual menciona que:

“la jurisdicción interamericana (...) no tiene a su cargo la revisión de los procesos internos, en la forma en que ésta se realiza por los órganos domésticos. Su designio es otro: confrontar los actos y las situaciones generados en el marco nacional con las estipulaciones de los tratados internacionales que confieren a la Corte competencia en asuntos contenciosos, señaladamente la Convención Americana sobre Derechos Humanos, para establecer, a partir de ahí, orientaciones que posean amplio

²⁰¹ **CORTE IDH**, *Caso Tibi vs. Ecuador*, Sentencia de 7 de septiembre de 2004, Serie C No. 114.

*valor indicativo para los Estados partes en la Convención, además de la eficacia preceptiva --carácter vinculante de la sentencia, como norma jurídica individualizada-- que tienen para el Estado que figura como parte formal y material en un proceso.*²⁰²

Es así como la Convención forma parte del parámetro del control de convencionalidad ejecutado por el juez interamericano. En el caso del control realizado por el juez nacional, la Corte IDH ha sido constante en su jurisprudencia,²⁰³ aseverando que este control debe producirse en relación a esta Convención.

Habiéndose demostrado que el uso de la CADH como parámetro de convencionalidad no está abierto a discusión, es necesario descubrir que otras fuentes conforman el parámetro de convencionalidad, y ahí la causa de este acápite. Entre las distintas fuentes convencionales se pueden señalar la Declaración Americana, otros tratados y la jurisprudencia interamericana.

3.3.1 Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre.

La Declaración Americana sirvió de referente y guía en la creación de los instrumentos internacionales posteriores a ella, y a pesar de ser solamente un instrumento meramente declarativo, se erigió como la base en la cual se

²⁰² Voto concurrente razonado del Juez Sergio García Ramírez a la sentencia de la CIDH en el caso *Tibi vs. Ecuador*, párrafo 2.

²⁰³ El cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado, y es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el sentido de que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados, según el artículo 1.1 de la Convención Americana. **CORTE IDH**, Caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C Nº 154, párrafos 123 a 125.

formó el Sistema Interamericano de los Derechos Humanos tal y como hoy se conoce.

Al día de hoy es de mucha importancia conocer cuál es el status jurídico que ostenta esta Declaración, ya que como se ha mencionado, al momento de su aprobación no poseía ningún valor jurídico, pues no formaba parte de la Carta de la OEA y no se consideraba que cumpliera los requisitos de un tratado.²⁰⁴

A pesar de que la DADDH no logro la aspiración de ser adoptada en forma de Convención, la misma ha adquirido relieve especial gracias a lo dispuesto en el artículo 1 del Estatuto de la Comisión, significando esto, que para aquellos Estados que son miembros de la OEA pero no han ratificado la Convención, debe entenderse por Derechos Humanos los contenidos en esa Declaración.

A lo mencionado anteriormente también se aúna que actualmente y de acuerdo al artículo 20.b de su Estatuto, la Comisión puede formular recomendaciones a los Estados a fin de observar la promoción y protección de los derechos humanos basándose en el contenido de la Declaración Americana.²⁰⁵ En este sentido comienzan a derrumbarse los argumentos de su falta de valor jurídico, y comienza a plantearse la superación del nivel meramente declarativo, lo cual la termina convirtiendo en una declaración vinculante.

²⁰⁴ **DE OLIVEIRA, Alexandre Vidigal**, *Protección de los Derechos Humanos -justificaciones tecnico-jurídicas para la creación de un tribunal mundial de Derechos Humanos*, Tesis Doctoral, Doctorado en Estudios Avanzados en Derechos Humanos, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Getafe, Madrid, 2011, p. 252.

²⁰⁵ **MAYORGA LORCA, Roberto**, *Naturaleza Jurídica de los derechos económicos, sociales y culturales*, 2da Edición, Editorial Jurídica de Chile, Chile, 1990, pp. 90-91

En cuanto a su aplicación en sede interamericana, no obstante que la Declaración no constituye un tratado, esto no se traduce necesariamente en la inhibición de la Corte IDH de emitir opiniones consultivas que contengan interpretaciones en torno a la Declaración.

En efecto, es la misma CADH la que hace referencia a la DADDH en su Preámbulo, y en igual sentido en su artículo 29.d) se menciona que ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de excluir o limitar el efecto que pueden producir la Declaración Americana y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

Para comprender el status jurídico de esta, es necesario notar la evolución del derecho interamericano desde su institución en 1948; y realizar su interpretación en torno a las exigencias actuales de la sociedad y no a la luz de 1948.²⁰⁶

La Corte IDH refuerza esta justificación citando una sentencia de la Corte Internacional de Justicia en la que ese Tribunal expresa que *“un instrumento internacional debe ser interpretado y aplicado en el cuadro del conjunto del sistema jurídico en vigor en el momento en que la interpretación tiene lugar”*.²⁰⁷

Ese mismo tribunal, por medio de la opinión consultiva 10/89 resolvió que si bien la DADDH no es un tratado, ésta constituye una fuente de obligaciones internacionales en cuanto determina los derechos a los que se refiere la

²⁰⁶ **ARCILA CANO, José Antonio**, "La Declaración Americana y los Derechos de los Familiares de la Víctima" en *American University International Law Review*, Volumen 25, No.1, 2009, p. 153

²⁰⁷ **CORTE IDH**, Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la CADH, Opinión Consultiva OC-10/89, Op. cit., párrafo 37

Carta de la OEA, por tanto está se incorpora a ella que sí es un tratado y por ello tiene carácter vinculante.

En síntesis, la Declaración Americana ha fortalecido su valor jurídico por el Pacto de San José, por la base legal y procedimental de la CIDH, y finalmente por la interpretación realizada por la Corte Interamericana en el desarrollo de su competencia consultiva.²⁰⁸

De lo anterior se desprende que la Corte IDH posee la facultad de interpretar la DADDH dentro del marco y los límites de su competencia en relación con la Carta y la Convención u otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos. Es decir, la Declaración Americana se define como un elemento de uso indirecto o interpretativo, en razón de que aprovecha para dotar de contenido a las disposiciones de la CADH que se aplican de manera directa.

A diferencia del uso indirecto realizado por la Corte IDH, los jueces de las jurisdicciones nacionales sí podrían efectuar un uso directo de la DADDH, lo cual dependerá concretamente de lo que disponga cada ordenamiento jurídico y de la práctica judicial en cada Estado.

3.3.2 Otros tratados.

Esta denominación representa a los tratados y declaraciones del SIDH sin tomar en cuenta a la Convención. Dicha expresión fue retomada en la

²⁰⁸ **SALVIOLI, Fabián Omar**, “El aporte de la DADDH de 1948, para la protección internacional de los Derechos Humanos” en **CORTE IDH, El sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el Umbral del Siglo XXI**, Tomo I, 2da. Edición, San José, Costa Rica, 2003, p. 686.

Opinión OC-1/82,²⁰⁹ en la cual la Corte IDH determinó que el concepto de “otros tratados” se refiere a toda disposición concerniente a la protección de los derechos humanos de cualquier tratado o convención internacional, con independencia de si es éste bilateral o multilateral, del cuál sea su objeto principal o de que sean o puedan ser partes en él, Estados ajenos al sistema interamericano.

La obligación de contrastar las normas del SIDH con las normas nacionales se deriva de todos los instrumentos internacionales de derechos humanos. En esa lógica los demás tratados que conforman el SIDH y que generan obligaciones para los Estados ratificantes, también imponen el deber-obligación de realizar el examen de convencionalidad.

Para poder comenzar a dilucidar la procedencia de este planteamiento es vital aludir al voto razonado del Juez de la Corte IDH *Sergio García Ramírez*, emitido en el caso *Almonacid Arellano*. En este, dicho magistrado señala que el control de convencionalidad se desprende no solo de la Convención Americana, sino de otros tratados del SIDH, estableciendo específicamente que:

“(...) al referirse a un “control de convencionalidad” la Corte ha tenido a la vista la aplicabilidad y aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José. Sin embargo, la misma función se despliega, por idénticas razones, en lo que toca a otros instrumentos de igual naturaleza, integrantes del corpus juris convencional de los derechos humanos de los que es parte el Estado: Protocolo de San Salvador, Protocolo relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, Convención para Prevenir y Sancionar la Tortura, Convención de Belém do Pará para la

²⁰⁹ **CORTE IDH**, *Otros Tratados* objeto de la función consultiva de la Corte, Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-1/82, Op Cit., parte resolutive 1

Erradicación de la Violencia contra la Mujer, Convención sobre Desaparición Forzada, etcétera (...).²¹⁰

Por este medio, este juez interamericano establece una suerte de lista de tratados en los cuales es aplicable el control de convencionalidad, la cual no es taxativa sino enunciativa, dejando la puerta abierta a que dicho control se lleve a cabo sobre cualquier otro tratado del SIDH. La mayor parte de este voto razonado hace hincapié sobre la obligación de ejecutar el control sobre los demás tratados.

Eso sí, dicho listado se toma como referencia para establecer sobre que tratados la Corte IDH posee competencia contenciosa y sobre los que no, aunque matizando esta afirmación con la Opinión Consultiva antes mencionada, y relacionándolo con la capacidad que posee la Corte IDH de ejercer el control convencional por medio de vía consultiva, este listado queda atrás y se establece que en aras de la ejecución del examen de convencionalidad la Corte no posee restricciones en cuanto al acceso a cualquier tratado del Sistema Interamericano ya sea de forma directa o indirecta.

Sin embargo, aunque mediante la competencia contenciosa ejecutada por la Corte IDH se generen dudas sobre que tratados se pueden someter a ella; en el caso del juez nacional no se genera duda alguna, ya que este siempre se encontrará obligado a realizar el ejercicio del control judicial de las leyes nacionales,²¹¹ tomando como parámetro de referencia los derechos humanos

²¹⁰ Voto razonado del juez Sergio García Ramírez a la sentencia de la Corte IDH en el caso *Trabajadores Cesados del Congreso versus Perú*, Considerando 2.

²¹¹ **BENAVENTE CHORRES, HESBERT**, “El juez de control como garante de la convencionalidad de las normas en el nuevo proceso penal mexicano” en *Revista: Estudios Constitucionales*, Año 10, No. 1, Universidad de Talca, Talca, Chile, 2012, p. 163.

reconocidos en los instrumentos del canon interamericano que el Estado al cual pertenece ha ratificado.

3.3.3 Jurisprudencia interamericana.

Como preliminar, se determina que la jurisprudencia de la Corte IDH, no es “*un conjunto de tesis*”, ni “*un catálogo de criterios*”, sino que ésta se encuentra integrada por el conjunto de sentencias dictadas en casos contenciosos, decisiones de opiniones consultivas y las resoluciones dictadas por éste en medidas provisionales. Esto es, todas las decisiones judiciales que la Corte IDH ha emitido en el marco de sus competencias que la Convención Americana le reconoce.²¹²

La Corte IDH es el último y máximo intérprete de la Convención Americana, esto a tenor de lo establecido en el artículo 1 de su Estatuto. En virtud de su competencia contenciosa, la misma ejecutará una interpretación del pacto, pudiendo declarar con ésta la responsabilidad internacional de un Estado y en consecuencia, disponer la reparación de los derechos vulnerados.²¹³

Es importante establecer primo, el carácter vinculante de las sentencias de la Corte IDH y por ende de la jurisprudencia procedente de las mismas. Hay que recalcar que previo a cualquier análisis oriundo de la Convención, es importante mencionar que para que la interpretación emanada de las sentencias de la Corte sean vinculantes para el Estado, éste debe haber aceptado la competencia contenciosa de dicho Tribunal Interamericano.

²¹² **CASTILLA, Karlos**, *La interpretación conforme a tratados de derechos humanos. Una mirada a la experiencia española para el futuro de México*, SCJN, México, p. 20, disponible en: http://www.scjn.gob.mx/Transparencia/Lists/Becarios/Attachments/145/Becarios_145.pdf, consultado el 3 de junio de 2012.

²¹³ *Ibidem*.

Aclarado lo anterior, interesa resaltar que la CADH en sus artículos 62.3, 67 y 68, consagra el carácter definitivo, inapelable y de cumplimiento obligado de las sentencias de la Corte en las que el Estado haya sido parte en el proceso; y en virtud de este carácter, las mismas deben ser prontamente cumplidas por el Estado respectivo, en forma íntegra.

Corao²¹⁴ afirma que además de que estas sentencias *-jurisprudencia-* sean obligatorias para las partes en el proceso, también son de obligatorio cumplimiento para todos los Estados partes en la Convención, ya que la misma determina que las sentencias serán notificadas a las partes del caso y sean transmitidas a todos los Estados partes en la Convención.

Sin embargo para otros autores, el mismo artículo y el mismo deber de remisión de la sentencia a todos los Estados suscriptores de la Convención, solamente significa que la jurisprudencia emanada respecto a ese caso, no es vinculante, sino solo ilustrante.²¹⁵

La vinculación de la interpretación efectuada por la Corte con el parámetro de convencionalidad, procede precisamente de la jurisprudencia del mismo Tribunal, ya que en el caso *Almonacid Arellano*,²¹⁶ estableció que en la tarea de ejercer el control de convencionalidad, “(...) *el Poder Judicial debe tener*

²¹⁴ **AYALA CORAO, Carlos**, “La ejecución de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos” en *Revista Estudios Constitucionales*, No. 1, Año 5, Universidad de Talca, Talca, Chile, 2007, p. 130.

²¹⁵ **ALFONSO, Cesar**, “La obligatoriedad de las decisiones de la corte interamericana de derechos humanos desde la perspectiva de distintos países de américa del sur” en **AA VV.**, *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, Uruguay, 2010, p. 65.

²¹⁶ Sergio Garcia Ramírez, afirma que una forma de tutelar los derechos humanos en todos los Estados implica que una vez fijado el “criterio de interpretación y aplicación”, éste sea recogido por los Estados en el conjunto de su aparato jurídico: a través de políticas, leyes, sentencias que den trascendencia, universalidad y eficacia a los pronunciamientos de la Corte. Voto concurrente razonado del Juez Sergio Garcia Ramírez a la sentencia de la Corte IDH en el caso *Tibi vs. Ecuador*, párrafo 8

en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte IDH, intérprete última de la CADH”.

Sobre lo referido, *Sagües*²¹⁷ informa que la misma conforma el parámetro de convencionalidad, aunándose con ello a la posición que ya sostenía *Hitters*,²¹⁸ el cual afirmaba que las sentencias del Tribunal Interamericano deben ser acatadas obligatoriamente por la jurisdicción interna.

Para *Ayala Corao*, la jurisprudencia de la Corte IDH en su totalidad, es de aplicación directa, ya sea para las partes que intervinieron en el proceso y para las que no, en virtud de que dichas sentencias establecen interpretaciones auténticas de ésta que pasan a formar parte de la Convención misma, es decir –*como lo establece Sagües*- la exégesis realizada por la Corte IDH, se constituye en una verdadera *interpretación mutativa por adición* realizada al Pacto de San José.²¹⁹

En fin, al margen de cualquier interpretación doctrinaria, la obligación de cumplir lo dispuesto en la jurisprudencia interamericana corresponde a un principio básico del derecho sobre la responsabilidad internacional del Estado, según el cual los Estados deben acatar sus obligaciones internacionales de buena fe (*pacta sunt servanda*); y como lo dispone el

²¹⁷ **SAGUES, Néstor Pedro**, "El control de convencionalidad como instrumento para la elaboración de un *ius commune* interamericano" en **MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer, et. al.**, *La Justicia Constitucional y su Internacionalización ¿Hacia un *ius constitutionale commune* en América Latina?*, 1era. Edición, Tomo II, Serie Doctrina Jurídica, No. 570, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2010, p. 458.

²¹⁸ **HITTERS, Juan Carlos**, "¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos?" en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 10, julio-diciembre, 2008, p. 141

²¹⁹ El Tribunal ha agregado algo al contenido inicial del Pacto, aunque el texto literal de éste no ha variado. Así un Estado puede verse obligado por la jurisprudencia sentada por la Corte IDH, en una causa en la que él no ha sido parte. **SAGUES, Néstor Pedro**, "El control de convencionalidad como instrumento para la elaboración de un *ius commune* interamericano... Op. cit., pp. 458-459

artículo 27 de la Convención de Viena, estos no pueden por razones de orden interno, soslayar sus obligaciones convencionales.²²⁰ En síntesis, el deber de interpretar la CADH es intrínseco a la Corte y dicha interpretación es vinculante; su forma de aplicación –*directa o indirecta*- dependerá de cada caso en particular.

Sin embargo, no importando su *status* de validez, la jurisprudencia interamericana orienta a todos los Estados Miembros de la OEA, así como a los órganos principales del SIDH, sobre cuestiones jurídicas relevantes, y constituye la interpretación autorizada sobre el contenido de la Convención y de esos otros instrumentos sobre derechos humanos.

El texto de los tratados del SIDH, más la doctrina desarrollada por el Tribunal interamericano en opiniones consultivas y sentencias, integran el conjunto o parámetro normativo controlante del examen convencional.²²¹

3.4 Control concentrado de convencionalidad.

Como ya se estableció la conceptualización de la expresión general de control de convencionalidad, se entenderá que el concepto en su forma concentrada, radica su importancia únicamente en quien se encuentra legitimado para su ejecución. En palabras de *Nogueira Alcalá*, el control de convencionalidad en el plano externo al Estado, constituye la competencia asignada a un tribunal internacional o supranacional, para que éste determine cuándo los Estados parte, a través de sus normas u actos,

²²⁰ **CORTE IDH**, *Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención*. Opinión Consultiva OC- 14/94 de 9 de diciembre de 1994. Serie A No. 14, párr. 35.

²²¹ **CORTE IDH**, OC-16/99 El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal, párrafo 65

vulneran el derecho convencional y generan a través de ellos responsabilidad internacional.²²²

De acuerdo a *Federico Abel*, el sujeto llamado a desarrollar este papel, no es nadie más que la misma Corte Interamericana, en virtud que este es el órgano jurisdiccional que actúa como ente fiscalizador de la CADH y de su cumplimiento en las jurisdicciones nacionales.²²³

Esta doctrina en sede internacional implica una subordinación de todo el ordenamiento jurídico al respeto y garantía de los derechos humanos asegurados convencionalmente, teniendo como fundamento que estos derechos forman parte del bien común regional, obligando a esa sede a preferir los estándares mínimos de los derechos asegurados por la Convención sobre los niveles inferiores de aseguramiento de atributos y garantías de los derechos que asegura el derecho interno.

De igual forma *Castilla* al explicar que “(...) *el tribunal interamericano (...) vigila que el hacer o no hacer de los Estados se ajuste a la regularidad del tratado, y con ello, de asegurar y hacer efectiva la supremacía de éste*”, hace referencia a un punto más importante, ya que la Corte, además de ejecutar un cotejo normativo, resguarda con ello algo de mayor valor, el efecto útil de ese tratado y por ende, la supremacía convencional.²²⁴

²²² **NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto**, “Los desafíos del control de convencionalidad del *corpus iuris Interamericano para las jurisdicciones nacionales*” en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XLV, núm. 135, UNAM, México, 2012, p. 1171

²²³ **ABEL, Federico**, “El control de convencionalidad como mecanismo para la integración entre derecho interno y derecho interamericano” en *La Ley*, mayo, Argentina, 2011, p. 1

²²⁴ **CASTILLA, Karlos**, “El control de convencionalidad: un nuevo debate en México a partir de la sentencia del caso *Radilla Pacheco*” en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. XI, México, 2011, pp. 596-597

3.4.1 El control de convencionalidad como parte de las competencias de la Corte.

Es indispensable identificar si dentro de la Convención Americana existen disposiciones que puedan sustentar la facultad específica que ostenta la Corte IDH en el control de convencionalidad, por lo cual a este efecto se analizarán sus funciones contenciosa y consultiva.

3.4.1.1. Competencia Contenciosa (Artículo 62.3 de la CADH).

La Corte IDH ejerce la función jurisdiccional a través de su competencia contenciosa, cuando algún Estado parte o la Comisión IDH deciden someter a su conocimiento un caso sobre violación de un derecho o libertad protegidos por la CADH. En virtud del artículo 62.3 este tribunal posee competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de la CADH, siempre que los Estados partes en él hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ya sea por declaración especial o bien por convención especial.

Esta Corte al momento de examinar la existencia o no de una violación de derechos humanos causada por una norma interna o por la aplicación de ésta, realiza por ende, un exámen de compatibilidad entre norma nacional y canon interamericano de derechos humanos, efectuando con ello un examen de convencionalidad.

La declaratoria de inconvencionalidad podrá ser posible si de la aplicación o pronunciamiento de una norma en específico, vulnera o amenaza la esfera de protección del individuo, y que esos derechos transgredidos estén

reconocidos ya sea por los tratados del SIDH o por la jurisprudencia de la Corte IDH.

Por otra parte, uno de los efectos de este control en sede contenciosa, consiste en la reparación de la situación o norma que provocó la incompatibilidad, el cual se puede manifestar *inter alía* en la adecuación del derecho interno a la luz del parámetro interamericano a manera de una garantía de no repetición.

Las sentencias de la Corte IDH dictadas en sede contenciosa causan efectos de cosa juzgada para los Estados involucrados y de cosa interpretada para el resto de Estados que forman parte del SIDH, y han aceptado la competencia contenciosa de la Corte IDH.

3.4.1.2. Competencia Consultiva (Artículo 64.2 de la CADH).

La función consultiva como su nombre lo indica, consiste en una consulta que pueden plantear los Estados miembros de la OEA y los órganos de ésta ante la Corte IDH, con diversos propósitos, entre ellos: a) solicitar la interpretación de la CADH o cualquier instrumento del SIDH; b) para conocer de aspectos procedimentales; c) para determinar la compatibilidad de las normas nacionales o proyectos de ley en relación con el *corpus iuris* convencional de los derechos humanos.

Esta función se orienta a promover la observancia de las garantías y principios que protege la CADH, no tanto a corregir o reparar las consecuencias de un abuso cometido, sino precisamente prevenir la declaratoria de responsabilidad internacional por la violación real o potencial

de los derechos de un individuo o de un grupo de estos, por lo que se define entonces como una especie de control preventivo.

Establecido esto, se abordará el caso del literal c, ya que cuando ese tribunal en el ejercicio de su función consultiva realiza un examen de compatibilidad, ya no solo se limitara a realizar una interpretación sobre el alcance, contenido y delimitación de las disposiciones de la Convención, sino que ésta -al contrario- tendrá todas las características y efectos de un control de convencionalidad.

Lo anteriormente mencionado puede observarse en la opinión consultiva OC 05/85, sometida a conocimiento de la Corte IDH por Costa Rica, en cuanto a la “*colegiación obligatoria de periodistas*”²²⁵ y sobre la compatibilidad de la Ley No. 4420 de 22 de setiembre de 1969 y Ley Orgánica del Colegio de Periodistas de Costa Rica con el canon interamericano.

En esta, Costa Rica pretendía que la Corte Interamericana se pronunciará sobre la compatibilidad de ambas leyes, las cuales establecían a los periodistas la colegiación obligatoria como prerrequisito para el ejercicio de la profesión. Al respecto, la Corte en su razonamiento²²⁶ concluyó que:

“[No obstante] las razones de orden público que son válidas para justificar la colegiación obligatoria de otras profesiones no pueden invocarse en el caso del periodismo, pues conducen a limitar de modo permanente, en perjuicio de los no colegiados, el derecho de hacer uso pleno de las facultades que reconoce a todo ser humano el artículo 13 de la Convención, lo cual infringe

²²⁵ **CORTE IDH**, *La Colegiación obligatoria de periodistas (Arts. 13 y 29 CADH)*, Opinión Consultiva OC-5/85, del 13 de noviembre de 1985, Serie A, No. 5.

²²⁶ Con esta sentencia se puede deducir que el control de convencionalidad puede ejercerse aún más allá de un proceso jurisdiccional. *Ibidem*, párrafo 76

principios primarios del orden público democrático sobre el que ella misma se fundamenta.

Su incompatibilidad deviene mayormente del impedimento que esta colegiación constituye en el ejercicio del periodismo a quienes no sean miembros del colegio y limite el acceso a éste a los graduados en una determinada carrera universitaria. Las leyes de este tipo contendrían restricciones a la libertad de expresión no autorizadas por el artículo 13.2 de la Convención y sería, en consecuencia, violatoria tanto del derecho de toda persona a buscar y difundir informaciones e ideas por cualquier medio de su elección.

Con este fallo, la República de Costa Rica no obstante no fue condenada en un caso contencioso, está obligada a realizar actos tendientes a la adecuación de aquella legislación que se declaró contraria a los estándares interamericanos.

3.5 Control difuso de convencionalidad.

Desarrollado previamente el control concentrado y establecido las bases jurídicas y doctrinarias del mismo, resulta oportuno desplegar un análisis sobre la figura ejercida por las jurisdicciones nacionales, y por ende, en el estudio de la convergencia del derecho constitucional con el derecho internacional de los derechos humanos.

La trascendencia de ésta convergencia, exige una articulación del binomio de fuentes mediante su interacción y complementariedad con el fin de consolidar un sistema de derechos y garantías. La misma, es posible en virtud de la eliminación de las barreras entre derecho internacional y derecho

interno, que permitían que conceptos como supremacía constitucional, soberanía y cosa juzgada, permanecieran estáticos ante el ritmo lento de dicha ciencia jurídica.

Es por eso que la convergencia sustentable se presenta como una necesidad primaria y se convierte en uno de los desafíos que enfrentan los jueces nacionales en la tarea de proteger integralmente los derechos humanos, sobre todo en un momento en el que los escenarios constitucionales en los países latinoamericanos están inmersos en la instauración de un modelo de justicia internacional enfocado en los derechos humanos.

En este sentido, es que la idea y práctica del control difuso de convencionalidad descansa en la eficacia que se reconozca a los actos que integran el derecho internacional de los derechos humanos, puesto que se trata, precisamente, de acoger la fuerza de éstos en el ámbito nacional e imprimirles mayor o menor imperio.

En lo referente, el fenómeno de la recepción del derecho internacional tiene notable arraigo en las jurisdicciones internas, y en él, se enmarca el uso y ejecución del control de convencionalidad. Según *García Ramírez*,²²⁷ el ingreso de estas fuentes al derecho interno, obliga a replantear el conjunto del ordenamiento jurídico, hallándose ante una dimensión supranacional del derecho.

Su aplicación por los jueces internos es un aspecto medular para que este ordenamiento internacional surta plenos efectos y cumpla su objetivo y

²²⁷ **GARCIA RAMIREZ, Sergio**, “*El control judicial interno de convencionalidad*” en Revista IUS: Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla , No. 28, Vol. 5, julio-diciembre, Puebla, México, 2011, p. 132

finalidad, el cual es garantizar el debido respeto de los derechos humanos en toda circunstancia.

De acuerdo a todo lo anterior, es como el control de convencionalidad como herramienta contralor, cobra validez, en razón de que el mismo se constituye como un auxiliar del juez nacional al momento de aplicar los estándares convencionales en un caso llevado a su conocimiento.

3.5.1 Conceptualización.

El control de convencionalidad llevado a cabo por los jueces internos ha recibido variedad de nombres; desde *Sagües* que lo visualiza como nivel “desde abajo”;²²⁸ *García Ramírez* que prefiere llamarlo interno y el magistrado *Mac-Gregor* que finalmente lo nacionaliza concibiéndolo como un control difuso.

Un control difuso, en razón de que este es un derivado del control concentrado ejercido por la Corte IDH, y porque su realización es vía incidental, es decir, el análisis de compatibilidad de normas se realizará a la luz de un caso en concreto, no como cuestión principal como lo hace el Tribunal Interamericano.

Es posible que la manifestación de este control se deba en cierta parte, a la constitucionalización del derecho internacional, debido a que esta figura además de poseer base convencional y consuetudinaria, es teóricamente una migración del control de convencionalidad que desde sus inicios

²²⁸ **SAGÜES, Néstor Pedro**, “El control de convencionalidad en el sistema interamericano y sus anticipos en el ámbito de los derechos económico-sociales. Concordancias y diferencias con el sistema EU” en **BOGDANDY, Armin von, et. al.**, *Construcción y papel de...*, No. 615, UNAM, México, 2011, p. 382

realizaba la Corte Interamericana. Este control es aplicable a cualquier sistema de control constitucional existente en América Latina, sin que se dirija exclusivamente a los jueces constitucionales o a algún juez en específico.

El control difuso de convencionalidad no es una herramienta con fines ilusorios o inventados, sino que tiene como basamento y finalidad, aplicar y hacer cumplir los tratados de derechos humanos en la jurisdicción interna, a través de controles de compatibilidad entre normas internacionales y nacionales, y así dirimir conflictos normativos entre unas y otras.

Es decir, el control convencional como sistema de control extenso, vertical y general, convierte al juez nacional en juez interamericano, en un primer y auténtico guardián de la Convención Americana y del canon convencional, con el objetivo de verificar la adecuación de las normas jurídicas internas a la CADH y a lo que los estándares interpretativos de la Corte IDH ha acuñado a su respecto.²²⁹

En cuanto al caso de la jurisprudencia interamericana, *Malarino*²³⁰ señala que la doctrina del control difuso de convencionalidad establece que los tribunales de los Estados partes deben controlar la compatibilidad de su ordenamiento jurídico con la CADH,²³¹ y que al realizar este examen deben

²²⁹ **BAZAN, Víctor**, “La Corte IDH y las Cortes nacionales: acerca del control de convencionalidad y la necesidad de un diálogo jurisprudencial sustentable.” en VIII Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional, Universidad Católica de Cuyo, San Juan, Argentina, 2010, p. 5

²³⁰ **MALARINO, Ezequiel**, “Acerca de la pretendida obligatoriedad de la jurisprudencia de los órganos interamericanos de protección de derechos humanos para los tribunales judiciales nacionales” en **AA.VV.**, *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, 1era. Edición, Vol. 1, Fundación Konrad-Adenauer, España, 2010, p. 438

²³¹ *Ibidem*.

tener en cuenta también la interpretación de la Corte Interamericana, en vista que éste es el intérprete último de la Convención Americana.

Susana Albanese hace unas consideraciones al respecto, y matiza afirmando que bajo la figura del control de convencionalidad se ha intentado fijar desde hace mucho tiempo algunas pautas sobre la obligación de aplicar abiertamente en el ámbito interno no solo los tratados de las que el Estado es parte sino también las interpretaciones que de sus cláusulas llevaron a cabo los organismos con aptitud de obrar.²³²

Por su parte, *Hitters* afirma que el control de convencionalidad significa una comparación entre el Pacto de San José y otras convenciones, a las que cada Estado se ha plegado, y las disposiciones del derecho interno adheridas al modelo.²³³

Aunque este doctrinario en su concepto ya incluye a “otras convenciones” como parámetro controlante de la convencionalidad, si hace caso omiso de la interpretación que la Corte hace de la Convención, lo cual deja incompleta la definición.

De acuerdo al actual magistrado de la Corte IDH *Ferrer Mac-Gregor*, dicho control consiste en el deber de los jueces nacionales en realizar un examen de compatibilidad entre las disposiciones y actos internos que tiene que aplicar a un caso concreto, con los tratados de derechos humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana; implicando lo anterior reconocer la

²³² **ALBANESE, Susana**, El control de convencionalidad, p. 1, disponible en: <https://docs.google.com/viewer?a=v&pid=sites&srcid=ZGVmYXVsdGRvbWVpbnxkZGhoemltZXJtYW58Z3g6MzYxY2RiNDVjMjk5NzZhZQ>, consultado el 23 de julio de 2012.

²³³ **HITTERS, Juan Carlos**, “Legitimación democrática del Poder Judicial y Control de Constitucionalidad” en *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, Volumen No. 2, p. 8

fuerza normativa del tipo convencional que se extiende a los criterios emitidos por el órgano internacional que los interpreta.²³⁴

El jurista *Víctor Bazán* entiende que el control de convencionalidad está a cargo de los magistrados locales (involucrando también a las demás autoridades públicas) y consiste en la obligación de verificar la adecuación de las normas jurídicas internas que aplican en casos concretos, a la CADH (y otros instrumentos internacionales esenciales en el área de los derechos humanos) y a los patrones interpretativos que el Tribunal Interamericano ha acuñado a su respecto, en aras de la cabal tutela de los derechos básicos.

El ex presidente de la Corte IDH *Sergio García Ramírez* proporciona uno de los conceptos más avanzados en la doctrina, ya que lo configura como la potestad conferida a todos los órganos jurisdiccionales y cualquier autoridad llamada a promover, proteger y garantizar los derechos humanos, en el espacio de sus atribuciones, para verificar la congruencia entre actos internos -así, esencialmente, las disposiciones domésticas de alcance general: Constituciones, leyes, reglamentos, etcétera- con las disposiciones del derecho internacional de los derechos humanos, y más estrictamente el derecho interamericano de esa materia.²³⁵

En vista de todo lo establecido, para este estudio se entenderá como concepto del control difuso de convencionalidad al examen de compatibilidad *ex officio* que deben ejercer todos los órganos vinculados a la administración de justicia y las demás autoridades públicas, entre los actos u omisiones,

²³⁴ **FIX-ZAMUDIO, Héctor, et. al**, *Formación y perspectivas del Estado en México*, 1era. Edición, Serie Estudios Jurídicos, No. 164, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2010, p. 176.

²³⁵ **GARCIA RAMIREZ, Sergio**, “El control judicial interno de convencionalidad” Op. cit., p. 126.

llámese estos, constitución, ley, reglamento, jurisprudencia, actos administrativos, prácticas administrativas o judiciales con la Convención Americana, otros tratados y la exégesis que de la Convención ejecuta la Corte IDH.

Es importante acotar que aunque se pueda observar cierta evolución de la definición en la doctrina, se debe advertir que los teóricos se han quedado y se quedarán estancados en su forma de apreciar dicho control, debido a que el concepto más fiable y veraz lo establecerá la Corte Interamericana en el día a día de su jurisprudencia, generando con el devenir del tiempo un precedente que establezca sólidamente una definición que permita conocer completamente los objetivos y alcances de una figura jurídica que hasta el momento, según este estudio se encuentra incompleta.

3.5.2 Evolución del control difuso desde la percepción de la Corte IDH.

Este control es una variante y un derivado del que ejecuta desde sus orígenes la Corte Interamericana, el cual ya se desarrolló *supra*. Es conveniente advertir que la primera mención de esta expresión, se desarrolló en función de lo que hemos denominado el control concentrado de convencionalidad, y no del control difuso como es la creencia mayoritaria.

Antes de que naciera la expresión *control difuso de convencionalidad*, el Sistema Interamericano ya contaba con la Comisión IDH, la Corte IDH y la Convención Americana, así también con los diversos protocolos adicionales que completaban y sustentaban la misma; sin embargo, los Estados continuaban haciendo caso omiso de sus obligaciones adquiridas mediante estos instrumentos, realizando actos y normas inconvencionales que reñían directamente con los criterios del SIDH.

Es de tal forma, que era necesario encontrar la manera de poder establecer un método ya fuera normativo, doctrinario o de coacción que forzara a los Estados a establecer mecanismos, normas o procedimientos que les permitieran cumplir a cabalidad las obligaciones internacionales contraídas.

Es así como se creó el terreno fértil y adecuado para el surgimiento de una figura que condujera a la efectiva aplicación del parámetro interamericano. Naciendo de esta forma a través de ciertos votos concurrentes de un juez interamericano y confirmado posteriormente hasta la actualidad por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, un mecanismo útil para controlar y supervisar el efectivo cumplimiento de los derechos humanos en sede interna.

Es por medio de esta figura que actualmente la Corte IDH pretende que a los Estados se les haga fácil el respeto y protección de los derechos humanos, pudiendo aplicar estos un control de convencionalidad similar al que ésta ejecuta; con el cual podrían declarar inconvencional cualquier acto o norma violatoria de los estándares interamericanos.

3.5.2.1 Etapa primitiva o inicial.

Han pasado casi trece años desde que se hizo pública la expresión por primera vez, y ya bastante se ha hablado sobre ello, es por eso, que la intención de este estudio es construir una figura estructurada por su desarrollo y crecimiento a través del quehacer interamericano, sin caer en repeticiones sin sentido.

A esta etapa se le llamará primitiva o inicial en razón de que en ese período no había ningún tipo de establecimiento del control. La jurisprudencia no había sido clara y no lo sería en esta etapa en particular.

La primera aparición de la locución *control de convencionalidad* surgió de los votos concurrentes del ex Juez *Sergio García Ramírez*, el cual lo dilucidó a través de los casos contenciosos *Myrna Mack Chang versus Guatemala*²³⁶ y *Tibi versus Ecuador*.²³⁷ En el primer caso, el ex magistrado hablaba de este control de convencionalidad, como aquel que ejecuta la Corte IDH,²³⁸ es decir, no es cierto que el control difuso de convencionalidad como tal, naciera en este voto en particular.

En el caso *Tibi versus Ecuador*,²³⁹ el cual estaba siendo conocido por la Corte por el arresto ilegal del señor Daniel Tibi, que había sido recluso por veintiocho meses, período en el cual fue torturado, golpeado, quemado y hasta “asfixiado”; el ex juez Sergio García Ramírez en su voto concurrente razonado efectuó un análisis acerca del control de convencionalidad, el cual está muy relacionado con el primero que efectuó en *Myrna Mack Chang*, estableciendo en su párrafo tercero que “(...) *la tarea de la Corte se asemeja a la que realizan los tribunales constitucionales. Estos examinan los actos impugnados -disposiciones de alcance general- a la luz de las normas, los principios y los valores de las leyes fundamentales. La Corte Interamericana, por su parte, analiza los actos que llegan a su conocimiento en relación con normas, principios y valores de los tratados en los que funda su competencia contenciosa.*”

Con el referido voto, este magistrado pretendía explicar el control practicado por la Corte al implementar una analogía muy idónea, la del control

²³⁶ **CORTE IDH**, Caso *Myrna Mack Chang versus Guatemala*, Sentencia de 25 de noviembre de 2003, Serie C No. 101.

²³⁷ **CORTE IDH**, Caso *Tibi versus Ecuador*, Sentencia de 7 de septiembre de 2004, Serie C No. 114.

²³⁸ **CORTE IDH**, voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez a la sentencia del caso *Mack Chang versus Guatemala*, del 25 de noviembre de 2003, párrafo 27

²³⁹ **CORTE IDH**, Caso *Tibi versus Ecuador*, Op. cit., parte resolutive.

constitucional ejecutado por un Tribunal Constitucional. Debido a que sendos controles poseen muchos puntos en común, ya que ambos exámenes son realizados por dos órganos jurisdiccionales encargados de dirimir conflictos normativos de normas secundarias con la Ley Suprema, es decir, la Constitución en la constitucionalidad y en el otro, la Convención.²⁴⁰

En ese mismo voto se hace una somera y fugaz invitación a la aplicación de este control en la jurisdicción interna de cada Estado; la referida conclusión se extrae del párrafo sexto, el cual establece “(...) *consecuentemente, en la lógica del sistema reside la idea de que los pronunciamientos del tribunal deben trasladarse, a las leyes nacionales, a los criterios jurisdiccionales domésticos, a los programas específicos en este campo y a las acciones cotidianas que el Estado despliega en materia de derechos humanos; trasladarse, en fin, al conjunto de la experiencia nacional. Es esto -un poder de influencia, reconstrucción, orientación, información- lo que explica y justifica, a la postre, una jurisdicción internacional que no tiene la posibilidad ni la capacidad para abocarse al conocimiento de millares de juicios en los que se ventilen idénticos litigios y se reproduzcan razonamientos y pronunciamientos establecidos y reiterados con antelación.*”

Es cierto que la afirmación anterior también se puede entender que *García Ramírez* se refería a la jurisprudencia emanada de la Corte IDH. No obstante esto, en la presente investigación se ha llegado a la conclusión que este magistrado en el párrafo sexto de su voto, se refiere a la posibilidad de que

²⁴⁰ Es así como dicho magistrado sigue aseverando que “(...) *a través del control de constitucionalidad, los órganos internos procuran conformar la actividad del poder público -y, eventualmente, de otros agentes sociales- al orden que entraña el Estado de Derecho en una sociedad democrática. El tribunal interamericano, por su parte, pretende conformar esa actividad al orden internacional acogido en la convención fundadora de la jurisdicción interamericana y aceptado por los Estados partes en ejercicio de su soberanía.*” Idem, párrafo 6

los Estados retomen en sus jurisdicciones el control que la Corte ya ejercía en su labor jurisdiccional, es decir, establece una suerte de esbozo del control difuso de convencionalidad.

Y en un tercer voto razonado, emitido el mismo día y año que se decidió el emblemático caso *Almonacid Arellano*, dicho magistrado en el caso *Vargas Areco*²⁴¹ “recae” en la práctica de enunciar al control de convencionalidad como concentrado, no repitiendo o manifestando de ninguna forma el control difuso de éste, como ya se había comenzado a consignar en el voto del caso *Tibi*.²⁴²

3.5.2.2 Etapa intermedia.

En esta etapa, la Corte Interamericana retoma el concepto de control de convencionalidad, extraída de los votos razonados del jurista *Sergio García Ramírez*, a través de su jurisprudencia en el devenir de casos contenciosos, abriendo la posibilidad de poder crear una doctrina contundente *per se* y obligatoria para los Estados partes de la Convención Americana.

Este Tribunal Interamericano recoge la figura establecida por *Sergio García Ramírez* pero no su posición particular, ya que apoyándose en la expresión “creada” por el jurista mexicano, la desarrolla y aplica en función de la

²⁴¹ **CORTE IDH**, *Caso Vargas Areco versus Paraguay*, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C, No. 155

²⁴² Según ese ex magistrado, la Corte Interamericana, no puede, ni pretende, convertirse en una nueva y última instancia para conocer la controversia suscitada en el orden interno. (...) El juez de convencionalidad no se erige, por esta vía, en legislador o juzgador nacional, sino aprecia los actos de aquéllos al amparo de la Convención, aunque detenga su análisis en ese ejercicio de mera apreciación y no llegue a fijar, por su parte, medidas cuya determinación específica incumbe al Estado. **CORTE IDH**, voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez a la sentencia del caso *Vargas Areco versus Paraguay*, del 26 de Septiembre de 2006, párrafo 6 y 12

obligación intrínseca que las jurisdicciones internas poseen debido a su vinculación con la CADH.²⁴³

De esta forma en el año 2006, específicamente en el caso *Almonacid Arellano*,²⁴⁴ en el cual se resolvió la invalidez del decreto ley que perdonaba los crímenes de lesa humanidad en el periodo 1973-1979 de la dictadura militar de Pinochet, debido a su incompatibilidad con la Convención, la Corte se pronunció a favor de la ejecución del control normativo en sede interna.

Este caso versaba sobre la violación de derechos al señor *Almonacid*, el cual habría sido detenido en presencia de su esposa y dos hijos, golpeado, empujado, insultado y ametrallado por Raúl Neveux Cortessi, falleciendo al día siguiente en el Hospital Regional de Rancagua como consecuencia de las heridas.

El Primer Juzgado de Rancagua habría iniciado la causa No. 40.184 por muerte de Luis Alfredo Almonacid Arellano y una investigación sobre dicha muerte, la cual habría sido sobreseída el 8 de abril de 1974. La Corte de Apelaciones de Rancagua habría revocado tal sobreseimiento, pero el caso habría vuelto a ser sobreseído una y otra vez a lo largo de 17 años.

En ocasión del examen de aplicabilidad de la Ley No. 2.191 que permitía amnistía por ese delito, la Corte Interamericana estableció que la obligación de examinar que la norma secundaria sea conforme con la CADH, también abarca al poder Judicial, expresándolo así: (...) *cuando el Legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención*

²⁴³ Ese jurista usa la expresión “control de convencionalidad” para describir el trabajo que desempeña la Corte desde sus orígenes. Ver supra 3.5.2.1 Etapa primitiva o inicial.

²⁴⁴ **CORTE IDH**, *Caso Almonacid Arellano versus Chile*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C Nº 154.

Americana, el Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella.”

En el párrafo mencionado anteriormente, la Corte estableció la base u origen obligacional de donde emana el control difuso de convencionalidad, pero es en el párrafo 124 en donde ese Tribunal lo menciona literalmente, vinculándolo a la labor que los jueces internos como aplicadores del *corpus iuris* interamericano poseen, por lo cual expresa que:

“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”.

La posición de la Corte en cuanto al control de convencionalidad es fantástica, ya que no solo se limita a esclarecer su definición, sino que

establece de donde deriva dicha obligación y sobre el parámetro en el que versará la comparación y confrontación normativa.

A partir de esto, la mencionada sentencia de *Almonacid Arellano* se convierte en la referencia y punta de lanza del control de convencionalidad en sede interna, en donde éste, dejó de ser solo un control concentrado y se convirtió en uno difuso, irradiando la obligación de examinar las leyes internas a la luz del corpus iuris interamericano a todos los jueces internos de los Estados partes de la CADH.

Casi dos meses más tarde, en el caso *Trabajadores Cesados del Congreso versus Perú*,²⁴⁵ el cual se refiere al despido masivo de 257 trabajadores del Congreso Nacional de la República del Perú que impugnaron mediante los recursos internos las resoluciones No. 1303-A-92-CACL y 1303-B-92-CACL; la Corte, invocando el precedente del caso *Almonacid Arellano*, reitera su “doctrina” del control difuso, considerando que “cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes”(…). Lo que se puede resaltar de lo anterior es que en esta sentencia se supera el “especie” de control a un control “liso y llano”.

²⁴⁵ **CORTE IDH**, Caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) versus Perú*, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 24 de noviembre de 2006, Serie C, N° 158

En el mismo caso, *Sergio García Ramírez y Cançado Trindade* formulan importantes votos razonados referidos al asunto que interesa. El jurista mexicano aclara que no obstante que la Corte al referirse al control ha tenido como parámetro únicamente a la CADH, ésta función debe desplegar en todo el *corpus iuris* interamericano, es decir la intención es que haya conformidad entre actos internos y compromisos internacionales contraídos por el Estado, que generan para éste determinados deberes y reconocen a los individuos ciertos derechos.²⁴⁶

Asimismo precisó que el control de convencionalidad *-concentrado-* puede asumir un carácter difuso al quedar en manos de todos los tribunales cuando éstos deban resolver asuntos en los que sean aplicables las estipulaciones de los tratados, lo que permitiría trazar un sistema de control extenso, vertical y general.²⁴⁷

En su caso, el jurista brasileño *Cançado Trindade* hace unas consideraciones similares a las que hizo la Corte en su momento, pero con diferencias, ya que además de vincular al control de constitucionalidad con el control de convencionalidad *ex officio*, éste requiere su aplicación conjunta.²⁴⁸

Hasta este momento, el control difuso de convencionalidad solo se había mencionado en dos sentencias de casos contenciosos anteriores, cabe

²⁴⁶ **CORTE IDH**, voto razonado del juez Sergio García Ramírez a la sentencia del caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) versus Perú*, del 24 de noviembre de 2006, párrafo 2

²⁴⁷ *Ibidem*, párrafo 12 y 13.

²⁴⁸ El magistrado considera que los órganos del Poder Judicial de cada Estado deben conocer a fondo y aplicar debidamente el Derecho Internacional de los Derechos Humanos; debiendo ejercer *ex officio el control tanto de constitucionalidad como de convencionalidad*, por cuanto los ordenamientos jurídicos internacional y nacional se encuentran en constante interacción en el presente dominio de protección de la persona humana. *Ibidem*, párrafo 2 y 3.

mencionar que en un tiempo corto, pero aun así, faltaba una reiteración constante del término y de su estructura, para establecer una jurisprudencia lineal y consolidada acerca de dicho control.

El 29 de noviembre de 2006 en el caso *La Cantuta versus Perú*,²⁴⁹ la Corte analiza el caso por la violación de los derechos humanos del profesor Hugo Muñoz Sánchez y de diversos estudiantes los cuales fueron secuestrados en la Universidad Nacional de Educación "Enrique Guzmán y Valle" ubicada en La Cantuta, Lima en la madrugada del 18 de julio de 1992, dicho secuestro contó con la participación de efectivos del Ejército peruano, quienes secuestraron a las víctimas para posteriormente desaparecerlas y ejecutar sumariamente a algunas de ellas. Los hechos no fueron investigados con la debida diligencia y hubo denegación de justicia en perjuicio de los familiares de las víctimas.

Entre otras cosas, en el referido caso, la Corte Interamericana reiteró la doctrina del control de convencionalidad en su sentencia, reproduciendo íntegramente lo señalado en el primer precedente establecido en el caso *Almonacid Arellano*, referido a los alcances de la responsabilidad internacional en la que puede incurrir el Estado.²⁵⁰

El jurista *Sergio García Ramírez* a través de su voto razonado en el presente caso, menciona los efectos que debería generar la declaratoria de inconvencionalidad de una norma, ya que según sus dichos “*no tendría sentido afirmar la “anticonvencionalidad” de la norma en una hipótesis particular y dejar incólume la fuente de violación para los casos que se*

²⁴⁹ **CORTE IDH**, Caso *La Cantuta versus Perú*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 29 de noviembre de 2006, Serie C, No. 162.

²⁵⁰ Idem, párrafo 173

*presenten en el futuro (...)*²⁵¹ sería impracticable requerir nuevos pronunciamientos de la Corte Interamericana que abarquen y resuelvan una serie indefinida de casos de la misma naturaleza, llevados a la consideración de aquélla, uno a uno, con el propósito de obtener la respectiva declaratoria de “*anticonvencionalidad*”.

Parecería que con lo anterior, dicho magistrado se refería a la necesidad de una institución que colabore en la depuración de la norma inconvencional, debiendo ser esta aplicada por los Estados con el fin de compatibilizar la norma internacional con los estándares convencionales y evitar alguna responsabilidad internacional.

En el caso *Boyce y otros versus Barbados*,²⁵² se alegó que el Estado de Barbados era responsable de las violaciones cometidas en contra de Lennox Ricardo Boyce, Jeffrey Joseph, Frederick Benjamin Atkins y Michael McDonald Huggins, por la naturaleza obligatoria de la pena de muerte impuesta sobre las víctimas como producto de la sentencia emitida en la aplicación del art. 2 de la Ley de Delitos contra las Personas (en adelante LDCP), la cual establece una pena obligatoria de muerte para las personas condenadas por el delito de homicidio.

Es importante acotar que no obstante las personas afectadas por la sentencia emitida por el máximo tribunal de apelaciones de Barbados de aquél entonces, el Comité Judicial del Consejo Privado (en adelante, CJCP), no llegaron a ser ejecutadas, Barbados violó el artículo 2 de la CADH en virtud del artículo 2 de la LDCP.

²⁵¹ **CORTE IDH**, voto razonado del juez Sergio García Ramírez a la sentencia del caso *La Cantuta versus Perú* del 29 de noviembre de 2006, párrafo 7.

²⁵² **CORTE IDH**, Caso *Boyce y otros versus Barbados*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C No. 169

El artículo 26 de la Constitución de Barbados previene que tribunales puedan declarar la inconstitucionalidad de leyes existentes que hayan sido promulgadas antes de la entrada en vigor de la Constitución. Dicho artículo se conoce como una “cláusula de exclusión”.

El CJCP sostuvo al resolver en el caso *Boyce y Joseph* que los tribunales internos no podían declarar que el artículo 2 de la LDCP es inconsistente con el artículo 15.1 de la Constitución de Barbados. El mismo Comité resolvió que de no ser por la cláusula de exclusión existente, si hubiese sido posible declarar que la pena de muerte obligatoria va en contra del derecho constitucional de no ser sometido a una pena cruel, inhumana y degradante.

La Corte IDH observó que el CJCP llegó a la conclusión mencionada anteriormente a través de un análisis puramente constitucional, en el cual no se tuvo en cuenta las obligaciones que tiene el Estado conforme a la Convención Americana y el *corpus iuris* interamericano. Por consiguiente, la misma estimó que los tribunales de Barbados que conocieron del caso, debieron haber realizado no sólo un análisis y control de constitucionalidad de dicha Ley, sino también uno de convencionalidad. En ese contexto, la Corte reitera su doctrina en idénticos términos a los precedentes de los casos *Almonacid Arellano* y *La Cantuta*.

El caso *Heliodoro Portugal versus Panamá*,²⁵³ se sometió a la jurisdicción de la Corte debido a las violaciones cometidas por el Estado de Panamá por la desaparición forzada y ejecución extrajudicial del señor Heliodoro Portugal, la falta de investigación y sanción de los responsables de tal hecho y la falta de reparación adecuada en favor de sus familiares.

²⁵³ **CORTE IDH**, *Caso Heliodoro Portugal versus Panamá*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 12 de agosto de 2008, Serie C, No. 186.

El 14 de mayo de 1970 Heliodoro Portugal fue abordado por un grupo de agentes del Estado, vestidos de civil, quienes lo obligaron a subir a un vehículo que luego partió con rumbo desconocido. En septiembre de 1999, en el cuartel conocido como “Los Pumas” en Tocumen, se encontraron los restos pertenecientes al señor Heliodoro Portugal.

En cuanto a la obligación de adecuar la normativa interna a los preceptos de la Convención, la Corte hace referencia al control difuso de convencionalidad expresando que “(...) *la defensa u observancia de los derechos humanos a la luz de los compromisos internacionales en cuanto a la labor de los operadores de justicia, debe realizarse a través de lo que se denomina “control de convencionalidad”, según el cual cada juzgador debe velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales, de manera que no quede mermado o anulado por la aplicación de normas o prácticas internas contrarias al objeto y fin del instrumento internacional o del estándar internacional de protección de los derechos humanos*”.

En este caso el Tribunal adiciona una nueva característica al control de convencionalidad, ya que el mismo no solo debe ejercerse sobre normas jurídicas sino también sobre las prácticas internas.

En el caso *Rosendo Radilla Pacheco versus Estados Unidos Mexicanos*²⁵⁴ del 23 de noviembre de 2009 en el que se denunciaba la desaparición forzada del ciudadano mexicano Rosendo Radilla Pacheco, el cual, fue víctima de desaparición forzada por elementos del Ejército mexicano destacados en el estado de Guerrero. Por tal motivo, sus hijas denunciaron su desaparición forzada en contra de quien resultara responsable. Sin

²⁵⁴ **CORTE IDH**, Caso Radilla Pacheco versus México, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 23 de Noviembre de 2009, Serie C, No. 209.

embargo, ambas denuncias fueron enviadas a reserva por la falta de indicios para determinar a los probables responsables.²⁵⁵

En su denuncia, los representantes de los denunciados solicitaron entre otras cosas, que la Corte se pronunciara y ordenara al Estado mexicano a realizar una reforma al artículo 13 constitucional, que regula el fuero de guerra, en virtud de que la interpretación que se efectúa del relacionado artículo puede generar problemas, que se traducen en inconveniencias, impidiendo que elementos del Ejército sean juzgados por tribunales militares cuando han cometido violaciones a los derechos humanos.

Sobre este punto la Corte hizo consideraciones muy interesantes, mediante las cuales se amplió el parámetro controlado del examen difuso, ya que ese Tribunal apreció que (...) *no sólo la supresión o expedición de las normas en el derecho interno garantizan los derechos contenidos en la Convención Americana. En consecuencia, la existencia de una norma no garantiza por sí misma que su aplicación sea adecuada. Es necesario que la aplicación de las normas o su interpretación, en tanto prácticas jurisdiccionales y manifestación del orden público estatal, se encuentren ajustadas al mismo fin que persigue el artículo 2 de la Convención (...).*²⁵⁶ de tal manera, es necesario que las interpretaciones constitucionales y legislativas referidas a los criterios de competencia material y personal de la jurisdicción militar en México, se adecuen a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal, los cuales han sido reiterados en el presente caso.

Asimismo agrego que “en relación con las prácticas judiciales, este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que los jueces y

²⁵⁵ Idem.

²⁵⁶ Ibídem, párrafo 338.

tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico.” No quedándose ahí en sus afirmaciones, la Corte retomó la doctrina que ya había establecido en *Almonacid y Arellano y La Cantuta*, dejando en claro la obligación de los jueces internos de aplicar el control de convencionalidad.²⁵⁷

En el caso *Manuel Cepeda versus Colombia*,²⁵⁸ se denunció al Estado colombiano por la ejecución extrajudicial del entonces Senador Manuel Cepeda Vargas perpetrada el 9 de agosto de 1994 en la ciudad de Bogotá, así como la falta de debida diligencia en la investigación y sanción de todos los responsables, obstrucción de justicia y la falta de reparación adecuada a favor de los familiares. El Senador Cepeda Vargas era comunicador social y líder del Partido Comunista Colombiano (en adelante PCC) y del partido político Unión Patriótica (en adelante Unión Patriótica o UP).

Los denunciantes alegaron que su ejecución se enmarca en un patrón sistemático de violencia contra los miembros de la UP y del PCC y que fue perpetrada mediante la supuesta coordinación operativa entre miembros del Ejército y grupos paramilitares, a través del llamado “plan golpe de gracia”.

En ese contexto, la CIDH solicitó a la Corte, entre otros aspectos, que declarará al Estado responsable por la violación del derecho a la protección de la honra y dignidad de los familiares de la víctima, en cuanto declaraciones realizadas por altos funcionarios del Estado en contra de ellos constituyeron actos de estigmatización que les afectaron, a ellos y a la memoria del Senador.

²⁵⁷ Idem, párrafo 339.

²⁵⁸ **CORTE IDH**, Caso *Manuel Cepeda Vargas versus Colombia*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 26 de mayo de 2010.

Sobre este punto, la Corte concluyó que el Estado colombiano incurrió en responsabilidad internacional por la violación del artículo 5.1 de la Convención en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de los familiares del Senador Manuel Cepeda Vargas. Es así como la Corte no enunció literalmente la expresión control de convencionalidad, pero sí hizo referencia a la jurisprudencia ya establecida sobre ello en los casos *Almonacid Arellano y Trabajadores del Congreso*.

En *Comunidad Indígena Xákmok Kásek versus Paraguay*, sus miembros demandaron al Estado paraguayo por la imposibilidad de restitución de su propiedad ancestral. En 1990 la Comunidad inició un procedimiento administrativo interno con el fin de recuperar sus tierras tradicionales, de acuerdo a lo dispuesto en la Constitución Nacional y leyes internas.²⁵⁹

En 1999 se solicitó al Congreso de la República la expropiación del inmueble, pero el proyecto fue rechazado. Por último, en el 2008 parte de las tierras reclamadas fueron declaradas como reserva natural protegida, lo que vetaba la posibilidad de restitución de ese territorio a la Comunidad indígena, una acción de inconstitucionalidad fue presentada por la Comunidad, sin embargo, el proceso también se suspendió.

Según los denunciantes la imposibilidad de acceder a la propiedad y posesión de su territorio, además de atentar contra la conformación y mantenimiento de la Comunidad, ha implicado mantener en un estado de vulnerabilidad alimenticia, médica y sanitaria a sus miembros, lo que causó, entre otras cosas, la muerte de mujeres embarazadas, niñas, niños y ancianos.

²⁵⁹ **CORTE IDH**, Caso *Comunidad Indígena Xákmok Kásek versus Paraguay*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 24 de agosto de 2010, Serie C, No. 214.

En el estudio del Decreto No. 11.804 emitido el 31 de enero de 2008 que declaró como área silvestre protegida bajo dominio privado a parte del territorio reclamado por la Comunidad y sobre la obligación de respetar los derechos y el deber de adoptar disposiciones de derecho interno, la Corte IDH se pronunció sobre el control de convencionalidad, transcribiendo literalmente lo sostenido en *Almonacid Arellano, La Cantuta, Radilla Pacheco*, entre otros.

Dicho Tribunal declaró inconvencional el Decreto No. 11.804, y así determinó que el Estado debía adoptar las medidas necesarias para que ese decreto no fuera un obstáculo para la devolución de las tierras tradicionales a los miembros de la Comunidad.²⁶⁰

En el caso *Fernández Ortega y otros versus México*,²⁶¹ se argumentó la responsabilidad del Estado mexicano por la violación sexual y tortura en perjuicio de la señora Fernández Ortega ocurrida el 22 de marzo de 2002, por la falta de debida diligencia en la investigación y sanción de los responsables de esos hechos, por la falta de reparación adecuada a favor de la víctima y sus familiares; por la utilización del fuero militar para la investigación y juzgamiento de violaciones a los derechos humanos; y las dificultades que enfrentan las personas indígenas, en particular las mujeres, para acceder a la justicia.

Los demandantes solicitaron al Tribunal que declarará responsable al Estado mexicano *inter alía* por la violación de los artículos 5, 8 y 25 de la Convención Americana, en relación con la obligación general de respeto y

²⁶⁰ Idem, párrafo 311, 312 y 313

²⁶¹ **CORTE IDH**, Caso *Fernández Ortega y otros versus México*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 30 de agosto de 2010, Serie C, No. 215.

garantía de los derechos humanos establecida en el artículo 1.1 del mismo instrumento en perjuicio de la señora Fernández Ortega y de sus familiares.

Asimismo solicitaron a la Corte, al igual que en el caso *Radilla Pacheco*, que ordene al Estado realizar una reforma a los artículos 13 de la Constitución Política y 57 del Código de Justicia Militar con el fin de que establezca de manera clara, precisa y sin ambigüedades, que la justicia militar debe abstenerse, en cualquier supuesto, de conocer sobre violaciones a derechos humanos atribuidas a miembros de las Fuerzas Armadas mexicanas, sin importar si éstos se encuentren o no en servicio activo.

En resolución de esa solicitud, la Corte invocó el control difuso de convencionalidad, para lo cual retomo lo expresado en el caso *Radilla Pacheco*, reproduciendo literalmente los párrafos 338, 339 y 340, adicionándole un contexto que no había hecho hasta ese momento; por medio del cual carga también a los órganos del Estado, y ya no solo al Poder Judicial, con la obligación de velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin.

El caso *Rosendo Cantú y otra versus México*,²⁶² versó sobre la señora Valentina Rosendo Cantú, una mujer indígena perteneciente a la comunidad indígena Me'phaa, que fue violada sexualmente por dos agentes militares en presencia de otros seis mientras lavaba ropa en un arroyo, cuando apenas tenía 17 años.²⁶³

²⁶² **CORTE IDH**, Caso *Rosendo Cantú y otra versus México*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 31 de agosto de 2010, Serie C, No. 216.

²⁶³ **RANGEL HERNÁNDEZ, Laura**, "Sentencias condenatorias al Estado mexicano dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y sus implicaciones en el orden jurídico nacional" en Revista IUS, Vol.5, No.28, julio-diciembre, Puebla, México, 2011, pp. 174-177

La señora Rosendo en compañía de su esposo, interpuso una queja ante la Comisión de Defensa de los Derechos Humanos del estado de Guerrero y una denuncia penal ante el Ministerio Público del Estado, donde fue examinada ginecológicamente. En noviembre de 2003, después de una serie de irregularidades ante las autoridades nacionales, se llevó el caso ante la CIDH y posteriormente ante la Corte IDH.

La demanda se ocupa de la responsabilidad internacional del Estado por la violación y tortura por la falta de debida diligencia en la investigación y sanción de los responsables de esos hechos, por las consecuencias de los hechos del caso en la hija de la víctima, por la falta de reparación adecuada en favor de la víctima y sus familiares, por la utilización del fuero militar para la investigación y juzgamiento de violaciones a los derechos humanos.

Los casos en contra del Estado mexicano poseen la peculiaridad de ser muy parecidos, y por ende la Corte en su pronunciamiento ha sido repetitiva, no significando esto una mala forma, sino solo un modo de resolver. En este caso precisamente al desarrollar el control de convencionalidad, repite en su totalidad lo ya establecido en los casos precedentes, *Radilla Pacheco* y *Fernández Ortega y otros* en los párrafos 218, 219 y 220.

El caso *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña versus Bolivia*,²⁶⁴ se relaciona con la desaparición forzada de los señores Rainer Ibsen Cárdenas y José Luis Ibsen Peña en el marco de la dictadura militar liderada por Hugo Banzer Suárez, seguida de la impunidad en que se encuentran tales hechos, así como la falta de reparación a sus familiares por los daños causados y la incertidumbre sobre el paradero de una de las víctimas.

²⁶⁴ **CORTE IDH**, Caso *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña versus Bolivia*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 1 de septiembre de 2010, Serie C, No. 217

De acuerdo a lo señalado por la Comisión, el paradero del señor Rainer Ibsen Cárdenas fue establecido en el año 2008, cuando sus restos fueron localizados, identificados y entregados a sus familiares, lo cual no ha ocurrido respecto a José Luis Ibsen Peña.

Los representantes de la víctima alegaban que la normativa aplicable a los imputados constituyó un obstáculo para sancionar a los responsables de lo sucedido a las víctimas. Debido a que en los casos en cuestión, las autoridades internas determinaron que los delitos de asesinato y tortura se encontraban prescritos por ser de ejecución inmediata. En síntesis, las perspectivas de obtener justicia en Bolivia mediante el proceso penal interno, son mínimas.

En el marco del examen convencional en relación con la responsabilidad que podría conllevar al Estado de Bolivia a un incumplimiento de sus obligaciones internacionales, la Corte haciendo mención del control difuso consideró que *(...) es consciente de que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. (...) En otras palabras, el Poder Judicial está llamado a ejercer un “control de convencionalidad” ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes (...).*

La mención del control en este caso, no obstante no adiciona nuevos elementos, sí genera diversas dudas, ya que hace a un lado el caso precedente y no menciona a los órganos del Estado como legitimados para ejecutar el control, sino solo al Poder Judicial, lo cual significa en cierto sentido, un retroceso para esta doctrina.

En el caso *Vélez Loor versus Panamá*,²⁶⁵ los hechos se relacionan con la detención en Panamá del señor Jesús Tranquilino Vélez Loor, nacional de Ecuador, y su posterior procesamiento por delitos relacionados con su situación migratoria, sin las debidas garantías y sin la posibilidad de ser oído y de ejercer su derecho de defensa; la alegada falta de investigación de las denuncias de tortura presentadas por el señor Vélez Loor ante autoridades panameñas, así como con las condiciones inhumanas de detención a las cuales habría estado sometido en diferentes centros penitenciarios panameños desde el momento de su privación de libertad el 11 de noviembre de 2002, hasta su deportación a la República del Ecuador el 10 de septiembre de 2003.

Los representantes de la víctima solicitaron a ese Tribunal, entre otras cosas, que ordenara al Estado panameño garantizar que el Decreto Ley No. 3 que derogó la Ley 16 de 30 de julio de 1960, la cual dio fundamento a la privación de la libertad del señor Vélez Loor, y la demás legislación interna en materia migratoria y su aplicación sean compatibles con las garantías mínimas establecidas en los artículos 7 y 8 de la Convención Americana, incluyendo las reformas legislativas que sean necesarias para asegurar que en los procesos migratorios se observen estrictamente todas las garantías convencionales.

La Corte al resolver la sentencia “recuerda” al Estado panameño que debe prevenir la recurrencia de violaciones a los derechos humanos como las ocurridas, debiendo adoptar todas las medidas legales, administrativas y de otra índole que sean necesarias para evitar que hechos similares vuelvan a ocurrir en el futuro, en cumplimiento de sus deberes de prevención y garantía

²⁶⁵ **CORTE IDH**, Caso *Vélez Loor versus Panamá*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 23 de noviembre de 2010, Serie C, No. 218

de los derechos fundamentales reconocidos por la Convención Americana.²⁶⁶

También consideró que el Estado al momento de adoptar las medidas de adecuación “*no se debe limitar al texto constitucional o legislativo, sino que deberá irradiar a todas las disposiciones jurídicas de carácter reglamentario y traducirse en la efectiva aplicación práctica de los estándares de protección de los derechos humanos de las personas migrantes*”.

En ese contexto, la Corte IDH resalto la doctrina del control difuso de convencionalidad estableciendo (...) *cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, quienes ejercen funciones jurisdiccionales también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos de cualquiera de los poderes cuyas autoridades ejerzan funciones jurisdiccionales deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” ex officio (...).*²⁶⁷

Es relevante acotar que el control sufre un cambio a partir de este caso, debido a que la doctrina establecida muta en cuanto a quienes poseen legitimidad para ejercer el control difuso de convencionalidad, en virtud de que se establece que lo pueden ejecutar “*los órganos de cualquiera de los poderes cuyas autoridades ejerzan funciones jurisdiccionales*” de forma similar pero no en forma idéntica al precedente del caso *Fernández Ortega*. Asimismo se amplió el parámetro de la norma controlada, ya que la ejecución del referido examen no solo se limitaría a las leyes secundarias, sino abarcaría a cualquier norma, verbigracia las normas reglamentarias.

²⁶⁶ Idem, párrafo 286

²⁶⁷ Ibídem, párrafo 287.

En el caso *Gomes Lund y otros versus Brasil*,²⁶⁸ trata sobre los hechos que ocurrieron durante el régimen militar que gobernó Brasil entre 1964 y 1985, en ese contexto, surgió, a principios de la década de 1970 un movimiento de resistencia llamado *Guerrilha do Araguaia*, el cual contaba con aproximadamente 70 personas.

El Estado llevó a cabo acciones para reprimir y posteriormente eliminar a la Guerrilla y a finales de 1974 no había más guerrilleros en la región de Araguaia. Aunque inicialmente guardó silencio absoluto, e incluso negó la existencia de la *Guerrilha do Araguaia*, posteriormente el Estado reconoció su responsabilidad por la desaparición forzada de los integrantes de la guerrilla. No obstante, no se han encontrado los restos mortales de las víctimas desaparecidas ni existe información conclusiva sobre lo ocurrido con ellas.

El 28 de agosto de 1979 fue aprobada la Ley de amnistía, concediéndosela, entre otros, a quienes habían cometido crímenes políticos o conexos con estos. En virtud de su interpretación, la Ley de Amnistía absolvió automáticamente todas las violaciones de derechos humanos perpetradas por agentes del Estado, razón por la cual, hasta la fecha, Brasil no ha investigado, procesado o sancionado penalmente a los responsables de dichas violaciones cometidas durante ese régimen militar.

La Corte IDH al examinar si el Estado ha cumplido sus obligaciones internacionales, abordó la temática de la incompatibilidad de las amnistías relativas a graves violaciones de derechos humanos con el derecho

²⁶⁸ **CORTE IDH**, Caso *Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) versus Brasil*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 24 de noviembre de 2010, Serie C, No. 219

internacional, sobre la cual considera que *“las amnistías o figuras análogas han sido uno de los obstáculos alegados por algunos Estados para investigar y, en su caso, sancionar a los responsables de violaciones graves a los derechos humanos”*.

Así también como ya lo mencionó en casos de graves violaciones a los derechos humanos relativos a Perú (*Barrios Altos y La Cantuta*) y Chile (*Almonacid Arellano y otros*), lo reitera en la referida sentencia, considerando que (...) *“son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”*.

La Corte alrededor de este tópico hizo alusión al control difuso de convencionalidad, retomando y transcribiendo lo que ya había establecido en el caso *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña versus Bolivia*.

El caso *Cabrera García y Montiel Flores versus México*,²⁶⁹ se relaciona con la demanda en contra del Estado mexicano por el sometimiento de los señores Teodoro Cabrera García y Rodolfo Montiel Flores a tratos crueles, inhumanos y degradantes, mientras se encontraban bajo custodia del Ejército mexicano, por su falta de presentación ante un juez que controlara la legalidad de la detención, y por las irregularidades acaecidas en el proceso penal que se adelantó en su contra.

²⁶⁹ **CORTE IDH**, Caso *Cabrera García y Montiel Flores versus México*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 26 de noviembre de 2010, Serie C, No. 220

Además, la demanda se refiere a la supuesta falta de debida diligencia en la investigación y sanción de los responsables de los hechos, la falta de investigación adecuada de las alegaciones de tortura, y la utilización del fuero militar para la investigación y juzgamiento de violaciones a los derechos humanos.

En este caso, se dio una situación inusual debido a que el Estado mexicano opuso como excepción preliminar la cuarta instancia, argumentando que el control difuso de convencionalidad ya había sido aplicado en jurisdicción interna. La Corte IDH resolvió desestimar la excepción,²⁷⁰ en vista que el hecho de que el Estado alegue que los tribunales nacionales hayan ejercido *ex officio* un control de convencionalidad entre las normas internas y la Convención Americana, no puede conocerse como una excepción preliminar, sino es cuestión de fondo.²⁷¹

En cuanto a esta excepción el Juez “ad hoc” Ferrer-Mac Gregor, en su voto razonado de esta sentencia acotó *inter alia* que (...) *la jurisdicción interamericana será competente, en determinados casos, para revisar las actuaciones de los jueces nacionales, incluido el correcto ejercicio del “control de convencionalidad”, siempre y cuando el análisis se derive del examen que realice de la compatibilidad de la actuación nacional a la luz de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de sus Protocolos adicionales y de su propia jurisprudencia convencional; sin que ello implique convertir al Tribunal Interamericano en un “tribunal de alzada” o de “cuarta instancia”*.²⁷²

²⁷⁰ Idem, párrafo 22

²⁷¹ Ibidem, párrafo 21

²⁷² **CORTE IDH**, voto concurrente razonado del juez “ad hoc” Eduardo Ferrer-Mac Gregor a la sentencia del caso *Cabrera García y Montiel Flores versus México*, del 26 de noviembre de 2010, párrafo 11

Más adelante, el Tribunal interamericano retoma el control difuso de convencionalidad por segunda vez en la misma sentencia, al ordenar la adecuación del derecho interno a los estándares internacionales en materia de justicia como garantía de no repetición, refrendando lo que ya mencionó en *Radilla Pacheco y Fernández Ortega*.

3.5.2.3 Etapa moderna.

Se le llama así en razón de la evolución jurisprudencial que alcanzó el control difuso de convencionalidad, eliminando barreras antiguas que lo limitaban a ser ejercido por los jueces internos o por órganos que poseyeran jurisdicción, con lo cual se constituyó en un control “nuevo” y renovado; añadiéndosele nuevas características, ampliando el espectro de su ejercicio, dándole competencias que en la etapa inicial eran irrisorias.

En el caso *Gelman versus Uruguay*,²⁷³ en el cual se alegó la desaparición forzada de María Claudia García Iruretagoyena de Gelman desde finales del año 1976, quien fue detenida en Buenos Aires, Argentina, mientras se encontraba en avanzado estado de embarazo. Se presume que posteriormente fue trasladada al Uruguay donde habría dado a luz a su hija, quien fuera entregada a una familia uruguaya, actos que fueron cometidos por agentes estatales uruguayos y argentinos en el marco de la “Operación Cóndor”, sin que hasta la fecha se conozcan el paradero de María Claudia García y las circunstancias en que su desaparición tuvo lugar.

Además los representantes de la víctima alegaron la supresión de la identidad y nacionalidad de María Macarena Gelman García Iruretagoyena,

²⁷³ **CORTE IDH**, Caso *Gelman versus Uruguay*, Fondo y Reparaciones, Sentencia de 24 de febrero de 2011, Serie C, No. 221.

hija de María Claudia García y Marcelo Gelman y la denegación de justicia, impunidad y, en general, el sufrimiento causado a Juan Gelman, su familia, María Macarena Gelman y los familiares de María Claudia García , como consecuencia de la falta de investigación de los hechos, juzgamiento y sanción de los responsables, en virtud de la Ley No. 15.848 o Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado (en adelante Ley de Caducidad), promulgada en 1986 por el gobierno democrático del Uruguay.

La Ley de Caducidad jugó un papel importante que coadyuvo a impedir que los familiares de la víctima fueran oídos por un juez, lo cual violó el derecho a la protección judicial, impidió la investigación, captura, procesamiento y condena de los responsables de los hechos que padeció María Claudia García y obstruyó la aclaración de su destino y paradero.

Esta ley fue aprobada por el Parlamento uruguayo el 22 de diciembre de 1986, la cual otorgo una especie de amnistía, caducando “el ejercicio de la pretensión punitiva del Estado respecto de los delitos cometidos hasta el primero de marzo de 1985 por funcionarios militares y policiales, equiparados y asimilados por móviles políticos o en ocasión del cumplimiento de sus funciones y en ocasión de acciones ordenadas por los mandos que actuaron durante el período de facto”.²⁷⁴

En relación, la Corte consideró que *“la obligación de investigar violaciones de derechos humanos se encuentra dentro de las medidas positivas que deben adoptar los Estados para garantizar los derechos reconocidos en la Convención. El deber de investigar es una obligación de medios y no de resultado, que debe ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio*

²⁷⁴ **LEY DE CADUCIDAD**, artículo 1.

*y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa, o como una mera gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de las víctimas, de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios”.*²⁷⁵

La obligación internacional de procesar a los autores de violaciones de derechos humanos se desprende de la obligación de garantía consagrada en el artículo 1.1 de la Convención Americana. Esta obligación implica el deber de los Estados Parte de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.

La Corte IDH, alrededor de esta temática se refirió, en principio, al examen difuso de convencionalidad reiterando lo ya establecido en los casos precedentes *Almonacid Arellano y otros versus Chile*, *Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia)* y caso *Cabrera García y Montiel Flores*, “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 (...).”²⁷⁶

En el marco del examen de los derechos a las garantías judiciales y protección judicial en relación con la obligación de respetar los derechos, el deber de adoptar disposiciones en derecho interno y las obligaciones sobre

²⁷⁵ **CORTE IDH**, Caso *Gelman versus Uruguay*, Fondo y Reparaciones, Sentencia de 24 de febrero de 2011, Serie C, No. 221, párrafo 184

²⁷⁶ *Ibidem*, párrafo 193.

investigación derivadas de la convención interamericana sobre desaparición forzada de personas, en el caso particular la Corte establece: “*el hecho de que la Ley de Caducidad haya sido aprobada en un régimen democrático y aún ratificada o respaldada por la ciudadanía en dos ocasiones no le concede, automáticamente ni por sí sola, legitimidad ante el Derecho Internacional. La participación de la ciudadanía con respecto a dicha Ley, utilizando procedimientos de ejercicio directo de la democracia (...) se debe considerar, entonces, como hecho atribuible al Estado y generador, por tanto, de la responsabilidad internacional de aquél.*”²⁷⁷

En este caso en específico y debido a las particularidades del mismo, la Corte IDH señala que la incompatibilidad de las normas con la CADH se manifiesta respecto de cualquier forma de amnistía, aun cuando ésta haya sido ratificada democráticamente.

En el párrafo 239 de la sentencia de fondo del mismo caso, la Corte IDH determinó que (...) *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 considerado incluso por la propia Carta Democrática Interamericana (...).*

En ese mismo sentido estableció que (...) *la legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus*

²⁷⁷ Idem, párrafo 238.

características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo “susceptible de ser decidido” por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un “control de convencionalidad”, que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial (...).

El caso Gelman viene a cambiar muchas reglas del juego. Si se le interpreta literalmente, se establece y amplía la competencia para su ejecución al determinar que no importando que una norma se aprobó a través del ejercicio democrático del colectivo, sí esta es contraria a la Convención y su jurisprudencia, los jueces no estarían vinculados a esa norma, sino a la CADH y su interpretación.

En consecuencia, en el ejercicio de esos mecanismos democráticos es necesario realizar un control de convencionalidad el cual podría ser ejecutado por “cualquier autoridad pública” y no solo del poder judicial.

Lo anterior provoca ciertas dudas, lo cual es normal ya que es la primera vez que ese Tribunal menciona la obligación para cualquier autoridad pública, destronando así la labor que antes solo ejercía el poder judicial y los órganos con jurisdicción. Las implicaciones generadas por este *cambio* jurisprudencial y sus consecuencias serán abordadas posteriormente.

En el caso *Chocrón Chocrón versus Venezuela* se alegó una supuesta destitución arbitraria de la víctima del cargo de Jueza de Primera Instancia en lo Penal de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, en ausencia de garantías mínimas de debido proceso y sin una adecuada

motivación, sin la posibilidad de ser oída y de ejercer su derecho de defensa, y sin haber contado con un recurso judicial efectivo frente a violaciones de derechos, todo como consecuencia de la falta de garantías en el proceso de transición del Poder Judicial.²⁷⁸

La demandante fue designada “con carácter temporal” como jueza del Juzgado de Primera Instancia del Circuito Judicial Penal de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas.

El 3 de febrero de 2003, tres meses después de su nombramiento, la Comisión Judicial se reunió y decidió dejar sin efecto su designación, sobre la base de ciertas observaciones que habrían sido formuladas ante los magistrados que conformaban dicha Comisión. Dichas observaciones no fueron reseñadas en la minuta de la reunión de la Comisión Judicial, ni en el oficio mediante el cual se informó a la señora Chocrón Chocrón de dicha decisión.

Al resolver sobre las garantías de no repetición, la Corte expuso la doctrina del control difuso de convencionalidad, acotando: (...) *que el Tribunal Supremo de Justicia, la Comisión Judicial [venezolanos] y los demás órganos disciplinarios deberán velar por la salvaguarda de los derechos de los jueces provisorios y temporales.*

Asimismo este Tribunal (...) *“recuerda 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*

²⁷⁸ **CORTE IDH**, Caso *Chocrón Chocrón versus Venezuela*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 1 de julio de 2011, Serie C, No. 227.

Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin” (...).

La Corte IDH –en la misma sentencia- concluyó que *“independientemente de las reformas legales que el Estado deba adoptar, es necesario que las interpretaciones judiciales referidas a las garantías judiciales y demás derechos de los jueces provisorios y temporales se realicen a la luz de la independencia judicial, adecuándose a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal” (...).*

Con base en el control de convencionalidad, se debe disponer el conocimiento de los hechos que supongan dejar sin efecto nombramientos, remover o destituir jueces temporales o provisorios a la autoridad competente, en el marco de un proceso en el que la persona involucrada pueda ejercer su derecho de defensa, se cumpla con la obligación de motivar la decisión y pueda acceder a un recurso efectivo, garantizando la permanencia debida en el cargo.

Al respecto se advierte que a pesar del efecto *inter partes* de la jurisprudencia en cada caso, la Corte con lo anterior le impone a su jurisprudencia un efecto expansivo.

Ese tribunal interamericano añadió además al parámetro controlante, las interpretaciones judiciales y las garantías que los tribunales ejecutan día a día en su labor jurisdiccional, lo cual conlleva mayor protección de los derechos humanos ante el actuar judicial.

En *López Mendoza versus Venezuela*,²⁷⁹ se alegó la responsabilidad internacional del Estado venezolano al haber inhabilitado al señor López Mendoza para el ejercicio de la función pública por vía administrativa en contravención con los estándares convencionales, y haber prohibido su participación en las elecciones regionales del año 2008.

Al momento de adoptar la decisión de inhabilitación para el ejercicio de la función pública del señor López Mendoza, el Contralor General de la República y, en revisión, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, no elaboraron argumentos adicionales que sustentaran la aplicación de una sanción más gravosa a una multa previamente impuesta, ni ofrecieron argumentos que calificaran el tipo de conducta ilícita y su correspondencia con la imposición de una de las máximas sanciones accesorias.

En este caso la ley que se encontraba bajo los focos convencionales, era la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal (en adelante LOCGRSNCF) que fue adoptada en 2001, la cual precisó los funcionarios y personas que estarían sujetos al control, vigilancia y fiscalización de la Contraloría y dispuso la posibilidad de imponer sanciones por actos, hechos u omisiones generadores de responsabilidad administrativa.

El artículo 105 de la LOCGRSNCF, establecía que la responsabilidad administrativa generaría una sanción de multa y que el Contralor podría imponer sanciones de suspensión, destitución o inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas. Siendo este artículo uno de los hechos que

²⁷⁹ **CORTE IDH**, Caso *López Mendoza versus Venezuela*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 1 de septiembre de 2011, Serie C No, 233

generaron la vulneración de derechos humanos, ya que su redacción y aplicación permiten un alto grado de discrecionalidad a la Contraloría al momento de imponer multas y sanciones.

A ese tenor la Comisión y los representantes de la víctima solicitaron al Tribunal se pronunciará sobre la obligación del Estado venezolano de adoptar las medidas necesarias para adecuar su ordenamiento interno con los estándares internacionales y la obligación de aplicar el control de convencionalidad. En ese contexto la Corte invocó el control convencional a través del párrafo 226, haciendo uso del precedente y transcribiéndolo literalmente. No obstante, en el presente caso la doctrina es de referencia, la Corte advierte que este control ya se realiza en los tribunales de la más alta jerarquía en la región.

La Corte concluye que (...) *independientemente de las reformas legales que el Estado deba adoptar, con base en el control de convencionalidad, es necesario que las interpretaciones judiciales y administrativas y las garantías judiciales se apliquen, adecuándose a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal que han sido reiterados en el presente caso.* En el párrafo anterior, ese tribunal reitera la jurisprudencia de *Chocrón Chocrón*, y aclara de mejor forma la temática en cuanto a la adición de la jurisprudencia como elemento de la norma controlada.

El caso *Fontevicchia y D'Amico versus Argentina*,²⁸⁰ versa sobre la violación del derecho a la libertad de expresión de los señores Jorge Fontevicchia y Héctor D'Amico, quienes eran director y editor, respectivamente, de la revista Noticias. La violación se habría producido en virtud de la condena civil que

²⁸⁰ **CORTE IDH**, Caso *Fontevicchia y D'Amico versus Argentina*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 29 de noviembre de 2011, Serie C, No. 238.

les fue impuesta mediante sentencias dictadas por tribunales argentinos como responsabilidad por la publicación de dos artículos, en noviembre de 1995, en la mencionada revista. Dichas publicaciones se referían a la existencia de un hijo no reconocido del presidente de la nación Argentina señor Carlos Saúl Menem, con una diputada, a la relación entre el ex presidente y la diputada y a la relación entre el primer mandatario y su hijo.

Los representantes de las víctimas alegaron que la normativa argentina, principalmente el artículo 1071 bis del Código Civil contradice el mandato de la Convención Americana, ya que le otorga demasiada discrecionalidad al Juez para determinar la culpabilidad; y la falta de criterios para la determinación del monto de la condena en los casos por daño moral por violación al derecho a la intimidad.

La Corte IDH al resolver sobre la obligación del Estado argentino de adoptar disposiciones de derecho interno en relación con la libertad de pensamiento y de expresión hizo referencia al control difuso de convencionalidad en el mismo sentido que los precedentes *Almonacid Arellano y Cabrera Garcia y Montiel Flores*.

No obstante se hizo mención del control, la Corte concluyó que el Estado argentino no incumplió la obligación general de adoptar disposiciones de derecho interno establecido en el artículo 2 de la Convención Americana, en relación con el derecho a la libertad de expresión, respecto de la legislación civil.

No obstante lo anterior, ese Tribunal destacó *“la importancia de que los órganos judiciales argentinos aseguren que los procedimientos internos en los cuales se debate el ejercicio del derecho a la libertad de expresión,*

*cumplan con el propósito y fin así como las demás obligaciones derivadas de la Convención Americana. De tal modo, es preciso que en el análisis de casos como el presente tengan en cuenta el umbral diferenciado de protección al derecho a la vida privada consecuencia de la condición de funcionario público, la existencia de interés público de la información y la eventualidad que las indemnizaciones civiles no impliquen una inhibición o autocensura de quienes ejercen el derecho a la libre expresión y de la ciudadanía, lo cual restringiría ilegítimamente el debate público y limitaría el pluralismo informativo, necesario en toda sociedad democrática”.*²⁸¹

El caso *Atala Riffo y Niñas versus Chile*²⁸² se relaciona con la alegada responsabilidad internacional del Estado por el trato discriminatorio y la interferencia arbitraria en la vida privada y familiar que habría sufrido la señora Atala debido a su orientación sexual en el proceso judicial que resultó en el retiro del cuidado y custodia de sus hijas M., V. y R. El caso también se relaciona con la alegada inobservancia del interés superior de las niñas cuya custodia y cuidado fueron determinados en incumplimiento de sus derechos y sobre la base de supuestos prejuicios discriminatorios.

Los representantes de las víctimas solicitaron la derogatoria y modificación de toda la normativa chilena que al tenor del artículo 2 de la Convención entrara en conflicto con el derecho a la igualdad entre las personas, perpetuando y validando la discriminación por orientación sexual.

La Corte IDH en el marco de la determinación de las garantías de no repetición y la adopción de medidas de derecho interno, reformas y

²⁸¹ *Ibidem*, párrafo 94 y 95.

²⁸² **CORTE IDH**, Caso *Atala Riffo y Niñas versus Chile*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 24 de febrero de 2012, Serie C, No. 239

adecuación de leyes contra la discriminación, considero que no era pertinente ordenar la adopción, modificación o adecuación de normas del derecho interno chileno, limitándose a examinar la relación entre la aplicación judicial de ciertas normas con prácticas discriminatorias.

Este Tribunal a partir de ese examen, concluyó que con base en el control difuso de convencionalidad y al precedente de *Almonacid Arellano y otros, Chocrón Chocrón y Fontevecchia y D'Amico*, es necesario que las interpretaciones judiciales y administrativas y las garantías judiciales se apliquen adecuándose a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal en el presente caso; lo cual solo ratifica lo ya mencionado en casos anteriores.

El caso *Furlan y familiares versus Argentina*, se relaciona *inter alia* con la responsabilidad internacional del Estado por la falta de respuesta oportuna por parte de las autoridades judiciales argentinas, quienes incurrieron en una demora excesiva en la resolución de un proceso civil por daños y perjuicios en contra del Estado, de cuya respuesta dependía el tratamiento médico de un niño y, posteriormente, adulto con discapacidad.²⁸³

En el año 1988, Sebastián Furlan, quien por entonces tenía 14 años de edad, mientras jugaba en un campo de entrenamiento militar abandonado por el Ejército, en la provincia de Buenos Aires recibió el impacto de un travesaño que le ocasionó una fractura de cráneo y daños cerebrales graves.

Como consecuencia de ello, el padre de Sebastián, inició una acción de daños y perjuicios contra el Estado Nacional a fin de obtener el resarcimiento

²⁸³ **CORTE IDH**, Caso *Furlan y Familiares versus Argentina*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 31 de agosto de 2012, Serie C, No. 246.

por los daños sufridos por su hijo y obtener los medios necesarios para una adecuada rehabilitación. El referido proceso civil que demoró aproximadamente 12 años y tres meses, fijó una indemnización en pesos. Sin embargo, y por aplicación de la ley 23.982 –*consolidación de deudas*–, dicho crédito fue cancelado mediante la suscripción de bonos cuyo monto total recién se podría cobrar en el año 2016.

El Tribunal interamericano al resolver sobre las garantías de no repetición invocó el control difuso de convencionalidad, retomando el último precedente, transcribiendo casi literalmente lo que ya se había mencionado en *Atala Riffo y Niñas*, con lo que fortaleció la jurisprudencia ya establecida en el referido caso.

En el Caso *Masacres de Río Negro versus Guatemala*, se alegó la destrucción de la comunidad maya de Río Negro, mediante una serie de masacres ejecutadas por el Ejército de Guatemala y miembros de las Patrullas de Autodefensa Civil en los años 1980 y 1982, así como sobre la persecución y eliminación de sus miembros, y las posteriores violaciones en contra de los sobrevivientes, incluida la falta de investigación de los mencionados hechos, entre otros argumentos.²⁸⁴

La Corte Interamericana al momento de resolver sobre la obligación de investigar los hechos e identificar, juzgar y, eventualmente, sancionar a los responsables, hizo alusión al control difuso de convencionalidad, mencionando que (...) *cuando un Estado es parte de tratados internacionales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, la Convención*

²⁸⁴ **CORTE IDH**, Caso *Masacres de Río Negro versus Guatemala*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 4 de septiembre de 2012, Serie C, No. 250.

*Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer, dichos tratados obligan a todos sus órganos, incluido el poder judicial, cuyos miembros deben velar por que los efectos de las disposiciones de dichos tratados no se vean mermados por la aplicación de normas o interpretaciones contrarias a su objeto y fin.*²⁸⁵

Con esta sentencia, se consolida el corpus iuris como parámetro controlador, debido a que ya no solamente se señala a la Convención Americana como parámetro, sino se agregan también como norma controlante la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, entre otras.

En el Caso *Masacres del Mozote y lugares aledaños versus El Salvador*,²⁸⁶ se alegó la violación de derechos humanos debido a masacres sucesivas que habrían sido cometidas entre el 11 y el 13 de diciembre de 1981 en el marco de un operativo militar del Batallón Atlacatl junto con otras dependencias militares en siete localidades del norte del Departamento de Morazán, República de El Salvador; en las cuales aproximadamente un millar de personas habrían perdido la vida, incluyendo un alarmante número de niños y niñas.

Los representantes de las víctimas solicitaron a la Corte que ordenara al Estado dejar sin efecto la Ley de Amnistía, debiendo quedar establecido que dada la incompatibilidad de la referida ley con la Convención Americana, esta carece de efectos desde su origen, por lo que no puede constituir un

²⁸⁵ Idem, párrafo 262

²⁸⁶ **CORTE IDH**, Caso *Masacres de El Mozote y lugares aledaños versus El Salvador*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 25 de octubre de 2012, Serie C, No. 252

obstáculo para la investigación, procesamiento y sanción de grave violaciones de derechos humanos cometida durante el conflicto armado salvadoreño.

La Corte IDH al analizar la compatibilidad y efectos de la Ley de Amnistía para la Consolidación de la Paz con la Convención Americana sostuvo que esta Ley ha tenido como consecuencia la instauración y perpetuación de una situación de impunidad, incumpliendo los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, y por ende incumpliendo la obligación de adecuar el derecho interno a la CADH.

Y debido a (...) su manifiesta incompatibilidad con la Convención Americana, las disposiciones de la Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz que impiden la investigación y sanción de las graves violaciones a los derechos humanos sucedidas en el presente caso carecen de efectos jurídicos y, en consecuencia, no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos del presente caso y la identificación, juzgamiento y el castigo de los responsables, ni pueden tener igual o similar impacto respecto de otros casos de graves violaciones de derechos humanos reconocidos en la Convención Americana que puedan haber ocurrido durante el conflicto armado en El Salvador.²⁸⁷

La Corte hizo mención del control difuso de convencionalidad cuando expreso que debido a la incompatibilidad de la Ley de Amnistía con el canon convencional (...) *el Estado debe asegurar que aquélla no vuelva a representar un obstáculo para la investigación de los hechos materia del presente caso ni para la identificación, juzgamiento y eventual sanción de los*

²⁸⁷ Idem, párrafo 296

*responsables de los mismos y de otras graves violaciones de derechos humanos similares acontecidas durante el conflicto armado en El Salvador. Esta obligación vincula a todos los poderes y órganos estatales en su conjunto, los cuales se encuentran obligados a ejercer un control “de convencionalidad” ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes.*²⁸⁸ Posteriormente la Corte hace referencia al precedente ya conocido.

Lo anterior importa una especial relevancia ya que pareciera que el Tribunal Interamericano le proporciona una herramienta al Estado salvadoreño, para procurar que la Ley de Amnistía declarada incompatible con la Convención no vuelva a representar un obstáculo en contra de la debida reparación y justicia en favor de las víctimas como de sus familiares.

El caso *Gudiel Álvarez y otros versus Guatemala* versa sobre la desaparición forzada de 26 víctimas, incluyendo la desaparición forzada y ejecución extrajudicial de Rudy Gustavo Figueroa Muñoz y con la detención y tortura de la niña Wendy Santizo Méndez.²⁸⁹ Además, de acuerdo a la Comisión Interamericana, estos hechos alegados se encuentran en la impunidad, en tanto el Estado de Guatemala no ha realizado una investigación seria y efectiva ni ha identificado ni sancionado a los responsables materiales e intelectuales de los mismos.

Al resolver sobre la obligación de investigar los hechos que generaron las violaciones e identificar, juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables,

²⁸⁸ *Ibidem*, párrafo 318

²⁸⁹ **CORTE IDH**, Caso *Gudiel Álvarez y otros versus Guatemala*, Fondo Reparaciones y Costas, Sentencia de 20 noviembre de 2012, Serie C, No. 253

así como determinar el paradero de las víctimas, la Corte Interamericana se refirió al control difuso de convencionalidad de forma idéntica a como ya lo había hecho *en Masacres de Río Negro*.

El Caso *Masacre de Santo Domingo versus Colombia*,²⁹⁰ versa sobre un bombardeo perpetrado el 13 de diciembre de 1998 por la Fuerza Aérea Colombiana en la vereda de Santo Domingo, municipio de Tame, departamento de Arauca.

El 13 de diciembre de 1998 a las 10:02 am, la tripulación de un helicóptero de la Fuerza Aérea Colombiana (FAC) lanzó un dispositivo *cluster*, compuesto por seis bombas de fragmentación, sobre la zona urbana de la vereda de Santo Domingo, lo que resultó en 17 civiles muertos, entre ellos cuatro niños y dos niñas, y 27 civiles heridos, entre ellos cinco niñas y cuatro niños. Los miembros de la Fuerza Pública que tripulaban las aeronaves tenían conocimiento de la calidad de civiles de esas personas.

En el presente caso la Corte Interamericana efectúa un análisis del control de convencionalidad, dejando de lado la referencia a casos precedentes y profundizando en su análisis más allá de su origen jurisprudencial.

Es así como expresa que (...) *“el Estado es el principal garante de los derechos humanos, de manera que, si se produce un acto violatorio de dichos derechos, es el propio Estado quien tiene el deber de resolver el asunto a nivel interno y, en su caso, reparar, antes de tener que responder ante instancias internacionales como el Sistema Interamericano, lo cual deriva del carácter subsidiario que reviste el proceso internacional frente a los sistemas nacionales de garantías de los*

²⁹⁰ **CORTE IDH**, Caso *Masacre de Santo Domingo versus Colombia*, Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones, Sentencia de 30 de noviembre de 2012, Serie C, No. 259

derechos humanos.²⁹¹ Esas ideas también han adquirido forma en la jurisprudencia reciente bajo la concepción de que todas las autoridades y órganos de un Estado Parte en la Convención tienen la obligación de ejercer un “control de convencionalidad”.

En este caso, la Corte se pronuncia casi de igual forma que en el de *Gelman*, y reitera la variante del sujeto legitimado para ejercer dicho control en cuanto a todos los órganos de un Estado, precedente establecido en *Fernández Ortega y otros*.

Determinado lo anterior, este Tribunal desarrolló una especie de concepto del examen de convencionalidad, describiéndolo como (...) “un control dinámico y complementario de las obligaciones convencionales de los Estados de respetar y garantizar derechos humanos, conjuntamente entre las autoridades internas y las instancias internacionales, de modo que los criterios de decisión puedan ser conformados y adecuados entre sí.

3.5.2.4 El control difuso de convencionalidad: una pauta evolucionista.

El desarrollo del control difuso de convencionalidad ejercido por los jueces internos también deriva de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, trayendo consigo deberes y obligaciones para las jurisdicciones nacionales, las cuales quedaron vinculadas desde *Almonacid Arellano*, no obstante haberse mencionado de forma menguada, ya que se especificó que este deber era una “especie” de control de convencionalidad.

Sin embargo, no necesariamente con la expresión “especie”, se denotaba que hubiera dudas acerca de lo que realmente constituía, sino que la

²⁹¹ Idem, párrafo 142

intención era demostrar que ese nuevo control, era “parecido” o “semejante” al control concentrado.

Poco después, esa posición quedó superada con *Trabajadores cesados del Congreso*, y la doctrina avanzó obligando a los jueces internos a realizar el control de forma oficiosa, pero debiendo considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia.

En el caso de *La Cantuta* respecto a Perú, el Tribunal reiteró los estándares fijados hasta el momento en las sentencias de *Almonacid Arellano* y *Trabajadores cesados del Congreso*.

Hasta ese momento, el examen de convencionalidad era definido como una herramienta jurídica de aplicación de oficio, obligatoria para los órganos del Poder Judicial, complementaria al control de constitucionalidad, que permite garantizar que la actuación de dichos órganos resulte conforme a las obligaciones contraídas por Estado respecto del Tratado del cual es parte.²⁹²

En los casos *Boyce*, *Fermín Ramírez*, *Raxcacó Reyes* y *Heliodo Portugal* solamente se hizo referencia a lo ya establecido en los casos precedentes. En *Radilla Pacheco* se añade el papel constructivo y armonizante del control al referirse a la interpretación y aplicación del derecho local según la CADH y jurisprudencia.

En 2010, la Corte Interamericana se dedicó a reiterar y consolidar su jurisprudencia en cuanto al control de convencionalidad difuso en los casos

²⁹² **IBAÑEZ RIVAS, Juana María**, “Control de convencionalidad: precisiones para su aplicación desde la jurisprudencia de la Corte IDH” en *Anuario de Derechos Humanos* 2012, No. 8, Chile, 2012, p. 108

Manuel Cepeda Vargas, Comunidad Indígena Xákmok Kásek, Rosendo Cantú, Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña, Vélez Looor, Gomes Lund y otro. En el mismo año, en *Fernández Ortega y otros y Cabrera Garcia y Montiel Flores* la Corte realizó en ambos casos una precisión clave en lo que concierne a los órganos del Estado obligados a aplicar dicho control.

En ese caso, la Corte IDH refiriéndose en cuanto a quien está legitimado procesalmente para ejercer el control, precisó que no solo los jueces, sino *los órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles* están en la obligación de ejercer el control, en virtud que en algunos Estados los tribunales constitucionales constituyen órganos independientes del Poder Judicial.

La intención de ese Tribunal es clara al definir que la doctrina de convencionalidad se debe ejercer por todos los jueces independientemente de su formal pertenencia o no al Poder Judicial y sin importar su jerarquía, grado, cuantía o materia de especialización.

No queda duda que el control debe realizarse por cualquier juez o tribunal que materialmente realice funciones jurisdiccionales, incluyendo a las Cortes Salas o Tribunales constitucionales de los Estados que han suscrito o se han adherido a la CADH.

En el caso *Gelman*, el Tribunal interamericano estableció cambios importantes en un contexto inusual, por lo cual realizó un nuevo aporte en cuanto a las implicancias del control de convencionalidad, añadiendo como parámetro controlado a las “instancias democráticas” y como sujeto obligado a toda autoridad pública. Es decir, desde este caso, el control de convencionalidad obliga a ejecutarlo a las autoridades públicas de los

diferentes órganos del Estado que posean o no jurisdicción, y no solo a los órganos vinculados a la administración de justicia.

Es importante detenerse en este caso, ya que el mismo genera muchas dudas e implicaciones acerca de cómo y en qué momento debe aplicarse el control de convencionalidad por las demás autoridades públicas no vinculadas a la administración de justicia.

Es necesario aclarar que no todas las autoridades públicas pueden ejercer funciones jurisdiccionales, entonces las que si las poseen están obligadas a ejercerlo de la forma que lo ha establecido la Corte IDH, en cambio, las que no poseen estas funciones deben de ejercer un análisis de observancia de los tratados, es decir, en el desarrollo de sus funciones, estas autoridades deben someter sus acciones a un examen de compatibilidad, en el sentido de que sus actuaciones sean “conformes” al canon convencional.

En el caso *Chocrón Chocrón*, como ya lo había hecho en *Radilla Pacheco*, el Tribunal añadió como parámetro controlado a las interpretaciones y garantías judiciales, debiendo ser estas tomadas a la luz de la independencia judicial, adecuándose a los principios establecidos en la jurisprudencia de la Corte. En *López Mendoza, Fontevecchia y D’Amico, Atala Riffo, Furlan y familiares, Masacres de Río Negro, Masacres del Mozote y lugares aledaños, Gudiel Álvarez y otros versus Guatemala* la Corte reitera sus precedentes.

En la sentencia del caso *Masacres de Río Negro* en 2012, el Tribunal interamericano reiteró el parámetro controlante, estableciendo que en la ejecución del control debe tenerse en cuenta además de la CADH, a los demás instrumentos interamericanos. Con esto, la Corte Interamericana aclaró un debate doctrinario que se había generado en virtud de algunos

votos razonados y la aplicación del control concentrado por la misma Corte, estableciendo que el control difuso si debe ser realizado sobre los demás tratados del sistema interamericano.

Y finalmente en el caso *Masacre de Santo Domingo* respecto a Colombia, la Corte IDH desarrolla una especie de concepto del control, describiéndolo como un control dinámico y complementario de las obligaciones convencionales de los Estados de respetar y garantizar derechos humanos, conjuntamente entre las autoridades internas y las instancias internacionales. Hasta el momento dicho Tribunal no ha emitido otra sentencia condenatoria en el que se mencione la figura, siendo este el último precedente conocido. Con todo lo anterior, se advierte que esta multiplicidad de sentencias permite detectar ya la existencia de un derecho procesal transnacional, afirmativo del control de convencionalidad en el sistema interamericano.

Es cierto que aunque la Corte IDH no ha sido lineal y consecuente en su jurisprudencia, no es posible soslayar el desarrollo y evolución jurisprudencial que ha obtenido esta doctrina, por la cual las jurisdicciones internas suscriptoras de la Convención están obligadas a llevarlo a cabo, ejecutándolo de acuerdo a sus procedimientos y procesos internos ya establecidos o por establecer.

3.5.3 Consideraciones.

El control de convencionalidad ha adquirido notoriedad en los últimos años, el cual si bien no es tan viejo como el mundo, sí es tan viejo como la vigencia misma de la CADH. Ese control es el que usualmente ha realizado y realiza hasta el momento la Corte Interamericana en sus sentencias.

De acuerdo a *Brewer Carías*, lo mismo sucede en el caso del control como obligación para los jueces internos, ya que considera que a lo largo de los años los jueces o tribunales nacionales han juzgado la validez de los actos del Estado, al confrontarlos no sólo con la Constitución respectiva, sino con el elenco de derechos humanos y de obligaciones de los Estados contenidos en la Convención Americana. Decidiendo en consecuencia, conforme a sus competencias, la anulación de las normas nacionales o su desaplicación en el caso concreto. Por lo tanto, lo que realmente viene siendo nuevo es la acuñación del término, y no su instauración.²⁹³

La afirmación de *Brewer Carías* es parcialmente cierta, ya que según los mismos dichos de la Corte, varias jurisdicciones ya lo habían ejercido desde mucho antes que se plasmara en votos razonados o sentencias de casos contenciosos; por ejemplo, Costa Rica, República Dominicana, Perú y Brasil, entre otros. Lo cual, ratifica esa parte de la teoría; no siendo cierto la otra parte, ya que en esa época aún no se inaplicaban las normas inconvencionales.

Fueran ciertas o no las aseveraciones de *Brewer Carías*, el control difuso de convencionalidad se ha convertido en un modelo de protección multinivel como lo afirma *Bazán*, ya que se constituye como un genuino y eficaz recurso judicial que opera como llave de ingreso a la jurisdicción interna.

Lo cual permitirá abrir el camino para que los criterios hermenéuticos del derecho internacional de los derechos humanos, tales como las pautas *pro*

²⁹³ **BREWER-CARÍAS, Allan**, *El control de convencionalidad, con particular referencia a la garantía del derecho a la protección judicial mediante un recurso sencillo, rápido y efectivo de amparo de los derechos humanos*, septiembre, Costa Rica, 2012, p. 3, disponible en: www.academia.edu/4218617/El_control_de_convencionalidad_con_particular_referencia_a_la_garantia.., consultado el 20 de noviembre de 2012.

persona y pro actione, puedan ser trasvasados al ámbito interno mediante la interpretación conforme y/o control de convencionalidad.²⁹⁴

Se aclara, que el control de convencionalidad es en *stricto sensu* un tipo de control judicial de leyes con base en tratados internacionales, en el cual se ven reflejados los compromisos, que el Estado en su momento adquirió, de respetar y hacer respetar las disposiciones de la Convención por medio de la aplicación e interpretación de los tratados de derechos humanos.

Castilla en su tesis discordante, advierte que el control de convencionalidad no es tal, debido a que su acuñación es producto de la inoperancia de las jurisdicciones internas al aplicar los tratados de derechos humanos, ya que la Corte se vio en la necesidad de mencionarlo como un método para forzar a los jueces nacionales a cumplir sus deberes y obligaciones adquiridas.

Este estudio concuerda con la posición de *Castilla*,²⁹⁵ ya que es cierto que esa fue una de las razones del surgimiento de la expresión “*control difuso de convencionalidad*”, sin embargo dicha razón no determina o convierte a este control en uno “falso” o inexistente, sino solo afirma las causas de su origen.

La disidencia de *Karlos Castilla*, va más allá de la primera apreciación, ya que afirma que la Corte IDH no pidió a las jurisdicciones internas un control de convencionalidad, debido a que este solo puede ser ejecutado por la misma Corte. Con ello, deja entrever que los jueces internos solo podrían

²⁹⁴ **BAZAN, Víctor**, “Control de convencionalidad, aperturas dialógicas e influencias jurisdiccionales recíprocas”, en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, N°18, 2º Semestre, Fundación Profesor Manuel Broseta, Instituto de Derecho Público Universidad Rey Juan Carlos, Valencia, España, 2012, p. 81

²⁹⁵ **CASTILLA, Karlos**, “¿Control interno o difuso de convencionalidad? una mejor idea: la garantía de tratados” en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. XIII, México, 2013, p. 78

ejecutar una “especie” de control.²⁹⁶ Sin embargo, no obstante el jurista referido ha sido muy agudo en sus valoraciones, debido a la evolución y desarrollo jurisprudencial de la doctrina del control, esa teoría ha quedado ya superada.

La aplicación del control de convencionalidad por los órganos jurisdiccionales, demuestra la vigencia y fuerza normativa de la CADH, la cual se difumina a lo largo del orden jurídico interno, sin que existan ámbitos de competencia que limiten o restrinjan su eficacia.

Su predominio no subyace en la delimitación de ámbitos de competencia por materia o grado, si no que su vigencia se desdobra en todo el Estado, es decir, su fuerza y superioridad no está condicionado por ningún criterio de atribución o distribución.

3.5.4 Características del control difuso.

3.5.4.1 Legitimación.

Aún existen discusiones acerca de quién está autorizado para ejercer el control difuso de convencionalidad, si se trata de todos los jueces internos o solamente de los habilitados para ejecutar el control de constitucionalidad. Esta discusión es plausible debido a lo establecido por la Corte en la sentencia de *Trabajadores cesados del Congreso*,²⁹⁷ pudiendo entenderse con ello, que existe como un elemento de validez, la calidad de ser juez que ejerce el control de constitucionalidad.

²⁹⁶ **CASTILLA, Karlos**, “El control de convencionalidad: un nuevo debate en México a partir de la sentencia del caso *Radilla Pacheco*”, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. XI, México, 2011, pp. 601-603.

²⁹⁷ “(...) los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también de convencionalidad, entre las normas internas y la CADH”

Si se tomara esa teoría como válida, implicaría que en países como Chile, Costa Rica, Uruguay y Panamá, los jueces que no aplican el control de constitucionalidad, estarían inhibidos de efectuar el control convencional.

Sin embargo, la referida posición se vio superada en *Rosendo Cantú*, adonde se refiere “a todos sus órganos –del Estado- incluidos sus jueces”, en *Vélez Loor* a los “órganos de cualquiera de los poderes cuyas autoridades ejerzan funciones jurisdiccionales”, en *Cabrera García y Montiel Flores* “a los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles”, y posteriormente en *Gelman* se refiere a “tarea de cualquier autoridad pública y del Poder Judicial”, siendo reiterado esta posición en *Masacre de Santo Domingo*.

Como puede apreciarse, la intencionalidad de la Corte era y sigue siendo, definir que este control debe ser ejercido por “todos los jueces” independientemente de su formal pertenencia o no al Poder Judicial y sin importar su jerarquía, grado, cuantía o materia de especialización.²⁹⁸ No obstante lo anterior, con discordancia del caso *Gelman*.

En ese caso, la Corte IDH expandió las fronteras operativas del control difuso de convencionalidad, entronizando la tutela de los derechos humanos como límite a las mayorías en el despliegue de la vida democrática. Ese tribunal ha involucrado *expressis verbis* en la obligación de aplicación a cualquier *autoridad pública*, lo que representa un mandato con un tenor tal de generalidad que, de no ser debidamente delimitado por la Corte, es posible

²⁹⁸ **FERRER MAC-GREGOR, Eduardo**, “*Interpretación Conforme y Control difuso de convencionalidad, el nuevo paradigma para el juez mexicano*” en **CARBONELL, Miguel, et. al.**, *La Reforma Constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, 1era. Edición, Serie Doctrina Jurídica, No. 609, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2011, p. 376

intuir que traerá aparejadas más dificultades operativas en el plano interno.²⁹⁹

En síntesis, el sujeto legitimado para ejercer el control difuso de convencionalidad en sede nacional es cualquier autoridad pública, incluyendo a cualquier juez o tribunal que materialmente realice funciones jurisdiccionales, con lo anterior se incluyen, las cortes, salas o tribunales constitucionales.

3.5.4.2 Difuso.

En este caso, existe una asimilación de conceptos constitucionales, particularmente, al trasladar las garantías constitucionales como instrumentos procesales para la tutela de los derechos fundamentales a las garantías convencionales como mecanismos jurisdiccionales y *cuasi jurisdiccionales* para la tutela de los derechos humanos previstos en los tratados internacionales cuando el derecho interno no ha sido suficiente.³⁰⁰

Una de las manifestaciones de la internacionalización de las categorías constitucionales es, precisamente la concepción difusa del control, ya que ésta, parte de la arraigada connotación del control difuso de constitucionalidad en contraposición con el control concentrado que se realiza en los Estados por las altas jurisdicciones constitucionales.³⁰¹

²⁹⁹ **BAZAN, Víctor**, "El control de convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas" en **NASH, Claudio y Víctor BAZAN**, *Justicia constitucional y derechos fundamentales: el control de convencionalidad*, 1era. Edición, Centro de Derechos Humanos, Konrad Adenauer Stiftung, Universidad de Chile, Colombia, 2012, p. 30

³⁰⁰ **FERRER MAC-GREGOR, Eduardo**, "Interpretación Conforme y Control difuso de convencionalidad, el nuevo paradigma para el juez mexicano" en **CARBONELL, Miguel, et. al.**, *La Reforma Constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma* Op. cit., p. 377

³⁰¹ Véase supra 2.2 La Internacionalización del derecho constitucional.

Esto se consolida con lo mencionado por el ex juez interamericano *Sergio García Ramírez* en su voto razonado en el caso *Trabajadores cesados del Congreso*, en donde expuso acertadamente, que este control puede tener carácter difuso, es decir, quedar en manos de todos los tribunales cuando éstos deban resolver asuntos en los que resulte aplicables las estipulaciones de los tratados internacionales de derechos humanos.

Se puede agregar también que su naturaleza difusa procede debido a que el examen de compatibilidad en este caso, se conoce bajo un régimen incidental.

En virtud de lo anterior, los jueces nacionales se convierten en los primeros intérpretes de la normativa internacional, considerando el carácter subsidiario, complementario y coadyuvante de los órganos interamericanos con respecto a los previstos en el ámbito interno de los Estados y la misión que ahora tienen para salvaguardar el *corpus iuris* interamericano a través de este nuevo control.

3.5.4.3 A petición de parte u oficio.

Está claro que el control difuso de convencionalidad puede ejecutarse a petición de parte, ya que es aplicable e invocable en sede nacional en virtud de la Convención Americana y la Convención de Viena de los Tratados. Entonces, basta con que el abogado parte en el proceso invoque tal figura jurídica en el desarrollo de un proceso ordinario o constitucional, para que el juez en virtud de sus obligaciones internacionales resuelva la petición.

En cambio, la aplicación *ex officio* constituye una precisión de la doctrina original y es implantada desde *Trabajadores cesados del Congreso*,

manteniéndose firme a partir de ahí, quedando así instituida. El juez sin necesidad de petición de las partes, ejecutará un análisis de compatibilidad entre el *corpus iuris* interamericano y la normativa interna, con el fin de determinar si la norma aplicada en cuestión es convencional o inconvencional.

Esta aplicación oficiosa puede *inter alia* explicarse con la práctica del principio *iura novit curia*; es decir, cuando el juez nacional aplica el conocimiento de los estándares internacionales para resolver casos que está conociendo, pese a que las partes procesales no hayan invocado dicha jurisprudencia.³⁰²

Si se hace una analogía con el control de convencionalidad acerca de lo que explica Haro,³⁰³ se concibe que la falta de solicitud no inhibe al juez de aplicar el control, ya que ésta constituye una cuestión inherente en la facultad de los jueces con el fin del efectivo cumplimiento de obligaciones procedentes del DIDH.

De acuerdo a Bazán, la declaración de inconvencionalidad es una cuestión de derecho y no de hecho, por lo que la resolución de oficio no quiebra la igualdad de las partes en el proceso, ni afecta la garantía de defensa en juicio, la que no podría ser argüida frente al derecho aplicable para dirimir la contienda. Tampoco implica que el juez falle *extra petita* ni que soslaye el principio de congruencia, en tanto el juez nacional se atiene a las cuestiones planteadas y a las cuestiones fácticas invocadas en el proceso.³⁰⁴

³⁰² **BAZAN, Víctor**, “La Corte IDH y las Cortes nacionales: acerca del control de convencionalidad y la necesidad de un dialogo jurisprudencial sustentable.” Op. cit., p. 7

³⁰³ **HARO, Ricardo**, *Constitución, poder y control*, 1era. Edición, Serie Doctrina Jurídica, No. 116, México, 2002, p. 226

³⁰⁴ *Ibidem*.

3.5.5 Usos del control difuso de convencionalidad.

El control difuso de convencionalidad además de ser una herramienta de control y de resolución de conflictos normativos, puede constituirse como mecanismo integrador, armonizador o destructor de la norma inconvencional. Sus usos o beneficios ya están favoreciendo a los Estados y sus sistemas jurídicos con la aspiración primordial de implantar un *ius commune* interamericano que constituya un estándar normativo mínimo que respetar.

3.5.5.1 Herramienta armonizadora y destructiva.

La armonización de los tratados de derechos humanos con el derecho interno es de uso frecuente en las jurisdicciones nacionales, ya que los jueces internos prefieren tomar posiciones conciliatorias antes que prescriptivas. Algunas veces, el marco normativo internacional vinculante para los Estados no encuentra correspondencia con el derecho interno, es por eso que se requiere armonizar ambos cuerpos legales a fin de garantizar una adecuada protección de valores y derechos fundamentales.

El control difuso de convencionalidad como figura contralora a la luz de las obligaciones convencionales de los Estados, cumple su función al servir como herramienta armonizadora con la norma inconvencional. Los jueces salvadoreños –como se verá más adelante- pueden hacerlo efectivo con el fin de ejercer una labor de interpretación de la norma nacional acorde a los estándares internacionales.

Con esta armonización los jueces no incumplen sus obligaciones constitucionales y convencionales, sino al contrario, al utilizar esta vía en el

transcurso de un caso en concreto el juez estaría aplicando un control *indirecto o implícito*.

Ahora bien, el control destructivo que parecería la posición enemiga de la armonización, es otra vía por la cual las jurisdicciones internas intentan cumplir con sus obligaciones convencionales al igual que la postura anterior, pero ya no buscando una posición conciliadora, sino invalidando y dejando sin aplicación la norma que resulte *anticonvencional*.

Esta invalidación se desarrolla debido a la necesidad de que esta norma no vuelva a esgrimir violaciones de derechos humanos, en casos similares o disimiles, con lo cual se evita una posible responsabilidad internacional. Al ejercer los jueces este rol destructivo o represor de normas estarían aplicando en su jurisdicción un *control directo*.

3.5.6 Efectos del control difuso de convencionalidad.

El resultado de la declaración de inconvencionalidad en virtud del examen directo de compatibilidad entre normas, consiste en dejar sin efectos jurídicos aquellas normas o interpretaciones inconvencionales realizando la declaración de invalidez respectiva de la norma o normas.

En efecto, los jueces internos únicamente pueden desaplicar para el caso concreto y con efectos jurídicos *inter partes* la norma o disposición local declarada "*inconvencional*", al carecer de las competencias que ostentan los Tribunales y Salas constitucionales.

Según la Corte IDH, ésta inconvencionalidad conllevaría una inaplicabilidad de la norma con consecuencias *ex tunc*, debido a que ese tribunal en

Almonacid Arellano, expresó que la norma inconvencional carece de efectos jurídicos “desde un inicio”; precedente que se siguió reiterando en asuntos relacionados con leyes de auto amnistía en los casos *La Cantuta*, *Barrios Altos* y *Gomes Lund*.³⁰⁵

Ni la Convención, ni la jurisprudencia mencionan *expressis verbis* la temporalidad de los efectos de la declaratoria de inconvencionalidad de una norma nacional. Sin embargo, no debe dejarse de lado que por principio, toda violación a los derechos humanos debe ser reparada en su integridad, y por consecuencia, los efectos deben tener consecuencias hacia el pasado.

Estos efectos estarían fundamentados en lo expresado por la Convención Americana, el cual establece que “*cuando se decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada*”.³⁰⁶

Si bien es cierto que la norma citada se refiere a las atribuciones de la Corte, *mutatis mutandi*, y utilizando el hecho de que al ejercer el control de convencionalidad el juez nacional se vuelve juez interamericano, este debe garantizar el efectivo goce del derecho o libertad violado. Es decir, es necesario reparar las consecuencias que generaron las normas inconvencionales, y ese objetivo, solo se puede lograr dejando sin efectos la norma declarada inconvencional desde que entró en vigencia y no a partir de la inaplicación.

³⁰⁵ Véase supra 3.5.2.2 Etapa intermedia.

³⁰⁶ **CADH**, artículo 63.1.

La Corte IDH expresó en el caso *Las Palmeras*,³⁰⁷ que de acuerdo con el artículo 63.1 de la CADH, cuando esa Corte ha comprobado la violación de una de sus normas, ha de disponer “*que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos, y que esos daños “comportan el deber de repararlo adecuadamente”*”,³⁰⁸ recogiendo en esa aseveración una norma consuetudinaria que es uno de los principios fundamentales del Derecho Internacional contemporáneo sobre responsabilidad de un Estado”.³⁰⁹

Estos efectos son necesarios como garantía de cumplimiento de las disposiciones convencionales, ya que constituye un principio que se relaciona tanto con las normas sustantivas como con las de contenido procesal, entre ellas las referidas a los modos de reparación.³¹⁰

Es decir, para garantizar el efecto útil y la garantía práctica y eficaz de los derechos humanos, es procedente el argumento que las normas u actos al ser declaradas inconvencionales carecerían de efectos jurídicos desde su promulgación u origen, es decir efectos *ex tunc*.

³⁰⁷ **CORTE IDH**, *Caso Las Palmeras versus Colombia*, Reparaciones y Costas, Sentencia de 26 Noviembre de 2002, Serie C, No. 96, párrafo 37

³⁰⁸ **CORTE IDH**, *Caso Chitay Nech y otros versus Guatemala*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 25 de mayo de 2010, Serie C, No. 212.

³⁰⁹ **CORTE IDH**, *Caso de los Niños de la Calle versus Guatemala*, Reparaciones y Costas, Sentencia de 26 de mayo de 2001, Serie C, No. 77, párr. 62

³¹⁰ **LOIANNI, Adelina**, “Evolución de la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de reparaciones” en **FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y Arturo Zaldívar, LELO DE LARREA**, *La ciencia del Derecho Procesal Constitucional: Derechos Humanos y Tribunales Internacionales*, Tomo IX, Serie Doctrina Jurídica, No. 444, UNAM, México, 2008, p. 520

CAPITULO IV
CONTROL DIFUSO DE CONVENCIONALIDAD A CARGO DEL JUEZ
INTERNO SALVADOREÑO.

4.1 Consideraciones previas.

Basta plantearse la posibilidad de una hipotética ejecución del examen convencional dentro del ordenamiento salvadoreño para que emerjan a la luz problemas que se arrastran desde hace mucho, los cuales se basan en dudas y contradicciones acerca de la vigencia y aplicación del derecho internacional en las jurisdicciones internas.

Sin embargo, como ya se estudió previamente, su aplicabilidad y operacionalización es factible gracias a la convergencia del derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos, permitiendo aplicar en las jurisdicciones internas estos tratados, llegando a instaurar con ello un pluralismo jurídico.

Dicho pluralismo no solo intenta capturar el complejo escenario que presenta la convergencia entre las ramas antes aludidas, sino también se identifica con la coexistencia de diversos órdenes jurídicos nacionales en el mundo, la dispersión de fuentes de producción y de decisión jurídicas, y la pérdida del poder monopólico del Estado sobre el derecho.

Este ha operado como un cambio de paradigmas en la mayoría de los Estados actuales, avanzando hacia la constitucionalización del DIDH y dejando atrás las concepciones anticuadas que se basaban en la superioridad de la ley interna y que no tenían como objetivo central la protección de la dignidad humana.

Es así como la tutela de los derechos humanos en sede nacional se establece como paradigma de vigencia, aplicabilidad y jerarquía de las normas de fuente internacional en el derecho interno de cada Estado. Sin duda uno de los puntos trascendentales de este nuevo modelo de Estado es la preponderancia de la dignidad humana, alrededor de la cual giran los derechos humanos, mismos que a su vez le dan sustento y fundamento.

En ese sentido es que este capítulo analizará el funcionamiento del derecho internacional en la jurisdicción salvadoreña, más específicamente, la operacionalización del control convencional en sede aplicativa, la cual se encuentra estrechamente relacionada con el rango constitucional que los tratados internacionales ostentan, con las obligaciones internacionales adquiridas y con los mismos mandatos constitucionales.

4.2 Jerarquía de normas internacionales.

4.2.1 Rango constitucional de los tratados de derechos humanos.

Se aclara *ab initio* que la jerarquización establecida por la Constitución salvadoreña hace alusión a los tratados internacionales en general, sin reconocer ninguna jerarquía expresa a los de derechos humanos, recibándose los mismos en el derecho interno de forma global junto con los clásicos; lo cual no es óbice, como se verá más adelante, para afirmar que los mismos no estén tutelados tácitamente.

Con el fin de estudiar la jerarquía de los tratados, en principio se establecerá lo extraído de lo preceptuado por los artículos 144, 145 y 149 de la Ley Suprema, finalizando con un análisis jurisprudencial constitucional que establecerá *-con mayor concreción-* una conclusión acertada del rango que dichos tratados obtienen en el ordenamiento salvadoreño.

El artículo 144 de la Constitución de la República textualmente prevé:

“Los tratados internacionales celebrados por El Salvador con otros Estados o con organismos internacionales, constituyen leyes de la República al entrar en vigencia, conforme a las disposiciones del mismo tratado y de esta Constitución. La ley no podrá modificar o derogar lo acordado en un tratado vigente para El Salvador.

...

En caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalecerá el tratado”.

Del contenido de la norma precitada se extrae que la jerarquía con la cual se recibe el derecho internacional es la de ingresar al ordenamiento jurídico con rango legal, es decir, en igualdad jerárquica con las leyes secundarias.

Esta es una interpretación literal del inciso primero del artículo en mención, el cual equipara ambas normativas y les otorga el rango de norma secundaria. En cuanto a la parte final del inciso primero y el inciso segundo, establecen una especie de reglas hermenéuticas que fijan soluciones en caso de conflictos normativos.

En lo referente a la relación de los tratados con la Constitución, el contenido del artículo 145 prohíbe enfáticamente la ratificación de tratados que restrinjan o afecten disposiciones constitucionales, a menos que la ratificación se haga con las reservas correspondientes; lo cual se complementa con en el artículo 149 Cn. que otorga a los jueces internos la facultad de declarar la inaplicabilidad de las disposiciones de cualquier tratado contrarias a los mandatos constitucionales. En consecuencia e interpretando los dos preceptos anteriores, los tratados internacionales en

cuanto a la Constitución están subordinados bajo ella, y por ende, ostentan rango infraconstitucional.

Esta jerarquía normativa establecida en la norma fundamental parece ser inequívoca y estática, pero basta analizar la jurisprudencia vertida por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia en el tema particular, para que se generen diferentes posturas acerca de su verdadera posición.

4.2.1.1 Posturas de la Sala de lo Constitucional.

Conviene recordar que uno de los postulados de la seguridad jurídica en cualquier ordenamiento jurídico es la clarificación de una graduación o jerarquía normativa a partir de los enunciados constitucionales de cada Estado. La misma no solo se desprende del texto –estático- de la Ley Suprema, sino de la jurisprudencia constitucional dinámica que irradia a los mismos preceptos constitucionales, ya que esta retoma el contexto social, económico y político que un país atraviesa, a fin de regular conductas y hechos que la Constitución en su momento no tomo en cuenta.

A partir de dichas consideraciones se abordaran las posturas que ese Tribunal adoptó en sus fallos, lo cual ayudará a comprender de mejor forma la dimensión actual de tal jerarquía en el sistema de fuentes salvadoreño.

Entre uno de los pronunciamientos de ese tribunal constitucional en derredor del tema es posible mencionar el Habeas Corpus *Rivera*, en el cual se estableció que los derechos humanos no son una mera enunciación formal, sino que constituyen plena garantía para ser barreras que frenen las arbitrariedades del poder del Estado, lo cual hace necesario interpretar y

aplicar normas secundarias de conformidad con las normas internacionales de rango preferente.³¹¹

Esa afirmación abre la posibilidad a que las jurisdicciones internas, constitucionales u ordinarias, al tramitar una petición basada en normas internas y de carácter internacional interpreten armónicamente la norma nacional con el canon interamericano, integrando e interpretando normas.³¹²

Así también consideró que en el inciso 2do. del artículo 144 existe un principio de prevalencia de las normas internacionales sobre las internas, en virtud de que en caso de conflicto, prevalece la norma internacional.

No obstante lo anterior en el caso *Castillo y otros*³¹³ la Sala al interpretar el artículo 144 Cn. acotó que es evidente que la Constitución no indicó que los tratados estén posicionados en un plano jerárquico superior a la ley secundaria, ya que la misma solo se limita exclusivamente a precisar criterios hermenéuticos para la tramitación de posibles conflictos normativos.

Con ello estableció que si tratado y ley secundaria gozan del mismo rango jerárquico, la solución a un conflicto entre tales normas no puede ser jurisdiccionalmente resuelto en abstracto, sino únicamente en un caso concreto sobre el que conozca cualquier tribunal.

Si se parte de lo anterior, se podría concluir que no obstante se entendiera que la normativa internacional está posicionada en un rango jerárquico

³¹¹ **SALA DE LO CONSTITUCIONAL**, Sentencia definitiva de Habeas Corpus, referencia 42-C-96, de fecha 7 de enero de 1997.

³¹² *Ibidem*, Considerando IV.3

³¹³ **SALA DE LO CONSTITUCIONAL**, Sentencia de Inconstitucionalidad, referencia 15-96, de fecha 14 de febrero de 1997.

superior a la ley, el enfrentamiento entre esas normas no significaría *per se* una inconstitucionalidad. Según la opinión de ese tribunal, la falta de valor constitucional de los tratados queda en evidencia al encontrar conflictos entre normas externas e internas discordantes entre sí, ya que la mera contradicción no se traducirá en una transgresión constitucional.³¹⁴

En 1998, la Sala en el conocimiento del Habeas Corpus “*Cuchilla*”³¹⁵ mutando su jurisprudencia previa, acepto implícitamente el valor constitucional de los tratados de derechos humanos, en virtud de que al “*incurrir los jueces en una inobservancia clara de lo dispuesto por los tratados internacionales, existe en esos términos una violación constitucional*”.³¹⁶

Eso no significa que con esto se equipare a los tratados con la Constitución, sino que su aseveración implica una aceptación de la relevancia constitucional que en ellos radica, lo cual ya es aclarado por el artículo 144 inc. 2º; es decir que al inobservarse las normas internacionales más protectoras de los derechos fundamentales, el juez *a quo* podría incurrir en una violación constitucional en virtud del artículo mencionado.

Lo prescrito por este habeas corpus cambia ostensiblemente lo mencionado en la jurisprudencia anterior, insertando como novedad la transgresión constitucional por violación indirecta de los tratados internacionales.

Sin embargo y aunque parecería que con esa afirmación la Sala continuaría en esa línea, no fue así, como se podrá observar más adelante; pero sí, ese

³¹⁴ Idem.

³¹⁵ **SALA DE LO CONSTITUCIONAL**, Sentencia de Habeas Corpus, referencia 323-98, de fecha 10 de septiembre de 1998.

³¹⁶ *Ibíd*em, Considerando III.3

precedente constituyó el primer paso para poder alcanzar la madurez jurisprudencial actual.

En la interlocutoria de improcedencia de 28-II-2000 pronunciada en el caso *Marina Calderón versus providencias del Director General del Centro de Desarrollo Pesquero y el MAG*,³¹⁷ la Sala abordó la temática de alegación de derechos basados en instrumentos internacionales a la luz de un proceso de amparo, y consideró que *los derechos contenidos en tratados internacionales no pueden constituir por sí parámetros de la decisión en el proceso de amparo, en el cual el exclusivo basamento jurídico debe ser el derecho constitucional salvadoreño*.³¹⁸

No obstante lo precedente, la Sala en ese mismo caso matizó sus acotaciones advirtiendo que ello no se traduce en una prohibición de acudir a los tratados como referencia técnica para la mejor ilustración del contenido o alcance de una disposición constitucional, o que esa Sala recurra a los tratados como instrumentos de integración o complementación de las normas legales secundarias.

Si bien quedó claro con lo anterior que los tratados internacionales no pueden ser parámetro en un proceso de amparo, en razón que los derechos contenidos en los tratados y otras leyes infraconstitucionales no representan derechos idóneos para constituir por sí el parámetro de decisión, el Tribunal Constitucional si podría examinar la controversia en el caso de que debido al enfrentamiento de los tratados y leyes secundarias exista una colisión directa entre el acto reclamado y las categorías constitucionales.

³¹⁷ **SALA DE LO CONSTITUCIONAL**, Amparo, Interlocutoria-improcedencia, referencia 105-2000, de fecha 28 de febrero de 2000.

³¹⁸ *Ibidem*, Considerando VII.

El criterio de los casos *Castillo y otros* y *Marina Calderón* fue reiterado en el sonado caso *Castro Duarte y otros*, en el cual se solicitó la declaratoria de inconstitucionalidad de la Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz (en adelante LAGCP);³¹⁹ sobre ello la Sala aclaró que los tratados de derechos humanos no constituyen un parámetro de constitucionalidad por no formar parte del texto constitucional, lo cual hace imposible que los mismos sean invocados de “*forma directa*”.

En esa lógica realizó una reinterpretación del artículo 144, observando que el inciso primero coloca a los tratados vigentes *en el mismo rango jerárquico que las leyes de la República*, no existiendo jerarquía alguna entre esas normas.

Sin embargo, de la lectura del segundo inciso de ese mismo artículo, se desprende que *la Carta Magna si dota de fuerza pasiva a los tratados frente a las leyes secundarias*; es decir, que el tratado internacional no puede ser modificado o derogado por las leyes internas, lo cual implica que estas últimas están dotadas de fuerza jurídica inferior.

Entonces si bien el tratado internacional y las leyes internas forman parte de la categoría “*leyes secundarias de la República*”, esa categoría contiene una subescala jerárquica dentro de la cual el tratado goza de un rango superior al de las leyes internas, instituyéndose el mismo como *principio o criterio de prevalencia*.

Ahora bien, no obstante ese tribunal estableció el ya mencionado criterio de prevalencia, negó una vez más que los tratados constituyen parte integrante

³¹⁹ **SALA DE LO CONSTITUCIONAL**, Sentencia de Inconstitucionalidad, referencia 24-97/21-98 ac., de fecha 26 de septiembre de 2000.

de la Carta Magna, haciendo imposible con ello que los mismos puedan formar parte del canon constitucional.

Al afirmarse que los tratados de derechos humanos no pueden ser invocados en un proceso de inconstitucionalidad, de igual forma que ya se hizo en el caso del proceso de amparo, se niega que los tratados internacionales ostenten valor constitucional y convencional; con lo cual ese tribunal se contradice, ya que el hecho que se otorgue a los tratados mayor fuerza pasiva que las normas secundarias, *-al establecer un criterio de prevalencia-*, implica en cierto sentido, admitir que los mismos posean cierto valor constitucional, cosa que también se negó en el mismo caso en referencia.

Por otro lado, aunque con lo anterior se reconoce un retroceso, si se puede apreciar una evolución cualitativa, ya que a pesar de reiterar que entre tratados y leyes no existe jerarquía, si se confirma una subescala y prevalencia de estos sobre las normas nacionales, ya que se constituyen como criterio para resolver antinomias en la aplicación del derecho.

Hasta este momento se puede observar que la Sala de lo Constitucional no tenía una respuesta clara a la problemática de la aplicación de tratados internacionales en los procesos constitucionales, lo cual no le permitía instalar una postura firme y bien fundamentada en derredor a la temática.

El caso *Miranda Cortez versus actos dictados por la Directora del ISSS*,³²⁰ se resolvió en el mismo sentido que el caso *Castro Duarte y otros* pero con la diferencia de la excepción en sede ordinaria. Es decir, que no obstante afirmar que en sede constitucional los tratados únicamente pueden tener un

³²⁰ **SALA DE LO CONSTITUCIONAL**, Sentencia definitiva de Amparo, referencia 348-1999, de fecha 4 de abril de 2001, Considerando III.3

soporte referencial de la infracción constitucional argüida, su inobservancia puede perfectamente alegarse en sede ordinaria.

La visión constitucional excluyente precedente, fue reiterada también en los expedientes *Marroquín*³²¹ y *Escoto Flores*,³²² en los cuales se rechazó que los tratados internacionales integren materialmente la Constitución o formen con ella un “bloque de constitucionalidad”.

Siempre en el caso *Escoto Flores*, se abandonó la mención general de los tratados y se hizo alusión a los tratados de derechos humanos específicamente, afirmando la infraconstitucionalidad de los mismos pero con matices de por sí interesantes.

En este caso la Sala sí reconoce el valor de la Convención Americana en el ordenamiento salvadoreño, sin embargo estima que los derechos que la misma consagra, solamente son un desarrollo o complemento de los alcances de los preceptos constitucionales, no pudiendo ser parte integrante de la Ley Suprema de la nación.

Esto implica que si bien la protección de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos debe tener una mayor presencia en la actividad de los organismos del Estado, ello no es suficiente para que estos gocen de la protección reforzada inherente a la Constitución, puesto que carecen de la supremacía propia de las normas constitucionales y su salvaguarda es ajena a la finalidad reservada para los procesos cuyo conocimiento corresponde a ese Tribunal.

³²¹ **SALA DE LO CONSTITUCIONAL**, Sentencia definitiva de Habeas Corpus, referencia 45-2003, de fecha 12 de agosto de 2003.

³²² **SALA DE LO CONSTITUCIONAL**, Sentencia de inconstitucionalidad, referencia 18-2001, de fecha 14 de Octubre de 2003, considerando III.C

En el año 2003, en proceso de amparo *Ellacuría Beascochea y otros versus el Estado salvadoreño*,³²³ en el cual se reclamaban presuntas vulneraciones al derecho a la justicia y derecho a conocer la verdad, ese tribunal se refirió en el mismo sentido que su jurisprudencia precedente, y no le otorgó legitimidad al valor constitucional de los tratados.³²⁴

Con esta sentencia el tribunal constitucional se limitó la labor de los tratados al simple hecho de articular, desarrollar o complementar los alcances de los preceptos constitucionales, reiterando con ello que la Constitución se ha atribuido a sí misma el rango de supremacía sobre el resto del ordenamiento jurídico –artículo 246 inciso 2° Cn.– subordinándolos así bajo su fuerza normativa.³²⁵

Con lo aportado hasta el momento es posible ver ciertas tendencias jurisprudenciales, y entre ellas están: (i) el carácter infraconstitucional de los tratados; (ii) los tratados no forman un bloque de constitucionalidad; (iii) no poseen valor constitucional alguno; (iv) y finalmente *-aunque de forma pusilánime-*, ese Tribunal ha admitido que los tratados internacionales si poseen prevalencia sobre las leyes internas, configurándose así, una jerarquía supralegal.

Con la línea jurisprudencial anterior, los tratados internacionales habían sido relegados bajo la sombra de la supremacía constitucional, evitando que estos pudieran ser invocados como violación constitucional o como parámetro de constitucionalidad, ya sea, a la luz de un caso en abstracto o uno en concreto.

³²³ **SALA DE LO CONSTITUCIONAL**, Sentencia de Amparo, referencia 674-2001, de fecha 23 de diciembre de 2003.

³²⁴ *Ibídem*, Considerando II.3

³²⁵ *Ibídem*, Considerando II.4

Esto cambió en el 2004, por sentencia de inconstitucionalidad en el caso *Frankeko Álvarez y otros*, en la que la Sala retomó parte de lo ya mencionado en el habeas corpus *Cuchilla*, estableciendo un nuevo paradigma en la aplicación del DIDH por vía constitucional, al determinar que *si bien los tratados internacionales no constituyen parámetro de control en el proceso de inconstitucionalidad, la disposición constitucional que consagra su valor jurídico y posición en el sistema de fuentes no puede ser desatendida por ese tribunal.*³²⁶

Es decir, la proposición de tratados internacionales sobre derechos humanos en la pretensión de inconstitucionalidad, bien puede efectuarse a título de violación a la Constitución y no al tratado considerado aisladamente; entendiendo la trasgresión constitucional por acción refleja, cometida en relación con el art. 144 inc. 2º Cn., ante la contradicción entre ley secundaria y tratados de derechos humanos. Este postulado es una apuesta novedosa e ilusionante, puesto que echa por tierra todos los argumentos precedentes que inhibían a los tratados del valor constitucional, reivindicando a los mismos ante la normativa nacional inconvencional.

En la sentencia de inconstitucionalidad 6-VI-2008 pronunciada en el caso *Arnoldo Vaquerano y otros*³²⁷ se reitera lo ya mencionado en el caso *Frankeko Álvarez y otros*, pero se agrega otro matiz al establecer que la violación constitucional por acción refleja del artículo 144 inc. 2º *puede alegarse evidenciando una contradicción normativa al DIDH, y no a toda la gama de instrumentos jurídicos internacionales ajenos al sustrato ideológico que ampliamente comparten los primeros con la Constitución.*

³²⁶ **SALA DE LO CONSTITUCIONAL**, Sentencia de Inconstitucionalidad, referencia 52-2003/56-2003/57-2003 acumulado, de fecha 1 de febrero de 2004, Considerando V. literal c)

³²⁷ **SALA DE LO CONSTITUCIONAL**, Sentencia de Inconstitucionalidad, referencia 31-2004/34-2004/38-2004/6-2005/9-2005, de fecha 6 de junio de 2008.

Posteriormente la Sala reiteró esto por medio del caso *Bukele*, al admitir que en el caso de existir una clara contradicción entre tratados de derechos humanos y la norma secundaria salvadoreña se está transgrediendo la Constitución por acción refleja del inciso segundo del artículo 144.³²⁸

Y finalmente en dos mil doce, a la luz del caso *Salvador Enrique Anaya Barraza y otros*,³²⁹ se reafirmó y consolidó lo que ya se había establecido en los casos *Frankeko Álvarez y otros*, *Arnoldo Vaquerano y otros*, y caso *Bukele*, dejando así sentado que la violación de derechos humanos, ya sea por actos o por normas contrarias al DIDH, esgrime *per se* una violación constitucional.

Esto último permite afirmar que a pesar que la Constitución de la República a primera vista fija una jerarquía rígida para los tratados internacionales, la jurisprudencia constitucional les permite alcanzar un nivel de desarrollo mayor, a fin de cumplir los mismos preceptos constitucionales, protegiendo los derechos humanos de los individuos y respetando las obligaciones internacionales adquiridas.

4.2.1.2 Una posición “final”.

Antes de entrar de lleno al análisis en cuanto a la jerarquía del sistema de fuentes, conviene recordar que para el derecho internacional la jerarquía normativa arreglada a placer de cada Estado carece de relevancia, en virtud que independientemente del grado que estos ostenten en el ordenamiento interno, el Estado siempre se encuentra vinculado a cumplirlos por completo.

³²⁸ **SALA DE LO CONSTITUCIONAL**, Sentencia de Inconstitucionalidad, referencia 91-2007, de fecha 24 de septiembre de 2010, Considerando VII, parte final.

³²⁹ **SALA DE LO CONSTITUCIONAL**, Sentencia de Inconstitucionalidad, referencia 120-2007/123-2007, de fecha 28 de septiembre de 2012.

Lo anterior concuerda con lo establecido por la Corte Permanente de Justicia Internacional (en adelante CPJI) al expresar que *“un Estado no puede invocar respecto de otro Estado su propia Constitución para sustraerse a las obligaciones que le impone el derecho consuetudinario o los tratados en vigor.”*³³⁰ De igual forma *Malcolm N. Shaw* cree que *“a pesar de las múltiples funciones que el derecho nacional cumple en la esfera del Derecho Internacional, se debe enfatizar que la presencia o ausencia de una norma dentro del orden interno del Estado, incluyendo la Constitución, no pueden ser aplicadas para evadir una obligación internacional.”*³³¹

En esa misma lógica y tomando como punto de partida que las leyes internas son meros hechos, manifestaciones de la voluntad y de la actividad estatal, se colige que un Estado no puede escudarse en su ordenamiento interno con el fin de incumplir las obligaciones previamente adquiridas mediante tratados, ya que de hacerlo, incurriría en una posible responsabilidad internacional.

Una vez reconocido esto es posible continuar con el análisis jurisprudencial en el caso salvadoreño. En síntesis, acuñando todo lo establecido por la Sala de lo Constitucional a lo largo de los años, se pueden extraer diversas conclusiones que llevarán a determinar finalmente el grado de jerarquía normativa de los tratados internacionales en el derecho interno particular; y para tal efecto, se considera:

1. *Infraconstitucionalidad*. La jerarquía normativa que los tratados ostentan en cuanto a la Constitución salvadoreña, es de rango infraconstitucional, en

³³⁰ CPJI, Serie A/B, núm. 44, p. 24.

³³¹ SHAW, Malcolm N, citado en MONROY CABRA, Marco Gerardo, *“El Derecho Internacional como fuente del Derecho Constitucional”* en *Anuario de Derecho Internacional*, Volumen I, Bogotá, Colombia, 2008, p. 113

razón de que es la misma norma fundamental la que subordina al demás ordenamiento a su carácter supremo, no pudiendo sobreponerse sobre éste orden jurídico distinto.³³²

Si bien es cierto que es la misma Constitución la que establece reglas en cuanto a la jerarquía de tratados, los mismos no poseen rango constitucional *per se*; no pudiendo por ende, ser reputados como superiores a la norma constitucional ni ser invocados como infracción directa de normas secundarias en un proceso constitucional, ya que de hacerlo, se aceptaría tácitamente que los mismos son equiparables con la Constitución.

Debido a esto, como se estudió anteriormente en este acápite, es que la Sala de lo Constitucional reiteradamente ha negado que los tratados internacionales estén en un plano de igualdad con la Constitución, y que por ende, estos formen con la Ley suprema un bloque.

En efecto, si se entiende como *bloque de constitucionalidad* lo recogido por la doctrina, las anteriores acotaciones dejan en evidencia a ese Tribunal constitucional, ya que en el sistema jurídico salvadoreño si existe un bloque de constitucionalidad en razón del mandato expreso del artículo 253 Cn., y podría llegar a entenderse que ese bloque también podría extenderse a los derechos humanos como un criterio hermenéutico en razón del valor constitucional indirecto que ostentan los tratados.

No obstante lo anterior, el ordenamiento salvadoreño retoma en su sistema de fuentes la estructura piramidal de Merkl que fue adoptada por Kelsen,

³³² *Fortín Magaña* confirma esa posición al aseverar que dicha Ley suprema se encuentra en la cúspide y vértice donde confluyen las normas secundarias salvadoreñas. **FORTÍN MAGAÑA**, René, *Constituciones Iberoamericanas: El Salvador*, Primera Edición, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2005, p. 132

siendo la Constitución la norma fundamental posicionada en el pináculo,³³³ en una escala inferior se encuentran los tratados internacionales, después las leyes secundarias, reglamentos, ordenanzas municipales y así sucesivamente, hasta alcanzar el menor grado.

2. *Supralegalidad*. En cuanto al rango de los tratados en razón de las leyes secundarias, mediante una interpretación literal del artículo 144 inciso 2do se establece que los instrumentos internacionales ostentan un rango legal, con lo cual dicha normativa se equipara con la norma interna; sin embargo, al contrastar esta interpretación con la jurisprudencia constitucional, el resultado difiere contundentemente.

Es así como se abandona la creencia que el inciso segundo del artículo 144 era una simple regla hermenéutica, y se establece que este se erige como una subescala y un principio de prevalencia, gozando así los tratados de un rango supralegal en cuanto a las leyes internas.

Este principio se constituye como criterio para resolver antinomias que se susciten entre ambas normativas, operando al momento de aplicar el derecho; es decir, al momento de alegar en sede aplicativa un caso de conflicto entre normas internacionales y nacionales, el juez ordinario deberá preponderar la norma internacional por su principio preferente.

Con esto la subescala mencionada adquiere valor constitucional, dejando por el suelo las posiciones nugatorias y ambiguas que la Sala de lo Constitucional había tomado a lo largo de los años, formándose un nuevo parámetro de actuación y de referencia para las jurisdicciones internas.

³³³ **FORTÍN MAGAÑA**, René, *Constituciones Iberoamericanas: El Salvador...*, Op. cit., p. 133

3. *Valor constitucional indirecto*. Este aspecto es de los de mayor relevancia, ya que aunque no desvirtúa la infraconstitucionalidad de los instrumentos jurídicos internacionales, si otorga valor constitucional a los tratados de derechos humanos, en virtud *inter alia* de su fin protector y del criterio ordenador de fuentes prescrita en el texto constitucional.

Es de acotar que este valor indirecto, posee un estrecho vínculo con la subescala jerárquica entre tratados y normas secundarias, debido a que el régimen de respeto de aplicación preferente de los mismos, otorga mayor fuerza pasiva a los tratados internacionales de derechos humanos sobre las leyes secundarias inconvencionales.

La fuerza pasiva implica un mandato dirigido al legislador que le inhibe de emitir normativa contraria al sentido, criterios y principios contenidos en la normativa internacional que desarrolle derechos fundamentales; incurriendo, en caso contrario, en inconstitucionalidad por no respetar el criterio de ordenación de fuentes prescritos por el art. 144 inc. 2° Cn.

En esa lógica los tratados de derechos humanos adquieren mayor fuerza pasiva al integrarse normativamente con la Constitución, pudiendo compartir ambas, identidad en el sustrato ideológico y axiológico, en sus objetivos y alcances, desarrollando su vigencia y tutela efectiva, vinculándose así indisolublemente por su raíz y fundamento, a fin de proteger a los individuos que conviven en esa sociedad.

Esa fuerza pasiva puede interpretarse en dos sentidos; primero, otorgando a los tratados una posición jerárquicamente superior a la normativa nacional; y segundo, como una reserva a favor de los tratados internacionales de derechos humanos.

Debido a esta reserva, ninguna ley secundaria puede modificarle o derogarle, puesto que la Constitución ha establecido un criterio de ordenación especial en el artículo 144. Dicho de otro modo, mientras el tratado no sea inaplicado (Artículo 149 Cn.) o denunciado mediante procedimientos específicos, las leyes internas no pueden regular las materias objeto del tratado de modo contradictorio, pues la competencia sobre las mismas ha quedado temporalmente reservada al tratado.

Acorde con ello, la vinculación del contenido axiológico se deriva de la conexión entre la concepción personalista del Estado y el preámbulo de la Ley Suprema, de la cual proviene la regla hermenéutica en favor de la dignidad: restringir lo limitativo y expandir lo favorable a ella, determinando así la fuerza vinculante y jerarquía de los tratados de derechos humanos.

De acuerdo con estos argumentos, los derechos reconocidos en estos tratados se encontrarían en igualdad de condiciones con los que la misma constitución llama “derechos fundamentales” –artículo 146 Cn-, y conforme al criterio fijado por los artículos 1 y 144, pudiendo estos utilizarse como norma controladora en sentido indirecto, ya sea por vía constitucional u ordinaria.

En concreto, la Sala ha señalado que el hecho que los tratados de derechos humanos sean el desarrollo de los alcances de la parte dogmática de la Constitución, los dota de mayor fuerza pasiva frente a las normas infraconstitucionales; dando con ello, la pauta para que el control de convencionalidad pueda realizarse en términos del control de constitucionalidad en sede ordinaria y constitucional.

Así también en el caso de las jurisdicciones ordinarias, al admitirse que la aplicación preferente de los tratados internacionales con respecto al derecho

interno infraconstitucional prescribe una ordenación de fuentes que debe ser respetada en sede aplicativa, estaría otorgándose el aval para una posible ejecución del control de convencionalidad indirecto, por medio de la mera aplicación de tratados, y sin necesidad de inaplicar la normativa inconvencional.³³⁴

En efecto, como se ha indicado en párrafos anteriores, la existencia de identidad y semejanza axiológica entre tratados de derechos humanos y Constitución, no necesariamente conlleva a concluir que los tratados de esta índole tienen aplicación directa en la jurisdicción salvadoreña en términos del principio de jerarquía constitucional.

En cambio, si bien estos tienen relevancia constitucional, el examen convencional solo podría canalizarse a través de su uso indirecto, ya sea en términos del control de constitucionalidad, como aplicación de tratados, interpretación conforme, o como una simple armonización de ambas normativas.

4. *Apertura Normativa.* Ésta no se constituye a partir de una cláusula o una disposición constitucional específica, sino de un cumulo de características que juntas permiten esta apertura hacia los tratados internacionales, a fin de tutelar efectivamente la protección de estos derechos.

De acuerdo con eso es que la reputación de transgresión constitucional por violación a tratados solamente es aplicable a instrumentos internacionales que contengan principios normativos de análoga o mayor cobertura a la establecida en la Constitución, y que hagan posible el establecimiento de

³³⁴ Idem, Considerando VI. 10

fructíferas directrices para una más expansiva y humana interpretación de las normas reguladoras de los derechos fundamentales reconocidos en la Ley Suprema; es decir, el artículo 144 inc. 2° Cn cobra virtualidad cuando una disposición infraconstitucional se encuentre en oposición normativa con el DIDH.

En definitiva, y así lo estableció la Sala, el artículo 144 inc. 2° Cn., conectado con la concepción personalista del Estado –art. 1 y Preámbulo–, de la cual se deriva la regla hermenéutica en favor de la dignidad humana, no sólo determina la fuerza vinculante y jerarquía normativa de los tratados internacionales de derechos humanos, sino que, además, permite proponer una *apertura normativa* hacia ellos.

Tal consideración bien podría entenderse como un puente que en términos formales reconozca el dinamismo de la interrelación que el DIDH y derecho constitucional poseen, imponiendo con ello a los aplicadores de justicia, un deber de interpretación de los derechos fundamentales acorde con los estándares convencionales. Eliminando con ello barreras materiales o formales que separen a dichos ordenamientos, contribuyendo con esto a la reevaluación de la amplia interacción entre el DIDH y derecho interno, con miras a la protección de los derechos vinculados al sustrato de la dignidad humana.

En conclusión, la confluencia entre la Constitución y el DIDH en la protección de los derechos humanos, confirma que la relación entre ambos definitivamente no es de jerarquía, sino de compatibilidad, y por tanto, el derecho interno debe abrir espacios normativos a la regulación internacional sobre derechos humanos, estableciendo con ello una *teoría de coordinación* y no de subordinación.

4.3 Aplicabilidad del examen convencional en la justicia interna salvadoreña.

La posibilidad de aplicar el control difuso de convencionalidad en El Salvador –como se ha determinado en acápite anteriores- se desprende *inter alía* del sistema de nacionalización de tratados adoptado, y del rango constitucional que los tratados internacionales de derechos humanos ostentan en la jurisdicción salvadoreña.

Demostrar que este control es aplicable y ajustable a las características del sistema jurídico salvadoreño resulta vital para la presente investigación, es por eso que en este acápite se mostrará la plataforma normativa y fáctica que respalda su ejecución, a fin de justificar su uso en sede ordinaria y constitucional, ya sea de forma incidental o por medio de un proceso en abstracto.

4.3.1 Convención de Viena del Derecho de los Tratados (CVDT).

Uno de los puntos fundamentales para que el examen convencional sea aplicable en El Salvador es la normativa internacional, en virtud que esta se configura como guía de aplicación de tratados y de los derechos en ellos incluidos.

Es así como la Convención de Viena actualmente se constituye como el marco legal al cual deben sujetarse las relaciones jurídicas entre los sujetos de Derecho internacional (Estados y persona).

No obstante en el caso particular que la CVDT aún no ha sido ratificada por El Salvador, sus principios y normas son seguidas a cabalidad como

costumbres internacionales, en tanto este cuerpo normativo recoge en su seno los principios consuetudinarios del derecho internacional, siendo su aplicación excepcional y posible por constituirse dicha Convención en *ius cogens* internacional.³³⁵

Su obligatoriedad procede del establecimiento como normas imperativas aquellas que versen *inter alía* sobre la inviolabilidad de los tratados,³³⁶ no admitiendo las mismas ni la exclusión, ni la alteración de su contenido, de tal modo que cualquier acto que sea contrario al mismo será declarado como nulo.

Para comprender con mayor exactitud el concepto de *ius cogens*, resulta fundamental atender a lo establecido por el artículo 53 de la Convención de Viena del Derecho de los Tratados, el cual establece que dentro del derecho internacional no todas las normas son exactamente iguales, ya que existen algunas normas de carácter imperativo, las cuales son aceptadas por la comunidad internacional en su conjunto, instituyéndose en normas de máxima jerarquía en el derecho internacional y como obligaciones *erga omnes*.³³⁷

El jurisconsulto Víctor Bazán corrobora lo anterior al considerar que los principios estructurales y valores jurídicos fundamentales del ordenamiento internacional forman parte del núcleo indiscutido del *ius cogens*, generando obligaciones y derechos para todos.³³⁸

³³⁵ **GÓMEZ ROBLEDO, Antonio**, *El ius cogens internacional: Estudio histórico-crítico*, 1era. Reimpresión, Serie Doctrina Jurídica, No. 147, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2003, p. 160

³³⁶ *Ibidem*.

³³⁷ *Ibidem*.

³³⁸ **BAZAN, Víctor**, "El control de convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas", *Op. cit.*, p. 21

La CIDH ha señalado que: “(...) el concepto *ius cogens* se deriva de un orden superior de normas establecidas en tiempos antiguos y que no pueden ser contravenidas por las leyes del hombre o de las naciones”.³³⁹ De esta forma el *ius cogens* resulta ser una especie de derecho consuetudinario, cuyas normas suelen diferenciarse con la aplicación de los calificativos imperativo y perentorio.³⁴⁰

En definitiva, los principios de *ius cogens* son postulados aceptados por las naciones en el ámbito interno, consecuentemente todos los Estados que integran la comunidad internacional deben cumplir tales pautas y las normas de derecho convencional y consuetudinario que se establezcan sobre la base de aquellas, ya que los principios reconocidos por las naciones civilizadas son obligatorios para todos los Estados incluso fuera de todo vínculo convencional.

Establecido lo anterior se afirma que los principios de derecho internacional relativos a la buena fe y al *effet utile*, que involucra a su vez al principio *pacta sunt servanda*, (artículos 26 y 27 Convención de Viena) constituyen fundamentos internacionales para que los tratados sean cumplidos de forma efectiva por parte de los Estados nacionales.

La obligación de cumplimiento de estos preceptos, obliga a las autoridades nacionales, con independencia de su pertenencia a los poderes legislativo, ejecutivo o judicial, al cumplimiento de la norma internacional, y la doctrina del control difuso de convencionalidad, facilitándoles de una forma u otra esta labor, para evitar que el Estado pueda incurrir en responsabilidad

³³⁹ CIDH, Caso 11.436: Víctimas del Barco Remolcador “13 de marzo” versus Cuba, 16 de octubre de 1996, párrafo 79

³⁴⁰ GOMEZ BISOGNO, Francisco, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Op. cit., p. 69

internacional por violar compromisos internacionales adquiridos en materia de derechos humanos.

4.3.2 Pauta constitucional.

La estructura sustantiva y procesal establecida en la ley suprema, está encaminada a proteger de forma efectiva los derechos básicos de los individuos, instaurando al Estado como un vehículo para satisfacer las necesidades de los mismos, siendo el fin último de éste, la persona humana.

La Constitución evidentemente posee una fervorosa vocación en favor de los derechos de los individuos, y eso no solo se demuestra en su Título segundo que lleva como título “Derechos Individuales”, sino también en sus cimientos, ya que desde su preámbulo se vislumbra el motivo ulterior que la misma perseguiría a través de su texto.

Sin embargo, dicha protección no se vio traducida en una explícita apertura a los tratados y más en específico a los enfocados en derechos humanos, reduciendo así la oportunidad que el derecho consensuado por la comunidad internacional y que el mismo Estado salvadoreño ha avalado por medio de su firma y ratificación, sea de uso permanente y efectivo en las jurisdicciones internas.

No obstante que los documentos preparatorios y previos a la creación de la constitución, mostraban reticencia y temor al derecho internacional, su texto demostró atisbos de una apertura normativa, fijando en un escalón superior a los tratados en razón de las leyes secundarias, permitiendo así que los mismos puedan ser invocados de forma directa en jurisdicción ordinaria, y de forma indirecta en jurisdicción constitucional.

Estos y otros motivos que permiten la vinculación convencional con la constitucional, serán analizados a continuación.

4.3.2.1 La exposición de motivos.

Este no es un documento preparatorio de la misma, pero si es la parte “*no normativa*” en la que el legislador justifica las razones en las que se basó al decretarla. Esta exposición no es vinculante, es decir no obliga a los aplicadores de justicia a tomarla como una línea normativa a seguir, pero si cumple dos funciones básicas.³⁴¹

Una sería la *interpretativa*, ayudando a comprender su contexto, conociendo las causas que originaron su creación y con esto poder entender el sentido de sus normas. La segunda función es *justificativa*, y nos permite controlar los motivos que llevaron a la Comisión a aprobar la Constitución, pudiendo adquirir una cierta certeza que tales motivos no fueron arbitrarios o sesgados.

Aclarado lo anterior, es posible profundizar en lo expresado por la Comisión, analizando las circunstancias y los motivos argüidos en referencia a la fuerza, aplicación y posición del derecho internacional que influenciaron en la creación de la Carta Magna.

La primera mención referida a los tratados es sobre la garantía procesal de presunción de inocencia la cual retoman del artículo 11 de la DUDH de las

³⁴¹ La exposición de motivo, posee valor jurídico, aunque no dispositivo. Su valor jurídico es interpretativo. En el caso de las exposiciones de motivos expresan la voluntad del legislador y de la ley. En este caso sirve como criterio hermenéutico de las disposiciones de la ley, pero no el único ni siquiera el principal. **CASTELLÁ ANDREU**, Josep María, *Apuntes sobre los preámbulos y su valor jurídico*, Jornada sobre el valor constitucional de los preámbulos de las leyes, Universidad de Barcelona, España, p. 1

Naciones Unidas, admitiendo implícitamente con ello, la injerencia del derecho internacional en la Constitución que estaba por dictarse.³⁴²

En el documento se establece un apartado especial sobre los tratados, instituyendo en el mismo, el sistema monista de recepción de tratados y la posición infraconstitucional y suprallegal de los mismos, sobre lo cual la Comisión hace las siguientes acotaciones:

1. *“Acepta como principio el de la supremacía de la Constitución en el territorio de El Salvador, puesto que no concibe que mediante la violación de la propia Constitución pueda sobreponerse otro orden jurídico distinto que obligue a los tribunales nacionales.”*³⁴³

2. *“El admitir que los tratados pueden tener una jerarquía superior al orden constitucional equivale a abrir la puerta para que pueda modificarse la Constitución sin las formalidades en ella previstas. A manera de ejemplo: Si llegara a ratificarse con todas las formalidades constitucionales un tratado en que se establezca la extradición de salvadoreños, y si no se deja claramente consignada la supremacía de la Constitución, la Corte Suprema de Justicia o el tribunal correspondiente, podría, basado en la teoría de la supremacía del Derecho Internacional, conceder esta extradición (...).”*³⁴⁴

Hasta este punto, la Comisión había tomado una posición rígida a favor de la Constitución y en contra del Derecho Internacional, cuestión que en esa época era totalmente plausible ya que ésta heredaba mucho de la Constitución precedente.

³⁴² **COMISION DE ESTUDIO DEL PROYECTO DE CONSTITUCION**, Exposición de motivos de la Constitución de la Republica de 1983, Decreto Legislativo, Publicado en el D.O. el 22 de Julio de 1983.

³⁴³ *Ibíd.*

³⁴⁴ *Idem.*

Ahora bien, mucho tiempo ha pasado –casi 20 años- desde que la Comisión creadora de la Constitución de la República realizó este análisis nacionalista y soberanista de la Constitución, basándose en criterios incipientes heredados de los pensamientos antiguos absolutizadores del Estado y de su soberanía.

Sin embargo, no obstante erigirse en una posición absolutizadora, la Comisión misma, era sabedora de las posibles consecuencias que esta posición rígida podría conllevar.

“La Comisión reconoce que desde el punto de vista del Derecho Internacional, el cumplimiento por parte de El Salvador de un tratado celebrado de buena fe con otra parte, y que es contrario a los preceptos constitucionales salvadoreños, da derecho a una reclamación internacional de reparación por dicho incumplimiento, en los términos aceptados por el propio Derecho Internacional que regula esta situación.”

De lo anterior se deduce que la opinión de los miembros de la Comisión no es bajo ignorancia, y eso puede deducirse de los párrafos anteriores, ya que la referida Comisión encumbra a la Constitución de forma tal que la lleva a instaurarse en una posición superior frente a la normativa internacional; sin embargo, en un párrafo posterior mencionan una suerte de antítesis de lo que ellos mismos han aseverado ya con tanta fuerza.

En síntesis, los miembros de la Comisión conociendo que el establecimiento de una Constitución impenetrable y rígida podría en ciertos casos derivar en responsabilidad internacional, hacen caso omiso de ello, y deliberadamente anteponen la soberanía nacional a las obligaciones adquiridas por medio de

los tratados suscritos, no importándoles poner en peligro la integridad del Estado ante la buena fe de la comunidad internacional.

Es por eso que bajo el análisis del contexto social que se vivía en esa época, se determina fácilmente las causas reales de dicha oposición, y se desestima que la misma fuera con el afán de proteger la soberanía nacional de posibles intervencionistas que minaran la independencia nacional. Al contrario, estas medidas conservadoras y limitantes para el derecho internacional, eran tendientes a fortalecer el Estado de represión y a soslayar graves violaciones de derechos humanos que se experimentaron a lo largo de esa década.

La misma CIDH al referirse a la situación de los derechos humanos en El Salvador en ese período, describe un escenario pavoroso colmado de ejecuciones ilegales, muertes de civiles no combatientes, cementerios clandestinos, asesinatos políticos y graves violaciones de los derechos humanos perpetradas por la fuerza armada salvadoreña.³⁴⁵

La Comisión de la Verdad lo corrobora en su informe al establecer que la instauración de la violencia de manera sistemática, el terror y la desconfianza en la población civil son los rasgos esenciales del período de 1980-1983. En razón de que la desarticulación de cualquier movimiento opositor o disidente por medio de detenciones arbitrarias, asesinatos, desaparición selectiva e indiscriminada de dirigentes devinieron en práctica común.³⁴⁶

Con lo dicho en párrafos anteriores, se establece que la negación de la Comisión en cuanto a la fuerza del derecho internacional, no se funda en

³⁴⁵ **CIDH**, Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1981-OEA/Ser. L/V/II.57, septiembre, 1982

³⁴⁶ **BUERGENTAL, Thomas, et. al.**, *De la locura a la esperanza: informe de la Comisión de la verdad para El Salvador*, Naciones Unidas, San Salvador, Nueva York, 1993, p.18

argumentos jurídicos o normativos, sino en una visión sesgada de la realidad, cargando la balanza a favor del Estado y de sus agentes, tratando a las violaciones de derechos humanos como un asunto nacional ajeno a la comunidad internacional.

En síntesis, si los argumentos contra el derecho internacional solo son cuestiones fácticas y no jurídicas, la posición de la Comisión es inválida ya que la misma especialidad de los tratados de derechos humanos permite que estos superen cualquier obstáculo que el Estado pueda blandir en su contra, en razón que los mismos no son tratados multilaterales de cumplimiento entre Estados, sino una herramienta protectora de la persona humana y su dignidad.

4.3.2.2 El preámbulo constitucional.

Este al igual que la exposición de motivos no es vinculante, no obstante éste es en esencia la justificación dada por el constituyente respecto del contenido normativo de la Ley suprema. De esta justificación dependerá el criterio que el juez interno adopte al momento de interpretar el contenido de estas disposiciones constitucionales.³⁴⁷

En la actualidad, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia constitucional se considera que los preámbulos no son meros datos, sino enunciación precisa del fin al que aspira y del origen de donde procede la obra constitucional; y a la vez expone la tendencia y el espíritu de la esta.³⁴⁸

³⁴⁷ **DURAN BARRAZA, Rafael**, *Algunos comentarios a la Constitución de la Republica, Boletín*, (UCA) Universidad Centroamericana "José Simeón Cañas" (UCA), p. 417, disponible en: uca.edu.sv/boletines/upload_w/file/boletines/4fcf95cde51abalgunos.pdf, consultado el 9 de marzo de 2013

³⁴⁸ *Ibidem*.

De esta forma, es como el preámbulo permite captar inmediatamente la totalidad de la Constitución, anticipa el contenido normativo de ésta, pone de manifiesto el sentido último del texto y también los presupuestos filosóficos e ideológicos que obligan a contemplar cada disposición como parte de un todo, e interpretarla en armonía con las otras disposiciones constitucionales para evitar contradicciones.

Habiendo aclarado esto es factible transcribir lo que éste prescribe: *“Nosotros, representantes del pueblo salvadoreño reunidos en Asamblea Constituyente, puesta nuestra confianza en Dios, nuestra voluntad en los altos destinos de la patria y en ejercicio de la potestad soberana que el pueblo de El Salvador nos ha conferido, animados del ferviente deseo de establecer los fundamentos de la convivencia nacional con base en el respeto a la dignidad de la persona humana, en la construcción de una sociedad más justa, esencia de la democracia y al espíritu de libertad y justicia, valores de nuestra herencia humanista.”*

Al analizar su texto y contenido se advierte que la máxima decisión del constituyente se encuentra fundada en la idea de un Estado y una Constitución personalista, en donde la persona humana no solo es el objeto y fin de toda actividad estatal, sino el elemento legitimador de esa actividad.

Es una concepción filosófica basada en el respeto a la dignidad como mecanismo esencial para establecer los fundamentos de la convivencia nacional, para crear una sociedad más justa, fundada en el espíritu de la libertad y la justicia como valores inherentes a una concepción humanista.

Como consecuencia de lo anterior, la dignidad se convierte en un mínimo irreductible protegido por el ordenamiento jurídico fundamental, que incluso

en los casos en que se hayan impuesto limitaciones al goce de derechos fundamentales, las mismas no deben constituir un detrimento para el respeto que como ser humano merece la persona.

La Sala de lo Constitucional ha reconocido la preeminencia de la dignidad humana en el caso Salinas y otros, al sostener que *“... es claro que la dignidad de la persona humana –cuyo respeto es, según el preámbulo constitucional, elemento integrante de la base sobre la cual se erigen los fundamentos jurídicos de la convivencia nacional– comprende la afirmación positiva del pleno desarrollo de la personalidad de cada individuo”*.³⁴⁹

La preeminencia del respeto hacia la dignidad humana se ve reflejada en algunas disposiciones que son manifestaciones de tal categoría jurídica; una de ellas es la existencia digna, a la cual se refieren los artículos 101 inc. 1° y 37 inc. 2° Cn, que significa no sólo la conservación de la vida, sino el mantenimiento de la misma a un cierto nivel, el que facilite la procura de las condiciones materiales necesarias para el goce de los restantes derechos fundamentales.³⁵⁰

En esa lógica, se establece que la dignidad humana en tanto es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que lleva consigo la pretensión del respeto a los demás,³⁵¹ se constituye como un valor jurídico fundamental de la Ley Suprema y de todo el ordenamiento, que sirve como guía y lineamiento a los órganos del Estado para la aplicación de la misma en todos sus ámbitos.

³⁴⁹ **SALA DE LO CONSTITUCIONAL**, Sentencia de Inconstitucionalidad, referencia 4-97, de fecha 26 de agosto de 1998, Considerando III.1A

³⁵⁰ *Ibidem*.

³⁵¹ **MORA, José Enrique**, “La dignidad de la persona humana en la jurisprudencia constitucional española” en *XVII Simposio Internacional de Teología*, España, 1997, p. 524

Con ello se podría determinar que el contenido axiológico del preámbulo y de la misma Constitución obliga al juez interno salvadoreño a arrojar, en favor de la dignidad humana intrínseca a cada ser humano, herramientas que permitan la aplicación de los derechos humanos y de los instrumentos internacionales que los protegen, sobre actos o normas incompatibles y contrarias a los criterios convencionales y demás parámetros interamericanos.

4.3.2.3 Sentido personalista –Artículo 1 Constitución de la República-

La visión finalista o personalista del Estado se encuentra plasmada en el primer artículo de la Constitución de la República, el cual dispone lo siguiente:

“El Salvador reconoce a la persona humana como el origen y el fin de la actividad del Estado, que está organizado para la consecución de la justicia, de la seguridad jurídica y del bien común.

....

En consecuencia, es obligación del Estado asegurar a los habitantes de la República, el goce de la libertad, la salud, la cultura, el bienestar económico y la justicia social.”

De acuerdo a la visión de este artículo primero se clarifica el sentido personalista de los fines del Estado, ya que estos solo pueden tener como último objetivo la realización de los fines éticos de la persona humana. Por tanto los órganos estatales no deben perder de vista que su actividad siempre debe orientarse a la realización de la persona y su dignidad, tanto en su dimensión individual como social, sin anteponer a este objetivo supremo los fines de la colectividad, pues en este caso su actuación devendría en

inconstitucional³⁵² e inconvencional por vulnerar el artículo primero de la Constitución.

En esa lógica, y siguiendo la línea de la Sala de lo Constitucional, de las consideraciones axiológicas que del artículo 1 de la Constitución se derivan, se advierte que *“(...) la existencia y actividad del Estado sólo tienen justificado sentido en la medida en que representan un medio para cumplir los valores que pueden encarnar en la personalidad individual, excluyendo la posibilidad de un Estado como fin en sí mismo, independiente de los individuos reales; es decir, lo que se pretende es que la persona humana no quede reducida a un medio o instrumento al servicio de los caprichos del Estado”*.³⁵³

Y es que en un verdadero Estado Constitucional de Derecho, debe buscarse que los connacionales vivan y se desarrollen en un contexto de protección, en donde el respeto, la igualdad y la justicia sirvan como medios para prevenir posibles violaciones de derechos humanos, ya sea por acciones u omisiones del Estado y sus agentes.

4.3.3 Ratificación de la CADH y reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte IDH.

El Salvador suscribió la Convención Americana en 1969, la cual fue aprobada por el Poder Ejecutivo en el ramo de Relaciones Exteriores mediante acuerdo número 405, ratificándola con reservas por medio de la Asamblea Legislativa en 1978, publicándola en el Diario Oficial número 113 del mismo año.

³⁵² **SALA DE LO CONSTITUCIONAL**, Sentencia de Inconstitucionalidad, referencia 1-92, de fecha 19 de julio de 1996, Considerando IV 4)

³⁵³ **SALA DE LO CONSTITUCIONAL**, Sentencia de Amparo, referencia 35-2007, de fecha 22 de julio de 2009, Considerando III.1.3

Con su ratificación El Salvador se obligaba a cumplir con lo ahí establecido, quedando vinculado permanentemente a efectuar el control difuso de convencionalidad en las jurisdicciones internas, a fin de aplicar los preceptos dispuestos en la Convención en sus artículos 1.1 y 2 relacionado con el artículo 29 del mismo cuerpo normativo.

A partir de esto el Estado salvadoreño ya poseía la vinculación normativa del control convencional, pero carecía de la fáctica; lo cual fue solucionado en 1995 al ser aceptada la competencia contenciosa de la Corte IDH mediante su voluntad soberana, de conformidad con el artículo 62 de la CADH. Reconociéndola como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, con las reservas de temporalidad y de compatibilidad con la Constitución.

En principio deberá clarificarse que las reservas a dichos instrumentos, fueron realizadas en 1978 y 1995 respectivamente, y las mismas corresponden a una concepción defensiva del Estado de cara a amagos externos e intervencionistas, pero que hoy, en pleno estallido de los derechos humanos, no encuentran justificación alguna.

Al día de hoy, las reservas en los tratados de derechos humanos ya no son lo que eran, en razón de la peculiaridad de los tratados en los que estas se tratan de imponer, ya que los mismos ostentan una naturaleza especial y cuentan con una estructura interna de obligaciones esencialmente diferente de aquellos basados en la reciprocidad.

Las reservas nacieron más bien para los tratados multilaterales clásicos en los cuales se dirimían y se pactaban intereses comunes, imponiéndose para contrarrestar cláusulas que afectaran los intereses del Estado. Como ya se ha mencionado *supra*, la situación de los tratados de derechos humanos es

inversa a la de los tratados clásicos, ya que estos no interesan a los Estados en sí, sino a las personas que están bajo su régimen.

Es precisamente por esa situación que los Estados están incapacitados para poder establecer reservas que únicamente pretendan evitar una posible responsabilidad internacional en razón de una violación de derechos humanos esgrimida por ellos o por sus agentes.

Es en ese sentido que con la ratificación de la Convención y el reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte IDH, se establecieron márgenes, límites, herramientas y estándares de actuación para el Estado y sus agentes sin excepción, siendo uno de ellas el control normativo.

4.3.4 Sentencia condenatoria de la Corte IDH en el caso *El Mozote y lugares aledaños*.

Aunque ya se aclaró que la jurisprudencia de la Corte IDH es obligatoria para los Estados americanos, es relevante que la obligación de ejecutar el control difuso de convencionalidad se haya mencionado en una sentencia condenatoria contra El Salvador, ya que con ello el Estado no podrá negar su vinculatoriedad excusándose en la falta de efectos *erga omnes*.

Su obligatoriedad emana de la Convención Americana, vinculando con ello al Estado salvadoreño a cumplir con la decisión de la Corte en todos sus puntos, siendo esta sentencia definitiva e inapelable ante ninguna jurisdicción.³⁵⁴

³⁵⁴ CADH, artículos 67 y 68.

En el caso en cuestión, la Corte se pronunció sobre la responsabilidad internacional del Estado salvadoreño en cuanto a la violación de los derechos a la vida, a la integridad personal, a la libertad personal, a la vida privada, de los derechos del niño, de la propiedad privada, de circulación y de residencia; en relación con las obligaciones del Estado de respetarlos y garantizarlos.

En la misma sentencia, ese tribunal retomando el artículo 1.1 de la Convención estableció que el Estado debe asegurar que la Ley de Amnistía, no represente un obstáculo para la investigación de los hechos, ni para la identificación, juzgamiento y una eventual sanción de los responsables de los mismos y de otras graves violaciones de derechos humanos similares acontecidas durante el conflicto armado.

Con ello ese Tribunal obligó al Estado salvadoreño, vinculando a todos los poderes y órganos de Estado, a ejercer un control de convencionalidad entre las normas internas y el canon convencional, en el marco de sus respectivas competencias y regulaciones procesales correspondientes, a fin de remover todos los obstáculos que mantienen en la impunidad total en este tipo de casos.

La emisión de la sentencia que se ha relacionado genera jurídicamente una obligación de cumplirla como una “*obligación de resultado*”, en virtud de los principios imperativos de derecho, como son el cumplimiento de las obligaciones internacionales de buena fe. Esto implica que el mismo Estado se encuentra obligado a determinar los medios a través de los cuales concretará y ejecutará las obligaciones emanadas de dicha sentencia, entre ellas: inaplicar, reformar o derogar leyes inconvencionales, así también cambios de interpretación y aplicación del derecho por estos tribunales.

4.4 Parámetro controlante.

En El Salvador, el canon convencional está conformado por los tratados de derechos humanos del SIDH que fueron suscritos y ratificados por la Asamblea Legislativa salvadoreña antes o después de que la Constitución de 1983 entrara en vigencia, y por la jurisprudencia emanada de la Corte IDH.

Este parámetro no implica mayor cambio en el sistema jurídico salvadoreño en comparación con el parámetro general establecido anteriormente, pero si difiere en el caso de la jurisprudencia interamericana.

Sobre la jurisprudencia, el panorama cambia visiblemente, puesto que no existe internamente claridad sobre la vinculatoriedad de la misma. Ante ello los jueces salvadoreños dudan si aplicarla de forma directa o indirecta, generando esto una problemática al momento de ejecutar el examen convencional.

Es preferible que en este caso y a fin de desarrollar una solución de aplicación, la jurisprudencia y sus diversas variantes se estudien a continuación.

4.4.1 Jurisprudencia.

Como ya se estudió previamente, la doctrina que vincula a los Estados con la jurisprudencia emanada de los órganos internacionales de protección es ampliamente aceptada en la comunidad internacional; sin embargo en El Salvador aún no se han emitido normas constitucionales o leyes secundarias, que otorguen un mayor alcance a la jurisprudencia emanada del seno de la Corte.

De igual forma la jurisprudencia constitucional ha guardado silencio, ya que aún no se registra un pronunciamiento expreso acerca de esta temática convulsa, impidiendo crear un precedente o un imperativo que permita aplicar directamente la jurisprudencia interamericana en las jurisdicciones internas.

Lo anterior se ve confirmado con lo expresado por *Martínez Ventura*,³⁵⁵ el cual considera que la jurisprudencia salvadoreña es precaria, puesto que ni siquiera se ha planteado ese asunto, sino más bien esta se encuentra en una fase anterior, como es la disputa por la existencia o no de un bloque de constitucionalidad.

Sin perjuicio de lo previamente establecido, de la práctica jurisdiccional salvadoreña se extrae que la jurisprudencia interamericana si es utilizada, pero mayormente como guía y complemento de los preceptos nacionales, imposibilitándose su invocación directa en las jurisdicciones internas.

Es posible observar, el proceso de constitucionalidad iniciado contra el Reglamento para Teatros, Cines, Radioteatros, Circos y demás Espectáculos Públicos,³⁵⁶ el cual recogió elementos de la Opinión Consultiva OC-5/85, a fin de complementar los fundamentos de un fallo estimatorio.

En otro caso similar, el tribunal constitucional a fin de fundamentar el régimen constitucional de las limitaciones a los derechos fundamentales, armonizó la norma nacional con lo que la Corte IDH ya había establecido en el caso

³⁵⁵ **MARTINEZ VENTURA, Jaime**, “La recepción de la jurisprudencia de los órganos de protección de derechos humanos.” en *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, Konrad-Adenauer, Uruguay, 2010, pp. 121-122

³⁵⁶ **SALA DE LO CONSTITUCIONAL**, Sentencia de inconstitucionalidad, referencia 41-2005, de fecha 11 de enero de 2013.

Claude Reyes y otros versus Chile, al referirse a las leyes que limitan el derecho de acceso a la información pública, expreso que: “no es posible interpretar la expresión leyes (...) como sinónimo de cualquier norma jurídica, pues ello equivaldría a admitir que los derechos fundamentales pueden ser restringidos por la sola determinación del poder público, sin otra limitación formal que la de consagrar tales restricciones en disposiciones de carácter general”.³⁵⁷

De igual forma se puede mencionar el caso *Martínez Vásquez*³⁵⁸ con sentencia del 29-IX-2011, en la que se evaluó el trato igualitario en el pago de impuestos de personas naturales y jurídicas, la Sala al fundamentar y profundizar el valor igualdad, expresó que: “al igual que como ha afirmado la Corte Interamericana de Derechos Humanos: “El término distinción se empleará para lo admisible, en virtud de ser razonable, proporcional y objetivo. La discriminación se utilizará para hacer referencia a lo inadmisibles, por violar los derechos humanos. Por tanto, se utilizará el término discriminación para hacer referencia a toda exclusión, restricción o privilegio que no sea objetivo y razonable, que redunde en detrimento de los derechos humanos”

Si se estudiara caso por caso en los cuales el juez interno hace alusión a la jurisprudencia interamericana en la cual no ha sido participe, se le encontraría mayormente a ésta como un parámetro guía y complementario y no como punto fundamental de los fallos. En ese orden de ideas, el Estado salvadoreño hace suyo lo ya establecido por Gozáni, y deja sentado que la jurisprudencia de la Corte IDH fuera del caso concreto se transforma un

³⁵⁷ **SALA DE LO CONSTITUCIONAL**, Sentencia de inconstitucionalidad, referencia 13-2012, de fecha 05 de diciembre de 2012.

³⁵⁸ **SALA DE LO CONSTITUCIONAL**, Sentencia de inconstitucionalidad, referencia 10-2006, de fecha 29 de noviembre de 2011.

punto de referencia, o mejor dicho, en una directriz a seguir en la aplicación de la jurisdicción ordinaria.

No obstante el juez interno está obligado a utilizar toda la jurisprudencia interamericana (haya sido parte o no del proceso que emana) como canon convencional imperativo, según el sistema interno salvadoreño y sus características muy peculiares, éste solo puede avocarse a ella como un parámetro indirecto.

En los casos en que el Estado salvadoreño ha sido condenado por la Corte IDH, la aplicación de la jurisprudencia de ahí emanada es directa, ya que su obligatoriedad no depende de una apreciación nacional, sino que pende normativamente de los artículos 67 y 68 de la Convención Americana.

En conclusión, la teoría que este estudio acoge, es que la jurisprudencia emanada de un caso contra El Salvador, es de obligatorio cumplimiento para el juez nacional, sirviendo ésta como canon de convencionalidad directo. Caso contrario, dichos lineamientos son *vinculantes* pero no *obligatorios* para situaciones domésticas similares; siendo su uso meramente de carácter interpretativo o indirecto, dotando de contenido a los tratados o normas nacionales a partir de las cuales se realiza el control difuso de convencionalidad.

4.5 Parámetro controlado.

4.5.1 ¿Normas de rango constitucional?

Al solo mencionarlo, resulta difícil creer que las Constituciones de cada Estado puedan ser susceptibles de un control difuso de convencionalidad, es por ello que el epígrafe es en forma de interrogante. De la respuesta a esa

pregunta derivaran consecuencias que irradiarán de novedad a todos los sistemas jurídicos arraigados en el nacionalismo y en un concepto errado de soberanía nacional.

De hecho sí se recurriera al acervo doctrinario del DIDH la respuesta afirmativa se impondría, aunque debe admitirse que la temática en cuestión no estaría exenta de dificultades en su aplicación práctica.

Para ello se debe acudir una vez más al artículo 27 de la CVDT, que veda al Estado de anteponer su *derecho interno* para dejar de cumplir una obligación de carácter internacional. Lo interesante es que en tal expresión “derecho interno” naturalmente queda comprendida también la Constitución.

Así lo consideró la Corte IDH en la Opinión Consultiva OC-4/84,³⁵⁹ determinando que cuando un tratado se refiera al término leyes internas sin calificar en forma alguna esa expresión o sin que de su contexto resulte un sentido más restringido, se entiende que “*es para toda la legislación nacional y para todas las normas jurídicas de cualquier naturaleza, incluyendo disposiciones constitucionales*”.³⁶⁰

Es ya conocido que desde el punto de vista del control concentrado de convencionalidad la Corte IDH si considera que entre las disposiciones objeto de control, están incluidas las constituciones anteriores o posteriores a la ratificación y entrada en vigencia de la CADH. El jurisconsulto *Figueiredo Caldas* ha reconfirmado esta posición, señalando que inclusive las

³⁵⁹ **CORTE IDH**, Opinión Consultiva OC-4/84, 19 de enero de 1984, “Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización”, Serie A, N° 4, párrafo 14.

³⁶⁰ **BAZAN, Víctor**, “La Corte IDH y las Cortes nacionales: acerca del control de convencionalidad y la necesidad de un diálogo jurisprudencial sustentable.” en VIII Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional, Op. cit., p. 9

constituciones nacionales deben ser interpretadas, y de ser necesario deben ser enmendadas para mantener armonía con la Convención y con la jurisprudencia de la Corte IDH.

Así también *Cançado Trindade* sostuvo que no se puede esperar que las disposiciones convencionales se adapten o se subordinen a las del derecho constitucional, que varían de país a país, en razón que dichos tratados buscan perfeccionar el derecho interno de los Estados Partes y así maximizar la protección de los derechos consagrados en ella.

De igual forma, *Mac Gregor* resalta ello cuando señala que el control de convencionalidad hace posible examinar la validez de las normas de derecho interno, incluidas las constitucionales a la luz del canon interamericano.³⁶¹

Estos preceptos no se han quedado como simples argumentos ideológicos, sino que la teoría se migró a la práctica, pudiendo apreciarse esto en el fallo pronunciado en el *Caso La Última Tentación de Cristo*, donde el tribunal interamericano decidió que el Estado debía “*modificar su ordenamiento jurídico interno, en un plazo razonable, con el fin de suprimir la censura previa...*” por lo cual se concluyó que el Estado chileno había incurrido en responsabilidad internacional en virtud de que su constitución establecía la censura previa en la producción cinematográfica, violando así diversos derechos protegidos por los instrumentos internacionales.

Al hablar de control concentrado de convencionalidad se tiene cierta claridad del rol que juegan las constituciones nacionales frente a dicha figura contralor; lo cual no ocurre desde el perfil del control difuso, ya que el análisis

³⁶¹ **FERRER MAC-GREGOR, Eduardo**, “El control de convencionalidad de la jurisprudencia constitucional” en X Congreso de Derecho Constitucional, Perú, 2009, pp. 1-20

tiende a complicarse debido de los diferentes sistemas jurídicos imperantes en todo el continente.

En el caso específico de El Salvador, de conformidad al artículo 144 los tratados internacionales y por ende la CADH, se encuentran en una relación de infraconstitucionalidad en cuanto a la Constitución, no pudiendo aplicarse éstos sobre la Carta Magna.

En este sistema jurídico impera el "*principio de supremacía o superlegalidad de la Constitución*", ocupando la constitución la cima del orden jurídico, siendo la ley suprema por excelencia, encontrándose "subordinadas" todas las demás normas jurídicas, tal y como lo preceptúa el artículo 246 Inc. 2do. Cn.

De igual forma se ha expresado la jurisprudencia constitucional al mencionar que los tratados de derechos humanos no son parte integrante de la Constitución, ni forman parte de un bloque de constitucionalidad, descartando así la posibilidad que la norma constitucional pueda ser objeto de control del examen convencional.

Con ello pareciera que en El Salvador no existe confusión sobre si la ley suprema puede ser objeto de control normativo en un posible cotejo convencional, o si ésta, se impone sobre los tratados o no. Siendo ésta, en virtud del principio de supremacía, superior a todo tipo de norma interna.

Sin embargo, si se parte que el concepto de constitución formal en realidad incorpora a otras normas de distinta fuente a fin de complementarse, se estaría en coherencia con el concepto de "coordinación" de los ordenamientos señalada por la misma Sala de lo Constitucional, y por ende

se aceptaría en cierto sentido una posibilidad de que la ley suprema pueda ser objeto del control convencional.

De acuerdo a esa teoría no es necesaria una derogación automática de normas secundarias o constitucionales en caso de conflicto con las obligaciones convencionales, ni el desconocimiento de estas en el ordenamiento nacional, sino solo basta su armonización e integración.

Esta posición se refuerza en el caso *desbloqueo de listas electorales y candidaturas independientes*, en el que la Sala de lo Constitucional a la luz del artículo 23.1.b de la CADH, al pronunciarse sobre la constitucionalidad de las candidaturas independientes, realizó una armonización e interpretación de dicha Convención con lo establecido por la Constitución.³⁶²

Con ello se establece que no obstante el artículo 85 inciso segundo Cn., prescribe que “*el sistema político es pluralista y se expresa por medio de los partidos políticos*”, este no tiene carácter absoluto, ya que admite excepciones en virtud del propio texto constitucional y del canon convencional. Esto en concordancia con que el derecho a elegir y ser electo para un cargo de elección popular es un derecho humano fundamental.

A través de ese caso se entendería que la relación entre la Constitución y el control difuso de convencionalidad se reconduciría por la vía interpretativa; es decir, dicho examen respecto de la norma constitucional no se basaría plenamente en un principio de jerarquía, sino en la lógica de coordinación y armonización.³⁶³

³⁶² **SALA DE LO CONSTITUCIONAL**, Sentencia de inconstitucionalidad, con referencia 61-2009, de fecha veintinueve de julio de 2010.

³⁶³ No siendo necesaria la destrucción de la norma, bastando solamente su armonización.

Al aplicar el principio de concordancia al momento de cotejar el canon convencional con la norma constitucional, se podría establecer una interpretación que optimice y otorgue mayor contenido a los derechos y principios contenidos en la constitución, sin necesidad de suprimir o inaplicar normas no compatibles con la convencional.

Con esta forma de aplicación la norma constitucional se robustece a la luz del parámetro interamericano por medio de la ejecución de un control convencional interpretativo o indirecto, alcanzando con ello, niveles de mayor protección en favor de los individuos.

4.5.2 Normas infraconstitucionales.

El presente caso no genera mayor conflicto, debido a que el tema queda zanjado de por sí en el criterio de ordenación de fuentes prescrito por el artículo 144 inc. 2do Cn., pero no está demás subrayarlo y dejarlo asentado.

Su conexión normativa deriva del artículo 1 y 2 de la Convención Americana y de la necesidad de ejercer un control sobre las normas internas de los Estados por medio de los tratados de índole protectora. Es así como el control de convencionalidad, debido a su identidad con el control de constitucionalidad, procede contra leyes, tratados internacionales (que no versan sobre derechos humanos), decretos de reforma constitucional (regularmente, por vicios de forma), reglamentos, ordenanzas municipales y normas dictadas con anterioridad a la Constitución vigente.

Este examen de compatibilidad ejercido entre normas secundarias y tratados de derechos humanos, es ejercido contra los tratados que no versen sobre derechos humanos en razón del principio *pro homine* y no del de jerarquía;

en virtud que la Constitución les otorga el mismo rango a todos los tratados, no pudiendo estos sobreponerse sobre los demás. Al entrar en conflicto los tratados internacionales “clásicos” con los del canon convencional, prevalecen los últimos, por constituirse como la normativa más amplia y la de mayor protección para la persona humana afectada.

4.5.3 Omisiones legislativas.

Para esta investigación resulta relevante analizar sí en el sistema jurídico salvadoreño, una omisión en la legislación podría generar una posible violación al canon interamericano, y sí esta podría en determinadas circunstancias ser objeto de control del examen convencional.

En principio se identificarán los rasgos básicos de las omisiones desde la perspectiva de la inconstitucionalidad, con el fin de establecer un “puente” que clarifique el funcionamiento de las mismas en el caso de la inconvencionalidad.

La figura de la omisión es un reflejo de una profunda transformación en el sistema de relaciones entre judicatura y parlamentos, la cual ha propiciado el establecimiento de una Constitución cargada de valores y principios.³⁶⁴ Es a partir de esto que el contenido de la Constitución intenta cumplir con las funciones de promoción y redistribución de bienestar social y económico. Es por ello que son las leyes fundamentales las que han asumido una función transformadora de la sociedad, no resignándose a su dimensión estática, sino planteándose objetivos útiles en la anticipación del futuro.

³⁶⁴ **BAZÁN, Víctor**, “En torno al control sobre las inconstitucionalidades e inconvencionalidades omisivas”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Montevideo, 2010, p. 155

En esa lógica y siguiendo a Bidart Campos³⁶⁵ se establece que los valores y los principios constitucionales no solamente deben operar cuando una norma o un acto infraconstitucional los lesionan, sino también –en sentido positivo– cuando no se les da desenvolvimiento, con lo cual se configura la llamada omisión legislativa.

La omisión por tanto también puede ser inconstitucional, puesto que no sólo la infracción activa por normas distintas da lugar a una trasgresión constitucional, sino que también la ausencia de regulación puede traducirse en una omisión legislativa inconstitucional.³⁶⁶

Es necesario aclarar que al mencionar que una omisión legislativa es la ausencia de regulación, este estudio se refiere a los efectos o consecuencias que podría generar dicha omisión; ya que por sí misma no puede quebrantar el ordenamiento constitucional, salvo que dicha omisión produzca efectos contrarios a los expresamente previstos en dicho ordenamiento.

Lo anterior se confirma con lo establecido por la Sala de lo Constitucional en el caso *Tovar Peel*,³⁶⁷ al referirse a la exclusión arbitraria o discriminatoria de beneficio, “(...) *una disposición legal que reconoce ciertos derechos a un determinado grupo de ciudadanos y no al conjunto, es un ejemplo de este tipo de omisión legislativa. La sola ausencia de regulación legislativa no genera per se vulneración de principios materiales de la Constitución, sino que es necesario constatar si dicha omisión conlleva a una exclusión*

³⁶⁵ **CAMPOS, Bidart**, citado por **DÍAZ GAMBOA, Luis Bernardo**, *La inconstitucionalidad por omisión*, en *Revista Criterio Jurídico Garantista*, No. 1, Universidad Autónoma de Colombia, Colombia, 2009, p.164

³⁶⁶ *Ibidem*.

³⁶⁷ **SALA DE LO CONSTITUCIONAL**, Sentencia de inconstitucionalidad, referencia 2-2006, de fecha 22 de junio de 2011, Considerando VI.9

arbitraria de ciertas personas para hacer uso de un derecho reconocido en la Constitución.”

El objeto de este control no es la inactividad legislativa en sí, sino las consecuencias jurídicas que de ella se derivan. Es decir, lo relevante no es el cumplimiento o incumplimiento del deber constitucional de legislar, sino que exista un incumplimiento que contradiga formalmente a la Constitución y a los instrumentos de derechos humanos.³⁶⁸

Debe tenerse en cuenta que la supremacía constitucional no solo se limita a convertir la Ley Suprema en referente negativo, sino que provoca además que su proyecto normativo sea de obligatorio cumplimiento. Así la falta de realización de estas obligaciones es también una violación a la supremacía constitucional, pues si se dejara la opción de cumplirlas o no, a discreción de los poderes ordinarios o constituidos, se los colocaría en el mismo nivel del constituyente.

Aunque el ordenamiento salvadoreño no ha establecido de manera expresa el control de las omisiones legislativas, si se ha reconocido su existencia y su posible control jurisdiccional por vía jurisprudencial.

La Sala por medio de la sentencia 37-2004 admitió la existencia de ese ente contralor en el sistema jurídico salvadoreño al establecer que “(...) *existe una inconstitucionalidad que se deriva de una actividad incompleta, de un accionar omisivo por parte del legislador, cuando por mandato constitucional tendría que extender el alcance de la ley a determinadas materias y no lo*

³⁶⁸ **BAZÁN, Víctor**, en **BONILLA HERNANDEZ, Pablo Andrés**, “*La inconstitucionalidad por omisión: un proceso que clama por su institucionalización*” en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Año XV, Uruguay, 2009, p. 48

hace, o cuando al omitir ciertos destinatarios produce vulneración de derechos fundamentales, principalmente en términos de igualdad en el ejercicio de los mismos.”

Asimismo las clasificó en *absolutas y parciales*; las primeras consisten en la total ausencia de cualquier normativa que dote de eficacia a las normas constitucionales que lo requieren; y las segundas, en donde la normativa de desarrollo existe pero es insuficiente.³⁶⁹

En esa misma lógica y partiendo que en El Salvador el canon de constitucionalidad se identifica con el de convencionalidad, este último también se erige como parámetro controlante de dichas omisiones. En consecuencia, al ejercerse control sobre una constitucionalidad omisiva en materia de derechos humanos, se estaría ejecutando *per se* un control difuso de convencionalidad.

De esa forma el examen convencional en relación con dichas omisiones, promueve la vigencia y efectividad de los derechos humanos, al advertir un vacío normativo y su consecuente incompatibilidad con el canon interamericano.

El control convencional ejercido sobre las omisiones legislativas no tiene el propósito de apremiar las actividades del legislador, sino más bien, salvaguardar la normativa constitucional y la emanada de los tratados de derechos humanos, evitando que los derechos contenidos en ellas sean violentados.³⁷⁰

³⁶⁹ **SALA DE LO CONSTITUCIONAL**, Sentencia de Inconstitucionalidad, referencia 37-2004, de fecha 26 de enero de 2001, Considerando III.C

³⁷⁰ *Ibidem*.

En vista de todo lo anterior no hay duda que al llevar a cabo el control convencional en sede interna, ya sea de forma directa o indirecta, el juez salvadoreño está obligado a realizar un cotejo entre el canon interamericano y las normas nacionales, agregando a esté aquellas omisiones que puedan infligir cualquier violación de derechos humanos, por las consecuencias jurídicas derivadas de la inactividad legislativa.

4.6 Ejercicio del control difuso de convencionalidad.

Ha quedado claro que la ejecución del control de convencionalidad es un deber emanado de las obligaciones internacionales derivadas de los tratados de derechos humanos. Tratados que ratificados por El Salvador, delegan derechos y deberes que deben ser cumplidos por todo el aparataje estatal al momento de legislar y al impartir justicia.

En cuanto al deber de legislar, -como ya se estableció anteriormente- no solo se circunscribe a pronunciar normas en favor de los derechos humanos, sino también a abstenerse de ello. Esto se ve reflejado en los artículos 1, 10 y 144 de la disposición constitucional salvadoreña, que entendidos en su conjunto prohíben que las leyes emanadas del seno legislativo sean contrarias a los derechos humanos más básicos, y por ende, esto implique la pérdida o el irreparable sacrificio de la dignidad humana.

La Sala de lo Constitucional lo confirma contundentemente en *Frankeko Álvarez y otros*, al estimar que “(...) *la resistencia del derecho internacional de derechos humanos a verse modificado por la legislación secundaria – fuerza pasiva- (...) implica un mandato dirigido al legislador que le inhibe de emitir normativa contraria al sentido, criterios y principios contenidos en la normativa internacional; incurriendo, en caso contrario, en*

*inconstitucionalidad por no respetar el criterio de ordenación de fuentes prescritos por el art. 144 inc. 2° Cn.*³⁷¹

Si al pronunciarse una determinada norma se soslaya este mandato constitucional, es el Estado –por medio de sus agentes- el encargado de realizar las providencias pertinentes para obedecer dicha directriz. Estas podrían traducirse *inter alia* en controles normativos, siendo el medio idóneo en este caso, el control *a priori* de constitucionalidad o convencionalidad.

En el caso del control *a priori* (previo) al igual que el *a posteriori*, puede ejecutarse por vía constitucional, y en cierto sentido, por vía convencional. Es decir, que la posibilidad de ejecutar un control mixto que combine parámetros constitucionales y convencionales, es viable a partir de la aceptación que el parámetro convencional es identificable con el constitucional en razón del criterio de ordenación de fuentes.

A raíz de esto es que el control deja de ser solo constitucional, y se convierte en uno mixto (constitucionalidad-convencionalidad), pudiendo examinarse con ello ambos parámetros.

En concreto, al estudiar la norma sometida a control, se examinará si ésta no ha sido adoptada en transgresión a las normas constitucionales, y si no constituye un obstáculo para la protección, vigencia y desarrollo de los derechos humanos emanados del canon interamericano.

Por otra parte, el control previo de constitucionalidad, que ahora se puede entender como un control mixto, aunque no ha sido consagrado en el

³⁷¹ **SALA DE LO CONSTITUCIONAL**, Sentencia de Inconstitucionalidad, referencia 52-2003/56-2003/57-2003 acumulado, de fecha 1 de febrero de 2004, Considerando V.36

ordenamiento salvadoreño, si puede desprenderse de un mecanismo previsto en la constitución.

Este mecanismo se desarrolla a partir de la potestad que posee el Presidente de la República –de conformidad al artículo 138 Cn.-, de oponerse a aquellos proyectos legislativos, que a su valoración, pudiesen vulnerar la Constitución de la República Salvadoreña y los tratados de derechos humanos.

Es cierto que este “cuasi-control”, en poco o en nada se asemeja a un verdadero control previo, ya que el Presidente por medio del veto solo se circunscribe a realizar observaciones al pleno legislativo, siendo vinculantes hasta que los diputados superen dicho veto.

Sobre este punto *Henry Mejía* afirma que se trata de un veto suspensivo y no absoluto, pues este sólo implica el reenvío o devolución del proyecto de ley considerado inconstitucional para su reconsideración a la Asamblea legislativa, reabriéndose la fase central o constitutiva del procedimiento legislativo.³⁷²

La anterior afirmación es conducente, ya que si la Asamblea discrepa del criterio del presidente y ratifica el proyecto con los dos tercios -por lo menos- de los diputados electos, el presidente debe dirigirse a la Sala de lo Constitucional para que ésta, oyendo las razones de ambos órganos, decida la controversia. Si la Sala desestima el veto, el Presidente de la República estará en la obligación de sancionarlo y publicarlo como ley. Si, por el contrario, declara que todo el proyecto o partes de él son contrarios a la Constitución o a la Convención, estos se tienen por desechados.

³⁷² **MEJIA, Henry Alexander**, *La Justicia Constitucional Salvadoreña: aspectos generales*, Op. cit., p. 14

Cabe recordar que este no es un control integral, pues la Sala se limita a revisar los aspectos objetados previamente, lo que significa que con posterioridad podría declarar su inconstitucionalidad-inconvencionalidad por motivos diferentes a los que fueron punto de objeción presidencial.

Es imposible soslayar que el Estado salvadoreño posee una deuda alrededor de esta temática, ya que el talón de Aquiles del control *a priori* deviene de la mismísima Constitución; en virtud que los órganos no están obligados a consultar previamente a la Sala si lo actuado en una ley, es o no constitucional o convencional, dejando abierta la posibilidad para que una ley contraria a estos parámetros sea decretada y aplicada en los tribunales.

En cuanto a los deberes de impartir justicia, el Estado salvadoreño -por medio de sus tribunales- está obligado a hacer valer las obligaciones convencionales adquiridas, quedando vinculados los jueces internos a preferir el canon interamericano sobre las normas nacionales contrarias al mismo. Este mandato no solo se traduce en mayor protección en sede jurisdiccional, sino también en el deber de implementar en sus actuaciones un control normativo convencional *a posteriori*.

Es por eso que con el afán de que ese deber se imponga, es que el juez interno vincula sus pronunciamientos a los estándares interamericanos, a fin que cualquier norma u acto del parámetro nacional se interprete y aplique de acuerdo a los principios de la dignidad humana y justicia social.³⁷³

Este examen convencional, se constituye de forma completa como un control constructivo o destructivo de la norma contraria al parámetro interamericano,

³⁷³ **SALA DE LO CONSTITUCIONAL**, Sentencia Definitiva de Amparo, referencia 166-2007, de fecha 21 de agosto de 2008, Considerando IV. Parte final.

en razón –como se extrae de la jurisprudencia de la Sala- que el Estado salvadoreño es el principal obligado a conservar y defender los derechos de los connacionales, debiendo buscar los mecanismos más idóneos para conciliar la consecución efectiva de sus funciones y la incidencia de los efectos de sus actividades en la vida de los particulares, orientando sus acciones a la materialización de los valores de igualdad, libertad, justicia social y bien común.³⁷⁴

Es por ello que el Estado, por medio de sus tribunales, tiene la obligación de aplicar el derecho en favor de los derechos humanos, no solo prefiriendo la norma internacional sobre la nacional, sino también, inaplicando la que pueda contrariar al acervo normativo interamericano.

Así esta figura contralor llamada por la jurisprudencia y doctrina, como control difuso de convencionalidad, se constituye como un control normativo que hace honor a los artículos 10 y 144 Cn., estableciendo límites a las actuaciones del Estado a fin de proteger los derechos intrínsecos de la persona humana.

4.6.1 Características en el esquema salvadoreño.

4.6.1.1 Legitimación.

Determinar que sujeto ostenta legitimación para ejercer el control difuso en el sistema salvadoreño es una operación que implica cierta complejidad, debido a que la justicia constitucional imperante en este país no prevé dicho supuesto. No obstante, es factible establecer mediante la jurisprudencia interamericana, que en el caso de los *órganos vinculados a la administración*

³⁷⁴ **SALA DE LO CONSTITUCIONAL**, Sentencia de Amparo, referencia 166-2007, de fecha 8 de agosto de 2008, Considerando III.X

de justicia que poseen jurisdicción, extrapolando esta característica del control de constitucionalidad,³⁷⁵ debe ser ejercido por todos los tribunales dentro de su potestad de administrar justicia, refiriéndose con ello a cualquier juez, abarcando con ello las respectivas Salas de la Corte Suprema de Justicia.

En cuanto a los “*demás órganos que no poseen jurisdicción*” y “*toda autoridad pública*”, según se extrae de la jurisprudencia interamericana,³⁷⁶ poseería legitimación el órgano ejecutivo y legislativo. Respecto a esto, resulta complejo individualizar quien o quienes en estos órganos están legalmente vinculados con su ejecución, debido a que la Corte IDH aún no ha clarificado tal situación.

4.6.1.2 Control de oficio y a petición de parte.

En razón de la misma jurisprudencia y de las características propias de la jurisdicción salvadoreña, el control difuso de convencionalidad directo o indirecto podría llevarse a cabo de oficio en el caso de que el juez interno en el transcurso de un caso concreto advierta que una norma o un acto son contrarios al canon interamericano.

En algunos Estados la duda sobre la aplicación oficiosa del control surge en virtud de que los jueces de esas jurisdicciones no poseen la función o habilitación según sus prácticas internas. En cambio en El Salvador, en razón de la extrapolación de las características del control difuso de

³⁷⁵ **CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DE EL SALVADOR**, Artículo 185: Dentro de la potestad de administrar justicia, corresponde a los tribunales, en los casos en que tengan que pronunciar sentencia, declarar la inaplicabilidad de cualquier ley o disposición de los otros Organos, contraria a los preceptos constitucionales.

³⁷⁶ Ver supra 3.5.2 Evolución del control difuso desde la percepción de la Corte IDH.

constitucionalidad, el juez ordinario y constitucional estaría plenamente capacitado para ejecutar el examen convencional oficiosamente.

Por otra parte, en el caso que el control difuso sea invocado por la parte afectada por un acto o norma inconvencional, el juez salvadoreño estaría obligado a conocer de tal solicitud.

4.6.1.3 Vía incidental.

Como ya se mencionó antes, la realización vía incidental del control difuso es el porqué de esta figura contralor, y en el caso del régimen salvadoreño éste se aplicaría en el transcurso de un caso en concreto de oficio o a petición de parte, al advertir que una norma u acto nacional es contrario al parámetro convencional, realizando un examen de compatibilidad entre unos y otros.

La forma incidental de ningún modo implica la apertura de un expediente en pieza separada, sino más bien éste debe entenderse como la posibilidad de inaplicar la norma contraria al parámetro convencional durante el proceso que en ese momento se esté conociendo.

Es relevante aclarar que por ser un control vía incidental, el resultado de dicho examen no puede ser una declaratoria general de inconvencionalidad, sino solo la inaplicación para ese caso en específico, de la norma jurídica tildada de contraria a los derechos humanos.

Existe una excepción a la regla antes establecida, ya que el control difuso de convencionalidad sí podría ejecutarse a través de un caso en abstracto (*no queriendo decir con ello que este sería una suerte de control concentrado*). Ello debido a la permisibilidad establecida por el mismo juez constitucional,

que consiente el uso del parámetro interamericano como parámetro constitucional.

El juez interno podrá aplicar un control difuso de convencionalidad en términos de control concentrado de constitucionalidad, cuando éste a la luz de un proceso de constitucionalidad advierta una antinomia jurídica que imposibilite aplicar ambas normativas incompatibles.

4.6.1.4 Efectos.

Los efectos generados por el ejercicio del *control de convencionalidad directo e indirecto* en El Salvador, son asimilables en los términos del control difuso de constitucionalidad, pudiendo *mutatis mutandi* extrapolarlos al contralor convencional.

A fin de determinarlos se debe retomar lo establecido por el artículo 77-D de la Ley de procedimientos constitucionales, el cual menciona: *“La resolución que se dicte en aplicación del artículo 185 de la Constitución, por medio de la que se declare la inaplicabilidad de una ley, disposición o acto, solo tendrá efectos en el proceso concreto en el cual se pronuncie.*

Es decir, en el caso que el juez salvadoreño al ejercitar el examen convencional se decante por inaplicar la norma tachada de inconvencional, los efectos de la misma serán *inter partes*, declarando la nulidad absoluta del precepto, dejándolo sin aplicación en el caso en específico, afectando sólo a las partes que en él han intervenido.

La norma inaplicada no es afectada, permanece vigente y sigue siendo susceptible de aplicación tanto por otros tribunales o jueces, como por aquél

que la inaplicó ya que éste no está jurídicamente vinculado por la decisión precedente.

En cuanto a la declaratoria de nulidad absoluta, esta tiene su fundamento en que es una nulidad preexistente, motivada por la incompatibilidad de esa normativa secundaria con la ley superior; la norma es entonces absolutamente nula por ser contraria al canon constitucional y convencional, y es que de acuerdo a los principios generales que rigen la nulidad de los actos jurídicos, se considera que la ley estuvo viciada de nulidad desde el momento en que supuestamente entro en vigencia.³⁷⁷

En el caso que el control difuso sea ejecutado con inaplicación en sede constitucional, en los procesos de amparo y habeas corpus, los efectos al igual que en sede ordinaria, serán únicamente entre las partes, conllevando con ello efectos *ex tunc* que ya fueron mencionados.

Por otra parte, si el control es realizado por el juez constitucional en un proceso de inconstitucionalidad, no importando sea directo o indirecto, si el examen de compatibilidad finaliza con inaplicación de la norma o precepto acreditado de inconvenicional, los efectos serán *erga omnes*, siendo de cumplimiento obligatorio para todos, lo cual traería consigo efectos *ex nunc*.

En el caso que la ejecución del control no se traduzca en la inaplicabilidad de la norma, y que en su suplencia, el juez interno haya aplicado una función constructora de armonización de normas, los efectos son visiblemente distintos.

³⁷⁷ **FLORES MARTÍNEZ, Walter Omar y otros**, "Efectividad de la facultad de declarar la inaplicabilidad de leyes o tratados" Tesis de Pre-grado para optar al título de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, Universidad De El Salvador, El Salvador, 1997, ítem 4.2

Entre ellos se puede considerar que debido a su ejercicio en modo interpretativo, se efectúa de forma exitosa una *ampliación* de derechos –del canon nacional-, lo cual extiende el ámbito de protección de los mismos, y en algunas circunstancias especiales, permite la adopción de “nuevos” derechos que el ordenamiento interno aún no ha reconocido.

No obstante en éste no se practique la inaplicabilidad de la norma, su adopción se constituye plenamente en un cumplimiento de las obligaciones internacionales y nacionales –positivas y negativas- emanadas del canon convencional (artículos 1.1 y 2 CADH; 26 y 27 CVDT) y constitucional (artículos 1 y 2 de la Constitución de la República).

4.6.2 Manifestaciones del control difuso de convencionalidad.

En el ordenamiento salvadoreño el control de convencionalidad directo no es ejecutado, no porque se carezca de los presupuestos para llevarlo a cabo, sino más bien, por falta de claridad constitucional en cuanto a la influencia del parámetro interamericano en el derecho nacional.

Así también el desconocimiento del contenido de los tratados de derechos humanos ha provocado indiferencia en invocar y aplicar, no solo los derechos que los mismos tratados norman, sino también los controles normativos que emanan de este canon.

Lo cual imposibilita que las obligaciones emanadas de los artículos 1 y 2 de la CADH en conjunto con los artículos 1 y 144 de la Constitución, sean traducidas en una práctica judicial directa, tal y como lo pretendía la Corte IDH en su jurisprudencia iniciada en *Almonacid Arellano* y continuada a lo largo de los años.

La importancia de la ejecución de un control directo radica en los efectos que se generan al ejercerlo a la luz de un caso en concreto. En razón que al advertir un conflicto entre parámetro interno y el canon interamericano, el juez nacional podría en virtud de las obligaciones convencionales y constitucionales a las que se circunscriben sus actuaciones, declarar inaplicable el precepto normativo contradictorio e inconvencional retomando directamente el parámetro interamericano.

Cabe aclarar que no obstante carecer de la aplicación directa de este ente contralor, y no existir ningún mandato expreso en ese sentido, el control difuso de convencionalidad en el sistema jurídico si se ejecuta de forma indirecta, ya sea armonizando la norma nacional con la internacional, a través de una interpretación conforme a los tratados o utilizando la jurisprudencia de sus órganos como guía.

En menor proporción que las manifestaciones anteriores, el control difuso de convencionalidad según el esquema salvadoreño, es llevado a cabo mediante un control –indirecto- mixto de constitucionalidad-convencionalidad realizado por juez ordinario o constitucional, por diversos motivos que serán desarrollados en este capítulo.

Este control mixto es usado en la medida que en sede aplicativa se retome al parámetro interamericano como canon constitucional, no obstante el propio ordenamiento guarde silencio.

A pesar que los planteamientos anteriores sean ciertos y apegados a la doctrina establecida por el derecho internacional y el nacional, ésta vinculación constitucional-convencional por ser solamente una apreciación interpretativa, no logra efectivizarse del todo en sede judicial-aplicativa.

4.6.2.1 Control indirecto.

Este control se basa en la forma en que el juez interno adopta el canon interamericano al aplicar el control en su sede. Su carácter indirecto mayormente es usado en las jurisdicciones que aún no aceptan expresamente el uso y funcionamiento de esta figura contralor, pero si la vinculatoriedad de los tratados de derechos humanos en su sede interna.³⁷⁸

En el caso salvadoreño, aunque no existe una vinculación expresa de la constitución o ley interna, el mismo se ejecuta –como ya se mencionó tantas veces- en base a la ratificación del derecho convencional, el principio personalista, la visión finalista del Estado y la jerarquía de los tratados en el derecho interno.

4.6.2.1.1 Armonización e interpretación conforme a tratados.

Al hablar sobre la interpretación y armonización, en primer lugar, se parte del entendido que el *corpus iuris* interamericano se erige como un estándar mínimo de actuación en materia de derechos y libertades. Esto en razón que la Convención Americana -al igual que la DADDH- nació como un texto de mínimos, constituidos por un catálogo de derechos de mínima garantía.

El SIDH fija pautas mínimas a las que los Estados se obligan, las cuales apuntan tanto a los derechos como al alcance y amplitud de los mismos; obligando al Estado a garantizar un piso mínimo de derechos a las personas sujetas a su jurisdicción,³⁷⁹ no impidiendo esto, que su derecho interno

³⁷⁸ En este caso, la mayoría de Estados latinoamericanos se resisten a aceptar la doctrina.

³⁷⁹ **NIKKEN, Pedro**, *La Protección internacional de los Derechos Humanos su desarrollo progresivo*, 1era. Edición, Editorial Civitas S. A, Madrid, España, 1987, p. 87

reconozca más derechos o mayor protección que los instrumentos internacionales.

En segundo lugar, el sistema interamericano asume y conoce muy bien la diversidad de los Estados que lo conforman. De hecho, el pluralismo es una de las bases en la que se fundamenta el SIDH y la CADH, ya que es la misma norma y doctrina que establecen que los Estados a fin de seguir sus tradiciones jurídicas, pueden aplicar los preceptos de derechos humanos según el contexto específico, pudiendo en una labor armonizadora apoyarse en el margen de apreciación nacional o en una interpretación conforme a tratados.

En el caso del margen de apreciación nacional, que tributa su origen al sistema europeo,³⁸⁰ y su énfasis conceptual descansa en la relación entre órganos jurisdiccionales de supervisión y las autoridades nacionales,³⁸¹ debe ser comprendido como un criterio de interpretación y aplicación de los derechos humanos atribuidos al Estado por parte de los tribunales regionales; el cual permite un dialogo entre ambos ordenamientos, a partir de principios fundadores que se adaptan dentro del ordenamiento nacional.

Dicha doctrina consiste en un espacio de maniobra que el SIDH concede a las autoridades internas en el cumplimiento de sus obligaciones derivadas de

³⁸⁰ Su práctica iniciada por la entonces CEDH que posteriormente adoptó el TEDH, expresamente en el caso *Dewilde, Ooms y Versyp*. A partir de entonces, el TEDH, ha hecho de esta práctica una construcción débil, poco densa y no exenta de contradicciones. **GARCÍA ROCA, Javier**, *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, 1era. Edición, México, 2010, pp. 110-112

³⁸¹ **DELMAS-MARTY, M. y M-L, IZORCHE**, citadas por **BARBOSA DELGADO, Francisco R.**, “*Los límites a la doctrina del Margen Nacional de Apreciación en El Tribunal Europeo y La Corte Interamericana De Derechos Humanos: Intervención Judicial En torno a ciertos derechos de las minorías étnicas y culturales*”, en *Revista Derecho del Estado*, No. 26, Junio, 2011, p. 110

la CADH, aproximándose con ello a la idea que la misma entraña tanto una discrecionalidad como una regla de no decisión por parte de la Corte IDH, una suerte de deferencia interamericana hacia la decisión interna.

Retomando la temática es posible aseverar que la consecuencia lógica de la existencia de tal estándar mínimo interamericano y de la aceptación del pluralismo sobre el que se asienta el SIDH, supone aceptar que el sistema interamericano de garantías, implica un proceso de armonización y no uno de uniformización.³⁸²

En este contexto, el *corpus iuris* interamericano se erige en un parámetro de reglas interpretativas de resolución de conflictos que todos los Estados parte deben respetar por ser, precisamente, el espacio que reconocen como común al ratificar la CADH.

Por otra parte, al respecto de la interpretación conforme a tratados, se convendrá que esta se constituye como un criterio hermenéutico por medio del cual los derechos y libertades constitucionales son armonizados con los valores, principios y normas contenidas en el parámetro convencional controlante.

Este principio es de imperioso cumplimiento en virtud de las obligaciones internacionales adquiridas a través de la ratificación de diferentes tratados de derechos humanos, puesto que sí en la aplicación del derecho en sede aplicativa, el juez nacional debiendo armonizar una norma presuntamente inconvencional no lo hace, pondría en riesgo al Estado ante una posible responsabilidad internacional.

³⁸² Idem.

Es importante hacer notar que ésta interpretación no se trata simplemente de una imposición de la norma internacional sobre la nacional, sino de un proceso interpretativo de armonización. En realidad la interpretación conforme a tratados no es cosa de otro mundo, en razón que este criterio hermenéutico implica interpretar el mismo derecho interno, en la medida en que los tratados internacionales se convierten en leyes nacionales al ser incorporadas mediante la ratificación.

En ese entendido esta armonización resulta obligatoria en los casos que se involucren normas inconventionales, no estando disponible a juicio del juez su uso y aplicación. Al contrario, el operador de justicia al advertir una norma contraria a los criterios convencionales, deberá llevar a cabo un control indirecto de convencionalidad (a través de una interpretación conforme a tratados), y si no es posible armonizar, procederá a ejecutar un examen convencional directo, inaplicando la norma reputada de anticonvencional.

En el caso salvadoreño, en razón de la identidad entre el canon constitucional y convencional, esta interpretación conforme a tratados puede llevarse a cabo por medio de una interpretación conforme a la Constitución, pudiendo realizarse conjuntamente, ya sea en concreto o en abstracto. Es decir, el juez nacional no efectuaría dos interpretaciones sucesivas (primero la interpretación conforme a la Constitución y luego la interpretación conforme al tratado), sino una interpretación que a la vez armonice ambas.

De acuerdo a *Bidart Campos*³⁸³ esta se constituye como una *interpretación conciliadora* en una doble vía, en la medida de que efectúa una interpretación de la Constitución y por ende la de los tratados. En ese orden

³⁸³ **BIRDAT CAMPOS**, citado por **FERRER MAC-GREGOR, Eduardo**, "*Interpretación Conforme y Control difuso de convencionalidad...* Idem.

de ideas, el juez constitucional y ordinario salvadoreño tal y como lo afirma la Sala de lo Constitucional, al momento de conocer las pretensiones que se le plantean, están obligados a interpretar ese ordenamiento de conformidad con la Constitución, debiendo dar una respuesta basada en la unidad del ordenamiento jurídico vigente, con preferencia de la norma suprema.³⁸⁴

Su aplicación conjunta no es por ser técnicas visiblemente símiles, sino por el valor constitucional indirecto que la jurisprudencia constitucional salvadoreña le otorgó a los tratados de derechos humanos; en vista que al efectuar una interpretación conforme, el juez interno estaría ejecutando por ende un control conforme a tratados.

En ambos casos mencionados se está frente a una posibilidad de armonización de las normas, usando ambas figuras como un criterio interpretativo a fin de contrastar las normas nacionales con las internacionales.

La forma más sencilla de aplicar esta armonización, o una clase de interpretación donde sean satisfechas las obligaciones nacionales y convencionales, es la aplicación del principio *pro homine* como un criterio hermenéutico; en vista que esta regla está orientada a privilegiar, preferir, seleccionar, favorecer, tutelar y por lo tanto, a adoptar la aplicación de la norma que mejor proteja los derechos fundamentales del ser humano.³⁸⁵

En fin, el uso interpretativo-aplicativo de la norma más protectora, se implanta como una salida fácil a favor de las normas posiblemente

³⁸⁴ **SALA DE LO CONSTITUCIONAL**, Sentencia de amparo, con referencia 787-99, de fecha 11 de julio de 2000, considerando IV y ss.

³⁸⁵ **AA. VV.**, *Memorias del seminario la armonización de los tratados internacionales de derechos humanos en México*, México, 2005, p. 53

inconvenientes, y como una útil herramienta al momento de aplicar el control convencional constructivo y armonizador.

4.6.2.1.2 Control mixto (constitucionalidad-convencionalidad).

El estudio de este control ha encontrado mucha reticencia en cuanto a su viabilidad y efectividad,³⁸⁶ sin embargo su implementación se fija como una forma de ejecutar el control de convencionalidad por medio de las garantías que proveen los medios de protección constitucional.

Al plantear su implementación surge la interrogante: ¿Cuáles son los motivos para su comparación y ejecución? Esta investigación a fin de dar respuesta a esta pregunta, sin dejar de lado la relación de las jurisdicciones y principio de subsidiariedad, ha encontrado diversas motivaciones, las cuales se han reducido y clasificado en tres que serán desarrolladas a continuación.

a) Por sus similitudes. Esta es una de las posiciones más aceptadas, ya que su estudio comparativo no se debe a una decisión apresurada, desmesurada o equívoca por parte de los doctrinarios, sino en cierta parte, al señalamiento atinado del “creador” del término, el cual por medio de su voto concurrente en el caso *Tibi*, alimenta la aptitud de comparación entre un control y otro.

Según dicho magistrado *García Ramírez*, la tarea del tribunal interamericano se asemeja a la que realizan los tribunales constitucionales, ya que estos examinan los actos impugnados, disposiciones de alcance general a la luz de las normas, y principios y valores de las leyes fundamentales; y por su parte,

³⁸⁶ Sagües, por ejemplo, indica que el examen de convencionalidad es distinto al de constitucionalidad, ya que el primero se trata de un examen de supra constitucionalidad. **SAGÜES, Néstor**, “*Obligaciones internacionales y control de convencionalidad*”, Op. cit., p. 124

la Corte analiza los actos en relación con normas, principios y valores emanados de los tratados en los que funda su competencia contenciosa.³⁸⁷

La Corte IDH confirmó las posiciones del referido magistrado en el caso *Vélez Loor*,³⁸⁸ en el cual se retoma en cierta forma la posición adoptada por la Corte en sus inicios en el caso *Trabajadores Cesados del Congreso*, en el cual se denotaba la obligación del juez interno de ejecutar ambos controles de manera conjunta.

No obstante lo ha mencionado la jurisprudencia, es la doctrina la que se ha encargado de darle contenido a esta disertación, esforzándose por demostrar por medio de comparativas u contrastaciones, las similitudes de estos controles, a fin de comprender de una forma adecuada su aplicación y desarrollo en los ordenamientos internos. Entre las similitudes encontradas por la doctrina están las siguientes:

1. Ambos controles actúan como un criterio de resolución de conflictos normativos, no importando las obvias diferencias jurisdiccionales.
2. Las dos figuras se constituyen en examen o cotejo de compatibilidad entre normas.³⁸⁹
3. Su clasificación se deriva en concentrado y difuso, realizándose el primero en abstracto y el segundo en concreto.³⁹⁰

³⁸⁷ En ese sentido, es posible afirmar que si los tribunales constitucionales controlan la “constitucionalidad”, el Tribunal interamericano resuelve acerca de la “convencionalidad” de esos actos. Voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez. Caso *Tibi vs. Ecuador*, del 7 de septiembre de 2004, Considerando I.3.

³⁸⁸ **CORTE IDH**, *Caso Vélez Loor versus Panamá*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 23 de noviembre de 2010, serie C, núm. 218, párr. 287.

³⁸⁹ Faúndez coincide en este planteamiento, ya que es de la opinión de que la Corte opera como una especie de tribunal constitucional que se encarga de interpretar la Convención u otros tratados en materia de derechos humanos y está encargado de pronunciarse sobre la medida en que se ajusta la legislación nacional a las obligaciones internacionales **FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor**, *El Sistema Interamericano de Protección de...*, Op. cit., p. 991

4. Ambas doctrinas coinciden en cuanto a los derechos humanos, ya que su respeto y garantía a fin de eliminar todo obstáculo en el ejercicio de los derechos fundamentales, es el objetivo de dichos controles.³⁹¹
5. Y finalmente, la supremacía normativa se constituye como control de ambos dispositivos, ya que uno intenta afirmar la supremacía de la Constitución nacional; y el otro, la del Pacto de San José de Costa Rica, manejando -en el fondo- un mismo argumento: la invalidez de la norma inferior opuesta a la superior.³⁹²

Desarrollado lo anterior y no obstante el control de convencionalidad y el control de constitucionalidad poseen similitudes en el diseño, estructura, finalidad y objeto, no se puede concluir que exista identidad entre los mismos, en virtud que su aplicación conjunta no deviene de sus similitudes fácticas, sino de la relación e identidad entre parámetro convencional y las normas constitucionales.

b) Por su fundamento. Este parte del supuesto que los motivos para el desarrollo de un control dual, se deben en cierta medida, a que los textos constitucionales son completados y desarrollados con lo establecido por las normas internacionales de derechos humanos.

³⁹⁰ En relación con lo antes expuesto, *Pesantes* valida y respalda la aseveración anterior, ya que confirma la obligación que posee la Corte de llevar a cabo un control de convencionalidad de la misma manera que a los tribunales constitucionales les corresponde el control de constitucionalidad. La diferencia radica en el ámbito de aplicación territorial. **SALGADO PESANTES, Hernán**, "*Justicia Constitucional Transnacional: el modelo de la Corte IDH. Control de Constitucionalidad vs. Control de Convencionalidad*" en **MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer, et. al.**, *La Justicia Constitucional y su Internacionalización ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?*, Op. cit., p. 470

³⁹¹ **HUERTA OCHOA, Carla**, "*La acción de inconstitucionalidad como control abstracto de conflictos normativos*" en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Op. cit., p. 929.

³⁹² **SAGUES, Néstor Pedro**, "*El control de convencionalidad como instrumento para la elaboración de un ius commune interamericano*" en **FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, et. al.**, *La Justicia Constitucional y su Internacionalización ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?*, Op. cit., p. 462

Esta teoría resulta plausible al comprender la relación horizontal existente entre ordenamiento internacional y el nacional, siendo que entre ambos no existe una subordinación sino una coordinación, en razón que tal y como afirma Häberle, en el modelo de Estado Cooperativo no existe la lógica de supremacía del derecho internacional, ni tampoco la del interno.³⁹³

Sobre la base de ello es posible analizar si en el ordenamiento salvadoreño las normas constitucionales son identificables con las internacionales; y si el control de convencionalidad realizado por el Estado, es manifestación de esta relación, y por ende de la flexibilización de la pirámide Kelseniana.

Esta temática fue abordada por la Sala en el caso *Frankeko Álvarez y otros*³⁹⁴ al determinar que la Constitución en integración con los instrumentos internacionales que consagran y desarrollan derechos humanos, dirigen sus ámbitos de vigencia efectiva hacia un mismo sustrato axiológico: la dignidad humana y el catálogo de los derechos fundamentales que desarrollan los valores inherentes a su personalidad: dignidad, libertad e igualdad.

Por tanto, la integración normativa entre derecho constitucional y derecho internacional de los derechos humanos es jurídicamente viabilizada por la coincidencia de sus objetivos.

Es decir, corresponde al derecho interno, incluido el constitucional, asegurar la implementación de las normas más favorables a la dignidad de la persona, lo que realza la importancia de su rol: la protección de los derechos de la persona.

³⁹³ **HÄBERLE, Peter**, El Estado constitucional, Traducción de Héctor Fix-Fierro, 1era. Edición, Serie Doctrina Jurídica, No. 47, UNAM, México, 2003, pp. 169-175

³⁹⁴ **SALA DE LO CONSTITUCIONAL**, Sentencia definitiva de Inconstitucionalidad con referencia 52-2003/56-2003/57-2003, de fecha 1 de abril de 2004.

En esta lógica la Sala continuó afirmando que: “(...) si los tratados sobre derechos humanos implican la interacción entre sus disposiciones y las del derecho interno, la Constitución atiende a la necesidad de prevenir y evitar los conflictos normativos que vuelvan nugatoria la efectividad de las primeras. Con ello se contribuye a la reevaluación de la amplia interacción entre el DIDH y el derecho interno, con miras a la protección de los derechos vinculados a la dignidad humana. En definitiva, la identidad común entre el DIDH y el Derecho Constitucional, es el trazo que más distingue al primero, en relación con el resto de la normativa internacional. En conclusión, la confluencia entre la Constitución y el DIDH, en la protección de los derechos humanos, confirma que la relación entre ambos definitivamente no es de jerarquía, sino de compatibilidad (...)”.³⁹⁵

Debido a todo lo anterior es posible hablar de una teoría de “coordinación”, “coherencia” o “acoplamiento” de los tratados de derechos humanos a la Constitución, en el entendido que los derechos humanos reconocidos por los tratados dimanen directamente de los valores y principios que la Constitución ya reconoció en su parte dogmática.

Es posible afirmar con ello –siguiendo a Natalia Zúñiga- que los derechos humanos en su conceptualización, naturaleza y protección son un elemento de estudio común en el derecho constitucional y el derecho internacional, siendo un punto de confluencia en las figuras de control de constitucionalidad y convencionalidad, ya que en ambos casos, el análisis de normas involucra el uso del contenido axiológico de los derechos humanos.³⁹⁶

³⁹⁵ Idem, considerando V.3

³⁹⁶ Vid., **TORRES ZÚÑIGA**, Natalia, “El Control de Convencionalidad: Deber complementario del Juez Constitucional peruano y el juez Interamericano” Tesis de Grado, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Perú, 2012.

c) Por identidad en parámetros. Este presupuesto que se deriva de la norma, no obstante emana en cierta medida de su fundamento axiológico común, su plena identificación es certificada por la Constitución de la República al prescribir en el artículo 144 el criterio de ordenación de fuentes.

Es según ese criterio que el inciso segundo del ya mencionado artículo, reconoce el valor indirecto que ostenta el canon interamericano en el texto constitucional, ya que la violación directa o indirecta de éste parámetro internacional por una norma u acto nacional inconvencional, lesionará el texto constitucional indirectamente.

En este caso el examen convencional podría ejecutarse por medio de la estructura del control constitucional, ya que al examinar la norma nacional, el juez interno la examinara a la luz del parámetro interamericano y del constitucional, pudiendo adoptar una posición supervisora, garante y controladora de derechos humanos y sus tratados, y a la vez de la Constitución.

Cabe aclarar que lo anterior no implica una extrapolación de preceptos constitucionales a convencionales, sino que en razón de la identidad del parámetro interamericano con el nacional, la violación a los tratados de derechos humanos se adopta como una violación constitucional por acción refleja.

En El Salvador este tipo de control mixto no obstante puede ser ejecutado por juez ordinario y juez constitucional (el primero por medio de un control difuso y el segundo por medio de uno concentrado), no abandona su carácter indirecto, en vista que el parámetro interamericano se retoma de forma refractiva. Es decir, las normas emanadas de tratados de derechos humanos

se recogen por medio de una figura constitucional que funge como intermediaria.

4.6.2.2 Control directo.

El vocablo “directo” no solo se refiere a la forma de retomar el canon interamericano, sino también a su ejecución sin ningún tipo de ayuda, sin aplicación conjunta con otro tipo de herramientas o mecanismos, y a su aplicación sin necesidad de usurpar la estructura constitucional, pudiendo determinar con ello la inaplicabilidad de la norma u acto contrario a los estándares interamericanos.

En El Salvador si existe la estructura fáctica necesaria que obliga implícitamente a las jueces internos a llevar a cabo el control de convencionalidad de forma directa, sin embargo éste aún no ha sido implementado.

Este incumplimiento es hasta cierto punto respaldado por los siguientes argumentos: i) inexistencia de un mandamiento constitucional expreso que obligue a todos los tribunales salvadoreños, ii) la mayoría de jueces salvadoreños desconocen la norma convencional y sus compromisos derivados, y iii) por la creencia generalizada que al anteponer la fuente internacional al derecho interno se está concediendo parte de la soberanía nacional.

Se advierte que de los tres motivos aludidos, solo uno de ellos es normativo y los demás son ideológicos, siendo los tres imputables al Estado en el caso de una violación de derechos humanos esgrimida por una norma contraria a los preceptos convencionales.

La falta de su ejecución impide que en determinadas circunstancias el juez salvadoreño al advertir una norma inconvencional pueda inaplicarla, dejando incólume el precepto normativo tachado de anticonvencional, permitiendo en consecuencia que esa norma siga infligiendo en hechos futuros más violaciones de derechos humanos.

Es importante notar la relevancia de dicho control directo, ya que al liberarse de sus lastres coadyuvantes éste alcanza una mayor relevancia y eficacia, logrando imponer sus efectos por completo, instaurándose así un pleno cumplimiento de las obligaciones y deberes convencionales emanados de la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

Ahora bien, aún es desconocido o de difícil deducción, el rol que deberían desempeñar los jueces internos frente a una norma interna violatoria de los estándares interamericanos, en virtud de la dubitativa jurisprudencia emanada del seno de la Corte IDH y a la poca doctrina existente. En ese orden de ideas, a continuación se planteara una suerte de propuesta de ejecución a fin que en determinado momento pueda ser desarrollada la misma en sede aplicativa.

4.6.2.2.1 Rol de los jueces salvadoreños frente a la norma nacional inconvencional: propuesta de ejecución.

En el presente estudio se plantea la necesidad de ejecución del control directo, pero para tal fin sería forzoso contar con un procedimiento establecido normativamente, y siendo que en el ámbito jurídico salvadoreño no existe tal procedimiento, es ineludible elaborar una propuesta, la cual hipotéticamente debería ser usada por el operador de justicia como guía en la aplicación del control en sus jurisdicciones.

Dicho procedimiento, podría describirse de la siguiente manera:

1. En todo caso sometido a su jurisdicción, el juez interno debe verificar de oficio o a petición de parte la compatibilidad de la norma y acto nacional con el canon convencional, verificando la existencia o no de un conflicto normativo.

Respecto al momento procesal oportuno para ello, aunque no exista mucha información al respecto, y siguiendo la lógica del control difuso de constitucionalidad, nace la posibilidad que la supuesta incompatibilidad pueda ser dirimida por medio de una interlocutoria con fuerza definitiva, una sentencia interlocutoria, o al momento de dictar sentencia definitiva.

2. En caso de que no exista conflicto normativo de ningún tipo y que el derecho interno se acople perfectamente al convencional, el juez podrá proseguir en el conocimiento normal del caso.

3. Si el juez interno a la luz del examen de convencionalidad advierte un conflicto normativo que se traduce en una incompatibilidad irreconciliable de las normas internas con el canon interamericano, éste deberá inaplicar la norma u acto tildado de inconvencional para ese caso en concreto y aplicar la norma convencional que estime conveniente.

4. Dicha inaplicación ejercida, implicara efectos *ex tunc*, produciéndose los mismos desde el momento mismo en que el acto tuvo su origen, retrotrayendo la situación jurídica a ese estado anterior.

En este esquema de ejecución, el ejercicio del control es directo, sin estar supeditado a ningún otro mecanismo constitucional o convencional,

erigiéndose así como una herramienta jurídica de aplicación eficaz, como figura contralor de actos y normas nacionales.

4.7 Recepción de la doctrina del control difuso de convencionalidad.

Estudiar la práctica constitucional y judicial salvadoreña es la forma de comprender de mejor manera el funcionamiento del examen convencional en las jurisdicciones internas.³⁹⁷

En esa lógica, entendiendo que existen diferencias sustanciales entre jurisdicción constitucional y ordinaria, no se puede obviar que las mismas poseen ciertas similitudes al momento de que estos ejecutan el control convencional.

Es por ello que las diferencias recaen más bien, en la forma de invocar los tratados y en los efectos que los mismos generan. Obligando ello, a establecer diferentes formas de actuar, que en aplicación de los preceptos constitucionales o convencionales los jueces nacionales deben adoptar.

En sede constitucional, el parámetro interamericano debe ser invocado como transgresión constitucional indirecta, en virtud del criterio de ordenación de fuentes, sistematizado por el inciso segundo del artículo 144.

En sede ordinaria, en virtud del control indirecto, el examen convencional es ejecutado por el juez interno, a través de una interpretación conforme a tratados, armonización de normas, o en razón de la identidad entre

³⁹⁷ La investigación jurisprudencial no obstante se realizó en sede ordinaria, la misma mayormente versa sobre casos conocidos por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en razón de la importancia y efectos que conllevan sus pronunciamientos.

parámetro nacional y convencional, un control mixto de constitucionalidad-convencionalidad.

4.7.1 Casos prácticos en sede ordinaria y constitucional.

4.7.1.1 Caso diligencias de cambio de nombre y sexo.

Estas diligencias fueron promovidas con el propósito de corregir la partida de nacimiento del señor Armando Corrales, amparándose en el derecho de identidad sexual, y el derecho a la salud internacionalmente reconocidos por tratados, solicitando con ello la modificación del nombre y sexo conforme a su género actual.³⁹⁸

El señor Corrales nació siendo hombre y así fue inscrito, pero por un proceso de readaptación de sexo que este se practicó en Estados Unidos, su morfología y fisonomía cambió, siendo identificables actualmente con los pertenecientes a una mujer.

Las inconveniencias que llevaron a promover las diligencias que se hacen referencia, surgieron cuando el señor Corrales inició el trámite de solicitud del DUI, ya que no obstante logró identificarse, su apariencia física no está acorde a su nombre legal que aparece detallado en dicho documento, no permitiendo que éste sea reconocido según su nueva identidad readaptada.

El juez *a quo* al abordar la temática planteada expresó: *"Del análisis de los hechos, de la prueba instrumental, pericial y estudios psicosociales, se considera que el presente caso se está en presencia plenamente del*

³⁹⁸ Diligencias llevadas ante un Juzgado de Familia de San Miguel. Los demás datos de esas diligencias, así como los nombres del solicitante se reservaron al público, no siendo posible su identificación individual.

*Derecho de Identidad, que pretende hacer valer el peticionario, al haber cambiado su sexo de masculino a femenino, y que esto produzca el cambio de su nombre propio que sea coincidente con el sexo que actualmente posee desde el año dos mil ocho.”*³⁹⁹

El operador de justicia sostuvo que de acuerdo a los requisitos de validez para cambio de nombre prescritos en la ley (artículo 23 de la Ley del Nombre de la Persona Natural), el solicitante cumple todos los requisitos, en razón que según los documentos presentados a ese tribunal, éste no ha cambiado anteriormente su nombre, no posee antecedentes penales, y quedo acreditado que el peticionario se sometió a una cirugía de reasignación de género, pasando de ser hombre a mujer, por lo cual el nombre inscrito en su partida de nacimiento, es equivoco al sexo reasignado.

Al realizar el respectivo análisis legal, ese juzgador consideró que cuando se aprobó la Ley del Nombre de la Persona Natural no se visualizaron los casos de transexualidad o de reasignación de sexo, dado que esta ley no ha normado estos casos y no prevén situación similar alguna.⁴⁰⁰

En esa lógica, y siendo que las normas jurídicas no deben ser interpretadas estáticamente, sino en forma evolutiva en el tiempo, el juez nacional retomó lo establecido por la CADH respecto al derecho a un nombre propio; y estimó que el derecho a la identidad debe fundamentarse en el DIDH, aplicando el principio *pro homine*, debiendo por ello cambiar el nombre propio del peticionario, y por consiguiente también su género.

³⁹⁹ Es necesario afirmar que el juez de familia para darle mayor sustento a su fallo ordenó se le practicarán los exámenes forenses respectivos, dando como resultado que el señor Corrales se identifica plenamente como de sexo femenino, física y psicológicamente.

⁴⁰⁰ Como puede notarse a simple vista, el juzgador hizo una interpretación del contexto histórico de la ley, lo cual lo llevo a concluir que la misma se encuentra desfasada.

Bajo estos términos, el juez de familia accedió a pronunciar una sentencia estimatoria a las pretensiones del solicitante, decretando de esa forma el cambio del nombre propio, ordenando la cancelación de su partida de nacimiento antigua, inscribiéndose una nueva, en la que además deberá consignarse que la persona es de sexo femenino.

Queda evidenciado entonces, que en el presente caso, el juez nacional se arrogó al canon convencional a fin de ejecutar un control indirecto de convencionalidad por armonización, en razón de los vacíos legales sobre la materia en la legislación salvadoreña.

4.7.1.2 El Estado de El Salvador contra José Antonio A. M. y otros.⁴⁰¹

El señor José Antonio y la madre de las víctimas (cómplice necesario), eran acusados por el supuesto delito de agresión sexual en menor incapaz, tipificado y sancionado en el artículo 161 en relación con el artículo 42 ambos del Código Penal, en perjuicio de dos menores de edad.

El juez de sentencia al abordar la culpabilidad o inocencia de los acusados, aseguró que no obstante la representación fiscal realizó el ofrecimiento de prueba idónea, como lo es la deposición de las víctimas, estas no tuvieron intervención en la Vista Pública por no haber comparecido, lo cual permitió mantener incólume la presunción de inocencia de los acusados. En ese sentido siguió afirmando que si bien es cierto que los peritos nombrados al efecto de realizar un reconocimiento físico y psicológico si comparecieron a la referida audiencia, estas pericias manifiestas solo pueden considerarse elementos de referencia.

⁴⁰¹ **TRIBUNAL SEGUNDO DE SENTENCIA DE SANTA ANA**, Sentencia definitiva, con referencia 131-U-2-12, de fecha 6 de junio de 2012.

En concreto, el operador de justicia a fin de reforzar su argumento, se refirió al criterio de la Corte IDH establecido en derredor de la CADH: “(...) *el artículo 8.2 de la Convención exige que una persona no puede ser condenada mientras no exista prueba plena de su responsabilidad penal. Si obra contra ella prueba incompleta o insuficiente, no es procedente condenarla, sino absolverla. Afirmando con ello que el principio de presunción de inocencia subyace el propósito de las garantías judiciales, al afirmar la idea que una persona es inocente hasta que su culpabilidad sea demostrada*”⁴⁰²

Mediante los argumentos mencionados, se generó en el intelecto del juzgador la certeza negativa de la participación delincencial de los imputados, absolviendo a los procesados en los cargos atribuidos.⁴⁰³ Con la recepción de la jurisprudencia emanada del órgano controlador de la CADH, el juez de la causa dotó de contenido lo que la norma y práctica nacional ya previó, funcionando también como un criterio interpretativo que da la certeza al juzgador de estar protegiendo un derecho tan fundamental como es de las garantías judiciales.

4.7.1.3 El Estado de El Salvador contra Maura Maribel Beltrán Cerna (Caso Requisas a internos y visitantes).⁴⁰⁴

Esta causa penal fue seguida contra la señora Maura Maribel Beltrán Cerna, acusada por la supuesta comisión del delito de tráfico ilícito, previsto y

⁴⁰² **TRIBUNAL SEGUNDO DE SENTENCIA DE SANTA ANA**, Sentencia definitiva, con referencia 131-U-2-12, de fecha 6 de junio de 2012, Considerando II.B

⁴⁰³ También mencionó que “*debemos entender que no basta la existencia de elementos incriminatorios para quebrantar la presunción de inocencia, sino que se vuelve necesario que concurran otras que fortalezcan la información, es imprescindible que esa prueba sea confiable, ya que la prueba de referencia por si sola es incapaz de destruir la inocencia del encartado*”.

⁴⁰⁴ **TRIBUNAL DE SENTENCIA DE SENSUNTEPEQUE**, Sentencia definitiva, con referencia 116-11-12, de fecha 4 de enero de 2012.

sancionado en el art. 33 de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas en perjuicio de la Salud Pública.

Los hechos ocurrieron el día cinco de mayo de dos mil once, cuando la señora Beltrán Cerna se disponía a ingresar como visita al Centro Intermedio de Ilobasco donde se encontraba detenido su compañero de vida, y al momento de ser requisada en forma de palpeo se le detectó que ésta llevaba consigo un objeto ilícito, que después se verificó que era marihuana.

En el transcurso de la vista pública, en el desfile de la prueba, se estableció que el cacheo realizado en la persona de la señora Beltrán Cerna fue más que un simple registro, y se convirtió en una intervención corporal intrusiva dado que según dichos de la misma imputada, la señora registradora *“(...) le metía los dedos y a ella le dolía, la ponía hacer sentadillas, ella estaba nerviosa porque estaba frente a su hija”*⁴⁰⁵

En el transcurso de la valoración de la prueba, este tribunal de sentencia estableció, que los hechos que se le imputaban a la procesada habían sido probados y se daban por ciertos, ya que que toda la prueba se encontraba unida entre sí, concordando en la mayoría de las partes. No obstante lo anterior, ese Tribunal previo a pronunciar su fallo, hace una especial referencia a la forma en que se obtuvo la prueba, realizando un análisis sobre la requisita efectuada y si la misma estuvo apegada a los parámetros constitucionales y convencionales.

En el desarrollo del análisis mencionado se advierte que: *“(...) al estar en presencia de inspecciones corporales o intervenciones corporales, se podrá*

⁴⁰⁵ Idem, Considerando III.A

estar afectando esos bienes protegidos constitucionalmente, como son la dignidad de la persona y su intimidad, dado que esa dignidad estará enmarcada a evitar tratos inhumanos o degradantes, como las humillaciones o sensaciones de envilecimiento, así por ejemplo obligar a desnudarse, realizar inspecciones vaginales o anales, etc., por lo que dada esa posible afectación a derechos y garantías constitucionales, es necesario que su práctica sea autorizada por una autoridad judicial (...)”.

En razón del agente del Estado que intervino en el cacheo, señaló que:

“(...) la registradora de ese Centro no es una persona común, sino un sujeto que se dedica a una actividad específica dentro de un centro de intermedio, como es el registro de personas que a diario se hacen presentes a ese tipo de instalaciones, (...) por lo que es su obligación conocer el procedimiento legal en su actuar, respetando derechos y garantías establecidas en la Constitución de la República y tratados internacionales, lo que implica que si bien puede actuar como ciudadana en la detención de una persona que de forma infraganti ha cometido un ilícito penal, ello no implica per se que tiene un cheque en blanco en su actuar ni puede tratársele como una persona que de forma inesperada y fortuita hace esa captura, dado que estamos hablando de una registradora, trabajadora de la Dirección General de Centros Penales, por más de cuatro años en esa labor”.

Debido a este criterio ese tribunal determinó que no se debe olvidar que sobre el Estado recae la obligación legal de velar para que los derechos fundamentales de las personas que visitan a internos privados de libertad en los centros penitenciarios, no sean vulnerados y se les dé un tratamiento acorde con la dignidad humana.

Es por eso que si bien la administración penitenciaria puede establecer ciertas reglas para el ejercicio de determinados derechos y puede disponer la realización de requisas tanto para los internos como para sus visitantes, ello no puede ir más allá de los límites que los derechos fundamentales y la dignidad humana establecidos por la Constitución y los tratados de derechos humanos imponen.

El juez además de mencionar la normativa nacional aplicable, acuñó los criterios de la CIDH⁴⁰⁶ y la Corte IDH⁴⁰⁷ de forma complementaria, a fin de fortalecer y robustecer sus argumentos normativos y jurisprudenciales.

Con todo lo mencionado en la sentencia se determinó que la prueba en ese proceso se obtuvo con infracción de derechos fundamentales, constituyéndose por ende en prueba prohibida, quedando así excluida del conocimiento de ese tribunal. De esa forma el juez *aquo* protegió los derechos de la encartada, anteponiendo los tratados y a la misma dignidad humana sobre las leyes internas.

4.7.1.4 Caso Frankeko Álvarez y otros (Ley Antimaras)

Este proceso de inconstitucionalidad acumulado, fue promovido por Aldonov Frankeko Álvarez y otros, a fin que la Sala de lo Constitucional se

⁴⁰⁶ La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que no cuestiona la necesidad de requisas generales antes de permitir el ingreso a una penitenciaría, pero subraya que el visitante o miembro de la familia que visita a un recluso “no debe convertirse automáticamente en sospechoso de un acto ilícito y no puede considerarse, en principio, que represente una amenaza grave para la seguridad. **COMISIÓN IDH.** Informe N° 38/96 Caso 10.506 X y Y vs. Argentina.

⁴⁰⁷ Por su parte la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha manifestado que el ejercicio de la autoridad pública, tiene límites derivados de los derechos humanos como atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, esos derechos deben ser garantizados por el Estado en tanto son superiores al poder del mismo. **CORTE IDH,** caso *Velásquez Rodríguez*, Sentencia del 29 de julio de 1988, Serie C, No.4, párrafo 165

pronunciara sobre la inconstitucionalidad por vicio en su contenido de los artículos 1 al 6, 8 al 11, 16, 18, 19, 21, 22, 23 inciso 1º, 24 al 27 y del 29 al 45 de la Ley Antimaras (en adelante LAM).⁴⁰⁸

La parte demandante argumentó *inter alia* que el artículo 23 de la LAM, referido a la permanencia de escolares en centros de juego, es un artículo evidentemente de carácter punitivo, pues lo que en el fondo establece una sanción de carácter penal para aquellas personas que permitan la permanencia a que ahí se refiere.

Es decir, que escondida dentro de una norma de carácter punitivo, se ha realizado una verdadera prohibición velada de una actividad comercial lícita, lo que debió haber hecho el legislador en una norma prohibitiva especial.⁴⁰⁹

Los ciudadanos Claudia Marlene Reyes y José Heriberto Henríquez por su parte, expusieron que el artículo 1 LAM viola lo establecido en el artículo 3 de la Constitución, debido a que al definir su objeto, reconoce que el marero o pandillero es un delincuente precisamente por la circunstancia de pertenecer a dicho grupo, por lo que el tipo normativo de marero corresponde al tipo de personalidad de delincuente, produciéndose así una abierta transgresión al principio de igualdad, en virtud que se juzga la conducta anterior del imputado y no un hecho objetivamente realizado.

La Procuradora para la Defensa de los Derechos Humanos de esa época, Beatrice de Carrillo, expuso que la LAM es por su propia naturaleza, un instrumento que da paso a la estigmatización y sobre todo a la discriminación

⁴⁰⁸ **SALA DE LO CONSTITUCIONAL**, Sentencia definitiva de Inconstitucionalidad con referencia 52-2003/56-2003/57-2003, de fecha 1 de abril de 2004.

⁴⁰⁹ *Ibidem*.

de un grupo social, además –sostuvo- que es una ley que genera incerteza, represividad, selectividad, y una lesión grave a la dignidad del ser humano.

En ese sentido se refirió a distintos tratados del corpus iuris interamericano como también a la sentencia de la Corte IDH pronunciada en el caso *Velásquez Rodríguez*, relacionado con el art. 8.1 de la CADH, referido a las garantías judiciales, en las que se debe juzgar en igualdad de condiciones, respetando los derechos inherentes a la persona humana, sin ninguna clase de distinción.

La Sala al argumentar los motivos de su fallo, estableció una novedad acerca de la relación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos con el derecho constitucional, instaurando con ello, lo que hoy se conoce como apertura normativa a los tratados internacionales y criterio de coordinación de los ordenamientos, los cuales ya fueron estudiados *supra*.

En ese entendido, la Sala al examinar las pretensiones y argumentos, resolvió bajo el concepto de una integración normativa entre mandamientos constitucionales e internacionales atinentes a la protección de la dignidad humana, declarar la inconstitucionalidad de diversos artículos de la Ley Antimaras que violan directamente determinados preceptos nacionales y convencionales.

Con ello, ese tribunal retomando una doctrina evolutiva sobre el contexto axiológico de ambos ordenamientos, admite implícitamente una identidad entre parámetro constitucional y convencional, permitiendo esto, que la violación de tratados de derechos humanos esgrimido por una ley secundaria inconvencional se asuma como una violación indirecta del canon constitucional.

4.7.1.5 Caso desbloqueo de listas y candidaturas independientes.⁴¹⁰

Este proceso de inconstitucionalidad fue promovido a fin que la Sala de lo Constitucional declarará la inconstitucionalidad de los arts. 211, 215, 216, 218, 239, 250 inc. 1° y 262 inc. 6° del Código Electoral (en adelante CE), por la supuesta violación a los arts. 72 ord. 3°, 78, 80 inc. 1° y 126 de la Constitución.

Las pretensiones de la parte demandante, circulan alrededor de que no obstante en el Código Electoral se ha establecido que para poder postularse para diputaciones es necesario estar afiliado a un partido político, la Constitución no menciona nada acerca de este requisito.

La parte demandante fundamentó su solicitud *inter alia* en el *corpus iuris* interamericano, aduciendo que en vista que el derecho a elegir y a ser electo es un derecho humano previsto por el ordenamiento internacional, ninguna norma secundaria puede obstaculizar su realización.

También acotó que cuando la protección de derechos que las normativa nacional no garantiza plenamente, el derecho internacional de los derechos humanos provee herramientas interpretativas que son aplicables a la protección de derechos políticos y electorales, entre ellos, citó el principio "*pro homine*".

Además en su alegato hizo referencia a lo prescrito en el caso *Castañeda Gutman*, en el cuál la Corte IDH falló que el Estado mexicano debía modificar su legislación interna, a manera de garantizar los derechos político-

⁴¹⁰ **SALA DE LO CONSTITUCIONAL**, Sentencia de inconstitucionalidad, con referencia 61-2009, de fecha veintinueve de julio de 2010.

electorales de sus ciudadanos que, por no pertenecer a un partido político se sienten afectados en los mismos.

Así mismo, en lo que se puede deducir como una solicitud tácita del control de convencionalidad, el demandante advirtió que el Estado salvadoreño se encuentra obligado a modificar las normas del Código Electoral que contravengan lo dispuesto en la CADH, en virtud de su artículo 2 y su consecuente obligación de adecuación de normas.

La Sala en el análisis de la sentencia, utiliza el canon convencional para afirmar que la norma del CE que exige que los partidos políticos cumplan su función mediadora en elecciones de diputados, no tiene carácter absoluto, “(...) *ya que admite excepciones en virtud del propio texto constitucional. Ese carácter relativo, además, permite darle recepción a otra excepción proveniente del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, contenida en el art. 23.1 b de la CADH.*”⁴¹¹

Al examinar el *corpus iuris* interamericano y su regulación del derecho al sufragio pasivo, ese Tribunal haciendo mención de lo afirmado en *Yatama*,⁴¹² explica -retomando lo desarrollado en el caso 52-2003- que los derechos fundamentales y los tratados internacionales de derechos humanos se concentran y reparten sus ámbitos de aplicación conforme a una finalidad común: realizar la concepción humanista del Estado y de la sociedad.

En esa lógica ese tribunal expresó que se “(...) *ha dicho que el derecho a optar a cargos públicos de elección popular (art. 72 ord. 3° Cn.), que se*

⁴¹¹ Idem, considerando IV.3.B

⁴¹² **CORTE IDH**, Caso *Yatama versus Nicaragua* (Sentencia de 23-VI-2005, Serie C No. 127, párr. 215, 217)

integra con la norma que prescribe la mediación de los partidos, incluye el derecho de todo ciudadano a postularse, individualmente o asociado con otros, como candidato independiente”.

Así también estableció que en virtud de la recepción del art. 23.1.b de la CADH los miembros de grupos específicos de la sociedad, a quienes la propia exigencia de la mediación de los partidos políticos puede excluir de la participación política, tienen derecho a postularse como candidatos, conforme a la ley, sin la mediación de los partidos políticos.

En ese orden de ideas y con el fin de demostrar la falta de contradicción de los artículos 211 inc. 1° y 215 inc. 2° núm. 3 todos del CE y el art. 23.2 de la CADH, ese Tribunal efectúa una interpretación conforme a la constitución y a los criterios interamericano, acogiendo con ello lo adoptado en el caso *Castañeda Gutman*.⁴¹³

En razón que para que los derechos políticos puedan ejercerse directamente o por medio de representantes libremente elegidos, se impone al Estado una obligación positiva de adoptar medidas, que se derivan de la obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos de las personas sujetas a su jurisdicción y de la obligación general de adoptar medidas en el derecho interno, derivados del artículo 1.1 y 2 CADH.⁴¹⁴

⁴¹³ **CORTE IDH**, *Caso Castañeda Gutman versus México*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 6 de agosto de 2008, Serie C, No. 184, párrafo 156

⁴¹⁴ En efecto, para que los derechos políticos puedan ser ejercidos, la ley necesariamente tiene que establecer *regulaciones que van más allá de aquellas que se relacionan con ciertos límites del Estado para restringir esos derechos, establecidos en el art. 23.2 de la Convención*. Los Estados deben organizar los sistemas electorales y establecer un complejo número de *condiciones y formalidades para que sea posible el ejercicio del derecho a votar y ser votado*. --- Como se desprende de lo anterior, la Corte estima que no es posible aplicar al sistema electoral que se establezca en un Estado solamente las limitaciones del párrafo 2 del artículo 23 de la Convención Americana"

Con lo mencionado previamente, es posible analizar que la Sala además de utilizar el canon interamericano como herramienta interpretativa, usando el principio *pro homine* (estudiado en el capítulo II de esta tesis), priorizó la aplicación del Pacto de San José sobre la legislación interna, a fin de no colisionar las normas internas con éste, ejecutando con ello un control indirecto de convencionalidad a la luz del parámetro interamericano, inaplicando la norma con efectos *erga omnes*.

4.7.1.6 Caso Anaya Barraza (Ley General Tributaria Municipal)⁴¹⁵

Este proceso de inconstitucionalidad fue promovido por el ciudadano Salvador Enrique Anaya Barraza, a fin que la Sala de lo Constitucional, declarara la inconstitucionalidad del artículo 119 ordinales 2° y 3° de la Ley General Tributaria Municipal (en adelante LGTM), por incurrir en vulneración de los artículos: 2, 3, 11, 144 inciso 2°, 172 y 175 de la Constitución.

La disposición impugnada prescribe que el cobro judicial del crédito tributario municipal se realizará de conformidad al procedimiento que establece el Código de Procedimientos Civiles, en la que únicamente se admitirán como excepciones el pago y la prescripción; y sobre la imposibilidad de apelar del decreto de embargo, sentencia de remate, ni demás providencias dictadas en juicio, que se extrae del mismo artículo.

El demandante expuso la supuesta violación al principio de igualdad consagrado en el artículo 3 Cn., y más concretamente se refiere al derecho de igualdad procesal, el cual contempla la oportunidad de que demandante y demandado tengan derecho a defenderse de los postulados vertidos en su

⁴¹⁵**SALA DE LO CONSTITUCIONAL**, Sentencia definitiva de inconstitucionalidad con referencia 120-2007/123-2007 de fecha 28 de septiembre de 2012.

contra en igualdad de condiciones, por lo tanto, ambas partes están dotadas de iguales armas procesales. Sin embargo el artículo 119 ordinal 2º de la LGTM restringe el ámbito de reacción de la parte demandada a sólo dos posibilidades de defensa: el pago y la prescripción.

Así también con el fin de robustecer su petición, el demandante alegó la violación por acción refleja al artículo 144 inciso 2º, como resultado de la violación del artículo 119 ordinal 3º de la LGTM, al artículo 8.2 letra h de la Convención Americana.

La Sala al momento de argumentar su fallo, hizo referencia, como criterio interpretativo, jurisprudencia interamericana emanada de los casos *Baena Ricardo y otros*, y *Herrera Ulloa*, estableciendo que el mismo Tribunal interamericano considera que *“(...) el derecho a recurrir del fallo es una garantía primordial que se debe respetar en el marco del debido proceso legal, en aras de permitir que una sentencia adversa sea revisada por un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía orgánica; derecho que debe ser garantizado antes que la sentencia adquiera calidad de cosa juzgada.”*

La Sala estimó que el artículo 119 ordinal 2º y 3º LGTM, es inconstitucional por acción refleja del artículo 144 Inc. 2do., debido a la violación del artículo 8.2 letra h de la Convención, ya que no existe justificación constitucional ni convencional para la restricción del derecho de defensa que dicho artículo contempla.

De este modo la Sala de lo Constitucional ejecutó el control convencional por vía indirecta como ya lo había hecho en el caso de la *Ley Antimaras*, ejercitando un control mixto de constitucionalidad-convencionalidad, retomando el canon interamericano como constitucional, a fin de expulsar del

ordenamiento interno la norma de la LGTM tachada de inconstitucional e inconvencional.

4.7.1.7 Caso Bukele (Inconstitucionalidad de la despenalización de la crítica política por parte de periodistas y de propietarios de medios).

El presente caso fue promovido por el ciudadano Roberto Bukele Simán, a fin de que la Sala de lo Constitucional declarara la inconstitucionalidad del *art. 191 incs. 2° y 3° del Código Penal (C. Pn.)*, por los supuestos vicios de contenido consistentes en violación a los arts. 2, 3, 6 y 144 de la Constitución (Cn.).⁴¹⁶

El demandante basó sus pretensiones en la inconstitucionalidad del artículo arriba mencionado, el cual establecía la falta de punibilidad sobre los “juicios desfavorables de la crítica política, literaria, artística, histórica, científica, religiosa o profesional o conceptos desfavorables” que sean expresados por cualquier medio por particulares en ejercicio del derecho a la libertad de expresión, estando cubiertos por esta despenalización los periodistas y los propietarios de medios.

En las alegaciones de la parte demandada, se estableció que tales disposiciones infieren un tratamiento privilegiado a favor de las personas que ejercen el periodismo así como a las personas asociadas con los medios de comunicación, lo cual es contrario al principio de igualdad consagrado en la Constitución, privilegiando con ello al derecho a la libertad de expresión por sobre los derechos al honor y a la intimidad personal y familiar, en contravención de lo establecido en tratados internacionales de derechos

⁴¹⁶ **SALA DE LO CONSTITUCIONAL**, Sentencia de Inconstitucionalidad, referencia 91-2007, de fecha 24 de septiembre de 2010.

humanos que obligan a los Estados a proteger la honra y la reputación de las personas contra ataques e injerencias (criterio de ordenación de fuentes establecido en el artículo 144 Cn.).

Con respecto a la primera parte de la norma bajo estudio, la Sala consideró que tal disposición establecía “un límite al ejercicio a la libertad de expresión”, puesto que éste no era absoluto, como había sido afirmado por la Corte Interamericana en los casos *Kimel*⁴¹⁷ y *Palamara Iribarne*.⁴¹⁸

En ese sentido, mencionando el caso *Tristán Donoso*,⁴¹⁹ ese tribunal concluyó que *el inc. 1º del art. 191 del C. Pn. implica un desarrollo legislativo de las libertades de expresión e información establecidas en el art. 6 inc. 1º Cn., confirmando la libre manifestación de ideas o pensamientos, favorables o desfavorables, pero los cuales no pueden subvertir el orden público ni lesionar la moral, el honor o la vida privada de los demás, pudiendo incurrir en delito quien lo haga.*⁴²⁰

Por otra parte, la Sala consideró que el tercer inciso de la disposición impugnada era inconstitucional en la medida en que excluía de cualquier tipo de responsabilidad penal a una categoría de personas, específicamente, a aquéllas relacionadas con los medios de comunicación (propietarios,

⁴¹⁷ **CORTE IDH**, *Caso Kimel versus Argentina*, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 2 de mayo de 2008, Serie C, No. 177, párrafo 54

⁴¹⁸ **CORTE IDH**, *Caso Palamara Iribarne versus Chile*, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 22 de noviembre de 2005, Serie C, No. 135, párrafo 79

⁴¹⁹ “*En una sociedad democrática el poder punitivo –del Estado– sólo se ejerce en la medida estrictamente necesaria para proteger los bienes jurídicos fundamentales de los ataques más graves que los dañen o pongan en peligro. Lo contrario conduciría al ejercicio abusivo del poder punitivo del Estado.*” **CORTE IDH**, *Caso Tristán Donoso versus Panamá*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 27 de enero de 2009, Serie C, No. 193, párrafo 119

⁴²⁰ **SALA DE LO CONSTITUCIONAL**, Sentencia de Inconstitucionalidad, referencia 91-2007, de fecha 24 de septiembre de 2010, Considerando VI.B.9

directores, editores o gerentes de programas), aun cuando actuaran con ánimo calumnioso, injurioso o de ataque a la intimidad o la propia imagen, permitiendo así un ejercicio abusivo o ilegítimo de la libertad de expresión y de información.

Ese tribunal declaró inconstitucional dicha disposición, por violación constitucional (artículos 2 inc. 2º, 3 inc. 1º, 6 inc. 1º) y por violación convencional (artículos 17 y 19 párrafo 3 letra “a” del PIDCP⁴²¹; y 11, 13 párrafo 2 letra “a” y 14 párrafo 3 de la CADH por violación indirecta del artículo 144 inc. 2º) dado que la diferenciación que formula dicho inciso, con la consiguiente desprotección para los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, es desproporcionada y, por tanto, viola el principio de igualdad en la formulación de la ley.

4.7.1.8 Caso Walter Marcial Orellana Esquivel versus Ministro de Trabajo y Previsión Social.

El señor Orellana Esquivel como empleado de una empresa de seguridad privada y en base al artículo 47 de la Constitución de la República, fundó con otros trabajadores de la misma rama, el Sindicato de Trabajadoras y Trabajadores de Seguridad Privada de El Salvador.⁴²²

Al presentar la respectiva solicitud ante el Ministerio de Trabajo y Previsión Social, a efecto que se aprobaran los Estatutos y se le concediera la personalidad jurídica a dicha organización, esta fue declarada sin lugar por improcedente de conformidad al artículo 7 inc. 3º Cn que prohíbe la

⁴²¹ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

⁴²² **SALA DE LO CONSTITUCIONAL**, Corte Suprema de Justicia. Sentencia de Amparo N° 895-2007, dictada a las once horas y tres minutos del día 22 de octubre de 2010.

existencia de grupos armados de carácter gremial; y por otro lado, que los empleados de seguridad privada, por ser trabajadores de confianza, tienen derecho únicamente a ingresar a sindicatos ya creados más no de constituirlos, ello en arreglo al artículo 221 número 6 del Código de Trabajo. Esta denegatoria da la pauta al solicitante para efectuar el reclamo constitucional que se estudia, considerando que se le ha vulnerado su derecho de libertad sindical.

Ese tribunal al referirse al alcance y contenido del derecho de libertad de asociación y libertad sindical establece que, el primero, es la libertad de los habitantes para constituir y participar en agrupaciones permanentes, cuya finalidad es la consecución de fines pacíficos y lícitos, comunes a quienes las integran.

Respecto de la libertad sindical, sostuvo que es el derecho de los trabajadores y patronos particulares a formar asociaciones con objetivos no lucrativos; además, tiene como fundamento la concreción de los derechos de igualdad jurídica en las relaciones laborales y de libertad económica.

Es así como se infiere, que este como derecho fundamental, exige algo más que su reconocimiento jurídico, puesto que debe ser garantizado frente a todos aquellos sujetos que pudieran atentar contra ella, entre ellos, el Estado, los empresarios u organizaciones empresariales o el propio sindicato.⁴²³

⁴²³ En definitiva, el derecho fundamental a la libre sindicación constituye en la actualidad una conquista irrenunciable e irreversible en el marco de la defensa de los intereses laborales, a los cuales pueden optar en un plano de igualdad patronos y trabajadores (art. 204 CT), en especial, estos últimos, quienes pueden encontrarse imposibilitados de negociar de modo individual condiciones laborales equitativas con la entidad patronal, tal como lo ha sostenido la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, en el proceso 133-S-01, del 15/VI/2005.

A forma de complementar lo establecido previamente, la Sala citó la jurisprudencia emanada del caso *Baena Ricardo y otros versus Panamá*, dejando sentado que *la libertad de asociación, en materia sindical, consiste en la facultad de constituir organizaciones sindicales y poner en marcha su estructura interna, actividades y programa de acción, sin intervención de las autoridades públicas que limite o entorpezca el ejercicio del respectivo derecho. Por otra parte, esta libertad supone que cada persona pueda determinar sin coacción alguna si desea o no formar parte de la asociación.*

Establecido los alcances de ambos derechos, procedió a determinar si los trabajadores de seguridad privada gozan efectivamente de él. También acotó que de conformidad a lo establecido en el artículo 47 inc 1º Cn., *“los patronos y trabajadores privados, sin distinción de nacionalidad, sexo, raza, credo o ideas políticas y cualquiera que sea su actividad o la naturaleza del trabajo que realicen, tienen el derecho de asociarse libremente para la defensa de sus respectivos intereses, formando asociaciones profesionales o sindicatos”.*

Respecto a la base en que el entonces Ministro de Trabajo y Previsión Social justificó su decisión, la Sala efectúa un análisis histórico del artículo 7 inciso 3º de la Constitución, acotando con ello que *la intención de este era justamente prohibir la existencia de grupos armados insurrectos, que bajo la dirección de un mando responsable, ejercerían sobre una parte de territorio un control tal que les permitiría realizar operaciones militares sostenidas y concertadas, con la finalidad de lograr sus objetivos mediante esa vía.*

Es por ello que esa Sala, coligió que los trabajadores de seguridad privada no pueden ser considerados como grupos armados, ya que si bien es cierto utilizan armas de fuego en sus labores, esto es por la naturaleza intrínseca de las funciones que desempeñan, lo cual de ninguna manera quiere decir

que para lograr sus objetivos, es decir la defensa de sus respectivos intereses propiamente laborales, éstos se valgan de la utilización de las armas.

4.8 Exigencias para un ejercicio directo del control convencional.

4.8.1 Reforma Constitucional.

La implementación expresa de la doctrina del control de convencionalidad podría llevarse a cabo en sede jurisdiccional sin necesidad de reestructuración normativa alguna, como ya se estudió *supra*. Sin embargo, es la misma inactividad legislativa, entre otras cosas, la que ha provocado a lo largo de los años, que los jueces internos menosprecien la fuerza normativa del canon convencional, y con ello esgriman más violaciones a los derechos humanos.

Es por esto que la presente investigación estima que a fin que la ejecución del control directo de convencionalidad sea obligatoria y posible en la jurisdicción salvadoreña, es necesario efectuar diversas reformas, entre ellas, la más importante y central, la constitucional.

La efectividad y pertinencia de estas reformas pueden verse reflejadas en el derecho comparado. En vista, que son muchos los países que ya han implementado éstas, con el fin de operativizar los preceptos interamericanos con las normas nacionales.

En México, a partir del caso *Radilla Pacheco* se han realizado importantes reformas constitucionales que han establecido estándares de interpretación y criterios definidos en cuanto a la aplicación de derechos humanos de conformidad con el canon interamericano.

Con las reformas de junio del 2011 y de octubre del 2012 de los artículos 1 y 133 de la Constitución mexicana, ese Estado elevó a rango constitucional los tratados de derechos humanos, y así mismo estableció un principio de interpretación conforme de las normas nacionales con las normas internacionales.

Así también Guatemala ya instituyó en los artículos 1 y 140 de su Constitución Política, el principio de primacía de la persona y sus derechos inherentes. De esa forma el principio *pro homine* ya se instaura en suelo guatemalteco como una herramienta hermenéutica de protección de la dignidad humana.

En ese país el *corpus iuris* interamericano compone con la Constitución un bloque de constitucionalidad, posibilitando con ello una mayor efectividad de los derechos humanos, volviendo posible y viable la ejecución del control de convencionalidad.

En Argentina, el cisma de los derechos humanos fue producido mediante la sentencia pronunciada en el caso *Mazzeo*, el cual replanteo drásticamente la valoración jurídica que hasta el momento ostentaban los tratados frente a la Constitución.

Así el Estado argentino reconoció el carácter constitucional de los tratados, de conformidad con el artículo 75 inciso 22 Cn., entendiéndolos a ambos como complementarios y como garantías reconocidas por la Carta Magna.

En el caso salvadoreño, la necesidad de un cambio constitucional no está sujeto a discusión, ya que no obstante el Tribunal constitucional ha establecido que el art. 144 inc. 2º Cn. conectado con la concepción

personalista del Estado –art. 1 y Preámbulo–, propone una apertura normativa a los tratados de derechos humanos, la jurisdicción salvadoreña sigue evadiendo las obligaciones convencionales.

No importando que en El Salvador exista la base fáctica, jurídica y jurisprudencial que obliga al juez salvadoreño a que aplique los criterios interamericanos por medio de un examen convencional, estos siguen y seguirán omitiendo su ejecución, excusándose en su arbitrio.

Establecido esto, cabe plantear la ya mencionada reforma. Por lo cual, esta investigación plantea la adecuación del artículo 144, la cual convertiría las obligaciones convencionales en constitucionales.

En la actualidad el artículo 144 se encuentra plasmado así:

Los tratados internacionales celebrados por El Salvador con otros Estados o con organismos internacionales, constituyen leyes de la República al entrar en vigencia, conforme a las disposiciones del mismo tratado y de esta Constitución.

La ley no podrá modificar o derogar lo acordado en un tratado vigente para El Salvador. En caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalecerá el tratado.

Previo a establecer el texto del proyecto del posible nuevo artículo 144, es necesario aclarar, que si bien es cierto esta tesis solo plantea la reforma de este artículo, la misma se constituiría como el primer paso para reformar las demás normas constitucionales que podrían entrar en colisión con la nueva redacción.

Habiendo aclarado lo anterior, se procede a plantear la siguiente reforma:

Artículo 144: Los tratados internacionales celebrados por El Salvador, se constituyen leyes de la República al entrar en vigencia, conforme a las disposiciones del mismo tratado y de esta Constitución

La ley no podrá modificar o derogar lo acordado en un tratado vigente para El Salvador. En caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalecerá el tratado.

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

Toda autoridad pública, en el ámbito de sus competencias tiene la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos establecidos en esta Constitución y en los tratados de derechos humanos, de conformidad con los principios intrínsecos a estos.

La reforma antes señalada, no modifica los dos incisos del artículo actualmente vigente, sino que solo se añade otros dos. El tercer inciso consiste en una cláusula de interpretación conforme y a la vez, una de apertura normativa.⁴²⁴

Esta cláusula de interpretación conforme, permitiría que el juez interno al advertir una posible incompatibilidad entre el ordenamiento nacional y el

⁴²⁴ Con estas cláusulas el Estado salvadoreño por medio de sus jueces, podría implementar un control de convencionalidad directo.

internacional, realice una interpretación armonizadora tendiente a aplicar la norma que más proteja a la persona (principio *pro homine*), configurándose ello, en una suerte de control directo de convencionalidad.

De igual forma este inciso permitirá la instauración de una suerte de bloque de constitucionalidad⁴²⁵ como criterio hermenéutico, en virtud que sin sacrificar el principio de supremacía constitucional el juez (ordinario o constitucional) en labor controladora e interpretativa de normas nacionales, tomará como parámetro a la constitución y a los tratados de materia protectora, instaurando lo que *Pizzolo*⁴²⁶ describía como el “achataamiento” del triángulo superior de la pirámide kelseniana, de modo que la figura resultante parecería más un trapecio, dejando de lado el reinado absoluto y exclusivo de la Constitución sobre el demás ordenamiento, para constituirse en un gobierno mancomunado junto a tratados internacionales.

El cuarto inciso, intenta instaurarse como un reflejo de las obligaciones convencionales emanadas de los artículos 1.1 y 2 del Pacto de San José, lo cual obligaría a toda autoridad pública, con jurisdicción o sin ella, a llevar a cabo un examen convencional directo, implicando este un cotejo de la norma interna con el parámetro interamericano, a fin de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos establecidos en esta Constitución y en los tratados de derechos humanos.

⁴²⁵ Este bloque sería en el caso de los derechos humanos, uniéndose con ello al bloque ya instaurado por el artículo 253 Cn.

⁴²⁶ **PIZZOLO, CALOGERO**, “*Los mecanismos de protección en el sistema interamericano de derechos humanos y el derecho interno de los países miembros: el caso argentino*” en Méndez Silva y otros, *Derecho internacional de los derechos humanos*. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie Doctrina Jurídica, No. 98. 2002, p. 514.

Conclusiones.

Al haber desarrollado y finalizado la investigación bibliográfica que se titula *“El control difuso de convencionalidad y su incidencia en la justicia interna salvadoreña”*, es importante realizar una exposición de las conclusiones alcanzadas, las cuales son el resultado del estudio que fue llevado a cabo en base al método científico de investigación.

1. Los derechos humanos, según su noción, son reflejados como la garantía del individuo en contra de la opresión del Estado, es por eso que las obligaciones que prescriben están a cargo del Estado, situando con ello al poder estatal y a la dignidad humana en contraposición. Dejando al descubierto la necesidad de ejercer el poder público al servicio del ser humano, no pudiendo ser empleado ilícitamente para ofender sus atributos inherentes.
2. La dignidad y su relación con los derechos humanos deriva de la fundamentación de los mismos, ya que ésta se constituye como una garantía mínima que protege a la persona y a sus derechos inherentes. Es así como la dignidad humana se establece como valor supremo y la columna vertebral básica de todo el ordenamiento constitucional y de los derechos humanos, irradiando con ello a todo el sistema jurídico, debiendo interpretarse y aplicarse éste, conforme a las condiciones en que dicha dignidad se realice de mejor forma.
3. Los derechos humanos son un conjunto de prerrogativas que la persona humana posee frente al poder estatal, que concretan las exigencias de la dignidad humana, libertad e igualdad intrínsecas al ser humano, las cuales deben ser incorporadas a los cuerpos normativos nacionales e

internacionales para su efectividad, y en virtud de esto gozar de la fundamentación normativa y protección reforzada del derecho interno y el derecho convencional.

4. La soberanía en relación con los derechos humanos, ya no se concibe como obstáculo para el reconocimiento y protección de las exigencias de los mismos, ni para el correcto desenvolvimiento del derecho internacional; al contrario, ya no es posible hablar de una soberanía limitante sino de una limitada; por lo cual, la misma nunca más podrá ser definida por el poder absoluto del Estado, sino que su concepto debe ser articulado en función de la protección de la dignidad del individuo.
5. Los tratados que regulan a los derechos humanos a diferencia de los generales o clásicos, gozan de particularidades que los hacen sustancialmente distintos a aquellos, en virtud de la especialidad de la materia que regulan. Estos no actúan como un medio para equilibrar recíprocamente intereses entre Estados, sino que establecen un orden público común, cuyos destinatarios no son los Estados sino los seres humanos que pueblan sus territorios.
6. El control de convencionalidad en sentido general, es una herramienta de control normativo que implica una comparación del canon interamericano con el derecho interno, a fin de velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales, haciendo prevalecer el parámetro interamericano sobre las normas locales que se le opongan y que impliquen una transgresión a los derechos humanos.
7. Esta figura contralor puede llevarse a cabo de distintas formas, éstas tienen una estrecha vinculación con el uso que el juez interamericano o

nacional le otorgue al canon a la luz del examen convencional, pudiendo manifestarse por medio de un uso directo o indirecto.

La aplicación directa es consumada cuando la Corte IDH o el juez interno, contrastan de manera directa el contenido de la norma parámetro con la norma objeto de control. En cambio, el examen convencional indirecto se realiza cuando la normativa que sirve materialmente como parámetro de control de la norma nacional controlada, solamente dota contenido a la normativa del parámetro controlado.

8. El control de convencionalidad es uno solo, pero en virtud de quien lo ejerce, éste puede dividirse en dos distintos: El primero, concentrado, ejercido por la Corte IDH por medio de la competencia contenciosa y consultiva que ostenta en virtud de lo establecido por el artículo 62.3 y 64.2 de la Convención Americana.

El segundo, un control difuso, ejercido por los jueces internos de los Estados que han ratificado la CADH, en virtud de las obligaciones emanadas del *ius cogens* internacional y del artículo 1.1 y 2 del Pacto de San José.

9. El juez interno además de estar vinculado normativamente para ejecutar el control convencional, posee también una vinculación jurisprudencial, la cual fue plasmada por la Corte IDH por primera vez en el caso *Almonacid Arellano*, la cual quedó asentada en los casos subsiguientes, por ejemplo los casos *Trabajadores cesados del Congreso*, *La Cantuta*, *Boyce*, *Fermín Ramírez*, *Raxcacó Reyes* y *Heliodo Portugal*, *Radilla Pacheco*, *Gelman*, *Masacres de Río Negro*, *Caso El Mozote* y *lugares aledaños*, entre otros.

Con este precedente, *los órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles y toda autoridad pública, incluyendo a las instancias democráticas*, se encuentran legitimados y obligados procesalmente para ejercer este control normativo.

10. La estructura normativa que funciona como parámetro controlante o canon de convencionalidad de las normas internas en el desarrollo del control difuso, está conformado por todos los instrumentos que integran el SIDH, y de la jurisprudencia emanada de la Corte Interamericana.
11. La doctrina del control difuso de convencionalidad es aplicable en el sistema jurídico interno salvadoreño en razón de los deberes emanados del derecho internacional y del derecho constitucional. Con ello el juez interno al advertir un conflicto entre el canon convencional y la legislación nacional, posee la obligación de realizar un cotejo entre ambos, haciendo prevalecer a la normativa internacional en detrimento de la nacional si así fuere procedente, tal y como se extrae del principio personalista –Art. 1 Cn.-, el criterio de ordenación de fuentes (principio de prevalencia) y la fuerza pasiva de los tratados –Art. 144 Cn.-.
12. En el ordenamiento salvadoreño, los tratados de derechos humanos en cuanto a la Constitución ostentan rango infraconstitucional, estando subordinados estos bajo su fuerza normativa. En cambio, en la relación de estos instrumentos con las normas secundarias, los mismos se encuentran en superioridad normativa, graduándose como supra legales en virtud de la subescala de prevalencia establecida constitucionalmente.
13. La mutación del texto constitucional por vía jurisprudencial, sin desvirtuar la infraconstitucionalidad de los tratados en el sistema salvadoreño, les

reconoció valor constitucional indirecto, en virtud de su fin protector y del criterio de ordenación de fuentes. Así mismo, este criterio conectado con la concepción personalista del Estado, no solo determina la fuerza vinculante y jerarquía normativa de los tratados sobre derechos humanos, sino que además, permite proponer una apertura normativa hacia ellos.

14. En El Salvador aún no se registra jurisprudencialmente la aplicación directa del control difuso de convencionalidad, no siendo el caso de la vía indirecta, la cual se ha reflejado de forma tácita en múltiple jurisprudencia constitucional y ordinaria. Los jueces han realizado ya sea por vía interpretativa, por armonización, o por medio del control constitucional-convencional, un control difuso implícito, en razón de una aceptación tácita calificada del mismo, haciendo prevalecer la norma internacional o el contenido axiológico de la misma, sobre el derecho interno.
15. En el sistema jurídico salvadoreño, el control de convencionalidad puede generar efectos de armonización, invalidez o inaplicación de la norma reputada de inconvencional, lo cual dependerá del tipo de proceso y tipo de control ejercido. En el caso de efectuarse un control indirecto por armonización o interpretación conforme, no se producen efectos particulares, ya que la norma inconvencional queda incólume, en razón del carácter interpretativo de este control indirecto.

En cambio, si fuera el caso de un control indirecto por inaplicación de la norma tachada de inconvencional, *ejecutado en sede ordinaria o constitucional (procesos de amparo y habeas corpus) de forma directa o indirecta*, los efectos serán *inter partes*, dejando sin aplicación el precepto legal en el caso en específico, afectando sólo al caso

controvertido y a las partes que en él han intervenido. Y si este fuera realizado por el juez constitucional en un proceso de inconstitucionalidad, no importando sea realizado por vía directa o indirecta, si el examen finalizara con la inaplicación de la norma o precepto reputado de inconvencional, los efectos serán *erga omnes*, lo cual traería aparejado efectos *ex nunc*.

16. La aplicación de los criterios interamericanos emanados del canon interamericano a través de la ejecución del examen convencional, se instauran como un refuerzo del Estado constitucional de derecho, que coadyuva a preservar y proteger a la persona humana y su dignidad inherente, de cualquier arbitrariedad del Estado y de sus agentes.

Recomendaciones.

Al Estado salvadoreño:

Que organice a todo el aparato gubernamental y en general a todas las estructuras a través de las cuales manifiesta su ejercicio de poder público, de manera tal, que estas sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos inherentes a cada ser humano.

Que se abstenga de implementar políticas, criterios, proyectos o actuaciones que contravengan directa o indirectamente lo dispuesto en los tratados internacionales ratificados por El Salvador y en las interpretaciones que sobre los mismos se han efectuado.

A los funcionarios con iniciativa de ley:

Que promuevan la adopción de una reforma constitucional integral que consienta establecer una jerarquía normativa especial a los tratados internacionales de derechos humanos, instaurando con ello una teoría de coordinación y ya no de subordinación entre el ordenamiento internacional y constitucional.

A los diputados de la Asamblea Legislativa:

Que adopten medidas legislativas que estén fundamentadas en la defensa primordial de los derechos humanos y por ende de la dignidad humana, evitando con ello pronunciar normas que violen directa o indirectamente los estándares interamericanos.

Que implementen por medios legislativos, ya sea en la norma constitucional o en la secundaria, la creación o institucionalización de la figura del control previo de las leyes, el cual permitirá que el tribunal constitucional realice un

estudio profundo de la norma pronunciada, previo a que dicha normativa sea sancionada por el Presidente de la República, evitando así que las normas que emanan del seno legislativo contradigan los preceptos constitucionales y convencionales.

Que por medio de una reforma constitucional se instituya el deber de ejecución del control difuso como carga para el juez interno, que en el conocimiento de un caso concreto, deberá aplicar este control a *posteriori*, analizando que las normas internas aplicables al caso, no vulneren las reglas determinadas por el derecho convencional internacional.

A toda autoridad pública que no posea jurisdicción:

Que en el ámbito de sus competencias y facultades empleen las normas que más favorecen a la persona humana y a su dignidad inherente, procurando ejecutar un control difuso de convencionalidad indirecto, aplicando la norma de protección más amplia.

A todos los jueces de la República salvadoreña:

Que reconozcan, acepten y ejecuten expresamente el control difuso de convencionalidad en los casos llevados ante su conocimiento, en cumplimiento con las obligaciones derivadas de la CADH y en virtud del valor constitucional indirecto que los tratados internacionales de derechos humanos ostentan en el ordenamiento salvadoreño (criterio de ordenación de fuentes).

A la Sala de lo Constitucional:

Que a través de su jurisprudencia construya una doctrina lineal, acertada e inequívoca acerca de la posición y valor que los tratados de derechos humanos ostentan en el ordenamiento constitucional. Asimismo, que al igual

que el juez ordinario, el juez constitucional asuma que el derecho vigente y vinculante, no es sólo el de fuente interna, sino también aquel emanado de fuente internacional, de manera que su inobservancia implicaría responsabilizar al Estado por dicho incumplimiento, al concretar ésta un ilícito internacional.

Al Órgano Judicial:

Que implemente políticas y directrices que formen guías y lineamientos de obligatorio cumplimiento para todos los operadores de justicia, a fin de promover el uso y argumentación del control difuso de convencionalidad y los derechos humanos derivados de los tratados internacionales en las resoluciones de los casos que estos conozcan.

Al Ministerio de Educación:

Que implemente programas educativos a nivel de primaria y secundaria, que tengan como premisa ponderar el estudio e investigación de los derechos humanos, no solo como herramientas jurídicas sustantivas y procesales, sino como un modo efectivo de formar una cultura de respeto, promoción y protección de los mismos.

A toda la sociedad civil:

Que asuma el compromiso de trabajar en favor de la efectividad, protección y observancia de los derechos humanos en las comunidades, escuelas, centros de recreación y en todo espacio público o privado, a fin que estos sean garantizados a toda persona, no importando su raza, sexo o religión.

A la comunidad jurídica en general:

Que en todos los procesos que intervengan, en lo que fuere procedente, soliciten e invoquen no solo la aplicación de derechos emanados de tratados,

sino que expresamente requieran la implementación del control difuso de convencionalidad, obligando con ello a que el juez del respectivo caso, realice una comparativa del canon interamericano con la norma nacional reputada de inconvencional.

Bibliografía.

Libros.

AA.VV., *Líber Amicorum*, 1era Edición, Volumen I, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Unión Europea, San José, Costa Rica, 1998.

ADAME GODDARD, Jorge, *Naturaleza, persona y derechos humanos*, Cuadernos Constitucionales México-Centroamericanos, 1era Edición, UNAM, México, 1996.

AGUIAR ARANGUREN, Asdrúbal, *Código de Derecho Internacional*, 1era. Edición, Editorial Exlibris, Caracas, Venezuela, 2006.

ALBANESE, Susana, *Promoción y protección internacional de los derechos humanos*, 1era. Edición, Ediciones La Rocca, Buenos Aires, Argentina, 1992.

ALFONSO, Cesar, *"La obligatoriedad de las decisiones de la corte interamericana de derechos humanos desde la perspectiva de distintos países de américa del sur"* en AA VV., *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, Uruguay, 2010

ÁLVAREZ CONDE, Enrique, *Curso de Derecho Constitucional: El Estado Constitucional, el Sistema de Fuentes, los derechos y libertades*, Editorial Tecnos, Segunda Edición, Madrid, 1996.

ALVAREZ LONDOÑO, Luis, *Derecho Internacional Público*, 4ta. Edición, Colección Estudios de Derecho Internacional, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia, 2007.

ARANGO OLAYA, Mónica, *El Bloque de Constitucionalidad en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana*, en Precedente, Universidad Icesi, Anuario Jurídico 2004.

ARELLANO GARCÍA, Carlos, *Primer Curso de Derecho Internacional público*, Quinta Edición, Editorial Porrúa, México, 2002.

ARJONA ESTÉVEZ, Juan Carlos y otros, *Bloque de constitucionalidad en México*, SCJN, OACNUDH, CDHDF, Primera Edición, Universidad Autónoma de la Ciudad de México, México, 2013.

AYALA CORAO, Carlos, "El Sistema Interamericano de Promoción y Protección de los Derechos Humanos", en FIX-ZAMUDIO, Héctor, *et. al.*, *México y las declaraciones de Derechos Humanos*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie: Doctrina Jurídica, No. 18, CIDH, UNAM, México, 1999.

ASÍS ROIG, Rafael de, "La concepción dualista de los derechos fundamentales de Gregorio Peces-BARBA" en AA.VV., *Entre la ética, la política y el derecho: Estudios en Homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, Vol. I, 1era. Edición, Dykinson, Madrid, España, 2008.

ASÍS ROIG, Rafael de, "Bobbio y los Derechos Humanos" en *La figura y el pensamiento de Norberto Bobbio*, edición de A. LLamas, Universidad Carlos III, Madrid, España, 1994.

BASTOS, Carolina, *La interpretación de los derechos fundamentales según los tratados internacionales sobre derechos humanos*, 1era. Edición, Editorial Reus, Madrid, España, 2010.

BALLESTEROS LLOMPART, Jesús, *et. al.*, *Derechos Humanos*, 1era Edición, Editorial Universitat de Valencia, España, 2007

BAZAN, Víctor, "El control de convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas" en NASH, Claudio y Víctor BAZAN, *Justicia constitucional y derechos*

fundamentales: el control de convencionalidad, 1era. Edición, Centro de Derechos Humanos, Konrad Adenauer Stiftung, Universidad de Chile, Colombia, 2012.

BECERRA RAMIREZ, Manuel, *et. al.*, *Soberanía y juridificación en las relaciones internacionales*, 1era. Edición, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Ensayos Estudios Jurídicos, No. 153, UNAM, Facultad de Estudios Superiores Acatlán, México, 2010.

BETEGÓN CARRILLO, Jerónimo, *et. al.*, *Constitución y derechos fundamentales*, Ministerio de la Presidencia - Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, España, 2004.

BIDART CAMPOS, Germán, *Teoría general de los derechos humanos*, 1era. Edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1991.

BUERGENTHAL, Thomas, *El Sistema Interamericano para la Protección de los Derechos Humanos, en Anuario Jurídico Interamericano, 1981*, Secretaría General de la Organización de Estados Americanos, Washington, D. C., 1982.

BUSTAMANTE, Jorge, *"La paradoja de la autolimitación de la soberanía: derechos humanos y migraciones internacionales"*, en MENDEZ SILVA, Ricardo, *et. al.*, *Derecho Internacional de los derechos humanos*, Memoria del VII Congreso Iberoamericano de derecho Constitucional, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, No. 98, UNAM, México, 2002.

BRICEÑO MONZON, Claudio Alberto, *et. al.*, *El problema de la soberanía: su historia ante el siglo XXI*, Universidad Católica Andrés Bello, Publicaciones UCAB, Caracas, Venezuela, 2007.

CABALLERO, José Luis, *La incorporación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en México y España*, México, Porrúa, 2009, p.22

CANÇADO TRINDADE, Antônio, *et. al.*, *Estudios básicos de derechos humanos*, Tomo I, 1era Edición, IIDH, San José, Costa Rica, 1994.

CANÇADO TRINDADE, Antônio, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, en la Protección Internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*, Universidad de Deusto, Bilbao, España, 2003.

CANÇADO TRINDADE, Antônio, *et. al.*, *Estudios Especializados de Derechos Humanos*, Tomo I, 1era. Edición, IIDH, San José, Costa Rica, 1996.

CARPIZO, Jorge, “*Los derechos humanos: naturaleza, denominación y características*” en *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, No. 25, julio-diciembre, Universidad Nacional Autónoma de México, 2011

CARPIZO, Jorge, “*La Constitución mexicana y el derecho internacional de los derechos humanos*”, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. XII, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2012.

CARRIÓ, Genaro, *El Sistema Americano de Derechos Humanos*, EUDEBA, Buenos Aires, 1987.

CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio, *Curso de Derecho Internacional Público*, Editorial Tecnos, Madrid, 1994.

CARRUITERO LECCA, Francisco y SOZA MESTA, Hugo, *Medios de defensa de los Derechos Humanos en el Sistema Internacional*, Jurista Editores, Lima, Perú, 1993.

CASAL, Jesús María, *Curso de Introducción al Derecho, Introducción a la Teoría General del Derecho*, Tomo II, 4ta Edición, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, Venezuela, 2003.

CONSO, Giovanni, "*Bobbio y la temática de los derechos humanos*", en *Derechos y Libertades: revista de filosofía del derecho y derechos humanos*, No. 17, julio, Universidad Carlos III de Madrid. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas; Dykinson, Madrid, España, 2007.

COURTIS, Christian, et. al., *La aplicación de los tratados sobre Derechos Humanos por los tribunales locales: un estudio comparado*, 1era. Edición, Centro de Estudios Legales y Sociales, Editores del Puerto, Argentina, 2004.

CUADRA, Héctor, "*El apartheid y los derechos humanos*", en CASSIN, Garcia Bauer, *Veinte años de evolución de los derechos humanos*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie G: Estudios Doctrinales, No. 5, UNAM, México, 1974.

COX, Francisco, et. al., *El futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 1998.

DE DIENHEIM BARRIGUETE, Cuauhtémoc, *Constitucionalismo universal: la internacionalización y estandarización de los derechos humanos*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2009.

ESPÓSITO, Carlos, *La Organización Mundial del Comercio y los particulares*, 1era. Edición, Dykinson, Madrid, España, 1999.

FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: Aspectos institucionales y procesales*, 3era Edición Revisada, IIDH, San José, Costa Rica, 2004.

FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor, "*El agotamiento de los recursos internos en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos*", en *Revista del*

Instituto Iberoamericana de Derechos Humanos, Volumen 46, San José, Costa Rica, 2007.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, "*Interpretación Conforme y Control difuso de convencionalidad, el nuevo paradigma para el juez mexicano*" en CARBONELL, Miguel, et. al., *La Reforma Constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, 1era. Edición, No. 609, UNAM, México, 2011.

FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías, La ley del más débil*, Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, 3era. Edición, Editoriales Trotta, Madrid, España, 1999.

FERRAJOLI, Luigi, et. al., *El fundamento de los derechos fundamentales*, 4ta Edición, Editorial Trotta, Madrid, 2001.

FERRAND RISSO, Martín, "*Jurisprudencia de la Suprema Corte de la Justicia Uruguaya*", en BAZAN, Víctor y otros, *Justicia constitucional y derechos fundamentales, fuerza normativa de la Constitución*, Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, Uruguay, 2010.

FIX-ZAMUDIO, Héctor, "*Reflexiones comparativas sobre los Sistemas Interamericano y Europeo de Protección de los Derechos Humanos*", en MENDEZ-SILVA, Ricardo, et. al., *Derecho Internacional de los derechos humanos: culturas y sistemas...*, Tomo I, 1era. Edición, No. 432, UNAM, México, 2008.

FIX-ZAMUDIO, Héctor, et. al, *Formación y perspectivas del Estado en México*, 1era. Edición, Serie Estudios Jurídicos, No. 164, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2010.

GARCÍA BECERRA, José Antonio, *Teoría de los Derechos Humanos*, 1era. Edición, Universidad Autónoma de Sinaloa, Sinaloa, México, 1991.

GARCIA RAMIREZ, Sergio, *La jurisdicción interamericana de derechos humanos (estudios)*, 1era. Edición, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, Corte Interamericana de Derechos Humanos, México, 2006.

GARCIA RAMIREZ, Sergio, *Los derechos humanos y la jurisdicción interamericana*, 1era. Edición, Serie Doctrina Jurídica, No. 106, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2002.

GARCIA RAMIREZ, Sergio, et. al., *Recepción Nacional del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y admisión de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana*, 1era. Edición, Corte IDH-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2009.

GARCÍA-SAYÁN, Diego, et. al., *Aplicación de las normas internacionales de derechos humanos*, ONUSAL - PDDH, 1era Edición, San Salvador, El Salvador, 1994.

GIMBERNAT, José Antonio, *Los derechos humanos - A los cincuenta años de la Declaración de 1948*, 1era Edición, Editorial Sal Terrae, Madrid, España, 1998.

GÓMEZ BISOGNO, Francisco Vásquez, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos, normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*, Poder Judicial del Estado de Campeche, Noviembre 2011.

GUERRA LÓPEZ, Rodrigo, *Afirmar a la persona por sí misma, la dignidad como fundamento de los derechos de la persona*, 1era. Edición, Consejo Nacional de los Derechos Humanos, México, D.F., México, 2003.

HALAJCZUK, Bodhan, et. al., *Derecho Internacional Público*, 3era Edición Actualizada, Sociedad Anónima Editora, Buenos Aires, Argentina, 1999.

KOTZUR, Markus, et. al., *De la soberanía al Derecho Constitucional común: palabras clave para un dialogo europeo-latinoamericano*, Traducción de Héctor Fix-Fierro, 1era. Reimpresión, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Ensayos Jurídicos, No. 12, UNAM, México, 2011.

LARA PONTE, Rodolfo, *Los Derechos Humanos en el constitucionalismo Mexicano*, 1era. Edición, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie G, Estudios Doctrinales, Núm. 151, UNAM, México, 1993.

LARGO-FERNÁNDEZ, Antonio Osuna, *Teoría de los derechos humanos*, 1era. Edición, Editorial San Esteban, Madrid, España, 2001.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer, *Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad, el nuevo paradigma para el juez mexicano*, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, 2011, Universidad de Talca, México, p. 538.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer y Miguel, CARBONELL, *Compendio de Derechos Humanos*, México, Porrúa-Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2004.

BAZAN, Víctor, *“La Corte IDH y las Cortes nacionales: acerca del control de convencionalidad y la necesidad de un dialogo jurisprudencial sustentable.”* en VIII Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional, Universidad Católica de Cuyo, San Juan, Argentina, 2010.

MARCANO SALAZAR, Luis Manuel, *Fundamentos de Derecho Internacional Público*, 1era. Edición, Editorial CEC, Caracas, Venezuela, 2005.

MAYORGA LORCA, Roberto, *Naturaleza Jurídica de los derechos económicos, sociales y culturales*, 2da Edición, Editorial Jurídica de Chile, Chile, 1990.

MELLENDEZ, Florentín, *Instrumentos internacionales sobre derechos humanos aplicables a la administración de justicia: estudio constitucional comparado*, 6ta. Edición, Corte Suprema de Justicia, El Salvador, 2008.

MÉNDEZ, Juan, Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos y los derechos de la Niñez, IIDH, Costa Rica.

MORALES, José Humberto, *Apuntes de Filosofía del Derecho*, 1era Edición, Universidad de El Salvador, Editorial Universitaria, San Salvador, El Salvador, 2011.

NIKKEN, Pedro, *La Protección internacional de los derechos humanos, su desarrollo progresivo*, Civitas, Madrid, España, 1987.

NINO, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del derecho*, 2da Edición ampliada y revisada, Colección Mayor Filosofía y Derecho, Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 2003.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*, 1era. Edición, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, Núm. 156, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2003.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *La Interpretación constitucional de los derechos humanos*, 1era Edición, Ediciones Legales, Lima, Perú, 2009.

NOUEL, Emilio, *Nuevos Temas de Derecho Internacional: Ensayos sobre los nuevos principios que rigen las relaciones internacionales*, 1era. Edición, Editorial CEC, Caracas, Venezuela, 2006.

PECES-BARBA, Gregorio, *Derechos Fundamentales*, 1era. Edición, Guadiana de Publicaciones, Madrid-Barcelona, 1973.

QUINTANA ROLDAN, Carlos, *Derechos Humanos*, 3era Edición, Porrúa, México, 2004.

RÁBAGO DORBECKER, Miguel, "El avance de los derechos humanos en las opiniones consultivas de la corte interamericana de derechos humanos", en BECERRA RAMÍREZ, Manuel, *et. al.*, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos a veinticinco años de su funcionamiento*. México. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2007.

RAMELLI, Alejandro, "Sistema de Fuentes del Derecho Internacional Público", en *Cuestiones Constitucionales*, Revista Mexicana del Derecho Constitucional, volumen 11, Julio-Diciembre 2004.

REY CANTOR, José, *Celebración y Jerarquía de los tratados de Derechos Humanos*, 1era. Edición, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, Venezuela, 2007.

REY PÉREZ, José Luis, *El discurso de los derechos: Una introducción a los derechos humanos*, 1era Edición, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, España, 2011.

RODRÍGUEZ RESCIA, Víctor, *et. al.*, *Modulo de Acceso a la justicia y derechos humanos en Argentina*, Instituto Iberoamericano de Derechos Humanos, 1era Edición, San José, Costa Rica, 2011.

RUBIO LLORENTE, Francisco, *Bloque de Constitucionalidad, Derecho Constitucional*, Enciclopedia Jurídica Básica, tomo I, Civitas, Madrid, 1995.

SAGÜES, Néstor Pedro, "El control de convencionalidad como instrumento para la elaboración de un *ius commune interamericano*" en MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer, *et. al.*, *La Justicia Constitucional y su Internacionalización ¿Hacia un ius*

constitutionale commune en América Latina?, 1era. Edición, Tomo II, Serie Doctrina Jurídica, No. 570, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2010

SAGÜES, Néstor Pedro, “*El control de convencionalidad en el sistema interamericano y sus anticipos en el ámbito de los derechos económico-sociales. Concordancias y diferencias con el sistema europeo*” en BOGDANDY, Armin von, et. al., *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales. Hacia un ius constitutionale commune en América Latina*, Serie Doctrina Jurídica, No. 615, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2011

SÁNCHEZ FERRIS, Remedio, *El Estado Constitucional y su sistema de fuentes*, 2da. Edición, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 2002.

SALVIOLI, Fabián Omar, “*El aporte de la DADDH de 1948, para la protección internacional de los Derechos Humanos*” en CORTE IDH, *El sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el Umbral del Siglo XXI*, Tomo I, 2da. Edición, San José, Costa Rica, 2003.

SQUELLA NARDUCCI, Agustín, *Introducción al Derecho*, 2da. Edición, Universidad de Valparaíso Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 2011.

TRAVIESO, Juan Antonio, *Derechos Humanos y Derecho Internacional*, Editorial Heliasta, Segunda Edición, Buenos Aires, Argentina, 1996.

VESCOVI, Enrique, *Introducción al Derecho*, Tomo I, 21ª Edición, Euro Editores S.R.L., Buenos Aires, Argentina, 2005, p. 191.

Tesis.

DE OLIVEIRA, Alexandre Vidigal, *Protección de los Derechos Humanos - justificaciones tecnico-juridicas para la creación de un tribunal mundial de Derechos Humanos*, Tesis Doctoral, Doctorado en Estudios Avanzados en Derechos

Humanos, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Getafe, Madrid, 2011.

BARRILLAS CARDONA, Enrique Baltazar, *El Bloque de Constitucionalidad como un medio para interpretar la Constitución de Guatemala*, Tesis de pre-grado, Universidad Francisco Marroquín, Guatemala, 2001.

BECERRA RAMÍREZ, José de Jesús, *“Los instrumentos internacionales de derechos fundamentales y su aplicación en el ámbito constitucional mexicano”* Tesis Doctoral, Doctorado en Estudios Avanzados en Derechos Humanos, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Getafe, España, 2009.

CORNEJO VILLACORTA, Karlo Francisco y otros, *El Bloque de constitucionalidad y sus efectos en la tutela de los derechos fundamentales en El Salvador*, Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad de El Salvador, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, El Salvador, 2012.

ORDÓÑEZ REYNA, Aylín Brizeida, *Régimen Constitucional de los Tratados Internacionales en Centroamérica*, Tesis Doctoral, Derecho Pluralista Público y Privado, Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, España, 2010.

TORRES ZÚÑIGA, Natalia, *“El Control de Convencionalidad: Deber complementario del Juez Constitucional peruano y el juez Interamericano”* Tesis de Grado, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Perú, 2012.

Jurisprudencia nacional.

SALA DE LO CONSTITUCIONAL, Sentencia de inconstitucionalidad, referencia 57-2005, de fecha 25 de Junio de 2009.

SALA DE LO CONSTITUCIONAL, Sentencia Interlocutoria, Proceso de Inconstitucionalidad, con referencia 11-93, de fecha 20 de Mayo de 1993.

SALA DE LO CONSTITUCIONAL, Sentencia de Inconstitucionalidad, con referencia 03-91, de fecha 7 de Noviembre de 1999, Considerando III.2.A

SALA DE LO CONSTITUCIONAL, Sentencia de inconstitucionalidad, con referencia 24-97/21-98, de fecha 26 de septiembre de 2000.

SALA DE LO CONSTITUCIONAL, Sentencia definitiva de amparo, con referencia 348-999, de fecha 4 de abril de 2001.

SALA DE LO CONSTITUCIONAL, Sentencia de Inconstitucionalidad, con referencia 30-96/10-97/10-99/29-2001, de fecha 15 de marzo de 2002.

SALA DE LO CONSTITUCIONAL, Sentencia de Inconstitucionalidad, referencia 120-2007/123-2007, de fecha 28 de septiembre de 2012.

SALA DE LO CONSTITUCIONAL, Sentencia de inconstitucionalidad, con referencia 63-2007/69-2007 de fecha 16 de octubre de 2007.

SALA DE LO CONSTITUCIONAL, Sentencia de Inconstitucionalidad, referencia 10-2000, de fecha 11 de Noviembre de 2003.

SALA DE LO CONSTITUCIONAL, Sentencia Definitiva, Habeas Corpus, con referencia 19-R-96, de fecha 7 de Agosto de 1996, Considerando V.

SALA DE LO CONSTITUCIONAL, Sentencia Definitiva de Inconstitucionalidad, con referencia 24-1997, de fecha 26 de Septiembre de 2000.

SALA DE LO CONSTITUCIONAL, Sentencia Definitiva, Habeas Corpus, con referencia 9-T-96, de fecha 4 de Febrero de 1997

VELÁSQUEZ DE AVILÉS, Marina, Voto disidente, sentencia 63-2007/69-2007 de fecha 16 de octubre de 2007.

Jurisprudencia internacional.

CIDH, Informe sobre seguridad ciudadana y Derechos Humanos, OEA/Ser. L/V/II. Doc. 57, 31 diciembre 2009, párrafo 35.

CORTE IDH, Caso del *Tribunal Constitucional versus Perú*, Fondo, Sentencia de 3 de enero de 2001.

CORTE IDH, Caso *Caballero Delgado y Santana versus Colombia*, Excepciones Preliminares, Sentencia de 21 de enero de 1994, Serie C No. 17.

CORTE IDH, Caso *Velásquez Rodríguez versus Honduras*, Sentencia del 29 de julio de 1988,.

CORTE IDH, Caso *Fairén Garbi y Solís Corrales versus Honduras*, Sentencia del 15 de marzo de 1989.

CORTE IDH, Caso *Ivcher Bronstein versus Perú*, Sentencia 5 de febrero de 2001.

CORTE IDH, Caso *Garrido y Baigorria versus Argentina*, Reparaciones, sentencia de 27 de agosto de 1998.

CORTE IDH, Caso *Masacres de El Mozote y lugares aledaños versus El Salvador*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 25 de octubre de 2012, Serie C, No. 252.

CORTE IDH, Caso *Velásquez Rodríguez versus Honduras*, Fondo, Sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C, No. 4.

CORTE IDH, Caso *Castillo Petrucci y otros versus Perú*, Excepciones Preliminares, Sentencia de 4 de Septiembre de 1998, Serie C, No 41.

CORTE IDH, Caso *Bulacio versus Argentina*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 18 de Septiembre de 2003, Serie C, No. 100.

CORTE IDH, Caso *Lori Berenson Mejía versus Perú*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 25 de noviembre de 2004, Serie C, No. 119.

CORTE IDH, Caso *La Última Tentación de Cristo versus Chile*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 5 de febrero de 2001, Serie C, No. 73.

CORTE IDH, Caso *Tibi vs. Ecuador*, Sentencia de 7 de septiembre de 2004, Serie C No. 114.

CORTE IDH, Caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C N° 154, párrafos 123 a 125.

CORTE IDH, Caso *Myrna Mack Chang versus Guatemala*, Sentencia de 25 de noviembre de 2003, Serie C No. 101.

CORTE IDH, Caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) versus Perú*, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 24 de noviembre de 2006, Serie C, N° 158

CORTE IDH, Caso *Vargas Areco versus Paraguay*, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C, No. 155.

CORTE IDH, Caso *La Cantuta versus Perú*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 29 de noviembre de 2006, Serie C, No. 162.

CORTE IDH, Caso *Boyce y otros versus Barbados*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C No. 169.

CORTE IDH, Caso *Heliodoro Portugal versus Panamá*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 12 de agosto de 2008, Serie C, No. 186.

CORTE IDH, Caso *Radilla Pacheco versus México*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 23 de Noviembre de 2009, Serie C, No. 209.

CORTE IDH, Caso *Manuel Cepeda Vargas versus Colombia*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 26 de mayo de 2010.

CORTE IDH, Caso *Comunidad Indígena Xákmok Kásek versus Paraguay*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 24 de agosto de 2010, Serie C, No. 214.

CORTE IDH, Caso *Fernández Ortega y otros versus México*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 30 de agosto de 2010, Serie C, No. 215.

CORTE IDH, Caso *Rosendo Cantú y otra versus México*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 31 de agosto de 2010, Serie C, No. 216.

CORTE IDH, Caso *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña versus Bolivia*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 1 de septiembre de 2010, Serie C, No. 217.

CORTE IDH, Caso *Vélez Loor versus Panamá*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 23 de noviembre de 2010, Serie C, No. 218.

CORTE IDH, Caso *Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) versus Brasil*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 24 de noviembre de 2010, Serie C, No. 219.

CORTE IDH, Caso *Cabrera García y Montiel Flores versus México*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 26 de noviembre de 2010, Serie C, No. 220.

CORTE IDH, Caso *Gelman versus Uruguay*, Fondo y Reparaciones, Sentencia de 24 de febrero de 2011, Serie C, No. 221, párrafo 184.

CORTE IDH, Caso *Chocrón Chocrón versus Venezuela*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 1 de julio de 2011, Serie C, No. 227.

CORTE IDH, Caso *Fontevicchia y D'Amico versus Argentina*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 29 de noviembre de 2011, Serie C, No. 238.

CORTE IDH, Caso *Atala Riffo y Niñas versus Chile*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 24 de febrero de 2012, Serie C, No. 239.

CORTE IDH, Caso *Furlan y Familiares versus Argentina*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia e 31 de agosto de 2012, Serie C, No. 246.

CORTE IDH, Caso *Masacres de Río Negro versus Guatemala*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 4 de septiembre de 2012, Serie C, No. 250.

CORTE IDH, Caso *Masacres de El Mozote y lugares aledaños versus El Salvador*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 25 de octubre de 2012, Serie C, No. 252.

CORTE IDH, Caso *Gudiel Álvarez y otros versus Guatemala*, Fondo Reparaciones y Costas, Sentencia de 20 noviembre de 2012, Serie C, No. 253.

CORTE IDH, Caso *Masacre de Santo Domingo versus Colombia*, Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones, Sentencia de 30 de noviembre de 2012, Serie C, No. 259.

CORTE IDH, *Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC- 14/94 de 9 de diciembre de 1994. Serie A No. 14

CORTE IDH, Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC- 10/89 del 14 de julio de 1989.

CORTE IDH, *Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta*, Opinión Consultiva OC-7/86 del 29 de agosto de 1986, Opinión Separada del Juez Rodolfo Piza Escalante.

CORTE IDH, "*Otros Tratados*" Objeto de la Función Consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 1.

CORTE IDH, *El Efecto de las Reservas sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 2.

CORTE IDH, *La Colegiación obligatoria de periodistas (Arts. 13 y 29 CADH)*, Opinión Consultiva OC-5/85, del 13 de noviembre de 1985, Serie A, No. 5.

CORTE IDH, voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez a la sentencia del *caso Mack Chang versus Guatemala*, del 25 de noviembre de 2003.

CORTE IDH, voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez a la sentencia del *caso Tibi versus Ecuador*, del 7 de Septiembre de 2004.

CORTE IDH, voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez a la sentencia del *caso Vargas Areco versus Paraguay*, del 26 de Septiembre de 2006.

CORTE IDH, voto razonado del juez Sergio García Ramírez a la sentencia del *caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) versus Perú*, del 24 de noviembre de 2006.

CORTE IDH, voto razonado del juez Sergio García Ramírez a la sentencia del *caso La Cantuta versus Perú* del 29 de noviembre de 2006, párrafo 7.

CORTE IDH, voto concurrente razonado del juez "ad hoc" Eduardo Ferrer-Mac Gregor a la sentencia del *caso Cabrera García y Montiel Flores versus México*, del 26 de noviembre de 2010.

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, Sentencia C-148/05, 22 de febrero de 2005.

CSJN, en "*Ekmekdjian c. Sofovich*", sentencia del 7 de julio de 1992, considerando N° 12, Fallos: 315:1492

CSJN, en "*Mazzeo, Julio Lilo s/recurso de casación e inconstitucionalidad*", sentencia del 13 de julio de 2007. Fallos 330:3248

CONSEJO CONSTITUCIONAL FRANCES, decisión D-39 de fecha 19 de junio de 1970 y decisión D-44 de fecha 16 de julio de 1971.

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD, Sentencia de Inconstitucionalidad, con Referencia 1822-2011, de fecha 17 de julio de 2012.

Documentos institucionales.

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD DE GUATEMALA, *Bloque de constitucionalidad e inconstitucionalidad por omisión*, Año 2, No. 4, Instituto de Justicia Constitucional, INFOCC, Guatemala, 2012.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR, *Líneas y Criterios Jurisprudenciales*, Sala de lo Constitucional, Coordinador Julio Enrique Acosta Baires, Compiladora María Teresa Cordero, 2005, pág. 182.

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS, *Guía sobre Aplicación del Derecho Internacional en la Jurisdicción Interna*, IIDH, San José, Costa Rica, 1996.

PDDH, Informe Especial del Señor Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos, presentado al Comité de Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migrantes y de sus Familiares de la Organización de las Naciones Unidas, sobre la aplicación de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios, El Salvador, 2008.

Revistas.

ABRAMOVICH, Víctor y Christian COURTIS, “*Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales*”, en *Revista Jura Gentium: Rivista di filosofia del diritto internazionale e dellapolitica globale*, Florencia, Italia, 2005.

ARCILA CANO, José Antonio, "*La Declaración Americana y los Derechos de los Familiares de la Víctima*" en *American University International Law Review*, Volumen 25, No.1, 2009.

ARÉCHAGA, Eduardo Jiménez de, "*La Convención Interamericana de Derechos Humanos como Derecho Interno*" en *Revista IIDH*, No. 7, Enero-Junio, San José, Costa Rica, 1988.

AYALA CORAO, Carlos, "*La ejecución de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*" en *Revista Estudios Constitucionales*, No. 1, Año 5, Universidad de Talca, Talca, Chile, 2007.

BAZAN, Víctor, "*Control de convencionalidad, aperturas dialógicas e influencias jurisdiccionales recíprocas*", en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, N°18, 2º Semestre, Fundación Profesor Manuel Broseta, Instituto de Derecho Público Universidad Rey Juan Carlos, Valencia, España, 2012, p. 81

BENAVENTE CHORRES, Hésbert, "*El juez de control como garante de la convencionalidad de las normas en el nuevo proceso penal mexicano*" en *Revista: Estudios Constitucionales*, Año 10, No. 1, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, Talca, Chile, 2012

BREWER-CARÍAS, Allan, *El control de convencionalidad, con particular referencia a la garantía del derecho a la protección judicial mediante un recurso sencillo, rápido y efectivo de amparo de los derechos humanos*, septiembre, Costa Rica, 2012.

CASTILLA, Karlos, "*¿Control interno o difuso de convencionalidad? una mejor idea: la garantía de tratados*" en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. XIII, México, 2013.

CASTILLA, Karlos, *“El control de convencionalidad: un nuevo debate en México a partir de la sentencia del caso Radilla Pacheco”*, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. XI, México, 2011.

CASTILLA, Karlos, *La interpretación conforme a tratados de derechos humanos. Una mirada a la experiencia española para el futuro de México*, SCJN, México.

CASTILLA, Karlos, *“El control de convencionalidad: un nuevo debate en México a partir de la sentencia del caso Radilla Pacheco”* en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. XI, México, 2011

CASTILLA, Karlos, *“El principio pro persona en la administración de justicia”* en *Cuestiones Constitucionales: Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, No. 20, Enero-Julio, UNAM, México, 2009

GARCIA RAMIREZ, Sergio, *“El control judicial interno de convencionalidad”* en *Revista IUS*, No. 28, Vol. 5, julio-diciembre, Puebla, México, 2011.

HERDEGEN, Matthias, *“La internacionalización del orden constitucional”* en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Año XVI, Montevideo, Uruguay, 2010, p. 74

HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam Lorena, *“Jerarquía de los Tratados de Derechos Humanos: Análisis jurisprudencial desde el método de casos”*, en *Estudios Constitucionales*, Año 6, N° 2, 2008.

HITTERS, Juan Carlos, *“La responsabilidad del Estado por violación de tratados internacionales. El que “rompe” (aunque sea el Estado) paga”* en *Revista de Estudios constitucionales*, No. 1, Vol. 5, junio, Centro de Estudios Constitucionales, Santiago, Chile, 2007.

HITTERS, Juan Carlos, “¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos?” en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 10, julio-diciembre, 2008.

HITTERS, Juan Carlos, “Legitimación democrática del Poder Judicial y Control de Constitucionalidad” en *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, Volumen No. 2.

HOYOS, Arturo, “El Control Judicial y el Bloque de Constitucionalidad en Panamá”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, N°.75, México, 1992.

HUERTA, Carla, “Sobre la distinción entre derechos fundamentales y derechos humanos” en *Derechos Humanos México: Revista del Centro Nacional de Derechos Humanos*, No. 14, Año 5, México, 2010.

IBAÑEZ RIVAS, Juana María, “Control de convencionalidad: precisiones para su aplicación desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos” en *Anuario de Derechos Humanos 2012*, No. 8, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho Universidad de Chile, Chile, 2012.

JÍMENEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo, *Introducción al problema de las relaciones entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno*, separata de la Revista Jurídica, Buenos Aires, 1962.

LONDOÑO LAZARO, María Carmelina, “El principio de legalidad y el control de convencionalidad de las leyes: confluencias y perspectivas en el pensamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Año XLIII, volumen 128, México, 2010.

MARSHALL BARBERAN, Pablo, “La soberanía popular como fundamento del orden estatal y como principio constitucional” en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso [online]*, No. 35, 2010, p. 249

MORALES MORALES, Alejandra Virginia y otros, *“La incorporación del concepto del bloque de constitucionalidad en materia de derechos humanos en México”* en *Revista Prolegómenos - Derechos y Valores*, Volumen XIV, No. 27, Enero – Junio, Bogotá, Colombia, 2011.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *“Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris Interamericano para las jurisdicciones nacionales”* en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLV, núm. 135, septiembre-diciembre, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2012.

ODIMBA-ON'ETAMBALAKO, Jean Cadet, *“Logros Alcanzados y Ajustes pendientes en la Corte Interamericana de Derechos Humanos”*, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. VI, México, 2006.

OLANO GARCÍA, Hernán, *“El Bloque de Constitucionalidad en Colombia”* en *Estudios Constitucionales*, Volumen I, Centro de Estudios Constitucionales, Santiago, Chile, 2006.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *“El concepto de los derechos humanos y su problemática actual”* en *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, No 1, Año 1, España, 1993.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *“La universalidad de los derechos humanos”*, en *Doxa: cuadernos de filosofía del derecho*, No. 15/16, Universidad de Alicante, Departamento de Filosofía del Derecho, Instituto Juan Gil-Albert, España, 1994.

PFEFFER URQUIAGA, Emilio, *“Los tratados internacionales sobre derechos humanos y su ubicación en el orden normativo interno”*, en *Revista Ius et Praxis*, Año 9, Nº 1, Talca, Chile.

RANGEL HERNÁNDEZ, Laura, "*Sentencias condenatorias al Estado mexicano dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y sus implicaciones en el orden jurídico nacional*" en Revista IUS, Vol.5, No.28, julio-diciembre, Puebla, México, 2011.

REY CANTOR, Ernesto, "*El Bloque de Constitucionalidad: aplicación de tratados Internacionales de Derechos Humanos*", *Revista Estudios Constitucionales*, volumen 4, Centro de Estudios Constitucionales, Santiago, Chile, 2006.

RUBIO LLORENTE, Francisco, "*Bloque de Constitucionalidad*", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 9, número 27, septiembre-diciembre 1989.

UPRIMNY, Rodrigo, "*El bloque de constitucionalidad en Colombia: un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal*", *Dejusticia*: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, 2012.

VILLAR BORDA, Luis, "*Hans Kelsen y el Derecho internacional*", en *Derechos y Libertades: revista de filosofía del derecho y derechos humanos*, No. 14, enero, Universidad Carlos III de Madrid. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas; Dykinson, Madrid, España, 2006.

Páginas Web.

ALBANESE, Susana, El control de convencionalidad, p. 1, disponible en: <https://docs.google.com/viewer?a=v&pid=sites&srcid=ZGVmYXVsdGRvbWFpbnxkZGhoemltZXJtYW58Z3g6MzYxY2RiNDVjMjk5NzZhZQ>, consultado el 23 de julio de 2012.

BAZAN, Víctor, "*La Corte IDH y las Cortes nacionales: acerca del control de convencionalidad y la necesidad de un diálogo jurisprudencial sustentable.*" en VIII Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional,

Universidad Católica de Cuyo, San Juan, Argentina, 2010, disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/wccl/ponencias/13/215.pdf>, consultado el 30 de agosto de dos mil doce.

CASTELLÁ ANDREU, Josep María, *Apuntes sobre los preámbulos y su valor jurídico*, Jornada sobre el valor constitucional de los preámbulos de las leyes, Universidad de Barcelona, España, disponible en: http://www.funciva.org/uploads/ficheros_documentos/1258391838_josep_maria_castella.pdf, consultado el diez de junio de dos mil doce.

LEÓN BASTOS, Carolina, *Los tratados internacionales sobre Derechos Humanos en México: Jerarquía y Pauta de Interpretación*, Ponencia, VIII Congreso Mundial «Constituciones y Principios», México, 2010, disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/wccl/ponencias/13/231.pdf>, consultado el doce de julio de dos mil doce.

UPRIMNY, Rodrigo, Bloque de constitucionalidad: Derechos Humanos y nuevo procedimiento penal, p. 3, disponible en: <http://www.wcl.american.edu/humright/hracademy/documents/Clase1-Lectura3BloquedeConstitucionalidad.pdf>, consultado el quince de enero de dos mil trece.