

## CAPÍTULO PRIMERO

# DEL VACÍO NORMATIVO A LA CREACIÓN DE UN *CORPUS IURIS* AMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

### I. CONTEXTO EVOLUTIVO DE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS A PARTIR DE LA SEGUNDA GUERRA MUNDIAL EN AMÉRICA: HACIA UN DERECHO COMÚN LATINOAMERICANO EN MATERIA DE LIBERTAD DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN

Los cimientos del sistema interamericano de protección de derechos humanos se encuentran en el proceso de “internacionalización de los derechos humanos”<sup>4</sup> desarrollado a partir de la Segunda Guerra Mundial y en los inicios de la Organización de los Estados Americanos como organización internacional para el continente americano.

El derecho internacional público, luego de la devastadora Segunda Guerra Mundial evolucionó a partir de la superación de varios paradigmas, entre éstos, el de la concepción de los Estados como únicos sujetos internacionales y el de la soberanía absoluta de los Estados, la cual en adelante no podría ser invocada para excusar la responsabilidad internacional de los Estados por la violación de derechos humanos. Asimismo, en el contexto de la superación de la concepción de los Estados como únicos sujetos de derecho internacional se abrió paso a la proliferación de organizaciones internacionales de carácter universal o regional que empezarían a tener actuación internacional en el marco de la cooperación internacional.

<sup>4</sup> Para ampliar sobre el concepto de “internacionalización de los derechos humanos”, véase Casal (2012: 23-24).

Asimismo, con el advenimiento de una nueva concepción sobre la persona humana como sujeto del derecho internacional en lo que respecta a su actuación frente a órganos u organizaciones internacionales para la protección de sus derechos humanos, se dio paso a una disciplina jurídica que ya ha adquirido autonomía: el derecho internacional de los derechos humanos.<sup>5</sup> El individuo empieza a ser entendido como sujeto de derecho internacional y como destinatario directo de sus normas, lo cual afirma la existencia de la personalidad jurídica internacional del individuo.<sup>6</sup> Es decir, opera el reconocimiento de derechos individuales que derivan del derecho internacional, se entiende que el individuo tiene capacidad procesal para hacer valer esos derechos ante instancias internacionales y se da la consagración de deberes internacionales, redimensionando la concepción de la responsabilidad internacional de los Estados, ahora susceptible de ser comprometida por la violación de derechos humanos. Pero inclusive, en este contexto actualmente se discute sobre la posible “responsabilidad individual penal internacional” en relación con la derivada de la comisión de los crímenes más graves de trascendencia internacional de conformidad con el Estatuto de Roma (genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra), que pueden ser conocidos por la Corte Penal Internacional con carácter complementario en relación con las jurisdicciones penales nacionales.

A partir de 1945, los derechos humanos empiezan a ser reconocidos en instrumentos internacionales como “conquistas de la humanidad”, luego de un camino marcado por la injusticia, la violencia, la guerra, las atrocidades. Desde entonces, se estruc-

<sup>5</sup> El derecho internacional de los derechos humanos es un conjunto de normas jurídicas, de carácter internacional, que señalan los derechos de la persona en cuanto tal, y que regulan de una manera institucionalizada la defensa de estos derechos en contra de los abusos del poder cometidos por los órganos del Estado, o por otros entes organizados y que se encuentran en una situación de poder frente al individuo, promoviendo, paralelamente, el establecimiento de condiciones adecuadas de vida que permitan el desarrollo pleno de la personalidad (Faúndez, 1988).

<sup>6</sup> Véase Casal (2012: 27).

tura formalmente la comunidad internacional con el propósito de mantener la paz y la seguridad internacionales, fomentar entre las naciones relaciones de amistad basadas en el principio de igualdad de derechos y la libre determinación de los pueblos, la cooperación internacional, y en general el desarrollo, promoción y protección de los derechos humanos.<sup>7</sup>

Sin embargo, la tendencia del reconocimiento y protección de los derechos humanos no sólo tuvo su eco en la esfera internacional en el marco del proceso referido de “internacionalización de los derechos humanos”, sino que internamente los Estados han tratado de incorporar en sus legislaciones domésticas (especialmente en sus Constituciones políticas) los derechos humanos de la forma como estaban siendo reconocidos en los distintos instrumentos internacionales así como en las recomendaciones o decisiones de los órganos u organismos internacionales, jurisdiccionales o no, con competencia en la materia de derechos humanos. Desde entonces se han erigido distintos órdenes normativos que con el paso del tiempo se han fortalecido, inter-relacionado, vinculado, y en algunos casos hasta contrapuesto: el nacional, el internacional y el supranacional, por lo cual hoy es posible estudiarlos desde la óptica de la interrelación o imbricación de “órdenes jurídicos de multinivel”. Con mucho acierto hoy se discuten procesos inherentes a la “constitucionalización del derecho internacional”,<sup>8</sup> así como a la “internacionalización del dere-

<sup>7</sup> Hay que aclarar que varios de estos principios en la actualidad lamentablemente siguen estando muy lejos de ser felizmente cumplidos, lo cual representa uno de los desafíos más contundentes del derecho internacional.

<sup>8</sup> Es de interés verificar la influencia del derecho internacional en el derecho constitucional en relación con la recepción de estándares internacionales en los nuevos textos constitucionales de los Estados latinoamericanos. La doctrina de la Corte IDH sobre libertad de expresión, debido proceso, garantías judiciales en los estados de excepción, entre otras, han tenido gran influencia en la jurisprudencia de los tribunales nacionales y en cambios legislativos nacionales puntuales. Podría mencionarse como ejemplos, la incorporación del criterio de la notificación consular respecto a la detención de extranjeros o extranjeras en el artículo 44 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, según lo establecido por la Corte IDH en su opinión consultiva OC-16 de octubre

cho constitucional”.<sup>9</sup> Los órganos del sistema interamericano de

de 1999, unos meses antes de la promulgación de la Constitución, o por ejemplo, la acción de adaptar la legislación Chilena conforme a la doctrina de la Comisión y la Corte interamericanas en materia de libertad de expresión, como resultado de la sentencia del caso “*La Última Tentación de Cristo*”, o asimismo, el hecho de que el Estado peruano declarara la nulidad de las leyes de amnistía que eximían de responsabilidad a los autores de las violaciones de derechos humanos, luego de la sentencia de la Corte IDH en el caso *Barrios Altos*, o el caso peruano igualmente de derogar las normas de desacato que permanecían en su Código Penal, siguiendo las recomendaciones, al respecto, de los órganos del sistema interamericano, por nombrar algunos casos.

<sup>9</sup> Sobre este particular es de destacar la influencia que han podido ejercer algunas posiciones jurídicas sostenidas por tribunales constitucionales en la acogida de criterios por parte de órganos internacionales, supra-nacionales o inclusive de otros Estados. Por ejemplo, la influencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán en la construcción del pensamiento jurídico internacional ha sido notable en las últimas décadas. Véase la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán desde el caso “*Solange*” hasta la relacionada al análisis del Tratado de Lisboa. Véase igualmente la argumentación en favor del derecho a la autodeterminación informativa (protección de datos de carácter personal) a partir de la sentencia que resolvió la acción interpuesta relativa a la Ley del Censo en Alemania de 1983, la cual sirvió como punto de partida para el reconocimiento de este nuevo derecho fundamental (BVerfGE 65,1, Census Act 1983 of 25 march 1982 — Federal Law Gazette — Bundesgesetzblatt — BGB1).

Al referirse al control de constitucionalidad, así como al posterior suceso del control de convencionalidad, el juez Cançado Trindade señaló en un voto disidente, que “A partir de mediados del siglo XX se pasó a hablar de la “internacionalización” del derecho constitucional y más recientemente, en las dos últimas décadas, de ‘constitucionalización’ del Derecho Internacional”, atendiendo a dos sucesos distintos, parcialmente concurrentes. La internacionalización del derecho constitucional consiste en el proceso de inclusión del derecho internacional dentro del derecho constitucional interno de un país, de modo tal que las normas internacionales ocupen un lugar definido dentro del sistema de fuentes del respectivo Estado. La constitucionalización del derecho internacional consiste en un proceso distinto, en virtud del cual, se acepta que los tratados sobre derechos humanos tienen una dimensión constitucional, es decir, que son Constituciones del orden internacional, que implican la supremacía y respeto de los derechos humanos. La internacionalización del derecho constitucional opera para cada caso en los planos del derecho interno, en la medida en que cada uno de los Estados fija el lugar que deben ocupar los tratados públicos y sus normas. Para resolver el asunto de la ubicación de los tratados públicos den-

derechos humanos (Comisión y Corte interamericanas), a través de su producción jurisprudencial y doctrinaria han fundamentado criterios importantes del derecho internacional de los derechos humanos, lo cual a su vez ha repercutido de forma relevante en el derecho interno de los Estados americanos.

El debate actual supera la vieja discusión sobre la relación del derecho interno y el internacional basada en las visiones monistas o dualistas<sup>10</sup> y lo circunscribe en la valoración de la interrelación de los órdenes de multi-nivel en la sociedad globalizada en la cual existen ocasionalmente asimetrías superables. La necesidad de la interacción en la sociedad internacional de los niveles estatales (domésticos), las organizaciones supranacionales y las internacionales, es impremitible para el cumplimiento del fin de cada uno de los órdenes, que en última instancia suele ser la protección de los derechos humanos y la democracia.<sup>11</sup> Este debate incluye replantear nuevos conceptos como el de orden público internacional, el de la soberanía de los Estados y la discutible “soberanía” de las organizaciones internacionales, el de las fuentes del derecho internacional,<sup>12</sup> entre otros.

tro del sistema de fuentes interno, Colombia, al igual que otros países latinoamericanos, ha hecho uso de la figura del bloque de constitucionalidad, utilizada como instrumento por el que acontece el proceso de internacionalización del derecho constitucional (Quinche Ramírez, 2009:169).

<sup>10</sup> Bogdandy (2013: 17) aborda el punto recomendando que al discutir la relación entre el derecho internacional y el derecho interno la mejor opción es prescindir de los conceptos doctrinales y teóricos de monismo y dualismo. Desde una perspectiva científica los considera unos “zombies intelectuales de otro tiempo” que deben descansar en paz o reconstruirse. El autor propone el concepto de “pluralismo jurídico” como concepto más apto para describir y analizar la constelación posnacional.

<sup>11</sup> Tal como lo afirma Aguilar (2011: 78) más relevante aún que examinar si la Corte IDH es citada en las sentencias de los tribunales constitucionales es analizar si los estándares, principios y valores que aplican la Corte IDH y los tribunales nacionales apuntan hacia un mismo punto de convergencia. En caso de ser esto efectivo, estaríamos *ad portas*, desde un punto de vista material, del desarrollo de una justicia constitucional común.

<sup>12</sup> Sobre la discusión de las fuentes en el derecho internacional se recomienda considerar incluir los órdenes normativos imbricados y las organizacio-

En relación con el debate sobre el principio de soberanía para ilustrar el proceso de transformación de la estructura básica del derecho público, Bogdandy (2013: 3-4) refiere que

la soberanía, entendida como soberanía *estadal*, es el fundamento del poder del Estado para crear normas jurídicas y hacerlas respetar por todos. La soberanía, entendida como soberanía *popular*, justifica ese poder ya que se basa en el principio democrático. La soberanía, entendida como soberanía *internacional*, protege lo antes descrito como escudo y fundamenta la validez del derecho internacional público de la misma manera en la cual fundamenta la validez del derecho del Estado: a partir de la voluntad del Estado. En resumen: gracias al principio de soberanía, el Estado crea un universo normativo por medio de su ordenamiento jurídico.

Tal como lo plantea Serna (2013: 30-31), la llamada gobernanza global involucra complejas interacciones entre Estados, organizaciones intergubernamentales, y actores no-estatales de diversa índole (como empresas transnacionales y ONG internacionales), que tienden a generar orden y a organizar la acción colectiva, para así entender los problemas globales.

En el plano internacional, desde la finalización de la Segunda Guerra, se fueron erigiendo sistemas de protección de derechos humanos: el universal, en el marco de la Organización de las Naciones Unidas, y otros interregionales, como es el caso del desarrollado en el contexto de la Organización de los Estados Americanos: el sistema interamericano de protección de derechos humanos. En el marco de la aprobación, en 1969, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que entró en vigor en 1978<sup>13</sup> y que para septiembre de 1997, ya habría sido ratificada por 25 países, este instrumento jurídico internacional ha tenido

nes internacionales, entre otros, para complementar el contenido del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

<sup>13</sup> La Convención Americana sobre Derechos Humanos entró en vigor el 18 de julio de 1978, al haber sido depositado el undécimo instrumento de ratificación por un Estado miembro de la OEA.

un importante impacto en la definición de los derechos humanos que los Estados ratificantes se han comprometido internacionalmente a respetar y garantizar. La Convención Americana creó a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH),<sup>14</sup> y definió claramente las atribuciones y procedimientos tanto de este órgano jurisdiccional internacional como de la Comisión Interamericana, órgano que mantenía además facultades adicionales que antedataban a la Convención, por cuanto había sido creada como una entidad autónoma de la Organización de los Estados Americanos (OEA). La Corte IDH ha desarrollado en el ejercicio de su facultad jurisdiccional internacional y consultiva<sup>15</sup> importantes aportes para la consolidación de los derechos humanos y de las democracias de los Estados del continente americano. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, por su parte, es una de las dos entidades del sistema interamericano de protección y promoción de los derechos humanos en América, y además, tal como lo habíamos referido anteriormente, es un órgano principal y autónomo de la OEA, cuyo mandato surge de la Carta de la OEA y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y que actúa en representación de todos los países miembros de la OEA.

Ambos organismos, tanto la Comisión como la Corte interamericanas, en el marco de la labor desempeñada para la promoción y consolidación de los derechos humanos en el continente, han producido importantes precedentes, tanto doctrinales como jurisprudenciales, de gran impacto para los Estados, los cuales

<sup>14</sup> La Asamblea General de la OEA, el 1o. de julio de 1978, recomendó aprobar el ofrecimiento formal del Gobierno de Costa Rica para que la sede de la Corte se estableciera en ese país. Esta decisión fue ratificada después por los Estados parte en noviembre de 1978. La ceremonia de instalación de la Corte se realizó en San José el 3 de septiembre de 1979.

<sup>15</sup> Por vía consultiva la Corte puede interpretar tratados internacionales diferentes a la Convención Americana. Sus facultades de consulta se pueden extender a todo Estado miembro de la OEA, aun cuando no sea parte de la Convención Americana. Véase opinión consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982, párr. 19.

progresivamente han ido acogiendo tales precedentes. Varias décadas han transcurrido en el devenir del actuar de los órganos del sistema interamericano. Interesa destacar que hoy en día los aportes del mismo son innegables para el proceso de consolidación de una cultura de promoción y consolidación de los derechos humanos en el continente. Hoy podría afirmarse que gracias al sistema interamericano, y en particular a los aportes de la Comisión y la Corte interamericanas en América (la sureña, la central y la del norte) puede hablarse de la existencia de un *corpus iuris interamericano* en materia de derechos humanos.

Desde los primeros casos contenciosos de la Corte en los ochenta se aprecia una producción jurisprudencial focalizada especialmente en el respeto de derechos civiles y políticos. Asimismo, es de destacar que con el paso de los años, la Comisión y la Corte interamericanas han ido adquiriendo mayor contundencia en sus decisiones respecto a los Estados, lo cual ha influido de forma importante en la definición de nuevas políticas públicas, en la incorporación de nuevos criterios jurídicos en sus legislaciones internas y en la asimilación de criterios jurisprudenciales de la Corte en la propia jurisprudencia doméstica de los tribunales nacionales, lo cual ratifica la importancia de los derechos humanos desde la perspectiva internacional en cuanto al deber del Estado de respeto, garantía, prevención, reparación y sanción ante las violaciones de derechos humanos, así como el establecimiento de mecanismos de tutela de los mismos a nivel internacional.

En referencia al desarrollo evolutivo de la jurisprudencia de la Corte IDH, el doctor Abreu Burelli (2004) afirmó que la Corte IDH ha utilizado con frecuencia la experiencia de la Corte Internacional de Justicia, especialmente en materia probatoria, y de la Corte Europea en la determinación de algunos conceptos jurídicos relativos al alcance de las normas sobre violaciones de los derechos humanos. El juez Antonio Cançado Trindade (2003) se refiere a algunos precedentes que han influido en el tratamiento dado a las víctimas en el proceso ante la Corte, al otorgársele capacidad procesal a los individuos: *locus standi in iudicio* (Reglamen-

tos de los años 1996, 2000 y 2003).<sup>16</sup> Desde los primeros casos contenciosos de la Corte (*Velásquez Rodríguez, Castillo Fairén Garbí y Solís Corrales y Godínez Cruz (1986), contra Honduras; Aloeboetae y Gangaram Panday (1990) contra Suriname*), sobre desaparición forzada, privación ilegítima de la libertad, tratos crueles, inhumanos y degradantes y violación al derecho a la vida, la Corte ha desarrollado su jurisprudencia en casos relativos al derecho a la nacionalidad, el derecho al proyecto de vida, suspensión de derechos y los estados de excepción, libertad sindical, libertad de expresión, libertad religiosa, derecho de propiedad, derechos sociales, derecho a un recurso judicial rápido y efectivo que garantice los derechos, ampliación del concepto de “víctimas”, naturaleza de las reparaciones e indemnizaciones, entre otros.

Los Estados, al aceptar la competencia de la Corte, asumen una serie de obligaciones de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 1o., 2o. y 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dentro de las cuales, además de destacarse las relativas al respeto de los derechos y libertades reconocidos por la Convención, o la relativa a garantizar los derechos y garantías a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción, entre otras, son de especial interés para nuestro trabajo la relativa a la obligación de adecuar el ordenamiento jurídico interno y la actuación de

<sup>16</sup> Dice el juez Cançado: “La propia práctica internacional pasó a registrar experimentos sucesivos de Derecho Internacional que efectivamente otorgaron capacidad procesal internacional a los individuos. Lo ejemplifican el sistema de navegación del río Reno, el Proyecto de una Corte Internacional de Presas (1907), la Corte Centroamericana de Justicia (1907-1917), así como, en la era de la Sociedad de las Naciones, los sistemas de las minorías y de los territorios bajo mandato, los sistemas de peticiones de la Alta Silesia, las Islas Aaland y del Sarre y de Danzing, además de la práctica de los Tribunales Arbitrales Mixtos y de las Comisiones Mixtas de Reclamaciones, de la misma época”.

A partir de estas observaciones el juez Cançado hace relación del proceso de incorporación de los individuos dentro del derecho internacional, culminando con el análisis de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en esta materia, y del sistema europeo de protección de los derechos humanos desde la entrada en vigencia del Protocolo 11 de 1994 sobre la reforma del mecanismo de la Convención Europea y el establecimiento de una nueva Corte como único órgano jurisdiccional de supervisión de la Convención Europea.

todos los poderes públicos a fin de garantizar de manera efectiva los derechos. De allí que la Corte IDH ejerza las facultades de supervisión de cumplimiento de sus sentencias por parte de los Estados. Asimismo, las recomendaciones de la Comisión Interamericana son el resultado del ejercicio de las competencias de la Comisión, en cuanto órgano de protección de los derechos humanos, lo cual debe ser interpretado a la luz del artículo 33 de la Convención Americana (que señala sobre los organismos competentes para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados parte en la Convención) y del artículo 41, literal f, de la Convención Americana, que le atribuye a la Comisión la función de actuar respecto de las peticiones y otras comunicaciones en ejercicio de su autoridad (Faúndez, 2004: 482-484).

Al respecto, debe tomarse en consideración la noción de *ius cogens*, que se refiere a la existencia de principios fundamentales aceptados por la comunidad internacional necesarios para su propia supervivencia, cuya violación implica la nulidad de los actos jurídicos internacionales que los conculquen. Las normas de *ius cogens*, no admiten acuerdo en contrario, son obligaciones *erga omnes* que tienen un alcance universal, son en efecto normas de orden público internacional.<sup>17</sup> En relación con la eficacia de

<sup>17</sup> Ollarves Irazábal (2005: 116) enuncia algunas características de las normas *ius cogens*: 1) constituyen categorías jurídicas. Las normas del *ius cogens* son una categoría jurídica que ha sido estudiada progresivamente por los juristas y aplicada en la práctica internacional para establecer barreras objetivas inspiradas en la idea de humanidad, frente al poderío de los Estados en el derecho internacional; 2) recogen principios fundamentales que pertenecen a la comunidad internacional, similares al orden público en el derecho interno. Algunos principios generales del derecho internacional han contribuido formalmente en el fundamento del *ius cogens*, ya que establecen un criterio básico reconocido por la comunidad internacional que conducen a fijar estándares para su regulación en el derecho imperativo o jerárquicamente superior vigente; 3) son normas imperativas, necesarias y obligatorias de derecho internacional general. Según la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados en su artículo 53, una norma imperativa de derecho internacional general, es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada

las sentencias de la Corte IDH, vale destacar algunos argumentos esbozados por el juez Ferrer Mac-Gregor en el voto razonado a la Resolución de la Corte IDH del 20 de marzo de 2013, con ocasión a la supervisión de cumplimiento de sentencia<sup>18</sup> en el *caso Gelman vs. Uruguay*,<sup>19</sup> en relación con la obligación del Estado de

por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter. Prevalen sobre las voluntades de los Estados y son jerárquicamente superiores cuya importancia nace de las necesidades de la comunidad internacional; 4) nacen del consenso general de los Estados. Los Estados y los organismos internacionales son los sujetos encargados de la creación de normas jurídicas positivas (*ius cogens*) que regulan su cooperación y coexistencia, mediante el consenso, cualquiera sea su técnica legislativa para crear, modificar y desarrollar las normas de derecho internacional general.

<sup>18</sup> Según la propia Corte IDH la supervisión del cumplimiento de las sentencias es una facultad inherente a las funciones jurisdiccionales de la Corte: 1) en virtud del carácter definitivo e inapelable de las sentencias de la Corte, éstas deben ser prontamente cumplidas por el Estado en forma íntegra; 2) los Estados parte en la convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes. Para ello los Estados deben asegurar la implementación a nivel interno de lo dispuesto por el tribunal en sus decisiones; 3) la obligación de cumplir lo dispuesto en las sentencias del tribunal corresponde a un principio básico del derecho internacional del Estado, respaldado por la jurisprudencia internacional, según el cual los Estados deben acatar sus obligaciones convencionales internacionales de buena fe (*pacta sunt servanda*) y, como ya ha señalado la Corte y lo dispone el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, aquéllos no pueden por razones de orden interno dejar de asumir la responsabilidad internacional, ya establecidas las obligaciones convencionales de los Estados parte vinculan a todos los poderes y órganos del Estado.

<sup>19</sup> Véase sentencia Corte IDH de 24 de febrero de 2010 (fondo y reparaciones) según la cual declaró, por unanimidad, que el Estado de Uruguay es internacionalmente responsable por: a) la desaparición forzada y la violación de los derechos al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal y a la libertad personal, en perjuicio de María Claudia García Iruretagoyena Casinelli; b) la violación de los derechos al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal, a la libertad personal, a la familia, al nombre, a los derechos del niño y a la nacionalidad, en perjuicio de María Macarena Gelman García Iruretagoyena, por lo que constituyó una forma de desaparición forzada desde su nacimiento hasta el momento en que recuperó su verdadera y legítima identidad; c) la violación de los derechos a la integridad personal y a la protección de la familia, en perjuicio del señor Juan Gelman, y d) la violación de los derechos a las garantías judiciales y a la

“garantizar” que la Ley de Caducidad no vuelva a representar un obstáculo para la investigación de los hechos, identificación y, si pro-

tección judicial, en relación con las normas pertinentes de la Convención Americana y de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, por la falta de investigación efectiva de los hechos del presente caso, en perjuicio de Juan Gelman y María Macarena Gelman. Además, el Estado ha incumplido la obligación de adecuar su derecho interno a la Convención Americana, como consecuencia de la interpretación y aplicación que le ha dado a la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado respecto de graves violaciones de derechos humanos.

Los hechos del presente caso ocurrieron durante la dictadura cívico-militar que gobernó Uruguay entre 1973 y 1985, en el marco de prácticas sistemáticas de detenciones arbitrarias, torturas, ejecuciones extrajudiciales y desapariciones forzadas perpetradas por las fuerzas de seguridad e inteligencia de la dictadura uruguaya en colaboración con autoridades argentinas, en el marco de la doctrina de seguridad nacional y de la llamada “Operación Cóndor”. Dicha operación fue el nombre clave que se dio a la alianza entre las fuerzas de seguridad y militares y servicios de inteligencia de las dictaduras del Cono Sur durante la década de los setenta del siglo XX, en su lucha y represión contra personas designadas como “elementos subversivos”... Las operaciones clandestinas incluyeron en muchos casos la sustracción, supresión o sustitución de identidad y apropiación ilícita de niños y niñas, para lo cual mujeres embarazadas eran detenidas en el marco de las referidas operaciones y mantenidas vivas. En numerosos casos, los niños y niñas recién nacidos o nacidos en cautiverio eran entregados a familias de militares o policías o de terceros, luego de que sus padres fueran desaparecidos o ejecutados... María Claudia García Iruretagoyena Casinelli, de nacionalidad argentina, y su esposo Marcelo Ariel Gelman Schubaroff, fueron detenidos junto con otros familiares y amigos el 24 de agosto de 1976 en Buenos Aires, Argentina, por militares uruguayos y argentinos. Al momento de su privación de libertad, María Claudia tenía 19 años de edad y se encontraba en avanzado estado de embarazo (alrededor de 7 meses). Fueron llevados al centro de detención y tortura clandestino conocido como “Automotores Orletti”, en Buenos Aires, donde permanecieron juntos algunos días y posteriormente fueron separados. En octubre de 1976 María Claudia García fue trasladada de forma clandestina a Montevideo en Uruguay, por autoridades uruguayas en el denominado “segundo vuelo”, y alojada en la sede del Servicio de Información de Defensa del Uruguay (SID). En lo sucesivo, habría sido trasladada al Hospital Militar, donde dio a luz a una niña. Su hija recién nacida fue sustraída y entregada ilícitamente a un policía uruguayo y su esposa, quienes la registraron como hija propia y le dieron el nombre de María Macarena Tauriño Vivian. Desde entonces María Claudia García Iruretagoyena se encuentra desaparecida. El señor Juan Gelman, padre de Marcelo Gelman y suegro de María Claudia García Iruretagoyena, y su esposa, realizaron por su cuenta ave-

cede, sanción de los responsables de las víctimas del caso *Gelman* y de otros casos de violaciones graves de derechos humanos acontecidos en Uruguay en el periodo de la dictadura militar, al carecer de efectos jurídicos dicha norma general por contravenir el Pacto de San José y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, resultando imprescriptibles dichas conductas por estar amparadas en normas de *ius cogens*.<sup>20</sup>

riguaciones para conocer lo ocurrido a su hijo, a su nuera y a la hija de ambos, que presumían había nacido durante el cautiverio de sus padres. A finales de 1999, obtuvieron información que permitió develar la verdadera identidad y la ubicación de María Macarena. El 31 de marzo de 2000 María Macarena tuvo por primera vez contacto con su abuelo paterno, enterándose así de los hechos que rodearon la desaparición de sus padres biológicos. A partir de ese momento, ella emprendió las acciones legales pertinentes para recuperar su verdadera identidad, por lo que a partir del año 2005 adoptó el nombre de María Macarena Gelman García Iruretagoyena. Por otro lado, el 22 de diciembre de 1986 el Parlamento uruguayo aprobó la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado (Ley 15.848) la cual, entre otros, concedió una amnistía. Tras la promulgación de la Ley de Caducidad, la Suprema Corte de Justicia del Uruguay sostuvo la constitucionalidad de la ley. Asimismo, la Ley de Caducidad contó, en dos oportunidades, con el respaldo de la mayoría de la ciudadanía por medio de mecanismos de democracia directa (un referéndum de 1989 y una propuesta de anular la ley sometida a plebiscito en el año 2009). Por su parte, la Suprema Corte de Justicia del Uruguay declaró, en dos fallos recientes (en los años 2009 y 2010), la inconstitucionalidad de los artículos 1o., 3o. y 4o. de la Ley, y resolvió que son inaplicables a los casos concretos que habían generado la acción.

El 19 de junio de 2002 el señor Juan Gelman presentó una denuncia en Uruguay en relación con los hechos ocurridos a su nuera y a su nieta. Desde el año 2003, los procedimientos fueron clausurados y reanudados por diversos motivos, pero principalmente por la aplicación de la Ley de Caducidad. No obstante, el 27 de junio de 2005 el Juzgado Letrado de Segundo Turno de Montevideo reabrió la investigación, después que el Poder Ejecutivo decidiera que los hechos no estaban comprendidos por la Ley de Caducidad. Al dictar la presente sentencia, esta causa se encuentra en investigación presumarial, no hay mayores avances en la investigación, no hay ninguna persona formalmente acusada ni sancionada, ni se ha logrado determinar el paradero de María Claudia García (Resumen oficial tomado de [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen\\_221\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_221_esp.pdf), consultada el 20 de noviembre de 2013).

<sup>20</sup> Se trata de la noción de *ius cogens*, sobre la cual la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en varias oportunidades se ha manifestado, queriendo referir a normas perentorias de derecho internacional y por tanto

Por otra parte, los aportes de los órganos del sistema interamericano en materia de libertad de expresión e información son abundantes. De allí que el presente trabajo se enmarque en el contexto propositivo hacia la creación de un *ius constitutionale commune* latinoamericano en la materia, partiendo del estudio comparativo de los aportes del sistema interamericano y valorando la recepción de estos aportes por parte de los Estados latinoamericanos, lo cual no pretende negar otros muchos aportes que ha podido generar la jurisprudencia constitucional de los Estados relativa a los derechos humanos objeto de estudio o las decisiones de otros órganos —internacionales o supranacionales— sobre la materia. Se analizarán algunos desafíos que sobre libertad de expresión e información se presentan en Latinoamérica en el marco de la existencia de órdenes de multi-nivel según los cuales normas nacionales, supranacionales e internacionales deben interactuar y complementarse en el contexto del “pluralismo normativo”,<sup>21</sup> nuevo paradigma que al lado del proceso de

no derogables. Ha afirmado que el concepto de *ius cogens* se deriva de una orden superior de normas establecidas en tiempos antiguos y que no pueden ser contravenidas por las leyes del hombre o de las naciones. Las normas de *ius cogens* son las que abarcan el orden público internacional y frente a aquellas no cabe alegar el concepto de soberanía absoluta de los Estados ni el carácter absoluto de la autonomía de voluntad de éstos. Véase Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe núm. 52/97 del 18 de febrero de 1998, caso núm. 11.218, *asunto Arges Sequeira Mangas vs. Nicaragua*. Véase igualmente voto razonado de Cancado Trindade en la sentencia de la Corte IDH, 22 de enero de 1999, *caso Blake*, entre otros). Ollarves plantea que la aceptación de la universalidad de los derechos humanos y el deber de respetar su núcleo esencial, ha sido reconocida por la doctrina y por la jurisprudencia internacional como un caso de *ius cogens*. Así lo han confirmado numerosos doctrinarios, quienes han sostenido que el deber de respetar los derechos humanos constituye una norma imperativa de derecho internacional general, es decir, un contenido de *ius cogens* (Ollarves, 2005: 293-294).

<sup>21</sup> Bogdandy (2013: 20-21) alude a las construcciones teóricas de desdibujamiento de la pirámide kelseniana en relación con el fenómeno del entrelazamiento normativo. Afirma que “una explicación teórica convincente sobre cómo reconstruir la pirámide kelseniana provendrá probablemente de una teoría del pluralismo jurídico... La conclusión central compartida por todas las

internacionalización entendida como humanización distingue el nuevo proceso de apertura del Estado (Morales, 2013: 66).<sup>22</sup> Bogdandy (2013: 19) afirma que la noción de derecho común latinoamericano, no debe concebirse como un “ordenamiento único”, sino como una forma de relación entre normas de varios sistemas que comparten una misma finalidad. Está compuesto por normas internacionales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos y a la vez por normas nacionales con la misma vocación, como son, por ejemplo, las cláusulas de apertura interpretativas, conforme a las cuales los derechos fundamentales deben interpretarse en armonía con los instrumentos internacionales ratificados por el país.

Tal como lo plantea Serna (2013: 46) los rasgos que pudiera tener un *ius commune* latinoamericano sobre derechos humanos no son autoevidentes y requieren de un esfuerzo de reflexión jurídica. Un primer cimiento de dicha categoría está conformado por los instrumentos normativos del sistema interamericano

concepciones pluralistas consiste en no considerar a las distintas normas del derecho internacional público, del derecho supranacional o del derecho estatal nacional como parte de un ordenamiento jurídico unitario y por lo tanto en rechazar el paradigma de jerarquía como mecanismo que define la relación entre dichos ordenamientos”.

<sup>22</sup> Morales (2013: 66) afirma que el pluralismo normativo tiene implicaciones directas en la transformación del concepto clásico de soberanía, la superación de la concepción de un Estado cerrado y su consiguiente pérdida del carácter omnicompreensivo en el ámbito del derecho constitucional. Es un proceso vinculado a la globalización y a la creciente interacción entre el derecho internacional, el supranacional y el constitucional.

Morales (2013: 67), en relación con el paradigma de la internacionalización entendida como humanización, afirma que se ha encauzado tanto por el rango constitucional que se le asigna a los tratados de derechos humanos, su primacía sobre el derecho interno, incluso sobre el derecho constitucional mediante las cláusulas de prevalencia, así como por la interpretación de los derechos fundamentales constitucionales a la luz del derecho internacional de los derechos humanos. La autora en consonancia con la “doble estatalidad abierta” aborda la comprensión del proceso de retroalimentación entre las Constituciones y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos y de integración como espacios jurídicos compartidos en el vértice superior de la antigua pirámide y que busca más dibujar la figura geométrica del trapecio (2013: 88).

de protección de derechos humanos y de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En relación con ¿qué es el *ius commune*?<sup>23</sup> El *ius constitutionale commune* en derechos humanos en América Latina, como derecho común se ha configurado como una

estrategia para dar respuesta al interrogante sobre cómo entender las estructuras fundamentales del derecho público a la luz de los procesos de apertura y globalización, teniendo en cuenta su caracterización producto del entrelazamiento de los órdenes normativos internacional, supranacional y nacional de protección de los derechos humanos propios del siglo XXI...

Sobre el concepto de derecho común latinoamericano Bogdandy (2013: 6) afirma que

es una propuesta de orientación en la compleja situación actual. No estamos seguros —apunta Bogdandy—, de que se logre la victoria en el sentido de que se convierta en un fundamento generalmente aceptado por las construcciones jurídicas, pero ya sería un logro si es útil para nutrir el debate sobre cómo conceptualizar más adecuadamente la realidad normativa en la región.<sup>24</sup>

El proyecto se basa en la tríada integrada por sus objetivos, conceptos clave y desafíos. Entre los objetivos centrales se exa-

<sup>23</sup> Serna (2013: 46) afirma en primer lugar que los países del sistema interamericano de derechos humanos comparten en sus Constituciones una serie de valores comunes, centrados en la dignidad de la persona humana y los derechos que de ella irradian. En segundo lugar, existe un bloque normativo común a los Estados adscritos al sistema interamericano de protección de los derechos humanos: la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte IDH.

Arango (2013: 53) sintetiza en tres pasos su tesis según la cual un *ius constitutionale commune* para Latinoamérica puede sustentarse en una concepción *integrada* de los derechos fundamentales, una *social* de la democracia y una *participativa* de la jurisdicción constitucional.

<sup>24</sup> Nota preliminar (xiii) de la obra *Ius Constitutionale Commune en Derechos Humanos en América Latina*, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2013.

mina la promoción y observancia de los derechos humanos, la democracia y el Estado de derecho, el desarrollo de la estatalidad abierta y la conformación de instituciones internacionales eficaces y legítimas. La sistematización de los conceptos clave gira en la órbita del diálogo, la inclusión y el pluralismo normativo. Como tercera dimensión se pretende identificar los desafíos esenciales del *ius constitutionale commune* a partir de una concepción integral del derecho público, la argumentación fundamentada en principios y la mayor relevancia que se asigna al derecho comparado.<sup>25</sup>

Siguiendo el planteamiento de Aguilar-Cavallo (2011: 52) por *ius constitutionale commune* se entienden aquellos lineamientos propiamente constitucionales —tales como democracia, separación de poderes, participación política, control del poder y, sobre todo, respeto y garantía de los derechos humanos— que la Corte IDH con el transcurso de los años ha ido desarrollando y, en los últimos años, acentuando, dentro de un marco infranqueable de orden público. Estos estándares, principios o lineamientos constitucionales elaborados por la Corte IDH forzosamente son comunes para los Estados que han aceptado su competencia y para los Estados parte del sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Estos estándares y principios constitucionales son obligatorios para los Estados del sistema interamericano, constituyen una base jurídica constitucional que debería ser tenida en cuenta al momento de adecuar y perfeccionar los sistemas constitucionales estatales.

En materia del derecho a la libertad de pensamiento y expresión, los órganos del sistema interamericano han señalado que este derecho fundamental tiene una dimensión individual y una dimensión social, es decir, contempla el derecho de no ser arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar el propio pensamiento; pero implica también, un derecho colectivo de recibir cualquier información. Además, la Comisión y la Corte

<sup>25</sup> *Idem.*

interamericanas han reconocido el valor trascendental de este derecho para la configuración de las democracias. En el caso “*La Última Tentación de Cristo*” vs. *Chile*, la Corte expuso que la libertad de expresión, como piedra angular de una sociedad democrática, es una condición esencial para que ésta esté suficientemente informada. Por otra parte, en relación con la actividad desarrollada por la prensa en una sociedad democrática, al mantener informada a la ciudadanía y facilitar un mejor acceso a la información, la Corte ha señalado que es fundamental que los periodistas que laboran en dichos medios gocen de la protección y de la independencia necesarias para realizar sus funciones a cabalidad, ya que son ellos los que mantienen informada a la sociedad, requisito indispensable para que ésta goce de una plena libertad. Así lo ha entendido la Corte IDH al señalar que el mismo concepto de orden público reclama, dentro de una sociedad democrática, que se garanticen las mayores posibilidades de circulación de noticias, ideas y opiniones, así como el más amplio acceso a la información por parte de la sociedad en su conjunto. La libertad de expresión se inserta en el orden público primario y radical de la democracia, que no es concebida sin el debate libre y sin que la disidencia tenga pleno derecho a manifestarse. La Corte IDH ha reconocido este criterio, al sostener que la libertad de expresión constituye uno de los pilares esenciales de una sociedad democrática y una condición fundamental para su progreso y para el desarrollo personal de cada individuo (*caso Baruch Ivcher vs. Perú*).<sup>26</sup>

En el marco de la valoración sobre la esencialidad de la libertad de expresión e información para las democracias en Amé-

<sup>26</sup> En cuanto a la actividad interpretativa de la Corte IDH sobre la materia, es importante destacar el contenido de la Opinión Consultativa OC- 5/85, del 13 de noviembre de 1985, referida a la consulta sobre “La colegiación obligatoria de periodistas” (artículos 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), y la opinión consultiva OC-7/86, del 29 de agosto de 1986, sobre la “Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta” (artículos 14.1, 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

rica, la Comisión Interamericana en su 97 periodo ordinario de sesiones celebrado en octubre de 1997 y en ejercicio de las facultades que le otorgan la Convención y su Reglamento, decidió, por unanimidad de sus miembros, establecer una Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, con carácter permanente, independencia funcional y estructura operativa propia. La creación de la Relatoría obedeció también a las recomendaciones efectuadas por amplios sectores de la sociedad de los Estados del hemisferio, sobre la profunda preocupación que existía por las constantes restricciones a la libertad de expresión e información. Asimismo, también obedeció a las propias observaciones de la Comisión Interamericana acerca de la realidad de la libertad de expresión e información, con las cuales ha podido constatar las graves amenazas y problemas que existen para el pleno y efectivo desenvolvimiento de este derecho de vital importancia para la consolidación y desarrollo del estado de derecho.

Desde su creación, la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión ha estimulado de manera preferente la conciencia por el pleno respeto a la libertad de expresión e información en el hemisferio, considerando el papel fundamental que ésta juega en la consolidación y desarrollo del sistema democrático y en la denuncia y protección de los demás derechos humanos; formular recomendaciones específicas a los Estados miembros sobre materias relacionadas con la libertad de expresión e información, a fin de que se adopten medidas progresivas en su favor; elaborar informes y estudios especializados sobre la materia y actuar prontamente respecto a aquellas peticiones y otras comunicaciones en donde se señale que este derecho está siendo vulnerado en algún Estado miembro de la OEA.

A la par del desarrollo jurisprudencial y doctrinal de los órganos del sistema interamericano de protección de derechos humanos, América Latina ha sido escenario de importantes cambios político-jurídicos a partir de los noventa del siglo pasado, destacándose en este sentido, la celebración de procesos constituyentes o de reformas constitucionales en los países andinos bolivarianos:

Colombia (1991), Perú (1993), Ecuador (1997, 2007), Venezuela (1999, 2009) y Bolivia (2007), los cuales en general han recogido los aportes del sistema interamericano en materia de derechos humanos, lo cual refuerza la visión de órdenes de multinivel anteriormente referida.

Por las razones expuestas debe incluirse en el debate actual del derecho internacional público, y en especial del derecho de los derechos humanos, la discusión sobre un nuevo concepto del derecho público en América Latina que considere el fenómeno de la “interamericanización del derecho de los derechos humanos” desde la óptica de los órdenes de multinivel (internacional, interamericano, supranacional, doméstico) hacia la construcción de un *ius constitutionale commune americanum*.

## II. LA AUTORIDAD DE COSA JUZGADA INTERNACIONAL DE LAS SENTENCIAS DE LA CORTE IDH Y EL CONTROL DE LA CONVENCIONALIDAD COMO CONTROL DE DERECHOS HUMANOS

La doctrina jurisprudencial de la Corte IDH sobre la autoridad de cosa juzgada internacional de sus sentencias y sobre control de la convencionalidad ha sido en buena medida resumida recientemente en el voto razonado del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor<sup>27</sup> a la Resolución de la Corte IDH del 20 de marzo de 2013, con ocasión de la supervisión de cumplimiento de sentencia en el caso *Gelman vs. Uruguay*.<sup>28</sup> El juez Ferrer Mac-Gregor comparte íntegramente los razonamientos y el sentido de la Resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia, sin embargo, estimó conveniente profundizar y destacar tres cuestiones cruciales que influyen en el buen entendimiento de la función jurisdiccional de

<sup>27</sup> El referido juez formula el presente voto concurrente razonado; en la inteligencia de que si bien el suscrito no integraba la Corte IDH cuando se dictó la sentencia de fondo y reparaciones en febrero de 2011, ahora como nuevo miembro del tribunal interamericano, se encuentra no sólo facultado, sino obligado de velar por el debido cumplimiento de la misma.

<sup>28</sup> Véase, sobre el caso *Gelman*, la nota 19 de este trabajo.

la Corte IDH como aplicador e intérprete de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.<sup>29</sup>

En más de veinte casos contenciosos la Corte IDH se ha pronunciado sobre diversos aspectos del “control de convencionalidad” en sentencias que involucran la responsabilidad internacional de trece Estados distintos: Argentina,<sup>30</sup> Barbados,<sup>31</sup> Boliva,<sup>32</sup> Brasil,<sup>33</sup> Chile,<sup>34</sup> Colombia,<sup>35</sup> Guatemala,<sup>36</sup>

<sup>29</sup> Se pronunció sobre: (i) la incidencia de la sentencia de la Suprema Corte de Justicia del Uruguay del 22 de febrero de 2013 en el debido e integral cumplimiento de la Sentencia de la Corte IDH en el caso *Gelman* (párrs. 11-21); (ii) la eficacia de la sentencia interamericana y la autoridad de la cosa juzgada internacional: su proyección directa hacia las partes (*res judicata*) e indirecta hacia los Estados parte de la Convención Americana (*res interpretata*) (párrs. 22-79), y (iii) la autoridad de la “cosa juzgada internacional” en relación con el “control de convencionalidad” (párrs. 80-100).

<sup>30</sup> *Caso Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 29 de noviembre de 2011, serie C, núm. 238, párrs. 93, 94 y 113, y *caso Furlan y Familiares vs. Argentina*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 31 de agosto de 2012, serie C, núm. 246, párrs. 303-305.

<sup>31</sup> *Caso Boyce y otros vs. Barbados*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 20 de noviembre de 2007, serie C, núm. 169, párr. 79.

<sup>32</sup> *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 10 de septiembre de 2010, serie C, núm. 217, párr. 202.

<sup>33</sup> *Caso Gomes Lund y Otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 24 de noviembre de 2010, serie C, núm. 219, párrs. 49 y 106.

<sup>34</sup> *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 26 de septiembre de 2006, serie C, núm. 154, párr. 124, y *caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 24 de febrero de 2012, serie C, núm. 239, párrs. 282-284.

<sup>35</sup> *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*, excepciones preliminares, fondo y reparaciones, sentencia del 26 de mayo de 2010, serie C, núm. 213, párr. 208, nota al pie 307, y *caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*, excepciones preliminares, fondo y reparaciones, sentencia del 30 de noviembre de 2012, serie C, núm. 259, párrs. 142-144.

<sup>36</sup> *Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 4 de septiembre de 2012, serie C, núm. 250, párr. 262, y *caso Gudiel Álvarez y otros (“Diario Militar”) vs. Guatemala*, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 20 noviembre de 2012, serie C, núm. 253, párr. 330.

México,<sup>37</sup> Panamá,<sup>38</sup> Paraguay,<sup>39</sup> Perú,<sup>40</sup> Uruguay<sup>41</sup> y Venezuela;<sup>42</sup> lo que significa más de la mitad de los Estados parte de la Convención que han reconocido la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH. Desde el *caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México* de 2010,<sup>43</sup> la Corte IDH ha venido ejemplificando la manera en que tribunales de la más alta jerarquía en varios Estados de la región se refieren al carácter vinculante de las sentencias de la Corte IDH y la manera en que han recibido o aplicado el control de convencionalidad teniendo en consideración la jurisprudencia interamericana.<sup>44</sup>

<sup>37</sup> *Caso Rosendo Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 23 de noviembre de 2009, serie C, núm. 209, párr. 339 y nota al pie 321; *caso Fernández Ortega y otros vs. México*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 30 de agosto de 2010, serie C, núm. 215, párrs. 236 y 237; *caso Rosendo Cantú y otra vs. México*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 31 de agosto de 2010, serie C, núm. 216, párrs. 219 y 220, y *caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 26 de noviembre de 2010, serie C, núm. 220, párrs. 21 y 225-233.

<sup>38</sup> *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 12 de agosto de 2008, serie C, núm. 186, párr. 180, y *caso Vélez Loo vs. Panamá*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 23 de noviembre de 2010, serie C, núm. 218, párr. 287.

<sup>39</sup> *Comunidad Indígena Xáknok Kásek vs. Paraguay*, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 24 de agosto de 2010, serie C, núm. 214, párr. 311.

<sup>40</sup> *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 24 de noviembre de 2006, serie C, núm. 158, párr. 128; *caso La Cantuta vs. Perú*, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 29 de noviembre de 2006, serie C, núm. 162, párr. 173.

<sup>41</sup> *Caso Gelman vs. Uruguay*, fondo y reparaciones, sentencia del 24 de febrero de 2011, serie C, núm. 221, párrs. 193 y 239.

<sup>42</sup> *Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 10. de julio de 2011, serie C, núm. 227, párrs. 164, 165 y 172, y *caso López Mendoza vs. Venezuela*, fondo reparaciones y costas, sentencia del 10. de septiembre de 2011, serie C, núm. 233, párrs. 226 a 28.

<sup>43</sup> *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 26 de noviembre de 2010, serie C, núm. 220, párrs. 226-232.

<sup>44</sup> Véase párrafo 96 del voto razonado.

La sentencia del *caso Gelman vs. Uruguay* del 24 de febrero de 2011, constituye un precedente de la mayor importancia para el sistema interamericano y en el carácter evolutivo de la jurisprudencia interamericana sobre la doctrina del “control de convencionalidad”, toda vez que con claridad explicitó que este tipo de control debe realizarse *ex officio* por todas las autoridades nacionales —incluyendo las 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”.<sup>45</sup> En esta misma línea se estableció en el *caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia* de noviembre de 2012, que todas las autoridades y órganos de un Estado parte en la Convención tienen la obligación de ejercer un “control de convencionalidad”.<sup>46</sup> Así, se ha generado un “control dinámico y complementario” de las obligaciones convencionales de los Estados de respetar y garantizar derechos humanos, conjuntamente entre las autoridades nacionales (que tienen la obligación primaria y fundamental en la garantía de los derechos y de ejercer “control de convencionalidad”) y las instancias internacionales —en forma subsidiaria y complementaria—;<sup>47</sup> de modo que los criterios de decisión pue-

<sup>45</sup> *Caso Gelman vs. Uruguay*, fondo y reparaciones, sentencia del 24 de febrero de 2011, serie C, núm. 221, párrs. 193 y 239.

<sup>46</sup> *Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*, excepciones preliminares, fondo y reparaciones, sentencia del 30 de noviembre de 2012, serie C, núm. 259, párr. 142.

<sup>47</sup> *Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*, excepciones preliminares, fondo y reparaciones, sentencia del 30 de noviembre de 2012, serie C, núm. 259. En el Considerando 142 se expresa: La responsabilidad estatal bajo la Convención sólo puede ser exigida a nivel internacional después de que el Estado haya tenido la oportunidad de declarar la violación y reparar el daño ocasionado por sus propios medios. Esto se asienta en el principio de complementariedad (subsidiariedad), que informa transversalmente el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el cual es, tal como lo expresa el Preámbulo de la misma Convención Americana, “coadyuvante o complementario de la [protección] que ofrece el derecho interno de los Estados americanos”. De tal manera, el Estado “es el principal garante de los derechos humanos de la personas, de manera que, si se produce un acto violatorio de dichos derechos, es el propio Estado quien tiene el deber de resolver el asunto a nivel interno y, [en su caso,] reparar,

den ser conformados y adecuados entre sí,<sup>48</sup> mediante el ejercicio de un control “primario” de convencionalidad por parte de todas las autoridades nacionales y, eventualmente, a través del control “complementario” de convencionalidad en sede internacional. En todo caso, no debe perderse de vista que el Estado “es el principal garante de los derechos de las personas” y tiene la obligación de respetarlos y garantizarlos... Lo anterior está produciendo un nuevo entendimiento del sistema interamericano de protección de los derechos humanos al concebirse ahora como un “sistema integrado”, debido a que involucra no sólo a los dos órganos de protección a que se refiere la Convención Americana —Comisión y Corte IDH—, sino ahora comprende con particular intensidad y de manera concomitante a todas las autoridades nacionales de los Estados parte del Pacto de San José, al deber participar activamente en la garantía efectiva de los derechos humanos, sea en su dimensión nacional o internacional a manera de un “sistema integrado” de protección de derechos... En definitiva, transitamos hacia un “sistema interamericano integrado” —con un “control de convencionalidad” dinámico y complementario—, lo que está forjando progresivamente un auténtico *ius constitutionale commune americanum* como un núcleo sustancial e indisoluble para preservar y garantizar la dignidad humana de los habitantes de la región.<sup>49</sup>

En el voto razonado mencionado se distinguen claramente instituciones como la eficacia subjetiva de la sentencia hacia las partes (*res judicata*)<sup>50</sup> de la eficacia interpretativa objetiva e indirecta de la

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 derechos humanos”. 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”.

<sup>48</sup> Considerando 71 de la Resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia en el caso *Gelman vs. Uruguay*, a que se refiere el presente voto razonado.

<sup>49</sup> Véanse párrafos del 97 al 100 del referido voto razonado.

<sup>50</sup> Véanse párrafos del 34 al 42 del referido voto razonado.

norma convencional (*res interpretata*) hacia todos los Estados parte de la Convención Americana.<sup>51</sup> “En la presente Resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia, el tribunal interamericano realiza una distinción para efectos del adecuado ejercicio del “control de convencionalidad” en sede nacional de la mayor trascendencia para el sistema interamericano “dependiendo de si la Sentencia ha sido dictada en un caso en el cual el Estado ha sido parte o no. Lo anterior debido a que la norma convencional interpretada y aplicada adquiere distinta vinculación dependiendo si el Estado fue parte material o no en el proceso internacional”.<sup>52</sup> Esto implica dos manifestaciones distintas en el ejercicio del “control de convencionalidad” en sede nacional que involucra directamente a las partes que intervinieron en el proceso internacional (*res judicata*), y de manera indirecta a todas las autoridades de los Estados parte de la Convención Americana (*res interpretata*).<sup>53</sup>

En relación con la *res judicata* y el “control de convencionalidad” el juez Ferrer Mac-Gregor aduce:

Cuando en una sentencia de la Corte IDH se ha determinado la responsabilidad internacional de un Estado, la autoridad de la cosa juzgada produce, necesariamente, vinculación absoluta en la manera en que las autoridades nacionales del Estado condenado deben interpretar la norma convencional y, en general, el *corpus juris* interamericano aplicado en la sentencia que decide el caso.

<sup>51</sup> Véanse párrafos del 43 al 66 del referido voto razonado.

<sup>52</sup> Párrafo 67 de la resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia en el caso *Gelman vs. Uruguay*.

<sup>53</sup> Véanse párrafos 81 y 82 del referido voto razonado. En relación con la *res interpretata* y el “control de convencionalidad”, como segunda manifestación del ejercicio del “control de convencionalidad” en sede nacional, ésta se produce aplicando la jurisprudencia interamericana derivada del presente caso por parte de los demás Estados parte del Pacto de San José. En este sentido, adquiere eficacia interpretativa la norma convencional hacia los demás Estados parte de la Convención Americana (*res interpretata*). La eficacia vinculante de la “norma convencional interpretada” constituye una obligación convencional derivada de los artículos 1o. y 2o. de la Convención Americana en los términos previamente analizados (véanse párrafos 43-66 y 91 del referido voto razonado).

Esto significa que todos los órganos, poderes y autoridades del Estado concernido —legislativas, administrativas y jurisdiccionales en todos los niveles—, se encuentran obligadas por la sentencia internacional en sus términos, incluyendo los fundamentos, consideraciones, resolutivos y efectos que produce.<sup>54</sup>

En ese supuesto, el “control de convencionalidad” constituye una herramienta útil, adecuada y necesaria para lograr el cumplimiento y debida implementación de la sentencia internacional, en la medida en que esta institución permite aplicar no sólo el derecho internacional y particularmente el derecho internacional de los derechos humanos, sino también posibilita cumplir con la obligación internacional derivada de la sentencia interamericana de conformidad con el artículo 68.1 de la Convención Americana. Lo anterior adquiere especial relevancia cuando el cumplimiento de la sentencia internacional implica “dejar sin efectos” una norma general, en tanto que todas las autoridades y con mayor razón las que realizan funciones jurisdiccionales —en todos los niveles— “tienen la función de hacer prevalecer la Convención Americana y los fallos de esta Corte sobre la normatividad interna, interpretaciones y prácticas que obstruyan el cumplimiento de lo dispuesto en un determinado caso”.<sup>55</sup>

Se concluye que, de ahí se deriva la importancia que adquiere un adecuado ejercicio y entendimiento del “control de convencionalidad” para el debido cumplimiento de una sentencia interamericana. En la sentencia del *caso Gelman*, al haberse declarado por la Corte IDH “sin efectos” la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado (Ley 15.848),<sup>56</sup> todas las auto-

<sup>54</sup> Véase párrafo 83 del referido voto razonado.

<sup>55</sup> Véase párrafo 84 del referido voto razonado y párrafo 73 de la Resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia en el *caso Gelman vs. Uruguay*.

<sup>56</sup> Por ser contraria a la Convención Americana y a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. En el resolutivo 6 de la sentencia se declaró que el Estado incumplió la obligación de adecuar su derecho interno a la Convención Americana (contenido en el artículo 2o., en relación con los artículos 8.1, 25 y 1.1 de la misma y con los artículos I.b, III, IV y V de

ridades uruguayas —incluyendo sus jueces en todos los niveles— deben “garantizar” que dicha norma no vuelva a representar un obstáculo para la investigación de los hechos, juzgamiento y, si procede, sanción de los responsables de las víctimas del *caso Gelman*, así como de otros casos de violaciones graves de derechos humanos acontecidos en Uruguay en el periodo de la dictadura militar (1973-1985).<sup>57</sup>

En este contexto, el juez Ferrer Mac-Gregor concluye que para el adecuado ejercicio del control de convencionalidad *ex officio*, las autoridades y especialmente los jueces uruguayos de todos los niveles, deben considerar, en términos de la Sentencia internacional, donde la República Oriental del Uruguay fue parte material y, por tanto, obliga en sus términos:

(i) que la Ley de Caducidad fue declarada “sin efectos jurídicos” por su incompatibilidad con la Convención Americana y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, en cuanto puede impedir la investigación y eventual sanción de los responsables de graves violaciones de derechos humanos en el *Caso Gelman* y de otros casos de graves violaciones de derechos humanos ocurridos en Uruguay en el mismo periodo;<sup>58</sup>

(ii) que los efectos de la Ley de Caducidad o de normas análogas, como las de prescripción, caducidad, irretroactividad de la ley penal u otras excluyentes similares de responsabilidad o cualquier interpretación administrativa o judicial al respecto, no se constituyan en un impedimento u obstáculo para continuar las investigaciones;<sup>59</sup>

la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas), como consecuencia de la interpretación y aplicación que le ha dado a la ley de Caducidad Punitiva del Estado respecto de graves violaciones de derechos humanos.

<sup>57</sup> Véase párrafo 85 del referido voto razonado.

<sup>58</sup> *Caso Gelman vs. Uruguay*, fondo y reparaciones, sentencia del 24 de febrero de 2011, serie C, núm. 221, párrs. 246, 253 y punto resolutive 11.

<sup>59</sup> *Ibidem*, párr. 254, y considerando 104 de la Resolución de la Corte IDH del 20 de marzo de 2013, relativa a la supervisión de cumplimiento de sentencia del *caso Gelman vs. Uruguay*, a que se refiere el presente voto razonado.

(iii) que la sentencia de la Suprema Corte de Justicia del Uruguay de 22 de febrero de 2013 “constituye un obstáculo para el pleno acatamiento de la Sentencia” del *Caso Gelman*.<sup>60</sup>

(iv) que las violaciones graves a los derechos humanos —como lo es la desaparición forzada de personas, entre otras— resultan “imprescriptibles” al constituir, por su propia naturaleza, una violación de normas *jus cogens*, amparadas en normas de derecho internacional de carácter inderogable,<sup>61</sup>

(v) que la desaparición forzada de personas constituye un delito permanente o continuado;<sup>62</sup>

(vi) que el *Caso Gelman* “es un caso de graves violaciones de derechos humanos, en particular desapariciones forzadas, por lo que es ésta la tipificación que debe primar en las investigaciones que corresponda abrir o continuar a nivel interno. Como ya se ha establecido, por tratarse de un delito de ejecución permanente, es decir, cuya consumación se prolonga en el tiempo, al entrar en vigor la tipificación del delito de desaparición forzada de personas, la nueva ley resulta aplicable, sin que ello represente su aplicación retroactiva”;<sup>63</sup>

(vii) que la desaparición forzada de María Macarena Gelman García Iruetagoiena, resulta como consecuencia de la sustracción, supresión y sustitución de su identidad;<sup>64</sup> y

(viii) que el deber de “garantizar” que la Ley de Caducidad no vuelva a representar un obstáculo para la investigación de los hechos, juzgamiento y eventual sanción de las violaciones graves a derechos humanos, se refiere no sólo a los responsables de las víctimas del *Caso Gelman*, sino también de otras graves violacio-

<sup>60</sup> Punto Declarativo 2 y Considerandos 54, 55, 56, 57, 90 y 103 de la Resolución de la Corte IDH del 20 de marzo de 2013, relativa a la supervisión de cumplimiento de sentencia del *caso Gelman vs. Uruguay*.

<sup>61</sup> *Caso Gelman vs. Uruguay*, fondo y reparaciones, sentencia del 24 de febrero de 2011, serie C, núm. 221, párrs. 99, 183, 225 y 254.

<sup>62</sup> *Ibidem*, párrs. 71, 72, 73, 78, 233, 236 y 240.

<sup>63</sup> *Ibidem*, párr. 236.

<sup>64</sup> *Ibidem*, párrs. 60, 120, 13, 163, 230, 235 y 252.

Véase, para ampliar sobre el control de la convencionalidad, Corte IDH (*caso trabajadores cesados del Congreso vs. Perú* del 30-11-2007, voto disidente Cançado Trindade, párr. 6, y Corte IDH, *caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*, sentencia del 27 de enero de 2009, párr. 180.

nes de derechos humanos similares acontecidas en Uruguay en el mismo periodo.<sup>65</sup>

Tal como lo manifiesta el voto razonado en estudio, el adecuado ejercicio del control de convencionalidad por las autoridades uruguayas resulta fundamental para el debido e integral cumplimiento de la sentencia en el *caso Gelman* y no puede quedar supeditado a la interpretación constitucional que realice un órgano nacional, ni siquiera invocando una norma constitucional o el ejercicio propio de su competencia al ejercer “control de constitucionalidad”. Lo anterior, debido al carácter vinculante que tienen las sentencias de la Corte IDH en los términos del artículo 68.1 y de las reglas previstas en los artículos 26<sup>66</sup> y 27<sup>67</sup> de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Además, los principios de derecho internacional público de *buena fe* y *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 nacionales y han sido reiterados de manera constante por la jurisprudencia del tribunal interamericano. La obligación del cumplimiento del derecho convencional obliga a todas las autoridades y órganos nacionales, toda vez que el Estado responde en su conjunto y adquiere responsabilidad internacional ante el incumplimiento de los instrumentos internacionales que ha asumido.<sup>68</sup>

En conclusión, todas las autoridades uruguayas (incluyendo los órganos de administración de justicia y jueces en todos los

<sup>65</sup> Véase párrafo 87 del voto razonado y *caso Gelman vs. Uruguay*, fondo y reparaciones, sentencia del 24 de febrero de 2011, serie C, núm. 221, párrs. 232 y 253.

<sup>66</sup> “Art. 26: Pacta sunt servanda. Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”.

<sup>67</sup> “Art. 27. El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46”.

<sup>68</sup> Véanse párrafos 88 y 89 del referido voto razonado.

niveles) quedan vinculadas directamente por la sentencia internacional, que ha adquirido la autoridad de cosa juzgada en los términos analizados (véanse *supra* párrs. 26 a 30). En consecuencia, todas las autoridades uruguayas deben, dentro de sus respectivas competencias, cumplir y aplicar de manera “directa” lo establecido expresamente en los puntos declarativos 2 y 3 de la Resolución del 20 de marzo de 2013 relativa a la supervisión de cumplimiento de sentencia a que se refiere el presente voto razonado; así como con los puntos resolutivos 9, 10, 11, 15 y 16 de la sentencia del *caso Gelman vs. Uruguay* del 24 de febrero de 2011, sobre los aspectos pendientes de cumplimiento, teniendo en cuenta, además, la parte considerativa que fundamenta dichos resolutivos. En este sentido, la obligación de ejercer adecuadamente “control de convencionalidad” en este caso donde existe cosa juzgada internacional resulta esencial para el debido cumplimiento de la sentencia interamericana.

### III. IMBRICACIÓN DE ÓRDENES DE MULTI-NIVEL EN EL MUNDO GLOBALIZADO. EL ORDEN INTERNACIONAL, EL SUPRANACIONAL Y EL NACIONAL INTERRELACIONADOS CON UN OBJETIVO COMÚN: DEMOCRACIA Y DERECHOS HUMANOS

La propuesta de consolidar un *ius constitutionale commune* para América Latina en materia de derechos humanos se enmarca en la concepción de una nueva geometría del orden jurídico internacional en un mundo globalizado: ya no bipolar, sino multipolar; ya no bidireccional, sino de multinivel, basado en relaciones normativas dialógicas de confrontación, aceptación o retroalimentación.<sup>69</sup>

<sup>69</sup> Una corriente importante en la doctrina se inscribe en la discusión del “pluralismo” y de la “teoría de la interacción multinivel” (véanse los trabajos del profesor Armin von Bogdandy desde el Instituto Max Planck de Derecho Internacional y Derecho Público Comparado en Heidelberg-Alemania, así como Mariela Morales y otros). Para ejemplificar sobre las posibles tensiones entre autoridades de distintos órdenes, Brohmer (2010) comenta sobre las propias entre

Estos órdenes normativos de multi-nivel están representados en la comunidad internacional por los instrumentos normativos que rigen la actuación de las organizaciones internacionales (de tipo universal como las Naciones Unidas por ejemplo, de tipo regionales como la Organización de los Estados Americanos, o cualquier otra), los que rigen las organizaciones supranacionales formadas con base en la necesidad de integración, los que rigen las relaciones bilaterales de Estados que suscriban convenios o tratados internacionales bilaterales o multilaterales, o inclusive los órdenes normativos domésticos de los Estados.<sup>70</sup> Cada orden normativo crea autoridades —jurisdiccionales o no— con competencias en su ámbito, lo cual genera esa relación de diálogo-

el Tribunal Constitucional Federal Alemán y autoridades de la Unión Europea: About the fundamental Rights Protection and Supremacy of European Union Law in Germany Brohmer (2010: 91) comments: “The relationship between European Union and Germany is somewhat more complicated. European Union Law is supreme to the law of the member states. The supremacy of European Union law extends to domestic constitutional law as well. The European Court of Justice (ECJ) has consistently held that the member states of the European Union cannot invoke their domestic law, constitutional or otherwise, against legal norms of the European Union, *i.e.* against statutory provisions legislated at the European level in so called regulations or directives or norms contained in decisions by relevant European authorities. Member states are therefore barred, from the perspective of the European Union, to render ineffective European Union Law on account of a violation of their domestic fundamental rights. European Union Law must measure up only to European Union fundamental rights and the ECHR but not to domestic fundamental rights. However, the German Constitutional Court has never fully accepted this approach. It has consistently held that the final responsibility for the protection of fundamental rights lies with itself. This potential jurisdictional conflict has never manifested itself because the German Constitutional Court has also consistently held that that it will exercise this function in cooperation with the European Court of Justice and that, in practice, for the German Court to assume this role would require for a potential plaintiff to show that the European Court of Justice no longer adequately protects fundamental rights and that this would have to be demonstrated not just for the case in question but as a «general and evident» trend of continuous delinquency” (see BVerfG, 2 BvR 2253/06 vom 27.1.2010, para 19 en [http://www.bverfg.de/entscheidungen/rk20100127\\_2bvr225306.html](http://www.bverfg.de/entscheidungen/rk20100127_2bvr225306.html)).

<sup>70</sup> Véase Anexo núm. 1. Tabla comparativa sobre los Sistemas Regionales de Protección de Derechos Humanos.

retroalimentación normativa, según la cual los tribunales o autoridades (nacionales, supranacionales o internacionales) deben fundamentar jurídicamente muy bien sus decisiones para hacerlas eficaces y legitimarlas en la comunidad nacional e internacional.<sup>71</sup> Hoy eso no sería posible sin la necesaria comprensión de la interacción jurisdiccional necesaria entre los órganos de multinivel, porque un mismo Estado pertenece frecuentemente a varias organizaciones internacionales, supranacionales, a iniciativas integracionistas, que desarrollan relaciones afines o yuxtapuestas ocasionalmente con base en órdenes normativos separados pero co-relacionados o interdependientes. Cada Estado tiene su propio marco constitucional y sus propios órganos jurisdiccionales que aplican la ley —y los tratados— según su entender.<sup>72</sup> Como lo refiere Morales (2013: 121):

<sup>71</sup> Bogdandy (2013: 13) en relación con el diálogo como concepto clave para explicar el *ius commune* latinoamericano afirma que “para los órganos jurisdiccionales, el concepto conlleva ante todo la necesidad de justificar sus decisiones fundamentándolas en argumentos suficientes... En el nuevo derecho público las cortes deben argumentar para convencer a otros actores jurídicos y justificar la toma de determinada decisión, y tal justificación representa un elemento primordial en este modelo de derecho público: hay que dar una justificación del fallo; la autoridad del ente jurisdiccional en sí misma no basta”.

<sup>72</sup> Faúndez (2004: 280-281) ha advertido que: “La Corte Europea de Derechos Humanos está plenamente consciente de la importancia vital de combatir la discriminación racial en todas sus formas y manifestaciones; por lo tanto, ella no ha sido indiferente a la circunstancia de que los países partes en la Convención Europea de Derechos Humanos también han ratificado la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación racial, a cuyo objeto y propósito le atribuye un peso considerable en la determinación de la necesidad de cualquier restricción de la libertad de expresión. Por consiguiente, la Corte entiende que, al interpretar las obligaciones asumidas por los Estados en materia de libertad de expresión —de acuerdo con el artículo 10 de la Convención Europea— debe hacerlo de manera compatible con las obligaciones asumidas por los mismos Estados de acuerdo con la Convención de Naciones Unidas sobre la eliminación de la discriminación racial” (véase Corte Europea Derechos Humanos, *caso Jersild vs. Denmark*, sentencia del 22 de agosto de 1994, párr. 30).

El *ius commune* también se ha conformado por la vía del diálogo jurisdiccional, constituyendo un positivo mecanismo de interamericanización de los órdenes nacionales. El impacto de las decisiones de un tribunal como la Corte IDH a favor de la primacía y el efecto directo de las normas internacionales y convencionales encuentra una mayor legitimación por el hecho de tener fundamento en normas constitucionales. Con su labor pionera y audaz, la Corte IDH y las respuestas de los sistemas nacionales, en particular de las cortes supremas y tribunales constitucionales, pavimentan ese piso común. Se trata de una viva interacción entre las decisiones de la Corte IDH y el derecho interno de los países de la región.

En relación con la necesidad del diálogo entre las distintas cortes o tribunales, Bogdandy (2013: 14) ejemplifica que la decisión de una corte nacional de un país latinoamericano, aunque se trate de la corte suprema, puede ser contralada por la Corte IDH. Al mismo tiempo, una decisión de la Corte IDH puede ser rechazada por una corte nacional. Cuando la Corte IDH dicta una sentencia, su implementación puede ser prohibida por tribunales nacionales, pues la sentencia de cualquier corte puede ser controlada por otra. En el escenario actual, no hay más “últimas palabras”. Ello empuja a los órganos jurisdiccionales a fundamentar racionalmente sus fallos porque tal argumentación es esencial para demostrar que una decisión no es arbitraria. Pero tal como apunta Morales (2013:124):

El mecanismo de control de convencionalidad también contribuye a configurar y expandir el *ius commune*. Se trata de un proceso de ajuste a la CADH, que da origen al fenómeno que denomino como interamericanización, caracterizado precisamente por la expansión de los estándares de la Corte IDH en los respectivos órdenes domésticos.<sup>73</sup>

<sup>73</sup> Véanse los votos concurrentes del juez Sergio García Ramírez a partir de 2003, especialmente en el caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, 26 de septiembre de 2006, serie C, núm. 154, párr. 123-125.

La configuración del *ius commune* latinoamericano en derechos humanos es también consecuencia del ejercicio del control de la constitucionalidad en asuntos de derechos humanos y de la jurisprudencia constitucional en general que ha incorporado concepciones en pro de los derechos humanos emanadas de los diferentes ordenamientos estatales que en ejercicio del diálogo jurisdiccional han cimentado valores, principios y normas “comunes” latinoamericanas en materia de derechos humanos. Estamos frente a distintos órdenes normativos y órganos de autoridad —nacionales, internacionales, supranacionales— que deberían apuntar hacia la protección de los derechos humanos y la democracia. Esa es la tendencia actual en Latinoamérica.

La relación dialógica jurisdiccional se evidencia al ver referencias de tribunales constitucionales domésticos de Estados latinoamericanos en relación con decisiones de otros tribunales, por ejemplo el Tribunal Constitucional Español, o el Tribunal Constitucional Federal Alemán, por nombrar algunos. Es común ver igualmente referencias de estos tribunales de Estados europeos en relación con la Corte Europea de Derechos Humanos (Estrasburgo) o al Tribunal Internacional de Justicia Europeo (Luxemburgo), o a alguna resolución o informe de Naciones Unidas, o ver, por ejemplo, referencias de la Corte IDH sobre la Corte Europea, o viceversa. Por ejemplo, en una revisión que hicimos sobre la jurisprudencia de la Corte Suprema Canadiense en relación con estándares del derecho internacional de los derechos humanos, y en especial, del sistema interamericano, se destacan citadas *in fine* las relativas a los casos *R. v.*

La labor de armonización del ordenamiento interamericano sobre derechos humanos mediante la interpretación que hace la Corte Interamericana de las normas contenidas en los instrumentos internacionales que los Estados han adoptado, así como la influencia in crescendo que sus decisiones traen consigo al orientar las decisiones internas, sean legislativas, jurisdiccionales o administrativas —particularmente— el diálogo con los tribunales constitucionales nacionales *in latu sensu*, marcan la pauta de esta construcción de un corpus iuris común en materia de derechos sociales (*Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales*, p. xiv).

*Morgentaler*, [1988] 1 SCR 30,<sup>74</sup> *Kindler v. Canada (Minister of Justice)*,<sup>75</sup> [1991] 2 SCR 779,<sup>76</sup> *B. (R.) v. Children's Aid Society*

<sup>74</sup> En relación al caso *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 SCR 30 (Dissenting opinion of McIntyre J.) es de destacar la siguiente referencia: “The proposition that women enjoy a constitutional right to have an abortion is devoid of support in the language of s. 7 of the Charter or any other section. While some human rights documents, such as the American Convention on Human Rights, 1969 (Article 4(1)), expressly address the question of abortion, the Charter is entirely silent on the point. It may be of some significance that the Charter uses specific language in dealing with other topics, such as voting rights, religion, expression and such controversial matters as mobility rights, language rights and minority rights, but remains silent on the question of abortion which, at the time the Charter was under consideration, was as much a subject of public controversy as it is today. Furthermore, it would appear that the history of the constitutional text of the Charter affords no support for the appellants’ proposition”.

El caso versa sobre la práctica del aborto en la sociedad canadiense. Véase “Abortion in Canada: 20 years after *Morgentaler*” (2008), en <http://www.parl.gc.ca/Content/LOP/researchpublications/prb0822-e.pdf>, así como <http://www.law.ualberta.ca/centres/ccs/rulings/rvmorgentaler.php>, *R. v. Morgentaler*.

<sup>75</sup> El caso generó un interesante debate en relación con la extradición del recurrente, quien había sido declarado culpable de asesinato en primer grado, conspiración para cometer un asesinato y secuestro en el Estado de Pennsylvania (U.S.A) y había sido objeto de una recomendación de imposición de la pena de muerte. Antes de ser condenado, el recurrente escapó de la prisión y huyó a Canadá, donde fue detenido. En relación con el caso *Kindler v. Canada (Minister of Justice)*, [1991], véase [http://www.unhcr.org/refworld/publisher/CAN\\_SC\\_USA,3ae6b6ed0,0.html](http://www.unhcr.org/refworld/publisher/CAN_SC_USA,3ae6b6ed0,0.html).

<sup>76</sup> En relación con el caso *Kindler v. Canada (Minister of Justice)*, [1991] 2 SCR 779. (Dissenting opinion of Cory J.) Es de destacar la siguiente referencia: “VI) *Twentieth Century Developments: the International Protection of Human Dignity*. The Commitment of the International Community... In a similar vein the Organization of American States enacted the American Convention on Human Rights, O.A.S.T.S. No. 36, at 1, which came into force in 1978. Article 4 of that Convention provides: 1. Every person has the right to have his life respected. This right shall be protected by law and, in general, from the moment of conception. No one shall be arbitrarily deprived of his life. 2. In countries that have not abolished the death penalty, it may be imposed only for the most serious crimes and pursuant to a final judgment rendered by a competent court and in accordance with a law establishing such punishment, enacted prior to the commission of the crime. The application of such punishment shall not be extended to crimes to which it does not presently apply. 3. The death penalty shall not be reestablished in states that have abolished it. The international recogni-

of *Metropolitan Toronto*,<sup>77</sup> [1995] 1 SCR 315,<sup>78</sup> *R. v. Lucas*,

tion of the importance of human dignity culminated in the abolition of the death penalty in many countries. For example, the United Kingdom formally abolished the death penalty for all crimes (apart from certain offences under Military Law) in 1973. The last execution took place in 1964. In France the death penalty for civil crimes was abolished in 1949. The death penalty was totally abolished in 1981 while the last execution occurred in 1977. Australia and New Zealand as well as most of the west European countries have voted to abolish capital punishment. Recently, many eastern European countries such as Czechoslovakia, Hungary and Romania, have abolished the death penalty. A list of countries in which the death penalty has been abolished and the date of the passage of the legislation is set out in Schedule A to these reasons.

Canada's International Commitment... Apart from Canada's international commitments, it is worthy of note that two other international organizations have taken steps similar to those of the United Nations to abolish capital punishment. The European Community enacted Protocol No. 6 to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms Concerning the Abolition of the Death Penalty, Europ". T.S. No. 114, which came into force on March 3, 1985, and the *Organization of American States approved the Protocol to the American Convention on Human Rights to Abolish the Death Penalty* on June 8, 1990.

<sup>77</sup> El presente caso generó un importante debate en relación con la objeción realizada por los padres de un bebé al ejercicio de una transfusión de sangre alegando motivos religiosos. En relación con el caso *B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 SCR 315, véase <http://ca.alex.com/vid/children-aid-society-metropolitan-toronto-37668592>.

<sup>78</sup> En relación con el caso *B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 SCR 315 (Separate opinion of Lamer J.) se destaca la siguiente referencia: "*The Liberty Interest Protected by s. 7 of the Charter*. With the exception of the fact that this article does not set forth the right to life (which is provided for in art. 6 of the Covenant), this passage is strikingly similar to what we find in s. 7 of our Charter. If we consult selected decisions of the Human Rights Committee we find that this article has been invoked in cases of allegedly unlawful arrest, detention, imprisonment, mistreatment and torture. I have not found any decision that raised any question other than a violation of the physical dimension of the person. Moreover, art. 5(1) of the European Convention on Human Rights, 213 U.N.T.S. 221, also sets forth the right to liberty and security of the person. The provisions of the various paragraphs of that article indicate unequivocally that «physical liberty» alone is contemplated by this provision, as is confirmed by an examination of a few decisions of the European Court of Human Rights. Other instruments relating to human rights that set forth a right to liberty and security of the person are to the same effect (*American Convention on Human Rights*, art. 7; *African Charter on Human and Peoples' Rights*, art. 6; *Universal Declaration of Human Rights*, G.A. Res. 217 A (III), U.N. Doc.

[1998]<sup>79</sup> 1 SCR 439,<sup>80</sup> *Mitchell v. M.N.R.*, 2001<sup>81</sup> SCC 33, [2001] 1

A/810, at 71 (1948), art. 3; *American Declaration of the Rights and Duties of Man*, arts. 1 and 25). For the purposes of this appeal, I am in no way suggesting that I am basing my conclusion on the interpretation given to art. 9 of the International Covenant on Civil and Political Rights or art. 5 of the European Convention on Human Rights. I am fully aware that the weight to be given to the foregoing may be uncertain, but nevertheless I believe that it provides an additional indication, at least, of the scope that the framers of the Charter may have intended to give to the expression «right to liberty» in the context of s. 7”.

<sup>79</sup> Se hace referencia al ejercicio de la libertad de expresión a propósito de un caso en el que fueron utilizados avisos y pancartas en unas manifestaciones públicas con supuesto contenido difamatorio contra un funcionario relativo a comentarios con relación a un caso de conductas inmorales (sexuales) contra niños. En relación con el caso *R. v. Lucas*, [1998] 1 SCR 439, véase <http://www.canlii.org/en/ca/scc/doc/1998/1998canlii815/1998canlii815.html>.

<sup>80</sup> En referencia al caso *R. v. Lucas*, [1998] 1 SCR 439, se destaca la siguiente referencia: “*Is the Objective Pressing and Substantial? ... The Importance of the Objective of Protecting Reputation...* [50] That a number of international conventions, ratified by Canada, contain explicit limitations of freedom of expression in order to protect the rights and reputations of individuals, further supports the conclusion that this constitutes a pressing and substantial objective. For example the International Covenant on Civil and Political Rights, 19 December 1966, Can. T.S. 1976 No. 47, art. 17 provides that everyone has the right to the protection of the law against attacks on his or her honour and reputation. Similarly, the Universal Declaration of Human Rights, G.A. Res. 217 A (III), U.N. Doc.A/810, at 71 (1948), art. 12 states that «[n]o one shall be subjected to arbitrary interference with his privacy, family, home or correspondence, nor to attacks upon his honour and reputation. Everyone has the right to the protection of the law against such interference or attacks». Other conventions, including the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 4 November 1950, 213 U.N.T.S. 221, art. 10, and the *American Convention on Human Rights*, O.A.S.T.S. No. 36, at 1, art. 13, provide expressly that freedom of expression is subject to laws necessary for the protection of the reputation of individuals. The existence of these provisions reflects a consensus within the international community that the protection of reputation is an objective sufficiently important to warrant placing some restrictions upon freedom of expression”.

<sup>81</sup> El presente caso puso en el debate nacional la discusión sobre el ejercicio de algunos derechos de pueblos indígenas (Mohawk de Akwesasne) en relación al uso y comercio de bienes provenientes de Estados Unidos sin tener que pagar derechos de aduana. El gran cacique Michael Mitchell afirma que su gente tiene un derecho preferente en este sentido por pertenecer a un grupo aborígen

SCR 911,<sup>82</sup> *United States v. Burns*, 2001 SCC 7, [2001]<sup>83</sup> 1 SCR 283,<sup>84</sup>

de Canadá. El caso se inició cuando en marzo de 1988, el Cacique Mitchell cruzó la frontera internacional de los Estados Unidos en Canadá, trayendo con él algunas mantas, biblias, aceite de motor, alimentos, ropa, y una lavadora, todos los cuales habían sido comprados en los Estados Unidos. Declaró la mercancía ante la aduana canadiense afirmando que había derechos de los aborígenes que lo eximían del pago de impuesto sobre los bienes, sin embargo, la mercancía fue gravada. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) conoció la petición del gran cacique Michael Mitchell contra Canadá (Petición No. 7902-01). En el informe núm. 74/03, del 22 de octubre de 2003, se evidencia que fue declarada admisible por la Comisión. Véase <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2003sp/Canada.790.htm>.

Véase [http://www.ceaa.gc.ca/050/documents\\_staticpost/cearef\\_37519/45281/17.pdf](http://www.ceaa.gc.ca/050/documents_staticpost/cearef_37519/45281/17.pdf) y <http://www.canlii.org/en/ca/scc/doc/2001/2001scc33/2001scc33.html>.

<sup>82</sup> En relación con el caso *Mitchell v. M.N.R.*, 2001 SCC 33, [2001] 1 SCR 911 (Separate opinion of Binne J.) se destaca la siguiente referencia: “[83] Comparable language is found in the *Draft of the Inter-American Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, approved by the Inter-American Commission on Human Rights on September 18, 1995*, although it also provides specifically in Article 24 that: Nothing in this instrument shall be construed as granting any rights to ignore boundaries between States. [84] Canada has taken various concrete steps to try to minimize the disruption of Akwesasne created by the international boundary. These measures, according to the respondent, fall well short of recognizing Mohawk entitlement”.

<sup>83</sup> Dos ciudadanos canadienses iban a ser acusados por tres cargos de homicidio agravado en primer grado en el Estado de Washington (USA), en donde sería posible enfrentar la pena de muerte o cadena perpetua sin posibilidad de libertad condicional. Los acusados habían retornado a Canadá, por lo cual se inició un procedimiento para solicitar la extradición, lo cual fuera acordado por el Ministro de Justicia de Canadá. El Tribunal de Apelación anuló la decisión del Ministro y le ordenó pedir garantías como condición para la entrega. Se realizaron consideraciones sobre la regulación de la Ley de Extradición, la cual crea un amplio margen de discrecionalidad ministerial para realizar la extradición. Véase [http://www.unhcr.org/refworld/publisher/CAN\\_SC\\_3ae6b74e0,0.html](http://www.unhcr.org/refworld/publisher/CAN_SC_3ae6b74e0,0.html) y <http://ca.vlex.com/vid/united-states-v-burns-37670290>.

<sup>84</sup> En referencia al caso *United States v. Burns*, 2001 SCC 7, [2001] 1 SCR 283, es de destacar el siguiente texto: [87] Abolition is also the policy of the Second Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights, Aiming at the Abolition of the Death Penalty, G.A. Res. 44/128 (December 15, 1989) (in force in 1991); Canada’s position is still being given “careful consideration”: U.N. Doc. A/46/40, at paras. 64-65, and see generally W. A. Schabas, *The Abolition of the Death Penalty in International Law* (2nd ed. 1997), at p. 176; the

*Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*,<sup>85</sup> 2002 SCC 1, [2002] 1 SCR 3,<sup>86</sup> *Bou Malhab v. Diffusion Métromédia CMR inc.*,

*Protocol to the American Convention on Human Rights to Abolish the Death Penalty (1990) (Organization of American States)*, [1990] 29 I.L.M. 1447; and Protocol No. 6 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms Concerning the Abolition of the Death Penalty (the Council of Europe), Eur. T.S. No. 114, which contain similar prohibitions on state parties to those Protocols. A significant number of countries have signed or ratified the latter Protocol since Kindler and Ng were decided: see Council of Europe, *The Death Penalty: Abolition in Europe* (May 1999), at pp. 169-84.

<sup>85</sup> En relación con el caso *Suresh v. Canada* (Minister of Citizenship and Immigration), véase <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3c42bdfa0.html>. El recurrente era un refugiado que en 1995 había sido detenido por el gobierno canadiense, el cual inició un proceso de deportación por motivos de seguridad, con base en el dictamen de la Servicio Canadiense de Inteligencia de Seguridad por haber pertenecido presuntamente como miembro y recaudador de fondos de un grupo presuntamente terrorista de Sri Lanka. El Tribunal Federal confirmó la referida expulsión, dando lugar a un debate muy interesante en materia de derechos humanos, específicamente en relación con la prohibición de la aplicación o exposición a tortura. El caso fue conocido por la Corte Suprema de Canadá, la cual en 2002 consideró que la deportación de una persona expuesta a sufrir torturas en general era inconstitucional, y que al señor Suresh le había sido denegado el debido proceso durante el proceso de deportación. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) conoció la petición del señor Suresh contra Canadá (Petición No. 592-07), la cual según informe núm. 7/02, del 2 de febrero de 2002, fue declarada inadmisibile. Véase <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2002sp/Canada.11661.htm>.

<sup>86</sup> En relación con el caso *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 1, [2002] 1 SCR 3 se destaca la siguiente referencia: [62] In the case at bar, there are three compelling indicia that the prohibition of torture is a peremptory norm. First, there is the great number of multilateral instruments that explicitly prohibit torture: see Geneva Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War(1949), Can. T.S. 1965 No. 20, p. 84, Article 3; Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field(1949), Can. T.S. 1965 No. 20, p. 25, Article 3; Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea(1949), Can. T.S. 1965 No. 20, p. 55, Article 3; Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War(1949), Can. T.S. 1965 No. 20, p. 163, Article 3; Universal Declaration of Human Rights, GA Res. 217 A (III), UN Doc. A/810, at 71 (1948), Article 5; Declaration on the Protection of All Persons from Being Subjected to Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading

2011 SCC 9 (CanLII),<sup>87</sup> entre otros.

Treatment or Punishment, GA Res. 3452 (XXX), UN Doc. A/10034 (1975); International Covenant on Civil and Political Rights(1966), Can. T.S. 1976 No. 47 (“ICCPR”), Article 7; European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms(1950), 213 U.N.T.S. 221, Article 3; *American Convention on Human Rights(1969)*, 1144 U.N.T.S. 123, Article 5; African Charter on Human and Peoples’ Rights(1981), 21 I.L.M. 58, Article 5; Universal Islamic Declaration of Human Rights (1981), 9:2 The Muslim World League Journal 25, Article VII.

<sup>87</sup> En relación con el caso *Bou Malhab v. Diffusion Metromedia CMR inc.*, véase <http://www.canlii.org/en/ca/scc/doc/2011/2011scc9/2011scc9.html>. En 1998, André Arthur —un anfitrión conocido por sus declaraciones provocadoras— era el anfitrión de un programa de radio de mañana en la estación de radio CKVL, que era operado por el demandado Difusión Metromedia CMR inc. En un show en el que se abordaron temas relativos a niveles de satisfacción en relación con el consumo en restaurantes y hoteles, especialmente en Montreal, el anfitrión realizó comentarios críticos sobre el ramo del taxi en Montreal, alegando —entre otras cosas— que muchos taxistas eran árabes o negros, que no eran amables, que no hablaban bien francés o inglés, y que sus carros lucían sin buen mantenimiento. Al respecto, fueron ejercidas acciones, según las cuales el tribunal estimó el recurso y ordenó que 220,000 dólares se pagarán a una organización sin fines de lucro. El caso propició un debate interesante sobre el ejercicio de la libertad de expresión, el derecho a la información y la discriminación por motivos de raza.

Sobre el caso *Bou Malhab v. Diffusion Métromédia CMR inc.*, 2011 SCC 9 (CanLII), se destaca la siguiente referencia: A. Defamation in the Civil Law.

(1) *Development of the Law of Defamation*. [15] Roman law sanctioned the use of the term *injuria*, which referred to anything said or done to offend someone. That concept was adopted by old French law, which gradually limited its scope to causing offence through speech or writing. France subsequently chose to pass special legislation concerning the delict of *injuria* and distinguished it from defamation. The latter necessarily involved an allegation or imputation of fact interfering with honour, while the former referred to an offensive expression, term of contempt or insult. This distinction was not retained in Quebec, where the term defamation was chosen to refer to the *injuria* of old French law (T. Grellet-Dumazeau, *Traité de la diffamation, de l’injure et de l’outrage*(1847), vol. 1, at pp. 1-10; C. Bissonnette, *La diffamation civile en droit québécois*, mémoire de maîtrise, Université de Montréal (1983), at pp. 11-14). In Quebec civil law, an attack on a person’s reputation can involve allegations of fact or merely offensive and insulting comments. In Quebec civil law, it does not matter whether the assertions are made in writing, orally or through images or gestures or whether they attack another person’s reputation directly or by intima-

En el contexto de la vinculación de órdenes de multinivel en materia de derechos humanos debe propenderse hacia la “universalización” a nivel mundial y la “interamericanización” del derecho en América Latina, a través de la recepción de los valores y principios del derecho internacional de los derechos humanos en los ordenamientos jurídicos internos de los Estados latinoamericanos. En este contexto, es de destacar como muy positiva la incorporación de cláusulas constitucionales en varios Estados latinoamericanos llamadas “de apertura” a los tratados internacionales de derechos humanos, según las cuales a éstos se les otorga jerarquía constitucional dentro del ordenamiento jurídico del Estado respectivo o en todo caso se les interpreta como instrumentos contentivos de normas de aplicación preferente. Tal como se plantea en la presentación de la obra *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales*:

A la luz de la jurisprudencia de la Corte IDH, dado que muchas constituciones atribuyen rango constitucional a los tratados de derechos humanos o al menos algunos de ellos, la labor pionera y audaz de la Corte IDH y las respuestas de los sistemas nacionales, en particular de los más altos tribunales, representan un tema de gran trascendencia teórica, doctrinal y —sobre todo— práctica porque están conduciendo al continente a una especie de Constitución Común (2011: xiv y xv).

tion or innuendo. [16] The concept of defamation requires that the right to the protection of reputation be reconciled with the right to freedom of expression, since that which belongs to the former is generally taken away from the latter. Several international agreements reflect this need to strike a balance between the two rights. For example, the International Covenant on Civil and Political Rights, Can. T.S. 1976, No. 47, Art. 19(2) and (3), to which Canada is a party, makes the exercise of the right to freedom of expression subject to respect for the reputation of others. Similar guarantees are found in the *American Convention on Human Rights*, 1144 U.N.T.S. 123, Arts. 11, 13(1) and (2), and the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 213 U.N.T.S. 221, Art. 10, both of which have been widely ratified.

La tendencia constitucional latinoamericana de incorporar esas cláusulas de apertura<sup>88</sup> se ha materializado en casos concretos. Ejemplos que demuestran la apertura al derecho internacional de los derechos humanos se evidencian en la reforma de la Constitución chilena de 1989 (artículo 5o., inciso 2), la enmienda constitucional en Brasil núm. 45 de 2004 (artículo 5o., ordinal 3ro), la Constitución de Colombia de 1991 (artículo 93, numerales 1 y 2, artículos 94, 53.4, 214.2, entre otros), la Constitución de Paraguay de 1992 (artículo 142, 143), la Constitución de Perú de 1993 (artículo 55, disposición final cuarta), la Constitución de Argentina de 1994 (artículo 75 numeral 22), la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999 (artículos 22, 23 y 339), la Constitución de Ecuador de 2008 (artículo 11 numeral 3, 417, 424), la Constitución de Bolivia de 2009 (artículo 13.IV, 256.I y II), la reforma constitucional en México de 2011 (artículo 1o.).<sup>89</sup>

<sup>88</sup> Se recomienda revisar el trabajo de Morales (2013: 69 y ss.) en relación con el estudio sobre diversas fórmulas adoptadas a nivel constitucional para configurar el Estado diverso en varios países suramericanos. La autora refiere a la “doble estatalidad abierta suramericana” afirmando que tiene fisonomía heterogénea y progresiva. En Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela se constata el avance continuo en la regulación expresa del rango constitucional que se atribuye a los tratados internacionales de derechos humanos en los ordenamientos nacionales y muestran en general una concepción a favor del derecho internacional, del sistema interamericano y de la integración. Sin embargo, la progresividad va acompañada de una diversidad de mecanismos que permiten la permeabilidad normativa (Morales, 2013: 88-89). Interés especial reviste la aproximación que hace la autora a una taxonomía de esta estatalidad abierta suramericana que pone de relieve tres mecanismos: cláusulas de interpretación de la Constitución a la luz del derecho internacional de los derechos humanos, el lugar privilegiado de los tratados de derechos humanos en la jerarquía normativa a nivel doméstico y las cláusulas de derechos constitucionales no enumerados (Morales, 2013: 91 y ss.).

<sup>89</sup> Serna (2013) en la conferencia dictada el 16 de julio de 2013 en el marco del Coloquio Iberoamericano en el Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional afirmó que: “Con la reforma constitucional en materia de derechos humanos de 10 de junio de 2011, las condenas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la «recepción» que la Suprema Corte de Justicia de México (SCJ) ha hecho de las sentencias de la Corte Interamericana (en especial a través de la decisión de la SCJ en el expediente

Por otra parte, la tendencia latinoamericana de las dos últimas décadas es a la recepción de los estándares del sistema interamericano en materia de derechos humanos por parte de los Estados,<sup>90</sup> por lo cual hoy se habla de un auténtico *corpus iuris*

varios 912/2010), se han fijado nuevas coordenadas en el tema de derechos humanos. En la referida resolución se precisó que los juzgadores de todo el país (federales y locales) están obligados a verificar que las leyes que aplican se ajustan a la Constitución Federal y a los tratados internacionales sobre derechos humanos (con el obligado empleo de los principios pro persona y de interpretación conforme, según lo establece el segundo párrafo de la Constitución mexicana)". El artículo 1o. de la Constitución mexicana dispone: "En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece. Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia. Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley". Asimismo, la SCJN dijo que cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los jueces, como parte del aparato estatal, deben velar porque sus disposiciones no se vean limitadas por disposiciones internas que sean contrarias a su objeto y fin. Por tal razón —afirmó la SCJN— el control difuso (de constitucionalidad y convencionalidad) debe realizarse entre las normas de derecho interno, en relación con la Constitución federal y la mencionada Convención, tomando en cuenta no sólo su texto sino también a la interpretación realizada por la Corte Interamericana. En ese sentido, el alto tribunal resolvió que los jueces de todo el país podrán dejar de aplicar al caso concreto las normas que resulten contrarias a la Constitución federal o los tratados internacionales, sin que ello implique una declaración de inconstitucionalidad, que sigue reservada a la justicia federal. La decisión se tomó con base en el párrafo 339 de la sentencia de la Corte IDH, respecto del caso Radilla Pacheco, a partir de la interpretación del nuevo artículo 1o. y del 133 de la Constitución Federal (Comunicado 127/2011 de 14 de julio de 2011 de la Suprema Corte de Justicia de la Nación).

<sup>90</sup> Morales (2013: 109 y ss.) explica sobre el proceso de transformación en Suramérica de las Constituciones que, gracias a las cláusulas de apertura per-

*interamericano* en materia de derechos humanos construido, especialmente, a partir de los aportes de los órganos del sistema interamericano.<sup>91</sup> Ciertamente, quedan muchos desafíos pendientes, pero hay importantes espacios ganados por la doctrina y jurisprudencia del sistema interamericano que hace dos décadas eran inimaginables. En relación con la influencia de la jurisprudencia de la Corte en la jurisprudencia y en el derecho interno de los Estados<sup>92</sup> la doctrina jurisprudencial de la Corte IDH sobre libertad de expresión, debido proceso, garantías judiciales en los

mite la construcción (no lineal) de un *ius constitutionale commune*. Afirma que el Estado abierto ha hecho posible la emergencia de un *ius commune*, producto de la creciente y progresiva internacionalización, interamericanización y mercosurización. El Estado abierto gira, predominantemente, en la órbita de los derechos humanos y en ellos convergen los diez países suramericanos a nivel normativo. La autora describe “el legado de las dictaduras”, el “nunca más”, como elemento común que sirvió como palanca movilizadora para el cambio de paradigmas. Morales (2013:112) afirma que existe un *ius commune* apalancado por la internacionalización, aludiendo expresamente el proceso de ratificación de diversos tratados internacionales de derechos humanos. La autora afirma: “somos testigos igualmente de un *ius commune* forjado por la interamericanización... Bajo diversas denominaciones... la doctrina alude al acervo interamericano contenido en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la CADH, el Protocolo de San Salvador y en los instrumentos complementarios así como en la jurisprudencia de la Corte IDH”.

<sup>91</sup> Con esta afirmación no se niega la presencia de otros aportes provenientes de fuentes diversas como la jurisprudencia constitucional comparada, o las decisiones provenientes de otros órganos internacionales y/o supranacionales.

<sup>92</sup> Thomas Buergenthal, juez de la Corte IDH (1979-1992) y presidente de la misma (1985-1987), en su trabajo “La jurisprudencia internacional en el derecho interno”, publicado en *La Corte y el sistema interamericano de derechos humanos*, en noviembre de 1994, con motivo de 15 aniversario de la Corte, señala: “El rápido crecimiento en el número de tribunales internacionales durante las últimas décadas y la consiguiente proliferación de fallos emitidos por éstos, están comenzando a tener un fuerte impacto sobre las sentencias de las cortes nacionales. Este fenómeno no se da únicamente cuando resulta necesario interpretar algún tratado específico. Cada vez más, las cortes nacionales están tomando en cuenta la jurisprudencia de los tribunales internacionales, para así evitar interpretar sus leyes internas de una manera que podría violar las obligaciones internacionales de su país, o bien para adecuar su derecho interno a las normas internacionales emergentes”.

estados de excepción, entre otros derechos humanos, ha tenido gran influencia en la jurisprudencia de los tribunales nacionales, así como en la legislación interna de los Estados latinoamericanos, pudiendo afirmar que la tendencia ha sido la de la recepción de estos estándares interamericanos de derechos humanos, mientras que los casos de no recepción son excepcionales.

Otros trabajos de interés sobre el tema: “La aplicación del derecho internacional de los derechos humanos por los tribunales nacionales. Nuevas tendencias derivadas de la experiencia chilena”, Orrego Vicuña, Francisco y Orrego Bauza, Francisco, *Libro homenaje a Héctor Gros Espiél*, Bruselas, Bruylant, 1997; Gutiérrez Posee, Hortensia, “Influencia de la actividad de la Comisión Interamericana y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la evolución de la jurisprudencia y de derecho positivo argentino”, *idem*; Gozáini, Osvaldo Alfredo, “Los efectos de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Derecho interno”, *Libro-homenaje a Héctor Fix-Zamudio*, San José, Costa Rica, Corte IDH, 1998.