

El proceso de interamericanización de los ordenamientos jurídicos nacionales en América Latina*

Mariela Morales Antoniazzi**
Pablo Saavedra Alessandri***

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Los fundamentos de la interamericanización. 3. El impacto de la interamericanización a la luz de las reparaciones ordenadas por la Corte IDH. 4. Conclusión

1. INTRODUCCIÓN

La reconfiguración de la relación entre el derecho internacional y nacional juega un papel esencial en el constitucionalismo transformador en América Latina. Desde la perspectiva de algunos autores, en la era de la globalización del derecho, la disputa irreconciliable del siglo XX entre las teorías del monismo (Kelsen) y el dualismo (Triepel) es un mero zombi: una disputa que está muerta pero se resiste a descansar en paz.¹ Consideramos que un debate de este tipo es estéril en el ámbito de los derechos humanos en la región.

El presente trabajo se centra en la existencia de un nuevo fenómeno jurídico que ha emergido de la interacción y la confluencia entre el derecho nacional y el derecho internacional respecto al derecho de los derechos hu-

* Este capítulo está basado en el texto de los mismos autores con el título “Inter-Americanization: Its legal bases and political impact”, en A. von Bogdandy; E. Ferrer Mac-Gregor; M. Morales Antoniazzi; F. Piovesan y X. Soley (eds.), *Transformative Constitutionalism in Latin America: the emergence of a new Ius Commune* (Oxford: OUP, 2017), pp. 255-276.

** Mariela Morales Antoniazzi, investigadora y “Referentin” para América Latina del Instituto Max-Planck de Derecho Internacional Público y Derecho Público Comparado.

*** Pablo Saavedra Alessandri, Secretario de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

¹ Bogdandy, Armin von, *Hacia un nuevo derecho público. Estudios de derecho público comparado, supranacional e internacional*, IJ-UNAM, 2011, pp. 285 y ss., citado recientemente por Alejandro Saiz Arnaiz, “Derechos sin soberano: algunos elementos de comparación de los dos sistemas”, en Santolaya Machetti, Pablo y Wences, Isabel (eds.), *La América de los derechos*, CEPC, 2016, p. 528.

manos, y que se distingue por ostentar un impulso específico y propio, tal como se describe con la construcción de un *Ius Constitutionale Commune* en América Latina (ICCAL).² Se trata de una noción parecida al concepto del derecho común europeo y similares son también las conceptualizaciones que sustentan definiciones como derecho de la humanidad,³ derecho cosmopolita,⁴ derecho global,⁵ derecho mundial,⁶ transconstitucionalismo,⁷ derecho transnacional.⁸

En cuanto al impacto de dicho fenómeno jurídico, introducimos el nuevo concepto de la *interamericanización* de los ordenamientos nacionales,

² Este concepto se viene gestando paulatinamente mediante el intercambio entre el Instituto Max Planck de derecho público comparado y derecho internacional público y otras instituciones así como expertos ibero- y latinoamericanos. Entre tantas publicaciones, ver solamente Bogdandy, A. von; Ferrer Mac-Gregor, E. y Morales Antoniazzi, M. (eds.), *La justicia constitucional y su internacionalización. Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?*, México, IIIJ-UNAM, 2010, t. II.); Bogdandy, A. von; Fix-Fierro, H.; Morales Antoniazzi, M. y Ferrer Mac-Gregor, E. (eds.), *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales. ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?*, México, IJ-UNAM, 2011; Bogdandy, A. von; Fix-Fierro, H. y Morales Antoniazzi, M. (eds.), *Ius constitutionale commune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos*, IJ-UNAM, 2014; Bogdandy, A. von, Morales Antoniazzi, Mariela y Piovesan, Flávia (coords.), *Ius Constitutionale Commune na America Latina: Diálogos Jurisdiccionais e Controle de Convencionalidade*, Curitiba, Jurúa, 2016, vol. III; Bogdandy, A. von; Ferrer Mac-Gregor, E.; Morales Antoniazzi, M.; Piovesan, F. y Soley, X. (eds.), *Transformative Constitutionalism in Latin America: the emergence of a new Ius Commune*, Oxford, OUP, 2017.

³ Wilfred Jenks, C., *The Common Law of Mankind*, Londres, Frederick A. Praeger, 1958; Tomuschat, C., "International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century", *281 Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 1999, p. 88.

⁴ Benhabib, S., "The Philosophical Foundations of Cosmopolitan Norms", en Benhabib, S. y Post, R. (ed.), *Another Cosmopolitanism Berkeley Tanner Lectures 2004*, Oxford, Oxford University Press, 2006, p. 13; Brunkhorst, H., *Solidarität: Von der Bürgerfreundschaft zur globalen Rechtsgenossenschaft*, Frankfurt, Suhrkamp, 2002. Como concepto filosófico: Kant, I., "Zum ewigen Frieden. Ein philosophischer Entwurf", en Vorländer, K. (ed.), *Kleinere Schriften zur Geschichtsphilosophie, Ethik und Politik*, Leipzig, Felix Mainer Verlag, 1964, p. 115.

⁵ R. Domingo, *The New Global Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010; S. Cassese, "The Globalization of Law", *37 New York University Journal of International Law and Politics*, 2005, p. 973.

⁶ Delmas-Marty, M., *Trois défis pour un droit mondial*, París, Seuil, 1998; Emmerich-Fritsche, A., *Vom Völkerrecht zum Weltrecht*, Berlín, Duncker und Humblot, 2007; Di Fabio, U., "Verfassungsstaat und Weltrecht", *39 Rechtstheorie*, 2008, p. 399.

⁷ Neves, M., *Transconstitucionalismo*, São Paulo, WMF Martins Fontes, 2009, p. 115 y ss.

⁸ Jessup, P. C., *Transnational Law*, New Haven, Yale University Press, 1956; Zumbansen, P.; "Transnational Law", en Smits, J. M. (ed.), *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, Cheltenham, Edward Elgar Pub, 2006, p. 738.

El proceso de interamericanización de los ordenamientos jurídicos...

bajo una protección multinivel de los derechos humanos.⁹ En este contexto, la interacción y diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) y los tribunales nacionales juega un papel fundamental para configurar un “constitucionalismo transformador” y generar la “interamericanización”, especialmente a la luz de las sentencias de la Corte IDH.¹⁰ Los ordenamientos jurídicos nacionales muestran una transformación en tanto se adoptan gradualmente los estándares interamericanos por parte de los Estados que han ratificado los diversos instrumentos interamericanos de derechos humanos y han reconocido la competencia de la Corte IDH y que aplican su jurisprudencia en su derecho público nacional. Por ello, la interamericanización representa un proceso de interacción y diálogo de estándares interamericanos a nivel doméstico, que se manifiesta no solo en reformas constitucionales y legislativas, sino también en la adopción de políticas públicas y un debate académico-jurídico, como sus rasgos predominantes.¹¹

En el Sistema Interamericano se produce una genuina interacción entre las cortes, derivada en cierta medida de su pertenencia a una comunidad jurídica de derechos que incluso se ha involucrado en la creación de un sistema de control difuso de convencionalidad.¹² Si a los jueces nacionales les corresponde verificar la compatibilidad entre las normas jurídicas susceptibles de aplicarse en un caso concreto y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), incluyendo la jurisprudencia de la Corte Interamericana, se produce la progresiva interamericanización de los órdenes

⁹ Acosta Alvarado, P. A., *Diálogo judicial y constitucionalismo multinivel. El caso interamericano* (Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015); *idem*, *Red judicial interamericana y constitucionalización multinivel*, consulta 15 jul 2016, disponible en http://www.academia.edu/4008891/Red_judicial_Interamericana_y_constitucionalizaci%C3%B3n_multinivel

¹⁰ Cfr. Morales Antoniazzi, M., “Interamericanización como mecanismo del *Ius Constitutionale Commune* en derechos humanos en América Latina”, *Ius Constitutionale Commune en América Latina: Textos básicos para su comprensión*, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro-Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2017, p. 417.

¹¹ Saavedra Alessandri, P., “Algunas reflexiones en cuanto al impacto estructural de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Bogdandy, A. von; Morales Antoniazzi, M. y Ferrer Mac-Gregor, E., *Construcción de un ius constitutionale commune en América Latina: Contexto, estándares e impacto a la luz de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Puebla, BUAP-UNAM, Corte IDH-MPI, 2016, pp. 353 y ss.

¹² Cfr. Negishi, Y., “Conventionality Control of Domestic ‘Abuse of Power’: Maintaining Human Rights and Democracy”, *Italian Yearbook of International Law*, vol. XXVI, 2017; Ferrer Mac-Gregor, E. (coord.), *El control difuso de convencionalidad: Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, Querétaro, FUNDAP, 2012.

nacionales. Se toman en cuenta normas comunes y se expanden criterios jurisprudenciales y estándares sobre temas sustantivos de derechos humanos y sobre las obligaciones de los Estados, en particular, sobre las obligaciones positivas y el deber de adecuación previsto en la CADH.¹³

A los fines de aproximarnos al proceso de interamericanización de los ordenamientos jurídicos nacionales, nuestro análisis abarca en la primera parte sus fundamentos tanto constitucionales como convencionales, así como el discurso académico que ha acompañado esta gestación progresiva de estándares comunes, mientras que en la segunda parte se ofrecen ejemplos concretos de sentencias de la Corte IDH que han permitido dicha interamericanización y que evidencian el impacto de la mismas, por la utilización del derecho internacional de los derechos humanos que hacen los jueces y otros funcionarios públicos en el ejercicio de sus mandatos dentro de sus propias jurisdicciones. Unas breves líneas de conclusión se dedican a subrayar la interacción, el diálogo y el control de convencionalidad como caminos para avanzar en la interamericanización.

2. LOS FUNDAMENTOS DE LA INTERAMERICANIZACIÓN

2.1 Fundamentos constitucionales de la interamericanización

El proceso de apertura del Estado en América Latina se distingue por tres cambios de paradigmas: el surgimiento del pluralismo normativo,¹⁴ la internacionalización entendida como humanización¹⁵ y la apertura en el marco

¹³ Cfr. Saavedra Alessandri, P. y Pacheco, G., *Las sesiones itinerantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un largo y fecundo caminar por América*, Biblioteca Jurídica Virtual, UNAM, disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2740/8.pdf>

¹⁴ Roman Andrade, P. W., "Pluralismo jurídico y deslinde constitucional", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año XXII, KAS, Bogotá, 2016, p. 662; Bustos, R., *Pluralismo constitucional y diálogo jurisprudencial*, México, Porrúa, 2012, pp. 13 y ss.

¹⁵ García Ramírez, Sergio, *La tutela de los derechos humanos en la jurisdicción interamericana. Aportaciones, recepción y diálogo*, México, Porrúa, 2014. Distintos aportes sobre el impacto de los tribunales en derechos humanos se encuentran en Ferrer Mac-Gregor, E. y Herrera García (eds.), A., *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales: In memoriam Jorge Carpizo generador incansable de diálogos*, México, Tirant lo Blanch, 2013. Ejemplos en el ámbito interamericano, Medellín, X., "The normative impact of the Inter-American Court of Human Rights on Latin-American national prosecution for mass atrocities", *Israel Law Review*, vol. 3, núm. 43, 2013, p. 405; Haeck, Y.; Ruiz-Chiriboga, O. y Burbano Herrera, C., *The Inter-American Court of Human Rights: Theory and practice, present and future. Drawing on the case law of the Court*, Cambridge, Intersentia, 2015.

El proceso de interamericanización de los ordenamientos jurídicos...

de la erosión del concepto de soberanía.¹⁶ El fundamento constitucional de la interamericanización surge justamente vinculado a estas transformaciones y se encuentra plasmado en las cláusulas de apertura que se fueron adoptando a raíz de las reformas constitucionales y/o nuevas constituciones, si bien las fórmulas de recepción constitucional son heterogéneas.¹⁷ Concretamente, el paradigma de la internacionalización entendida como humanización se ha encauzado tanto por el rango constitucional que se le asigna a los tratados de derechos humanos,¹⁸ su primacía sobre el derecho interno, incluso sobre el derecho constitucional mediante las cláusulas de “prevalencia”,¹⁹ así como por la interpretación de los derechos fundamentales constitucionales a la luz de ese derecho internacional de los derechos humanos.²⁰

Gracias a los llamados momentos de apertura constitucional se ha ido ampliando y reforzando dicha apertura. Entre 1988 y 1998 se regulan enunciados relativos a la prevalencia de los derechos humanos (Constitución de Brasil de 1988), y otorgan rango constitucional a los tratados de derechos humanos. Incluyen igualmente cláusulas de interpretación conforme al derecho internacional de los derechos humanos (por ejemplo Colombia 1991,²¹ Perú

¹⁶ Bogdandy, A. von, y Serna de la Garza, J. M. (eds.), *Soberanía y Estado abierto en América Latina y Europa*, México, IJ-UNAM, 2014.

¹⁷ Rango constitucional a los tratados, cláusulas de interpretación conforme, cláusulas de los derechos inherentes a la persona humana, por mencionar algunos.

¹⁸ Fix-Zamudio, Héctor, “La creciente internacionalización de las constituciones iberoamericanas, especialmente en la regulación y protección de los derechos humanos”, UNAM, Biblioteca Jurídica Virtual, disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2895/20.pdf> Laurence Burgorgue-Larsen, “Les standards: normes imposées ou consenties?”, en Fatin-Rouge, Stefanini (ed.), *Existe-t-il une exception française en matière de droits fondamentaux?*, Presses Univ. d’Aix Marseille, Cahiers de l’Institut Louis Favoreu, 2013, pp. 15-30.

¹⁹ Cfr. Góngora-Mera, M. E., *Inter-American judicial constitutionalism: on the constitutional rank of human rights treaties in Latin America through national and inter-American adjudication*, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2011, p. 91.

²⁰ Carpio Marcos, E., “Interpretación conforme con la Constitución y las sentencias interpretativas (con especial referencia a la experiencia alemana)”, en Zaldivar Lelo de Larrea, A., Ferrer Mac-Gregor, E. (coords.), *La ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho, Interpretación constitucional y jurisdicción electoral*, México, IJ-UNAM, 2008, t. VI, pp. 155-174.

²¹ El Art. 93.1 dispone que “los tratados y convenciones internacionales ratificados por el Congreso prevalecen en el orden interno” y, también establece que todos los derechos fundamentales constitucionales deben ser interpretados a la luz de los tratados internacionales ratificados por Colombia, según el Art. 93.2. Esta norma ha dado lugar a la distinción entre bloque de constitucionalidad *strictu* y *lato sensu*. Pero otras normas son también definitorias del alcance de la regulación del Estado abierto en Colombia.

1993,²² Argentina 1994²³). Estas reformas constitucionales también fueron acompañadas por decisiones importantes de los tribunales nacionales, todo en consonancia con el auge de la doctrina del bloque de constitucionalidad.²⁴

Ahora bien, la interamericanización es un proceso que cuenta con fundamento constitucional no solo por las disposiciones *in concreto* de la “cláusula de primacía” y/o de la “cláusula de interpretación conforme” y por ello es clave propiciar el entendimiento del Estado abierto.²⁵ Efectivamente, los órdenes constitucionales establecen, como la Carta Política de Colombia, por ejemplo, que los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados hacen parte de la legislación interna (Art. 53.4),²⁶ y tomando como ejemplo el mismo país, también cabe mencionar el Art. 44 de la Constitución, que establece que los niños gozarán también de los derechos consagrados en los tratados internacionales ratificados por Colombia.²⁷ Otro caso ilustrativo de la dimensión de la apertura lo ofrece la Constitución de Paraguay de 1992, que cualifica jerárquicamente a los tratados de derechos humanos, al no poder ser denunciados sino por los procedimientos que rigen para la enmienda constitucional (Art. 142), y donde la protección internacional de los derechos humanos se determina como uno de los principios que orienta las relaciones internacionales (Art. 143). En el caso argentino se interpreta que, por voluntad del poder constituyente, debe

²² La cuarta disposición final y transitoria se perfila por la cláusula de interpretación conforme, de inspiración española y portuguesa, que dispone: “Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”.

²³ El Art. 75 Nr. 22 de la *Constitución de Argentina* de 1994 enumera una serie de tratados a los que asigna rango constitucional y deja “abierto” la posibilidad de extender este rango a otros instrumentos siguiendo un procedimiento específico.

²⁴ Por ejemplo, la decisión de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, de 9 de mayo de 1995, No 2312-95, Acción Inconstitucional, especialmente parte VII. Sentencia C-225-95 MP: Alejandro Martínez Caballero. Posición reiterada en sentencia C-578-95 MP: Eduardo Cifuentes Muñoz, Sentencia C-358-97.

²⁵ Morales Antoniazzi, M., “El estado abierto y el cambio de paradigma de la soberanía: objetivo y desafío del *Ius Constitutionale Commune*”, en Bogdandy, Armin von; Morales-Antoniazzi, Mariela y Ferrer Mac-Gregor Eduardo (coords.), *Ius Constitutionale Commune en Derechos Humanos en América Latina*, México, Porrúa, 2013, pp. 65-144.

²⁶ Botero destaca la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana sobre el concepto doble del bloque desde la sentencia C-358/97 y consolidada desde la decisión C-191/98. Cf. C. Botero, *La acción de tutela en el ordenamiento constitucional colombiano*, Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura, 2006, pp. 18 y ss.

²⁷ Reina García, O. M., “Las cláusulas de apertura o reenvío hacia las fuentes externas previstas en la Constitución colombiana, como criterio para delimitar el contenido del bloque de constitucionalidad”, en *29 Revista Derecho del Estado*, 2012, pp. 192 y ss.

El proceso de interamericanización de los ordenamientos jurídicos...

procurarse la concordancia entre los tratados y la Constitución, de modo tal que la esfera de protección internacional complementa la constitucional.²⁸ No obstante, en 2017 se dictan sentencias que adoptan una interpretación restrictiva del Art. 75.22 de la Constitución de Argentina.²⁹ La doctrina ya ha aportado voces a favor y en contra de esta última decisión, que modificó la trayectoria de apertura de la Corte Suprema de Argentina.³⁰

La incorporación de este acervo hace surgir obligaciones para los Estados. En tal sentido, la Constitución de Chile, por ejemplo, en su artículo 6 obliga a todos los órganos del Estado a adecuar su comportamiento a las normas constitucionales, dentro de las cuales se encuentra no solo el catálogo de derechos constitucionales, sino también las normas internacionales en materia de derechos humanos a partir de la cláusula que permite atribuir rango constitucional a los tratados de derechos humanos (Art. 5.2) en concordancia con el artículo 1.1 y 1.4. Afirma Claudio Nash que este es el fundamento de la obligatoriedad de las normas internacionales.³¹

Otro momento constitucional de apertura se ubica entre 1999 y 2009. Se refiere a las reformas de Venezuela en 1999,³² Ecuador en 2008,³³ y Bolivia en 2009,³⁴ las cuales tienen implicaciones en la expansión de las cláusulas

²⁸ Sentencia de la CSJN Argentina de fecha 26.12.1996 en el caso *Monges, Analía M vs. Universidad de Buenos Aires*, considerandos 20-22. A. Gordillo, "Jurisprudencia de 1997: Elogio a la Justicia", 1997-F LA LEY, p. 1318.

²⁹ Una nueva interpretación de esta norma se encuentra en el reciente caso de 2017 CSJ 368/1998 (34-M)/CSJ Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso *Fontevicchia y D'Amico vs. Argentina* por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

³⁰ *La Ley*, año LXXXI núm. 39, Buenos Aires, Argentina, 23 de febrero de 2017.

³¹ Nash Rojas, C., *Derecho internacional de los derechos humanos en Chile. Recepción y aplicación en el ámbito interno*, Chile, Universidad de Chile-Facultad de Derecho-Centro de Derechos Humanos, 2012, p. 33.

³² Art. 23: "Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y la ley de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público".

³³ En el Art. 11.3 estipula que "los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte". Por otra parte, contempla una variedad de fórmulas en los artículos 417 y 424.

³⁴ El Art. 13.IV. regula que "los tratados y convenios internacionales ratificados por la Asamblea Legislativa Plurinacional, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los Estados de Excepción prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Constitución se interpretarán de conformidad con los Trata-

sulas de apertura. Estas constituciones tuvieron en cuenta el progreso de las reformas anteriormente mencionadas y extendieron algunas fórmulas, como el rango constitucional de todos los “instrumentos” internacionales de derechos humanos, sin limitarse a los tratados. En la doctrina se ha argumentado que la Constitución ecuatoriana, que adopta como modelo un “Estado Constitucional de Derechos y Justicia”, introdujo como innovación utilizar en distintas normas el término “instrumentos” en lugar de aludir a convenios y tratados a fin de incluir tanto el *hard law* como el *soft law*.³⁵ Una manifestación de la amplitud de la apertura se concretiza también en la regulación expresa de que los derechos fundamentales constitucionales sean interpretados a la luz del *corpus iuris* en la materia, lo que hace presumir válidamente que “el grado de adhesión al estándar establecido en el nivel internacional será importante”.³⁶ El reconocimiento de la multiculturalidad³⁷ es un rasgo característico de este momento de apertura. Incluso se argumenta en la doctrina que hay un paradigma constitucional de protección a la diversidad, todo ello en relación directa con los estándares de la Corte IDH sobre los derechos de los pueblos indígenas.³⁸

Un reciente momento de apertura constitucional es el caso de México, en 2011,³⁹ que incluye el otorgamiento del rango constitucional a los

dos internacionales de derechos humanos ratificados por Bolivia”. También el Art. 256 I. y II. se refieren a la apertura en derechos humanos.

³⁵ Caicedo Tapia, D. A., “El bloque de constitucionalidad en el Ecuador. Derechos humanos más allá de la Constitución”, en Escobar García, C. (ed.), *Teoría y práctica de la justicia constitucional*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2010, pp. 504 y 521.

³⁶ Burgogue-Larsen, L., “Los estándares: ¿normas impuestas o consentidas?”, en Bogdandy, A. von; Ugartemendia, J. I.; Saiz Arnaiz, A. y Morales Antoniazzi, M. (coords.), *La tutela jurisdiccional de los derechos. Del constitucionalismo histórico al constitucionalismo de la integración*, Oñati, Instituto Vasco de Administración Pública, 2012, pp. 375-411.

³⁷ Roman Andrade, P. W., “Pluralismo jurídico y deslinde constitucional”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año XXII, KAS, Bogotá, 2016, p. 662.

³⁸ Yrigoyen Fajardo, R., “El horizonte del constitucionalismo pluralista: Del multiculturalismo a la descolonización”, en Rodríguez Garavito, C. (ed.), *El derecho en América Latina: Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2011, pp. 139 y ss.; Russo, A. M., “El ‘derecho transconstitucional de la diversidad’. La ‘especialidad indígena’ en el desarrollo interamericano del derecho de propiedad”, en *9 Inter-American & European Human Rights Journal*, 2016, pp. 94 y ss.

³⁹ Art. 1: “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

El proceso de interamericanización de los ordenamientos jurídicos...

tratados de derechos humanos. La reforma ha significado un gran avance, aunque queden todavía regulaciones críticas.⁴⁰ La clave en este caso fue que la reforma constitucional coincidió con una reforma del amparo y con importantes sentencias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Una premisa es cierta: ha sido un proceso de reforma apalancado por una relación dinámica entre la Corte Suprema de Justicia de México y la Corte IDH. En México se ha producido una transformación de la justicia a partir de una construcción dialógica con la jurisprudencia desarrollada por la Corte IDH, muy particularmente a partir del caso *Rosendo Radilla vs. el Estado Mexicano*, mediante el pronunciamiento del Pleno de la Suprema Corte, en el sentido de que todos los jueces deben ejercer el control de convencionalidad.⁴¹ En este sentido cabe destacar, entre otros aspectos, la prohibición constitucional de suscribir “convenios o tratados en virtud de los que se alteren los derechos humanos reconocidos por esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte (Art. 15)”.⁴²

El proceso de interamericanización trae consigo una ampliación de la protección que se deriva de la incorporación de la fuente normativa de los derechos humanos contenidos en tratados internacionales, creando con ello un bloque de constitucionalidad ampliado en materia de derechos humanos.⁴³ Facilita asimismo la interpretación bajo la premisa del principio *pro*

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...”.

⁴⁰ Por ejemplo en relación al Art. 29 de la Constitución mexicana. Véase Salazar Ugarte, P., “Del estado de excepción a la suspensión constitucionalizada. Reflexiones sobre la reforma al artículo 29 de la Constitución mexicana”, en Carbonell Sánchez, M. y Salazar Ugarte, P. (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: Un nuevo paradigma*, México, UNAM, 2011, pp. 257-291.

⁴¹ Cfr. Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C, núm. 209, párr. 339. Rivera León, M. A., “Conversando sobre derechos: ¿Una nueva actitud dialógica de la Suprema Corte?”, en Bogdandy, A. von; Morales Antoniazzi, M. y Ferrer Mac-Gregor, E. (coords.), *Construcción de un Ius Constitutionale Commune en América Latina: Contexto, estándares e impacto a la luz de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Puebla, BUAP-UNAM-Corte IDH-MPI, 2016, pp. 485-501.

⁴² No se analiza en este trabajo el debate acerca del alcance del art. 133 de la Constitución mexicana.

⁴³ Más detalles en Ferrer Mac-Gregor, E., “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El Nuevo paradigma para el juez mexicano”, en Carbonell, M. y Salazar, P. (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: Un nuevo paradigma*, México, IJ-UNAM, 2011, p. 365.

*persona*⁴⁴ y permite tener como eje la reparación de los daños causados a las víctimas.

Al margen de los diferentes momentos constitucionales de apertura, en América Latina se observa que hay una cláusula más generalizada y que denota la convergencia y simetría en el espectro normativo constitucional que es la denominada cláusula de los derechos innominados. La convergencia material en esta apertura se manifiesta en incorporar, en términos similares, que la declaración o enunciación de los derechos contenida en la Constitución no debe ser entendida como la negación de otros no enumerados en el texto constitucional, que sean inherentes a la “persona humana” o “a la dignidad humana”.⁴⁵

Como afirma Eduardo Ferrer Mac-Gregor, un elemento común al recibir el influjo del derecho internacional mediante las diversas cláusulas constitucionales es que las normas convencionales adquieren carácter constitucional.⁴⁶ La ubicación de los tratados de derechos humanos en la supremacía constitucional produce efectos a nivel nacional. Dicho rango les otorga rigidez en la medida en que una reforma constitucional solo podrá modificar un tratado en materia de derechos humanos cuando implique una mayor protección y garantía de tales derechos, estando vedado desmejorar su situación jurídica, como opina Humberto Nogueira.⁴⁷

La consecuencia jurídica del rango constitucional y, por tanto, que dichos tratados integren el conocido bloque de la constitucionalidad, es que permean a todo el derecho interno y a todos los poderes públicos, los cuales deben sujetarse a ellos en igual medida que a la propia Constitución. Se aduce que una de las consecuencias de la jerarquía constitucional de los tratados sobre derechos humanos es su incorporación *in totum*, es decir, implica todas sus normas y todo su contenido, incluidos los órganos de protección internacional previstos en dichos tratados. Por

⁴⁴ Cfr. Cruz Parceros, J. A., “El control difuso de constitucionalidad y convencionalidad. Hacia un método de trabajo”, en Carbonell, M.; Fix-Fierro, H.; González Pérez, L. R. y Valadés, D. (coords.), *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo*, México, IJ-UNAM, 2015, t. V, vol. 1, p. 464.

⁴⁵ Constituciones de Argentina (Art. 33), Bolivia (Art. 13.II) Brasil (Art. 5, § 2º), Colombia (Art. 94), Ecuador (Art. 11.7), Paraguay (Art. 45), Perú (Art. 3), Uruguay (Art. 72) y Venezuela (Art. 22).

⁴⁶ Ferrer Mac-Gregor, E., “Reflexiones sobre el control difuso de convencionalidad. A la luz del caso *Cab rera García y Montiel Flores vs. México*”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 131, 2011, p. 931.

⁴⁷ Noriega Alcalá, H., “Los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico interno”, *2/2 Revista Ius et Praxis*, 1997, p. 27.

El proceso de interamericanización de los ordenamientos jurídicos...

esta razón se rechaza que pueda exigirse un *exequátur de constitucionalidad*.⁴⁸

Respecto a las cláusulas de interpretación, Néstor Sagüés afirma que en tales hipótesis, “hay una ‘transferencia de responsabilidades interpretativas’ de sumo interés: el constituyente nacional se somete al documento y al órgano jurisdiccional inter o supranacional, según como se lo quiera ver” y encuentra que la “legitimidad de dispositivos de aquella índole se explica, principalmente, por la necesidad de construir un *Ius Constitutionale Commune* en materia de derechos humanos y de derecho comunitario. El intérprete inter o supra nacional, además, puede gozar (aunque no siempre) de una cierta presunción de mayor calidad y objetividad que el intérprete nacional, de vez en cuando más comprometido con intereses sectoriales domésticos”.⁴⁹ Caballero Ochoa, partiendo del supuesto del Estado constitucional como receptor de la norma internacional, opina que la adopción de la cláusula *pro persona*, que sirve a título de referencia reguladora de la conformidad del derecho interno con los tratados sobre derechos humanos, debe utilizarse “como el criterio interpretativo para discernir la aplicación de uno u otro espacio normativo, máxime en el caso de antinomias y siguiendo criterios de proporcionalidad”.⁵⁰

En líneas generales, los polos para pronunciarse a favor o no de la recepción en el orden interno de los estándares de los otros sistemas normativos de derechos humanos, se están perfilando con las posturas internacionalistas (favorables) y los nacionalistas (resistentes a tal recepción).⁵¹ Como indica Jorge Carpizo, el reconocimiento de la supremacía del derecho internacional, en especial del convencional, respecto al derecho interno se dibuja como una tendencia del constitucionalismo latinoamericano contemporáneo.⁵² La tendencia hacia el proceso de interamericanización y la

⁴⁸ Carlos Ayala Corao mantiene una postura crítica frente a la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela que desconoce las sentencias del órgano interamericano, lo cual representa no sólo una violación de la CADH sino también de la Constitución venezolana de 1999. Ayala Corao, C., “La doctrina de la ‘inejecución’ de las sentencias internacionales en la jurisprudencia constitucional de Venezuela (1999–2009)”, en Bogdandy, A. von; Ferrer Mac-Gregor, E. y Morales Antoniazzi, M. (eds.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?*, México, IJ-UNAM, 2010, t. II, p. 106.

⁴⁹ Sagüés, N. P., “El poder constituyente como intérprete de la Constitución”, en *XVI/16 Pensamiento Constitucional*, Lima, 2012, pp. 191 y ss.

⁵⁰ Caballero Ochoa, J. L., *La incorporación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en España y México*, México, Porrúa, 2009, p. 62.

⁵¹ Serna, J. M., *Impacto e implicaciones constitucionales de la globalización en el sistema jurídico mexicano*, México, UNAM, 2012, pp. 243 y ss.

⁵² Carpizo, J., “Derecho constitucional latinoamericano y comparado”, *114 Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 2005, p. 980.

configuración progresiva del *Ius Constitutionale Commune* cuenta con disposiciones constitucionales explícitas. Evidentemente hay oscilaciones,⁵³ o resistencias,⁵⁴ pero en la actualidad se comprueba cómo la gran mayoría de ordenamientos constitucionales latinoamericanos participan en la construcción del *Ius Commune* en la región.

2.2 Fundamentos convencionales de la interamericanización

Una aproximación al concepto del *corpus iuris interamericano de derechos humanos* indica que el Sistema Interamericano es un sistema jurídico-político construido a partir de voluntades soberanas, con sustento en valores y principios compartidos, normas comunes y dos órganos de control de la protección de los derechos humanos. Los valores y principios compartidos constan, explícita o implícitamente, en el tratado de derechos humanos por excelencia del SIDH, a saber, la Convención Americana.⁵⁵ Además, el *corpus iuris* del SIDH también comprende los demás protocolos y convenciones,⁵⁶ que muestran los consensos de los Estados, al menos normativos, en cuanto a la protección de derechos humanos. Tal como argumenta Sergio García Ramírez, las ratificaciones de los instrumentos por parte de todos los Estados permiten un doble objetivo, por una parte se busca alcanzar una regionalidad plena en el sentido de la vigencia de los instrumentos en todos los paí-

⁵³ Por ejemplo, las tensiones con la Corte Suprema de Justicia de Uruguay sobre el cumplimiento del caso *Gelman*, o el Tribunal Constitucional de República Dominicana en el caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas.

⁵⁴ Por ejemplo, Venezuela denunció la CADH en 2012.

⁵⁵ Ibáñez, J. M., *Manual auto-formativo para la aplicación del control de convencionalidad dirigido a operadores de justicia*, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2015, p. 33. Disponible en: <http://iidh.ed.cr/IIDH/media/3164/manual-auto-formativo-control-convencionalidad-web.pdf>

⁵⁶ *Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Derechos Económicos, Sociales y ("Protocolo de San Salvador")*, 17 de noviembre de 1999; el *Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Pena de Muerte (Pacto de San José)* 6 de agosto de 1990; *Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura*, la *Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas*, la *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará)*, 9 de junio de 1994; *Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad*, 7 de junio de 1999; *Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia*, 5 de junio de 2013, A-68; *Convención Interamericana contra toda forma de Discriminación e Intolerancia*, 5 de junio de 2013; *Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores*, 15 de junio de 2011. Es muy importante la reciente *Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas de 2016*.

El proceso de interamericanización de los ordenamientos jurídicos...

ses y, por otra parte, se continúa el tránsito hacia el acogimiento de otros temas aún no regulados en el sistema.⁵⁷ En este sentido, en el proceso de interamericanización las bases convencionales juegan un rol fundamental al ser el elemento en común que comparten los diferentes Estados.

A nivel convencional, se observa una tendencia hacia la consolidación progresiva de un constitucionalismo regional orientado a la salvaguardia de los derechos humanos sobre la base de la CADH como “Constitución” latinoamericana, los otros instrumentos interamericanos y la jurisprudencia de la Corte IDH que ha ido dotando de contenido el *corpus iuris* interamericano.

La CADH, como *totum*, obliga a los Estados. Sin embargo, algunas disposiciones son clave y desempeñan un papel esencial en la integración del derecho nacional e internacional y en la promoción de la interamericanización del derecho a nivel de los Estados. Los artículos 1.1⁵⁸ y 2⁵⁹ de la CADH prevén las obligaciones generales para los Estados parte. El art 1.1 exige a los Estados: 1) que se abstengan de violar los derechos y libertades contenidos en ella (deber de respetar), lo que implica el deber de prevenir, investigar y sancionar cualquier violación de los derechos previstos en la CADH y reparar su violación; 2) garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos (deber de garantía) reconocidos en la Convención, que exige a los Estados “que se comporten de manera que garanticen efectivamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”; y 3) adoptar las medidas legislativas o de otra índole que sean necesarias para dar efecto a esos derechos o libertades en el derecho interno. Por su parte, el art. 2 de la CADH, que obliga a los Estados a adecuar su legislación interna a la Convención y a la interpretación de la misma realizada por la Corte IDH, es una característica particular del Sistema Interamericano, su homólogo europeo no cuenta con

⁵⁷ García Ramírez, S., “Admisión de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en García Ramírez, S. y Hernández, C. (coords.), *Recepción nacional del derecho internacional de los derechos humanos y admisión de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana*, México, IJ-UNAM, 2009, p. 28.

⁵⁸ Art. 1.1. CADH: “Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.”

⁵⁹ Art. 2 CADH: “Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.”

una cláusula similar.⁶⁰ Estas normas son claves en el proceso de interamericanización del derecho doméstico, dado que obligan a los Estados a adecuar su ordenamiento y prácticas a la norma “supranacional” del derecho de los derechos humanos. Esto último ha permitido a la Corte IDH en numerosas ocasiones ordenar a los Estados la reforma de sus ordenamientos jurídicos internos para reparar una violación de dicho artículo 2, como se mostrará más adelante.

Además, los artículos 29.b y 29.c de la CADH contienen reglas para la interpretación del derecho que contribuyen a perfilar y orientar el rumbo de la interamericanización. Ninguna disposición de la Convención puede ser interpretada en el sentido de: b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados parte o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano. La doctrina ha sostenido que el artículo 29.b, entendido como cláusula de apertura, facilita la labor de la Corte IDH en su diálogo con la jurisprudencia internacional (universal, penal, regional, nacional y comparativa) y también permite la incorporación de *hard* y *soft law*. De esta manera, la Corte IDH participa de un enfoque “cosmopolita”, al igual que su homóloga, la Corte Europea de Derechos Humanos.⁶¹

De este modo, con la ratificación de la CADH, los Estados se han abierto a la aplicación directa del derecho interamericano, obligándose a adaptar su legislación e instituciones nacionales a estas normas supranacionales. La CADH es la piedra angular para la interamericanización de la legislación interna de los Estados. Y más específicamente, como la Corte IDH lo ha desarrollado en su jurisprudencia, los Estados están vinculados por el *corpus iuris* interamericano.

Asimismo, el artículo 44 de la CADH amplía el horizonte del acceso a la justicia al incorporar el llamado “Amparo Interamericano”,⁶² y regula el acceso a esta. Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la OEA, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de la CADH u otro instrumento internacional por un

⁶⁰ Medina Quiroga, C., *The American Convention on Human Rights: crucial rights and their theory and practice*, Cambridge, Intersetia, 2016.

⁶¹ Véase al respecto Burgorgue-Larsen, L., “Interpreting the European Convention: What Can the African Human Rights System Learn from the Case of the European Court of Human Rights on the Interpretation of the European Convention?”, *5 Inter-American & European Human Rights Journal*, 2012, pp. 90-123.

⁶² Ayala Corao, C. M., *Del amparo constitucional al amparo interamericano como institutos para la protección de los derechos humanos*, Caracas/San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos-Editorial Jurídica Venezolana, 1998.

El proceso de interamericanización de los ordenamientos jurídicos...

Estado parte. La Corte IDH ha entendido que este acceso a la justicia interamericana como parte de los recursos disponibles para el examen judicial de cualquier decisión interna que pueda violar los derechos humanos. Desde una perspectiva procesal, los mecanismos judiciales a los que se refiere la CADH son un instrumento para la interamericanización del derecho público interno, ya que obligan al Estado mediante una decisión final (cosa juzgada internacional) de la Corte IDH en aplicación de la CADH.

Dicha intervención de la Corte IDH es de carácter subsidiario, puesto que el Sistema Interamericano le ofrece a las víctimas la posibilidad de acudir a él cuando sus derechos han sido vulnerados y el propio Estado no ha brindado la protección ni garantías a nivel nacional. En el marco de este entendimiento, se argumenta que los órganos de protección, en particular la Corte IDH, intervienen “porque un Estado no cumple, y por lo tanto no debe considerarse una intromisión sino un complemento o corrección de aquellos sistemas legales domésticos que, de cumplir, no harían factible ni necesaria la intervención”.⁶³ En la doctrina se argumenta recientemente que es conveniente desarrollar también la dimensión positiva del principio de subsidiariedad. Yota Negishi se pronuncia a favor de un modelo híbrido que combina el control de convencionalidad centralizado y el difuso, en atención al papel del principio de subsidiariedad en la asignación de competencias entre los tribunales regionales de derechos humanos y los Estados parte. El principio de subsidiariedad regula la asignación de la autoridad pública en los sistemas de gobernanza multinivel y muestra una preferencia por las funciones en el nivel más bajo de la gobernabilidad. Igualmente, la subsidiariedad reasigna inversamente autoridad al nivel más alto sí, y en la medida que, el nivel más alto está en mejores condiciones para cumplir con la tarea en cuestión. De ese modo, la subsidiariedad incluye tanto el aspecto “negativo” de limitar la competencia de entidades superiores en favor de los inferiores en función de mayor deferencia, mientras que el aspecto “positivo” permite que la autoridad superior para interferir en la autoridad inferior y en ese sentido hay una mayor interferencia. La faceta positiva debe ser reforzada para el buen entendimiento de la figura del control de convencionalidad desarrollado por la Corte IDH.⁶⁴

⁶³ Contesse Singh, J., “Constitucionalismo interamericano: Algunas notas sobre las dinámicas de creación e internalización de los derechos humanos”, en Garavito, R. (coord.), *El derecho en América Latina: Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Buenos Aires, 2011, p. 252.

⁶⁴ Negishi, Y., “The Subsidiarity Principle’s Role in Allocating Competences between Human Rights Courts and States Parties: The Hybrid Model of Centralized and Diffused Conventionality Control of Domestic Law”, en Bogdandy, A. von; Piovesan, F. y Morales Antoniazzi, M. (eds.), *Direitos humanos e constitucionalismo regional transformador: Ius Constitutionale Commune na América Latina, Brasil*, 2015 (en edición).

Se interpreta que las decisiones de la Corte IDH repercuten en el “fortalecimiento de la vitalidad democrática de autoridades nacionales, en el reforzamiento de la capacidad institucional al interior de los Estados, y, en particular, de los tribunales.”⁶⁵ Incluso, advierte Sergio García Ramírez que si la tutela del ser humano es la decisión fundamental primordial en las constituciones nacionales y en los textos internacionales, los dilemas se diluyen y la coincidencia surge sin generar conflictos.⁶⁶ Héctor Fix Zamudio considera que el control complementario externo se ha revelado como un instrumento idóneo y deseable para impulsar la garantía eficaz de los derechos humanos.⁶⁷ Se afirma que el control complementario permite la fijación de estándares comunes para que los jueces nacionales los utilicen como parámetros de interpretación, originando una mayor cobertura de la vigencia de los derechos mediante el diálogo interjudicial.⁶⁸

2.3 Interamericanización del discurso jurídico-público

La interamericanización envuelve el uso de los estándares jurisprudenciales en el debate público,⁶⁹ en la actividad jurisdiccional⁷⁰ y extrajudicial (defensorías del pueblo por ejemplo),⁷¹ pero también encierra el litigio estratégi-

⁶⁵ Discurso del Presidente de la Corte IDH, Juez Diego García-Sayán, ante la XLI Asamblea General de Estados Americanos, San Salvador, El Salvador, 7 de junio de 2011.

⁶⁶ Informe del presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ante la Asamblea General de la OEA, Sergio García Ramírez, Panamá, 06.06.2007, p. 3. Disponible en: http://www.CorteIDH.or.cr/docs/discursos/garcia_06_06_07.pdf.

⁶⁷ Fix-Zamudio, H., “Relaciones entre los tribunales constitucionales latinoamericanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Corzo Sosa, E. (ed.), *I Congreso Internacional sobre Justicia Constitucional*, México, 2009, pp. 599-695 y 670.

⁶⁸ Toro Huerta, M. I. del, “El diálogo interjudicial entre las jurisdicciones constitucionales y los tribunales internacionales de derechos humanos. Especial referencia al sistema interamericano”, en Corzo Sosa E. (ed.), *I Congreso Internacional sobre Justicia Constitucional*, México, 2009, pp. 531-575 y 537.

⁶⁹ Por ejemplo, en el caso del proceso de paz en Colombia, véase por ejemplo Bernal Pulido, Carlos, “Transitional Justice within the framework of a permanent constitution: The case study of the legal framework for peace in Colombia”, *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, núm. 3, 2014, pp. 1136-1163.

⁷⁰ Se pueden mencionar tres decisiones emblemáticas: Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sala Constitucional (9 may 1995), No 2312-95, Acción de Inconstitucionalidad, especialmente parte VII; Tribunal Constitucional de Perú (21 jul 2006), No. 2730- 2006-PA/TC, Fundamentos para 12; Corte Suprema de Justicia de El Salvador, Sala Constitucional (10 jul 2015), No. 323-2012ac.

⁷¹ CNDH, México, Recomendación No 3VG/2015 relacionada con el caso de ejecuciones extrajudiciales en Tanhuato, Michoacán. <http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Recomendaciones/ViolacionesGraves/RecVG_004.pdf>

El proceso de interamericanización de los ordenamientos jurídicos...

co⁷² y el discurso académico.⁷³ Particularmente, en relación a la interamericanización del discurso vale la pena resaltar las afirmaciones que Leonardo García Jaramillo toma de la propuesta de Jack Balkin y Sanford Levinson⁷⁴ para introducir la utilidad de los “cánones jurídicos que han empezado a construirse en la región a partir de normas, teorías, dogmática y ciencia jurídica que se reciben creativamente desde cánones transnacionales”. Dichos cánones se destinan a: primero, “cuáles casos y materiales jurídicos importantes deberían enseñarse y difundirse en las facultades de derecho (*canon pedagógico*)”, luego sobre qué casos claves y materiales deben hacerse del conocimiento público respecto a cuestiones centrales del desarrollo constitucional (*canon de cultura general*) y, por último, cuáles casos claves y materiales deberían ser del conocimiento de los académicos sobre las teorías del derecho constitucional (*canon teórico-académico*).⁷⁵

En el ámbito del canon de la teorización se encuentran diversos aportes desde la academia para definir los impactos de lo que defino como interamericanización. Por ejemplo, la noción de ‘constitución convencionalizada’ (Néstor Sagués),⁷⁶ ‘convencionalización del derecho’ (Eloy Espinosa-Saldaña Barrera)⁷⁷ o ‘constitutionalization of Inter-American law, (Ludovic

⁷² Herencia Carrasco, Salvador, “Public Interest Litigation in the Inter-American Court of Human Rights: The Protection of Indigenous Peoples and the Gap between Legal Victories and Social Change”, en *Revue Québécoise de Droit International*, 2015, ed. especial, pp. 199-220; Baluarte, David C., “Strategizing for Compliance: The Evolution of a Compliance Phase of Inter-American Court Litigation and the Strategic Imperative for Victims’ Representatives”, en *American University International Law Review*, núm. 27, 2012, pp. 263-319.

⁷³ Sobre el *ius constitutionale commune*, véanse recientes publicaciones, a saber, Caldas, R. en A. Saiz Arnaiz (dir.), *Diálogos Judiciales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 62; Torres Zúñiga, N., “Control de normas constitucionales por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Santolaya, P. y Wences, I., *La América de los derechos*, Madrid, CEPC, 2016; Ibañez Rivas, Juana María, “La República del Perú”, en Burgorgue-Larsen, Laurence (coord.), *Derechos Humanos en contexto en América Latina. El impacto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en los Estados partes*, Colombia, Ecuador, Haití, México, Nicaragua, Perú, República Dominicana, Uruguay, Venezuela, México, Tirant lo Blanch, 2016, vol. 1, pp. 621-749.

⁷⁴ Balkin, J., Levinson, S., “The Canons of Constitutional Law”, *111 Harvard Law Review* 963, 1998.

⁷⁵ García Jaramillo, L., “De la ‘constitucionalización’ a la ‘convencionalización’ del ordenamiento jurídico. La contribución del *ius constitutionale commune*”, 2016, *Revista Derecho del Estado*, núm. 36, pp. 163 y ss.

⁷⁶ Sagués, N., “De la Constitución Nacional a la Constitución ‘Convencionalizada’”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo; Martínez Ramírez, Fabiola y Figueroa Mejía Giovanni A. (coords.) *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional*, México, UNAM, 2014.

⁷⁷ Espinosa-Saldaña Barrera, E., *Notas sobre la aplicación del principio de legalidad en el escenario internacional y su incidencia en la labor de las diversas administraciones públicas*, disponible en <http://derechoydebate.com/admin/uploads/ESPINOSA-SALDANA-ELOY.pdf>

Hennebel).⁷⁸ Precisamente bajo este enfoque del constitucionalismo transformador en América Latina, Armin von Bogdandy califica al discurso jurídico-público en torno a los derechos humanos como un elemento común.⁷⁹ Igualmente, no cabe duda a nivel regional, que casos emblemáticos como la desaparición de los 43 estudiantes en Iguala, México, así como el proceso de paz en Colombia, han estado impregnados del debate sobre el cumplimiento de los estándares, analizados en las discusión teórico-jurídica, con un eco en la esfera pública de manera creciente y progresiva.

3. EL IMPACTO DE LA INTERAMERICANIZACIÓN A LA LUZ DE LAS REPARACIONES ORDENADAS POR LA CORTE IDH

Aunado a los fundamentos convencionales de la interamericanización, ese es el que se refiere a la reparación integral ordenada por la Corte IDH. En este sentido, debe tenerse en cuenta que desde los inicios del litigio ante tribunales internacionales se ha considerado como principio general del derecho internacional que el incumplimiento de una obligación internacional trae consigo la correlativa obligación de reparar el daño de forma adecuada.⁸⁰

Una de las contribuciones más importantes del desarrollo jurisprudencial de la Corte Interamericana ha sido la *reparación integral* por violaciones de derechos humanos.⁸¹ La Convención Americana dispone en su artículo 63.1 que “la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”.

La Convención Americana le ha dado competencia a la Corte para ordenar a los Estados parámetros destinados a reparar “las consecuencias de

⁷⁸ Hennebel, L., “The Inter-American Court of Human Rights: The Ambassador of Universalism”, *Quebec J. Int'l L.*, ed. especial, 2011, pp. 71 y ss.

⁷⁹ Bogdandy, Armin von; Ferrer Mac Gregor, Eduardo; Morales Antoniazzi, Mariela; Piovesan, Flavia y Soley, Ximena, “Ius Constitutionale Commune en América Latina: A Regional Approach to Transformative Constitutionalism”, *Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIIL) Research Paper No. 2016-21*, disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2859583.

⁸⁰ Corte Permanente de Justicia Internacional, *Caso Factory at Chorzow*, jurisdicción, 26 de julio de 1927, p. 21.

⁸¹ Para este análisis se toma como referencia la contribución del autor Pablo Saavedra Alessandri en la obra *¿Hacia una globalización de los derechos? El impacto de las sentencias del Tribunal Europeo y de la Corte Interamericana*, García Roca, J., y Carmona Cuenca, E. (eds.), Aranzadi, 2017.

El proceso de interamericanización de los ordenamientos jurídicos...

la medida o situación que ha configurado la vulneración de derechos” y, a su vez, con las disposiciones generales antes indicadas relativas al deber de respeto y garantía, así como a la obligación de adoptar medidas, se le abrió un camino para que dicte medidas que busquen, por un lado, atender las necesidades de las víctimas, tanto en una dimensión individual como en una colectiva y, por el otro, atender cuando corresponda el problema estructural que originó la violación.

Desde sus primeras sentencias, la Corte Interamericana ha sido pionera en promover y asegurar una reparación integral a las víctimas de violaciones de derechos humanos, lo cual ha favorecido la adopción de medidas de naturaleza pecuniaria y no pecuniarias, para atender no solo los daños ocurridos a las víctimas, sino también las falencias estructurales que sirvieron como causas a dichas violaciones a los derechos humanos. Para efectos de comprender la gran amplitud de medidas ordenadas por la Corte IDH como reparaciones de carácter integral, una posible agrupación de las mismas es la siguiente: medidas de restitución, de rehabilitación, de satisfacción, obligación de investigar y sancionar a los responsables, garantías de no repetición e indemnización y pago de costas y gastos.⁸²

Especial atención queremos asignar a las denominadas garantías de no repetición. La Corte IDH ha señalado que cuando se ha culminado el proceso internacional y se dicta sentencia, es necesario que el Estado evite la reiteración de las conductas que llevaron al litigio. La sentencia y las reparaciones en ella ordenadas deberían proporcionar un nuevo marco y una nueva visión que permita superar efectiva y oportunamente los problemas identificados. Es por ello que la Corte IDH ha incorporado al catálogo de las reparaciones —en su sentido más amplio— distintas medidas dirigidas a evitar que se repitan los hechos constitutivos de las violaciones declaradas en el caso, así como otras medidas de derecho interno orientadas a impulsar las modificaciones necesarias para adecuar el derecho interno o prácticas la Convención Americana. Estas medidas tienen un alcance o repercusión que trasciende el caso en particular y en muchas ocasiones resuelven problemas

⁸² Londoño Lázaro, M. C., *Las garantías de no repetición en la jurisprudencia interamericana: derecho internacional y cambios estructurales del Estado*, Tirant lo Blanch, Universidad de la Sabana, 2014. En ámbitos específicos, Russo, A. M., “El ‘derecho transconstitucional de la diversidad’: La ‘especialidad indígena’ en el desarrollo interamericano del derecho de propiedad” 9, *Inter-American & European Human Rights Journal*, 2016, pp. 94 y ss. Bajo el enfoque del *ius commune*, García Ramírez, S., “La ‘navegación americana’ de los derechos humanos: hacia un *ius commune*, *Ius Constitutionale Commune* en derechos humanos en América Latina”, en Bogdandy, Armin von, Morales Antoniazzi, Mariela y Ferrer MacGregor, Eduardo (coords.), *Ius Constitutionale Commune en América Latina: Textos básicos para su comprensión*, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro-Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2017, pp. 55 y ss.

estructurales, viéndose beneficiadas no solo víctimas del caso, sino también otros miembros y grupos de la sociedad, es decir, tienen efectos generales.

De este modo, la Corte IDH al conocer de un caso puede ordenar al Estado como garantía de no repetición que repare la violación a través de reformas de carácter legislativo, adopción de políticas públicas o cambio de prácticas en los casos en los que la norma jurídica o ausencia de la misma, la política pública implementada, el déficit institucional o práctica existente, fueron quienes sirvieron de cimiento para que se generara la violación, evidenciando una falencia estructural.

La reparación que conlleva un cambio normativo, la adopción de política pública o cambio de práctica, busca que la falencia estructural que permitió o sirvió para que se generara la violación sea transformada o desarticulada de manera tal que se evite que hechos de la misma naturaleza vuelvan ocurrir y de ese modo puedan garantizarse efectivamente el goce de los derechos y libertades protegidos en la CADH.

Las garantías de no repetición se pueden dividir en tres grupos, según su naturaleza y finalidad, a saber, en primer lugar la adopción de medidas de derecho interno; en segundo lugar, la capacitación a funcionarios públicos y/o educación a la sociedad en materia de derechos humanos; y en tercer lugar, otro tipo de medidas generales:

– *Adopción de medidas de derecho interno de carácter transformador.* Se trata de medidas legislativas o de adopción de políticas públicas dirigidas a cambiar alguna situación estructural de origen normativo, práctica existente o déficit institucional que tiene lugar en el Estado responsable de la violación. Estas medidas están orientadas a evitar que hechos similares vuelvan a ocurrir, asegurando que en el futuro el Estado cumpla con sus deberes de prevención y garantía de los derechos humanos y que adopte las medidas legislativas o políticas públicas necesarias para hacer efectivo el ejercicio de tales derechos. En este ámbito, la Corte IDH ha ordenado a los Estados adecuar su legislación interna en diversas materias que, a su vez, han conllevado actos de diversa naturaleza. Algunos ejemplos de órdenes con carácter estructural son la reforma a la Constitución Política de Chile en materia de libertad de expresión de manera que se eliminara la figura de censura cinematográfica establecida en esta y se pasara a un régimen de calificación cinematográfica;⁸³ la declaración de invalidez y de carencia de efectos de las leyes de autoamnistía de Perú;⁸⁴ la adecuación de las normas

⁸³ Corte IDH. *Caso La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C, núm. 73.

⁸⁴ Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C, núm. 75; Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C, núm. 162.

El proceso de interamericanización de los ordenamientos jurídicos...

procesales y sustantivas en materia de combate al terrorismo en Perú;⁸⁵ garantizar el derecho de acceso a la información en cuestiones de interés público en Chile;⁸⁶ crear un mecanismo eficaz de reclamación y demarcación de tierras ancestrales de los miembros de los pueblos indígenas en Nicaragua;⁸⁷ el derecho a recurrir un fallo ante un tribunal superior en materia penal;⁸⁸ la tipificación del delito de desaparición forzada de personas;⁸⁹ la restricción de la jurisdicción penal militar para la investigación de violaciones de derechos humanos;⁹⁰ modificar la regulación del código penal respecto del delito de asesinato en lo relativo a la peligrosidad del agente;⁹¹ establecer un recurso judicial sencillo que permita controlar las decisiones del máximo órgano electoral que afecten a derechos humanos;⁹² eliminación de la prohibición de practicar fecundación *in vitro* para aquellas personas que lo requieran;⁹³ restricción del servicio militar para menores de edad en Paraguay;⁹⁴ regulación de la declaratoria de los estados de emergencia y suspensión de garantías a los estándares internacionales;⁹⁵ adecuación de la normativa interna para que se dejen hacer cobros por el depósito y manejo de los bienes que son aprehendidos a personas que no han sido condenadas

⁸⁵ Corte IDH. *Caso Castillo Petrucci y otros vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C, núm. 52.

⁸⁶ Corte IDH. *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C, núm. 151.

⁸⁷ Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C, núm. 79.

⁸⁸ Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C, núm. 107.

⁸⁹ Corte IDH. *Caso Trujillo Oroza vs. Bolivia*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de febrero de 2002. Serie C, núm. 92.

⁹⁰ Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C, núm. 216; Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C, núm. 215.

⁹¹ Corte IDH. *Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de junio de 2005. Serie C, núm. 126.

⁹² Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C, núm. 184.

⁹³ Corte IDH. *Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 noviembre de 2012. Serie C, núm. 257.

⁹⁴ Corte IDH. *Caso Vargas Areco vs. Paraguay*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C, núm. 155.

⁹⁵ Corte IDH. *Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C, núm. 166.

por sentencia firme;⁹⁶ la reforma de la normativa sobre injuria y calumnia en Argentina;⁹⁷ dejar sin efecto la ley de amnistía en El Salvador;⁹⁸ la protección de la niñez en Guatemala.⁹⁹ Es interesante observar que todas estas reformas aludidas fueron efectivamente implementadas por los Estados.

Cuando la Corte IDH ordena una reforma legislativa, no se satisface con el hecho que el Estado anuncie o presente un proyecto de ley, sino que es necesario que este efectivamente se transforme en ley en los términos indicados en la sentencia.

– *Capacitación a funcionarios públicos y educación a la sociedad en derechos humanos.* Debido a que la gran mayoría de violaciones de derechos humanos son producidas por la actuación u omisión de funcionarios estatales (fuerzas armadas, policía, operadores de justicia, personal penitenciario, profesionales de la salud, etc.), resulta de vital importancia ordenar a los Estados que fortalezcan sus capacidades institucionales brindando capacitación especializada y permanente a sus funcionarios en materia de normas y principios de protección de derechos humanos. Estas capacitaciones buscan brindar a los funcionarios públicos nuevos conocimientos, desarrollar sus capacidades y prepararlos para desempeñar sus funciones en apego a los derechos humanos que están obligados a proteger y garantizar. El tipo y destinatarios de la capacitación depende de la violación declarada en la sentencia, de manera que el objeto de la capacitación puede ser, en general, la normativa internacional en materia de protección a los derechos, o puede tratarse de capacitaciones más específicas. Hay ejemplos de capacitación al personal con funciones migratorias,¹⁰⁰ con funciones en materia de solicitudes sobre acceso a la información,¹⁰¹ sobre materia del derecho a la salud,¹⁰² y sobre derechos humanos a las fuerzas armadas.¹⁰³

⁹⁶ Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C, núm. 170.

⁹⁷ Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C, núm. 177.

⁹⁸ Corte IDH. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012. Serie C, núm. 252.

⁹⁹ Corte IDH. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2001. Serie C, núm. 77.

¹⁰⁰ Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C, núm. 218.

¹⁰¹ Corte IDH. *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C, núm. 151.

¹⁰² Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C, núm. 149; Corte IDH. *Caso Suárez Peralta vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de mayo de 2013. Serie C, núm. 261.

¹⁰³ Corte IDH. *Caso de la Masacre de La Rochela vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C, núm. 163.

El proceso de interamericanización de los ordenamientos jurídicos...

– *Otro tipo de medidas de repercusión general.* Hay otro tipo de medidas de no repetición que puede dictar la Corte IDH dependiendo de las falencias estructurales que observe en cada caso en particular. Estas medidas pueden ser de muy diversa índole, pudiendo señalar, a modo de ejemplo, la implementación de un registro de detenidos que permita controlar la legalidad de las detenciones en donde se identifique al detenido, los motivos de la detención, autoridad competente, día y hora del ingreso y liberación e información sobre la orden de detención (*Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*);¹⁰⁴ la realización de un programa de registro y documentación de los miembros de la comunidad con el objeto que puedan obtener documentos de identificación;¹⁰⁵ la estandarización de protocolos, manuales, criterios ministeriales de investigación utilizados para investigar los delitos que se relacionen con desapariciones, violencia sexual y homicidios contra mujeres.¹⁰⁶

A continuación, expondremos con mayor detalle algunos ejemplos de medidas de carácter legislativo antes enunciadas y que son un buen reflejo de este proceso de interamericanización.

a) La modificación constitucional derivada del caso la *Última Tentación de Cristo* en Chile

El caso *La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile* se refería a la censura cinematográfica de la película “La Última Tentación de Cristo” como consecuencia de una decisión judicial de la Corte Suprema amparada en la Constitución Política de Chile de 1980.¹⁰⁷

La Constitución Política, en su artículo 19 número 12, reconocía el derecho a la libertad de expresión y, a su vez, consagraba un sistema de censura cinematográfica.¹⁰⁸ Conforme a la legislación chilena, el órgano encargado de determinar la procedencia de la censura cinematográfica era el Consejo de Calificación Cinematográfica. En 1996, dicho Consejo revisó una decisión que previamente había adoptado en 1988, donde se había

¹⁰⁴ Corte IDH. *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de junio de 2003. Serie C, núm. 99.

¹⁰⁵ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C, núm. 146.

¹⁰⁶ Corte IDH. *Caso González y otras (Campo Algodonero) vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C, núm. 205.

¹⁰⁷ Corte IDH. *Caso La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C, núm. 73.

¹⁰⁸ En efecto, la referida disposición preveía que “La ley establecerá un sistema de censura para la exhibición y publicidad de la producción cinematográfica y fijará las normas generales que regirán la expresión pública de otras actividades artísticas”. *Vid. Texto de la Constitución Política de la República de Chile*, 24 de octubre de 1980, artículo 19 número 12, disponible en: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=17039&idVersion=1980-10-24>

prohibido la exhibición de la película aludida, y autorizó su exhibición para mayores de 18 años. Un grupo de ciudadanos, en nombre propio, de la iglesia católica y Jesucristo interpusieron un recurso de protección ante los tribunales internos (Corte de Apelaciones) para que se prohibieran la exhibición de la película, toda vez que se sintieron agraviados al haberse permitido la exhibición de la misma. El recurso fue acogido, en noviembre de 1996, la Corte de Apelaciones de Santiago dejó sin efectos dicha resolución del órgano administrativo, decisión que fue luego confirmada por la Corte Suprema de Justicia de Chile.¹⁰⁹

En el año 2001, la Corte Interamericana dictó sentencia en dicho caso, declarando la responsabilidad internacional del Estado de Chile por haber incumplido con la obligación establecida en el artículo 2 de la Convención Americana y violado el artículo 13 (derecho a la libertad de expresión) de la misma Convención, al haber mantenido y aplicado la censura cinematográfica prevista en el ordenamiento jurídico chileno, y dispuso que “el Estado debe modificar su ordenamiento jurídico interno, en un plazo razonable, con el fin de suprimir la censura previa para permitir la exhibición de la película ‘La Última Tentación de Cristo’”.¹¹⁰ La Corte, además, señaló que:

las normas de derecho interno chileno que regulan la exhibición y publicidad de la producción cinematográfica todavía no han sido adaptadas a lo dispuesto por la Convención Americana en el sentido de que no puede haber censura previa [...] En consecuencia, Chile debe adoptar las medidas apropiadas para reformar [...] su ordenamiento jurídico interno de manera acorde al respeto y el goce del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión.¹¹¹

El 10 de junio de 2001, el Congreso Nacional chileno aprobó el proyecto de reforma constitucional destinado a consagrar el derecho a la libre creación artística y a la eliminación de la censura cinematográfica, sustituyéndola por un sistema de calificación cinematográfica que sería regulado por ley.¹¹² En el mismo orden ideas, se adoptó la Ley 19.846 sobre Calificación de la Producción Cinematográfica, la cual estableció un sistema para la ca-

¹⁰⁹ Chile era parte de la Convención Americana desde 1990.

¹¹⁰ Corte IDH. *Caso La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*, resolutivo 4.

¹¹¹ Corte IDH. *Caso La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*, *supra*, párr. 98.

¹¹² En efecto, el texto constitucional previó desde ese momento que “[l]a ley regulará un sistema de calificación para la exhibición de la producción cinematográfica”, y eliminó toda referencia a su censura. *Reforma Constitucional que elimina la censura cinematográfica sustituyéndola por un sistema de calificación y que consagra el derecho a la libre creación artística*, 25 de agosto de 2001, artículo 19 número 12, disponible en <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=188827&idVersion=2001-08-25>

El proceso de interamericanización de los ordenamientos jurídicos...

lificación de la producción cinematográfica de acuerdo a la edad.¹¹³ Incluso previó que las películas que hayan sido previamente rechazadas dejarán de estarlo.¹¹⁴ Más aún, es relevante tener en cuenta que en el debate parlamentario ante la Cámara de Diputados y el Senado chileno, se refirió a la necesidad de dar cumplimiento con la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.¹¹⁵

En cuanto a la película “La Última Tentación de Cristo”, se observa que fue recalificada por el recién creado Consejo de Calificación y quedó comprendida dentro de la categoría correspondiente a mayores de 18 años, y fue exhibida al público desde el año 2003.¹¹⁶ Con base en todos los elementos anteriores, la Corte Interamericana declaró en el 2003, que el Estado de Chile había dado pleno cumplimiento a la referida sentencia.¹¹⁷ De igual modo, otras películas que habían sido censuradas pudieron ser exhibidas.

Se puede identificar que en el presente caso, la falencia estructural que generó la violación de derechos humanos, y consecuentemente, la responsabilidad internacional de Chile, se encontraba prevista en su Constitución Política, la cual tenía una norma manifiestamente incompatible con la Convención Americana, como era la censura cinematográfica. Si bien los tribunales chilenos tuvieron la posibilidad de enmendar esta situación de manifiesta incompatibilidad entre el ordenamiento jurídico nacional e internacional, no lo hicieron, sino más bien lo avalaron, lo que llevó a una consolidación del incumplimiento de las obligaciones internacionales por parte de Chile. La Corte Interamericana identificó dicha falencia normativa y ordenó su adaptación a las normas del derecho internacional de los derechos humanos en su sentencia del caso de la *Última Tentación de Cristo*, y le ordenó, como parte de sus reparaciones, la reforma de su Constitución y leyes secundarias. En efecto, Chile procedió a eliminar la censura cinematográfica constitucionalmente contemplada, y cambió su régimen por el de calificación cinematográfica, permitiendo garantizar efectivamente el

¹¹³ Ley sobre Calificación de la Producción Cinematográfica, 4 de enero de 2003, disponible en: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=206396>

¹¹⁴ Ley sobre Calificación de la Producción Cinematográfica, disposición transitoria 1.

¹¹⁵ Al respecto, durante el debate y aprobación de dicha ley se hizo en numerosas ocasiones referencia a la necesidad de dar cumplimiento a la sentencia del caso. *Vid.* Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, *Historia de la Ley No. 19.846 sobre calificación de la producción cinematográfica*, pp. 117, 120, 379, 384 y 396, disponible en <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=206396>

¹¹⁶ Corte IDH. *Caso La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 28 de Noviembre de 2003, visto 20.

¹¹⁷ Corte IDH. *Caso La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, resolutivo 1.

derecho a la libertad de expresión, y corrigiendo la falencia estructural que aquejaba a la sociedad en su conjunto.

Este caso quizás se ha transformado en uno de los casos más emblemáticos en cuanto a garantías de no repetición, ya que la Corte le ordenó a Chile reformar nada más y nada menos que su Constitución Política, lo que en otros tiempos podría haber parecido una intromisión indebida en asuntos propios de la soberanía estatal como lo es una enmienda constitucional, la sentencia de la Corte fue bien recibida y sirvió como una nueva herramienta para impulsar el cambio que deseaban las fuerzas democráticas sobre el particular y que por diversos motivos no había prosperado.

b) La creación de un procedimiento administrativo para garantizar el acceso a la información pública y educación de funcionarios públicos en Chile a raíz del caso *Claude Reyes*.

El caso de *Claude Reyes vs. Chile* se refirió a la negativa parcial del Comité de Inversión Extranjera de brindar la información requerida por tres ciudadanos sobre la empresa forestal Trillium y el Proyecto Río Condor, el cual era un proyecto de deforestación que se llevaría a cabo en el Sur de Chile y, según los requirentes de la información, “p[odía] ser perjudicial para el medio ambiente e impedir el desarrollo sostenible de Chile”.¹¹⁸ Contra dicha negativa del órgano administrativo de entregar la información requerida, los afectados ejercieron un recurso de protección impugnando dicho acto y argumentando, entre otros, que se afectaba el control social sobre los órganos del Estado al no permitirse el acceso a información en asuntos de interés público. El recurso fue rechazado por la Corte de Apelaciones de Chile.

Debe señalarse que el Comité de Inversión Extranjera referido mantuvo como práctica “no entregar información relativa a los estados financieros y a los nombres de los socios de una compañía inversora, y consideraba que era de ‘carácter reservado la información referida a terceros’”.¹¹⁹ En el mismo orden de ideas, mediante Resolución Exenta No. 113 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción se estableció que “tendrán el carácter [de] secretos o reservados los actos, documentos y antecedentes en atención a que su conocimiento o difusión podría afectar el interés público.”¹²⁰

La Corte Interamericana dictó sentencia en el año 2006 y determinó que Chile había violado el derecho al acceso a la información, toda vez que

¹¹⁸ Corte IDH. *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C, núm. 151, párr. 3.

¹¹⁹ *Ibidem*, párr. 57.21.

¹²⁰ Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, *Resolución Exenta No. 113*, 24 de marzo de 2003, art. 1, citada en Corte IDH. *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*, *supra*, párr. 57.22.

El proceso de interamericanización de los ordenamientos jurídicos...

la información que no fue entregada por el Estado era de interés público, ya que por el impacto ambiental que podía tener generó gran discusión pública y que el Estado debe encontrarse regido por los principios de publicidad y transparencia en su gestión, lo que permite el control democrático de sus gestiones, de forma tal que los ciudadanos puedan cuestionar, indagar y considerar si se está dando un adecuado cumplimiento de las funciones públicas. Asimismo, la Corte señaló que el derecho de acceso a la información debe guiarse por el principio de máxima divulgación, el cual establece la presunción de que toda la información bajo el poder del Estado es accesible. De igual modo, indicó que el Estado puede poner restricciones al acceso a determinada información, siempre y cuando cumpla con los requisitos de necesidad en una sociedad democrática, de modo que se encuentren orientadas a satisfacer un interés público imperativo, de proporcionalidad en la medida que se restrinja lo menos posible el ejercicio del derecho protegido y debe ser razonable en cuanto es un medio conducente para alcanzar el objetivo que se busca en relación con la injerencia en el goce del otro derecho.¹²¹

Además, la Corte determinó que Chile violó las garantías judiciales y el derecho a la protección judicial, en tanto que el Comité de Inversiones Extranjeras no adoptó una decisión escrita debidamente fundamentada que justificara la negación parcial de suministro de la información solicitada por las víctimas,¹²² y en tanto que el recurso de protección ejercido no resultó como recurso judicial efectivo para atender a la denegatoria de información.¹²³

En atención a lo anterior, la Corte le ordenó a Chile:

adoptar las medidas necesarias para garantizar los derechos protegidos en la Convención [...] ello implica que la normativa que regule restricciones al acceso a la información bajo el control del Estado debe cumplir con los parámetros convencionales y sólo pueden realizarse restricciones por las razones permitidas por la Convención [...] lo cual es también aplicable a las decisiones que adopten los órganos internos en dicha materia.¹²⁴

Por las razones antedichas, la Corte ordenó, entre sus medidas de reparación, que “Chile debe adoptar las medidas necesarias para garantizar la protección al derecho de acceso a la información bajo el control del Estado, dentro de los cuales debe garantizar la efectividad de un procedimiento administrativo adecuado para la tramitación y resolución de las solicitudes de

¹²¹ Cfr. Caso *Claude Reyes y otros vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas, *supra* nota 3, párrs. 91 a 93.

¹²² *Ibidem*, párr. 122.

¹²³ *Ibidem*, 137 a 139.

¹²⁴ *Ibidem*, párr. 101.

información, que fije plazos para resolver y entregar la informaciones”.¹²⁵ En el mismo orden de ideas, ordenó la “capacitación a los órganos, autoridades y agentes públicos encargados de atender las solicitudes de acceso a información bajo control del Estado sobre la normativa que rige este derecho, que incorpore los parámetros convencionales”, ya que las pruebas aportada en el expediente “coinciden en afirmar que los funcionarios públicos no responden efectivamente a solicitudes de información”.¹²⁶ La Corte observó que no era suficiente la transformación institucional si esta no estaba acompañada de un cambio cultural y para esto último era necesario la capacitación de los funcionarios públicos.

En agosto de 2008, se promulgó y publicó la Ley No. 20.285 sobre “Transparencia de la Función Pública y Acceso a la Información de la Administración del Estado”, tomando en consideración la sentencia de la Corte Interamericana al caso *Claude Reyes*,¹²⁷ donde se “regula el principio de transparencia de la función pública, el derecho de acceso a la información de los órganos de la Administración del Estado, los procedimientos para el ejercicio del derecho y para su amparo, y las excepciones a la publicidad de la información”,¹²⁸ y prevé que “los actos y resoluciones de los órganos de la Administración del Estado, sus fundamentos, los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial, y los procedimientos que se utilicen para su dictación, son públicos, salvo las excepciones que establece esta ley y las previstas en otras leyes de quórum calificado”.¹²⁹ Asimismo, la referida ley creó y estableció las facultades del Consejo para la Transparencia, institución que tiene por objeto “promover la transparencia de la función pública, fiscalizar el cumplimiento de las normas sobre transparencia y publicidad de la información de los órganos de la Administración del Estado, y garantizar el derecho de acceso a la información”.¹³⁰ Teniendo esto en cuenta, la Corte concluyó que el Estado “cumplió con la obligación de adoptar [...] las medidas necesarias para garantizar el derecho de acceso a la información bajo el control del Estado”.¹³¹

¹²⁵ *Ibidem*, párr. 163.

¹²⁶ *Ibidem*, párrs. 164 y 165.

¹²⁷ Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, *Historia de la Ley No. 20.285 sobre acceso a la información pública*, pp. 166, 175, 275, 277, 343, 344, 350, 351, 353 y 384, disponible en: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=276363>

¹²⁸ Ley sobre Acceso a la Información Pública, 20 de agosto de 2008, art. 1, disponible en: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=276363>

¹²⁹ Ley sobre Acceso a la Información Pública, art. 5.

¹³⁰ *Ibidem*, art. 32.

¹³¹ Corte IDH. *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 24 de noviembre de 2008, párr. 14.

El proceso de interamericanización de los ordenamientos jurídicos...

En cuanto a la medida de capacitación a funcionarios públicos con relación al acceso a la información, la Corte consideró acreditado que “la capacitación en materia de acceso a la información pública se ha venido desarrollando en forma regular desde el dictado de la sentencia [y que] existe una planificación de actividades, incluyendo la correspondiente asignación presupuestaria aprobada, para continuar con dichas tareas en el futuro”, por lo cual consideró que Chile dio cumplimiento a su obligación de capacitación dispuesta en la sentencia.¹³² En efecto, la Corte observó acciones de capacitación llevadas a cabo por la Agencia para la Probidad y la Transparencia creada en Chile en 2008, diversos seminarios brindados a los funcionarios públicos, la incorporación en el presupuesto nacional del año 2008 de recursos para iniciar un Plan Quinquenal de Capacitación en Probidad y Transparencia, y la elaboración de un Manual de Transparencia y Probidad de la Administración del Estado, entre otras.¹³³

Como se ha podido observar en el presente caso, la falencia estructural se encontraba, por un lado, en la falta de un mecanismo que regulara efectivamente el acceso a la información pública en manos del Estado y de un recurso efectivo que resolviera las solicitudes de información y, por otro lado, en que había una cultura o práctica del servicio público de reserva de la información que le era requerida. Al igual que el caso previamente analizado, los tribunales de justicia tuvieron la posibilidad de enmendar la situación y no lo hicieron, sino más bien la ampararon consolidando de este modo el incumplimiento de Chile a sus obligaciones internacionales. Como consecuencia de esto, la garantía de no repetición de la Corte se orientó a la creación de un mecanismo o procedimiento claro que canalizara y resolviera las solicitudes de información, esto necesariamente debía ir acompañado de un cambio cultural en los funcionarios públicos a través de programas de capacitación.

Es interesante destacar que el Estado fue más allá de lo ordenado por la Corte de crear solamente un procedimiento que regulara el acceso a la información, sino que además creó un órgano de protección y promoción del derecho al acceso a la información, como fue el Consejo de la Transparencia. Estas medidas han tenido un gran impacto en el fortalecimiento de la vida democrática de Chile y en la corrección de las mencionadas falencias estructurales, ya que se ha permitido que se articule un sistema que permite un mayor control social de la gestión pública a través del empoderamiento efectivo de los ciudadanos de su derecho al acceso a la información y, por otro lado, que la transparencia y publicidad de la gestión pública prime sobre la reserva de la misma.

¹³² *Ibidem*, párrs. 20 y 21.

¹³³ *Ibidem*, párr. 15.

c) La expulsión del ordenamiento jurídico de las leyes de auto amnistía en Perú a raíz de la sentencia al *caso Barrios Altos*

El caso *Barrios Altos vs. Perú* se refiere a la ejecución extrajudicial de 15 personas y a la violación de la integridad personal de otras 4 por parte de 6 miembros del Ejército peruano que actuaban en el “escuadrón de eliminación” llamado “Grupo Colina”, durante el gobierno del expresidente Alberto Fujimori. En particular, en el presente artículo se hará referencia especial a la aplicación de las leyes de auto-amnistía vigentes a esa fecha en Perú como obstáculos al acceso a la justicia de las víctimas de los hechos y su incompatibilidad con la Convención Americana.¹³⁴

En este sentido, se debe señalar que el 15 de junio de 1995 entró en vigor la ley 26.479 “que exoneraba de responsabilidad a los militares, policías, y también a civiles, que hubieran cometido, entre 1980 y 1995, violaciones a derechos humanos o participado en esas violaciones, la cual concedió una amnistía “a todos los integrantes de las fuerzas de seguridad y civiles que fueran objeto de denuncias, investigaciones, procedimientos o condenas, o que estuvieran cumpliendo sentencias en prisión, por violaciones a derechos humanos”. Visto que una jueza decidió desaplicar dicha ley de amnistía a los procesos penales en su juzgado, entre ellos el correspondiente a *Barrios Altos*, porque violaba garantías constitucionales y obligaciones internacionales del Perú, el Congreso decidió emitir la ley 26.492 en 1995, con el fin de interferir con las actuaciones judiciales del caso bajo estudio, e incluso amplió el alcance de la amnistía, declarando que no era revisable en sede judicial su contenido, y que la amnistía se aplicaba incluso en los casos en los que no hubieren sido denunciadas las violaciones a derechos humanos incurridas. En este sentido, la Sala de la Corte Superior decidió el archivo definitivo del proceso en el caso *Barrios Altos*, resolviendo que la ley de amnistía no era antagónica con la Constitución ni con los tratados internacionales de derechos humanos; que los jueces no podían decidir no aplicar leyes adoptadas por el Congreso, porque ello iría contra el principio de separación de poderes; y ordenó que la jueza fuera investigada por el órgano judicial de control interno por haber interpretado las normas incorrectamente.¹³⁵ Perú era parte de la Convención desde 1978.

En el año 2001, la Corte Interamericana emitió sentencia de fondo en el caso bajo estudio, declarando entre otros, la responsabilidad internacional del Perú por violación del derecho a la vida, del derecho a la integridad

¹³⁴ Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C, núm. 75, párr. 2.

¹³⁵ *Cfr. Caso Barrios Altos vs. Perú*. Fondo, *supra* nota 16, párr. 2.n

El proceso de interamericanización de los ordenamientos jurídicos...

personal, de las garantías judiciales y de la protección judicial previstas en la Convención Americana en perjuicio de las víctimas del caso. En este sentido, la Corte señaló que

[L]as leyes de amnistía adoptadas por el Perú impidieron que los familiares de las víctimas y las víctimas sobrevivientes en el presente caso fueran oídas por un juez [...] impidieron la investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y sanción de los responsables de los hechos ocurridos en Barrios Altos [...] y obstruyeron el esclarecimiento de los hechos del caso.

[...] Las leyes de autoamnistía conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana. Este tipo de leyes impide la identificación de los individuos responsables de violaciones a derechos humanos, ya que se obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia e impide a las víctimas y a sus familiares conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente.¹³⁶

Teniendo en cuenta lo anterior, se declaró que las leyes de amnistía 26.479 y 26.492 “son incompatibles con la Convención [...] y en consecuencia, carecen de efectos jurídicos”¹³⁷. La Corte, posteriormente, en sentencia de interpretación, dispuso que “[l]a promulgación de una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado parte en la Convención constituye *per se* una violación [y por lo tanto, dadas las violaciones perpetradas por las leyes de amnistía referidas] lo resuelto en la sentencia de fondo en el caso *Barrios Altos* tiene efectos generales”,¹³⁸ es decir lo señalado por la Corte tenía efectos *erga omnes*.

La Corte consideró cumplido lo correspondiente al efecto general de ineficacia de las leyes de amnistía en el año 2005.¹³⁹ Las sentencias (fondo e interpretación) correspondientes al caso de *Barrios Altos* tuvieron un impacto directo en los distintos operadores de justicia peruanos. El fiscal de la Nación emitió una resolución mediante la cual dispuso solicitar a la Sala o Juzgado correspondiente “la ejecución de las sentencias supranacionales”, y poner dicha resolución en conocimiento del presidente de la Corte Suprema de Justicia de la República, fiscales supremos, presidente

¹³⁶ *Ibidem*, párrs. 42 y 43.

¹³⁷ *Ibidem*, Fondo, resolutive 4.

¹³⁸ Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Perú*. Interpretación de la Sentencia de Fondo. Sentencia de 3 de septiembre de 2001. Serie C, núm. 83, párr. 18.

¹³⁹ Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Perú*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 22 de septiembre de 2005, resolutive 1.

del Consejo Supremo de Justicia Militar y fiscales superiores decanos a nivel nacional.¹⁴⁰

Esto llevó al reinicio de investigaciones, de procesos penales, e incluso de condenas contra los perpetradores de las violaciones a derechos humanos cometidas durante el conflicto peruano entre 1980 y 2000. Se debe destacar la condena a 25 años de prisión al expresidente Alberto Fujimori, “en su condición de autor mediato de los delitos de homicidio calificado bajo la circunstancia agravante de alevosía en agravio de las víctimas mortales’ y ‘lesiones graves en agravio de cuatro víctimas’ del presente caso”.¹⁴¹

En el mismo orden de ideas, en el caso *La Cantuta vs. Perú*, conocido por la Corte Interamericana poco después del caso *Barrios Altos* y en donde se siguió la misma línea jurisprudencial, la Sala Plena del Consejo Supremo de Justicia Militar declaró “NULA en todos sus extremos, la ejecutoria suprema de dieciséis de junio de mil novecientos noventa y cinco, que resolvió aplicar el beneficio de amnistía [...] que los presentes autos vuelvan al estado procesal anterior a la aplicación del beneficio de amnistía, al haber quedado sin efectos jurídicos la aplicación de beneficio de amnistía”, donde se constató que la incompatibilidad de dichas leyes con la Convención “se ha visto concretada en general en el Perú” desde la emisión de la sentencia al caso *Barrios Altos*.¹⁴² El presidente Alberto Fujimori también fue sentenciado a pena privativa de libertad como consecuencia de los hechos de *La Cantuta*.

Se observa que la falencia estructural en este caso consistía en que el Estado, a través de la emisión de las leyes de autoamnistía, renunciaba expresamente al ejercicio de su potestad punitiva en casos de violaciones de derechos humanos, lo que traía aparejado la imposibilidad de las víctimas de acceder a la justicia, generando, en consecuencia, su total indefensión. De este modo, el propio Estado deliberadamente se transformó en el creador y propiciador de la impunidad de violaciones a los derechos humanos. Como consecuencia de ello, la Corte señaló enfáticamente que las leyes de autoamnistía no podían tener efecto alguno y que no podían seguir siendo un obstáculo para las investigaciones. De este modo, la sentencia de la Corte desarticuló el andamiaje de la impunidad estructural, y todo lo que ellos conlleva consigo, y dio paso a una nueva realidad que permitió que se reabrieran o iniciaran cientos de investigaciones, las víctimas tuvieran acceso a la justicia, los responsables de violaciones de derechos

¹⁴⁰ Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Perú*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, *supra*, considerando 15.

¹⁴¹ Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Perú*. Supervisión Cumplimiento Sentencia. Resolución de la presidenta de Corte Interamericana de Derechos Humanos de 7 de diciembre de 2009, considerando 10.

¹⁴² Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Perú*, *supra*, párr. 187.

El proceso de interamericanización de los ordenamientos jurídicos...

humanos pudieran ser efectivamente juzgados y se conociera la verdad de lo ocurrido.

Esta sentencia de la Corte es quizás una de las más emblemáticas en cuanto al combate a la impunidad y la perpetuidad de la misma en el tiempo, sobre los deberes y límites que tienen los Estados respecto a la investigación de casos de graves violaciones de derechos humanos. Es interesante traer a colación cómo esta sentencia de la Corte en el caso *Barrios Alto* fue utilizada posteriormente por la Corte Suprema de Argentina para dejar sin efecto las denominadas leyes de amnistía de ese país.

La Corte Suprema Argentina, conociendo un recurso de hecho en el caso *Simón, Julio Héctor y otros*, dejó sin efecto las denominadas leyes de obediencia debida y de punto final a la luz a del derecho internacional de los derechos humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Esta, indicó en su razonamiento, que el legislador, en el momento de aprobar las leyes de obediencia debida y de punto final, buscó amnistiar los graves hechos delictivos ocurridos durante el régimen militar, como una manera de preservar la paz social, frente al conflicto de intereses que enfrentaba la sociedad Argentina. Es así que indicó, que en ese entonces “la armonía socio-política era valorada por el legislador como un bien jurídico sustancialmente más valioso que la continuidad de la persecución penal de los beneficiarios de la ley”.¹⁴³

Asimismo, la Corte Suprema de Argentina indicó:

... que desde entonces hasta el presente, el derecho argentino ha sufrido modificaciones fundamentales que imponen la revisión de lo resuelto en esa ocasión. Así, la progresiva evolución del derecho internacional de los derechos humanos... ya no autoriza al Estado a tomar ponderaciones de esas características, cuya consecuencia sea la renuncia a la persecución penal de delitos de lesa humanidad, en pos de una convivencia social pacífica en el olvido de hechos de esa naturaleza....El Estado argentino ha asumido frente al derecho internacional y en especial, frente al orden jurídico interamericano, una serie de deberes, de jerarquía constitucional, que se han ido consolidando y precisando en cuanto a sus alcances y contenido en una evolución claramente limitativa de las potestades de derecho interno de condonar u omitir la persecución de hechos que conllevan crímenes de lesa humanidad.

Continuó diciendo que “tal como ha sido reconocido por esta Corte en diferentes oportunidades, la jurisprudencia de la Corte Interamericana....,

¹⁴³ Véase Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina, 14 de junio de 2005, Recurso de hecho en la causa *Simón, Julio Héctor y Otros/Privación Ilegítima de Libertad*. Causa, núm. 17.778.

constituye una imprescindible pauta de interpretación de los deberes y obligaciones derivados de la Convención Americana sobre Derechos Humanos” y en consecuencia “las... dudas con respecto al alcance concreto del deber del Estado argentino con relación a las leyes de punto final y obediencia debida han quedado establecidas a partir de la decisión de la Corte Interamericana en el Caso Barrios Altos...”, ya que “la traslación de (sus) conclusiones al caso argentino resulta imperativa...”.¹⁴⁴ La sentencia en comento, además, señaló que:

desde ese punto de vista, a fin de dar cumplimiento a los tratados internacionales en materia de derechos humanos, la supresión de las leyes de punto final y de obediencia debida resulta impostergable y ha de producirse de tal forma que no pueda derivarse de aquéllas obstáculo normativo alguno para la persecución de hechos como los que constituyen la presente causa.

Hemos querido a traer a colación este caso resuelto por la Corte Suprema Argentina en relación a las leyes de amnistía de ese país y sobre el cual la Corte Interamericana no ha conocido caso alguno sobre esa materia, para mostrar cómo el contenido y alcance de su jurisprudencia tienen un impacto directo en jurisdicciones diferentes sobre la cuales se pronunció a través de lo que se ha denominado diálogo jurisprudencial.¹⁴⁵ En este caso, la jurisprudencia interamericana fue uno de los principales insumos o herramientas que tuvo en cuenta la Corte Suprema de Justicia de Argentina para poner límites al ejercicio de la potestad soberana del Estado en cuanto a la investigación de graves violaciones de derecho humanos y, de ese modo, levantar el manto de impunidad en que se encontraban muchas violaciones de derechos humanos.

d) La creación de un procedimiento administrativo para poder delimitar las tierras indígenas en Nicaragua a raíz del caso *Awás Tingni*

El caso *Awás Tingni vs. Nicaragua* se refiere a la concesión que otorgó el Estado nicaragüense a la compañía Sol del Caribe (SOLCARSA) con el objeto de realizar, en las tierras de la comunidad indígena Awás Tingni, trabajos de construcción de carreteras y explotación de madera, sin el consentimiento de esta. Esta situación fue posible como consecuencia de la inexistencia de

¹⁴⁴ Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina, 14 de junio de 2005, Recurso de hecho en la causa Simón, Julio Héctor y Otros/Privación Ilegítima de Libertad. Causa, núm. 17.778.

¹⁴⁵ Al respecto, véase: Ayala Corao, C. (2012), *Del Diálogo Jurisprudencial al Control de Convencionalidad*, pp. 68 a 102, y Dulitzky, A. (1997), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales: un estudio comparado*, en: Abregu, M, et al., *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, Centro de Estudios Legales y Sociales, 1997, pp. 66 a 73.

El proceso de interamericanización de los ordenamientos jurídicos...

un procedimiento o mecanismo efectivo para demarcar y titular la tierra indígena.¹⁴⁶

La Corte concluyó que en Nicaragua no existía un procedimiento efectivo para delimitar, demarcar y titular las tierras comunales indígenas y que el Estado no había adoptado las medidas adecuadas de derecho interno para tales efectos con respecto a las tierras de comunidades indígenas. Como consecuencia de lo anterior, la Corte pudo constatar que en el caso en concreto de la comunidad *Awás Tingni*, no se había delimitado su propiedad y que la misma estaba siendo afectada por concesiones forestales, situación que creaba un clima de incertidumbre permanente entre los miembros de la comunidad *Awás Tingni*, en cuanto no sabían con certeza hasta dónde se extendía geográficamente su derecho de propiedad comunal y, consecuentemente, desconocían hasta dónde pueden usar y gozar libremente de la misma.

A raíz de lo anterior y haciendo una interpretación evolutiva del derecho de propiedad privada protegido por la Convención Americana en cuanto a que esta protege la propiedad comunal, la Corte concluyó que la falta de un procedimiento para la demarcación y titulación afectaba el derecho de propiedad comunal que tenían los miembros de la comunidad *Awás Tingni* sobre su tierra, toda vez que las concesiones dadas por Nicaragua a terceros para la explotación de bienes y recursos podrían encontrarse dentro del territorio de esta. Al respecto, indicó que:

entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica.

Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras. El derecho consuetudinario de los pueblos indígenas debe ser tenido especialmente en cuenta, para los efectos de que se trata.

Como producto de la costumbre, la posesión de la tierra debería bastar para que las comunidades indígenas que carezcan de un título real sobre la propiedad

¹⁴⁶ Cfr. *Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingnis vs. Nicaragua*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 3 de abril de 2009, considerando 9.

de la tierra obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro.

La Corte le ordenó al Estado como reparación que adoptara las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter que fueran necesarias para crear un mecanismo efectivo de delimitación, demarcación y titulación de la propiedad de los miembros de la comunidad Mayagna Awas Tingni, acorde con el derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres de esta. Asimismo, indicó que mientras no se delimitará el territorio, Nicaragua o terceros que actuarán con su aquiescencia o su tolerancia, se deberían abstener de realizar actos que puedan afectar la tierra reclamada por la comunidad Awas Tingni.

El 23 de enero de 2003 se aprobó en Nicaragua la Ley No. 445 sobre el Régimen de la Propiedad Comunal de los Pueblos Indígenas y Comunidades Étnicas de las Regiones Autónomas de la Costa Atlántica de Nicaragua y de los Ríos Bocay, Coco, Indio y Maíz, la cual tiene por objeto regular el régimen comunal de las tierras indígenas de dichas zona y estableció un procedimiento específico y las competencias institucionales en materia de demarcación y titulación de tierras indígenas.

En diciembre de 2008, el Estado entregó a la comunidad Awas Tingni el título de propiedad por 73,394 hectáreas. Es interesante destacar lo señalado por el líder de la comunidad: “[l]a comunidad por lo general [se encuentra] content[a] con la titulación y not[aba] que represent[aba] un logro importante tanto para Awas Tingni como para los otros pueblos indígenas en Nicaragua, así como para los pueblos indígenas en todo el mundo”.¹⁴⁷ Es importante destacar que esta ley permitió que al menos 87 comunidades indígenas se hayan beneficiado de esta ley.

Asimismo, es interesante destacar que en el presente caso la Corte pudo constatar que la falencia estructural se encontraba en un déficit institucional por la inexistencia de un mecanismo o procedimiento que permitiera delimitar y demarcar las tierras de las comunidades indígenas, situación que afectaba además de la propiedad comunal de estas, sus usos y costumbres por su estrecha relación con la tierra y era a su vez fuente de conflicto social ante la incertidumbre de hasta donde se extendía su territorio y empezaba el de terceros. Por eso, la reparación de la Corte se orientó a que se creara un mecanismo efectivo que permitiera la demarcación de las tierras indígenas, el cual debía tener en cuenta valores, usos y costumbres ancestrales.

¹⁴⁷ Cfr. *Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingnis vs. Nicaragua*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 3 de abril de 2009, considerando 9.

El proceso de interamericanización de los ordenamientos jurídicos...

e) La supresión de la jurisdicción militar para el juzgamiento de civiles en México

Otro tema a desarrollar es el correspondiente a la *jurisdicción militar* en México, al cual la Corte hizo referencia en los casos *Radilla Pacheco*, *Fernández Ortega y Otros*, *Rosendo Cantú y Otros*, y *Cabrera García y Montiel Flores*.

En el caso *Radilla Pacheco*, la Corte Interamericana debió conocer de la presunta desaparición forzada del señor Rosendo Radilla Pacheco, que tuvo lugar el 25 de agosto de 1974, a manos de efectivos del Ejército en el estado de Guerrero, México.¹⁴⁸ En particular, el asunto relevante a los efectos del presente artículo, se refiere a la competencia de la jurisdicción militar para conocer de aquellos delitos que califican como violaciones de derechos humanos en perjuicio de civiles, perpetrados por funcionarios militares.¹⁴⁹

Dicha competencia se encontraba prevista, entre otros, en el artículo 57 del Código de Justicia Militar mexicano, el cual preveía que “[s]on delitos contra la disciplina militar: [...] II. los del orden común o federal, cuando en su comisión haya concurrido cualquiera de las circunstancias que seguidamente se expresan: a) [q]ue fueren cometidos por militares en los momentos de estar en servicio o con motivo de actos del mismo [...]”.¹⁵⁰

En este caso, con base en la reiterada jurisprudencia de la Corte en casos relacionados con Perú, Chile, Colombia y Guatemala, la Corte afirmó que:

reiteradamente ha establecido que la jurisdicción penal militar en los Estados democráticos, en tiempos de paz, ha tendido a reducirse e incluso a desaparecer, por lo cual, en caso de que un Estado la conserve, su utilización debe ser mínima, según sea estrictamente necesario, y debe encontrarse inspirada en los principios y garantías que rigen el derecho penal moderno. En un Estado democrático de derecho, la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados a las funciones propias de las fuerzas militares. Por ello, el Tribunal ha señalado anteriormente que en el fuero militar sólo se debe juzgar a militares activos por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar.¹⁵¹

Aunado a ello, la Corte invocó su jurisprudencia previa para afirmar que “tomando en cuenta la naturaleza del crimen y el bien jurídico lesionado, la jurisdicción penal militar no es el fuero competente para investigar y, en

¹⁴⁸ Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de Noviembre de 2009. Serie C, núm. 209, párr. 2.

¹⁴⁹ *Ibidem*, párr. 271.

¹⁵⁰ *Idem*.

¹⁵¹ *Ibidem*, párr. 272.

su caso, juzgar y sancionar a los autores de violaciones de derechos humanos sino que el procesamiento de los responsables corresponde siempre a la justicia ordinaria”, añadiendo finalmente que cuando la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural y, a *fortiori*, el debido proceso, el cual, a su vez, se encuentra íntimamente ligado al propio derecho de acceso a la justicia.¹⁵² Con base en lo anterior, la Corte concluye que “si los actos delictivos cometidos por una persona que ostente la calidad de militar en activo no afectan los bienes jurídicos de la esfera castrense, dicha persona debe ser siempre juzgada por tribunales ordinarios. En este sentido, frente a situaciones que vulneren derechos humanos de civiles bajo ninguna circunstancia puede operar la jurisdicción militar”.¹⁵³

A la luz de dichos estándares, la Corte declaró la responsabilidad internacional del Estado, ya que la detención y desaparición de la víctima Radilla Pacheco “no guardan relación con la disciplina castrense”, añadiendo que “en un Estado de derecho, la comisión de actos tales como la desaparición forzada de personas en contra de civiles por parte de elementos de la fuerza militar nunca puede ser considerada como un medio legítimo y aceptable para el cumplimiento de la misión castrense. Es claro que tales conductas son abiertamente contrarias a los deberes de respeto y protección de los derechos humanos y, por lo tanto, están excluidas de la competencia de la jurisdicción militar”.¹⁵⁴ Frente a lo anterior, visto que el artículo 57 referido del Código de Justicia Militar, la Corte IDH declaró la incompatibilidad de dicho artículo con la Convención Americana.¹⁵⁵ Sobre el particular, ordenó como reparación “que las interpretaciones constitucionales y legislativas referidas a los criterios de competencia material y personal de la jurisdicción militar en México, se adecuen a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal”¹⁵⁶ y que “debe adoptar, en un plazo razonable, las reformas legislativas pertinentes para compatibilizar [el artículo 57 del Código de Justicia Militar] con los estándares internacionales de la materia y de la Convención”.¹⁵⁷

La *ratio* antes descrita fue reiterada en los casos *Fernández Ortega y Otros* y *Rosendo Cantú y Otros*, donde se declaró la responsabilidad internacional del Estado por la intervención de la jurisdicción militar en la investigación

¹⁵² *Ibidem*, párr. 273.

¹⁵³ *Ibidem*, párr. 274.

¹⁵⁴ *Ibidem*, párr. 277.

¹⁵⁵ *Ibidem*, párrs. 287 y 289.

¹⁵⁶ *Ibidem*, párr. 340.

¹⁵⁷ *Ibidem*, párr. 342.

El proceso de interamericanización de los ordenamientos jurídicos...

sobre los hechos de violencia sexual perpetrados por personal militar en contra de las señoras Fernández Ortega y Rosendo Cantú. En dicha sentencia, ratificó la incompatibilidad del artículo 57 del Código de Justicia Militar con la Convención Americana,¹⁵⁸ y además señaló que “cuando un Estado es parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquel, lo cual les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin”.¹⁵⁹ Como consecuencia de ello, la Corte, en adición a la modificación legislativa correspondiente, determinó que “corresponde a las autoridades judiciales, con base en el control de convencionalidad, disponer inmediatamente y de oficio el conocimiento de los hechos por el fuero penal ordinario”.¹⁶⁰ En el caso *Cabrera García y Montiel Flores* contra México, la Corte siguió el mismo criterio jurisprudencial y ordenó la misma reparación.¹⁶¹

Con base en la jurisprudencia de la Corte IDH, la Suprema Corte de Justicia de la Nación inició la incorporación de dichos criterios en su jurisprudencia constitucional. El 30 de agosto de 2012, la Suprema Corte dictó sentencia al amparo en revisión 134/2012, donde se desaplicó el artículo 57 del Código de Justicia Militar en contra del recurrente, pues “la jurisdicción penal militar no es el fuero competente para juzgar y sancionar a la autora de violaciones de derechos humanos de los civiles víctimas de tales ilícitos”, en aplicación del control de convencionalidad.¹⁶² En el mismo orden de ideas, la Suprema Corte se refirió a las limitaciones a la jurisdicción militar en varias otras oportunidades,¹⁶³ consolidando de esta forma los estándares desarrollados por la Corte Interamericana en su jurisprudencia.

¹⁵⁸ Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros. vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010 Serie C, núm. 215, párrs. 177 y 179, y Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C, núm. 216, párrs. 161 y 163.

¹⁵⁹ Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros. vs. México*, *supra*, párr. 236.

¹⁶⁰ *Ibidem*, párr. 237.

¹⁶¹ Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C, núm. 220, párr. 194.

¹⁶² Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo en Revisión 134/2012, decisión de 30 de agosto de 2012, disponible en <http://fueromilitar.scjn.gob.mx/Resoluciones/P12001340.pdf>

¹⁶³ Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo en Revisión 63/2012, decisión de 3 de septiembre de 2012, disponible en http://fueromilitar.scjn.gob.mx/Resoluciones/AmparoRevision_63_2012.pdf; y Amparo en Revisión 252/2012, decisión de 11 de septiembre de 2012, disponible en http://fueromilitar.scjn.gob.mx/Resoluciones/AmparoRevision_252_2012.pdf

Finalmente, a raíz de las decisiones de la Corte Interamericana y de la Suprema Corte de Justicia, se observa que el 13 de junio de 2014 se modificó el artículo 57 del Código de Justicia Militar, identificando como delitos sobre los cuales tiene competencia dicha jurisdicción:

II. Los del orden común o federal, siempre y cuando no tenga la condición de civil el sujeto pasivo que resiente sobre su persona la afectación producida por la conducta delictiva o la persona titular del bien jurídico tutelado o puesto en peligro por la acción u omisión prevista en ley penal como delito, en los siguientes supuestos: a) Que fueren cometidos por militares en los momentos de estar en servicio o con motivo de actos del mismo [...].¹⁶⁴

Se observa de esta forma, cómo a raíz de las sentencias de la Corte Interamericana, el Estado mexicano, en primer lugar mediante sus tribunales y sucesivamente mediante sus órganos parlamentarios, procedió a adaptar los estándares de la Corte IDH en su ordenamiento jurídico interno, de tal forma que la jurisdicción penal militar se encuentra ahora limitada a aquellos delitos cometidos por funcionarios militares en ejercicio de su

f) Los avances en la tipificación penal de los delitos de calumnia e injuria en Argentina a raíz del cumplimiento a la sentencia del caso *Kimel*

El último ejemplo se refiere al caso *Kimel vs. Argentina*, en donde se discutió la imposición de una condena penal a un periodista por el delito de injurias, en primer lugar, y luego en segunda instancia por el delito de calumnia, debido a la publicación de un libro en el cual critica la actuación de un juez que tuvo bajo su conocimiento el caso conocido como la matanza de San Patricio o la de los sacerdotes palotinos. En efecto, en el derecho penal argentino, el delito de injurias estaba tipificado como “[e]l que deshonrar o desacreditare a otro, será reprimido con multa de pesos mil quinientos a pesos noventa mil o prisión de un mes a un año”; mientras que el delito de calumnia estaba tipificado, de tal forma que “[l]a calumnia o falsa imputación de un delito que dé lugar a la acción pública, será reprimida con prisión de uno a tres años”.¹⁶⁵

En este caso, el Estado reconoció su responsabilidad internacional en cuanto a “la falta de precisiones suficientes en el marco de la normativa penal que sanciona las calumnias y las injurias que impidan que se afecte la libertad de expresión, importa el incumplimiento de la obligación de adop-

¹⁶⁴ Código de Justicia Militar del 13 de junio de 2014, artículo 57, disponible en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/4_130614.pdf

¹⁶⁵ Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C, núm. 177, párrs. 64 y 65.

El proceso de interamericanización de los ordenamientos jurídicos...

tar medidas contempladas en el artículo 2 de la Convención Americana”, por lo cual, la Corte determinó que “la tipificación penal correspondiente contraviene los artículos 9 y 13.1 de la Convención”, referidos al derecho al principio de legalidad y a la libertad de expresión.¹⁶⁶ La Corte Interamericana estableció que el señor Kimel realizó una reconstrucción de la investigación judicial de la masacre y, a partir de ello, emitió un juicio de valor crítico sobre el desempeño del Poder Judicial durante la última dictadura militar en Argentina y del juez que conoció la causa sobre la muerte de los sacerdotes palotinos, lo que no podía ser objeto de persecución penal, pues trataba de cuestiones de interés público.

Teniendo eso en cuenta, la Corte ordenó al Estado “que adecue en un plazo razonable su derecho interno a la Convención, de tal forma que las imprecisiones reconocidas por el Estado [...] se corrijan para satisfacer los requerimientos de seguridad jurídica y, consecuentemente, no afecten el ejercicio de la libertad de expresión”.¹⁶⁷

Poco más de un año después de la notificación de la sentencia de la Corte, el 26 de noviembre de 2009, se promulgó la ley 26.551, mediante la cual se modificó la tipificación penal de los delitos de calumnia e injuria. Así, el delito de injuria quedó tipificado como:

El que intencionalmente deshonrar o desacreditar a una persona física determinada será reprimido con multa de pesos mil quinientos (\$ 1.500.-) a pesos veinte mil (\$ 20.000.-). En ningún caso configurarán delito de injurias las expresiones referidas a asuntos de interés público o las que no sean asertivas. Tampoco configurarán delito de injurias los calificativos lesivos del honor cuando guardasen relación con un asunto de interés público.¹⁶⁸

Por su parte, la calumnia quedó tipificada de la siguiente forma:

La calumnia o falsa imputación a una persona física determinada de la comisión de un delito concreto y circunstanciado que dé lugar a la acción pública, será reprimida con multa de pesos tres mil (\$ 3.000.-) a pesos treinta mil (\$ 30.000.-). En ningún caso configurarán delito de calumnia las expresiones referidas a asuntos de interés público o las que no sean asertivas.¹⁶⁹

¹⁶⁶ Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina*, párrs. 66 y 67.

¹⁶⁷ *Ibidem*, párr. 128.

¹⁶⁸ Ley 26.551, *Modificación al Código Penal de Argentina*, 26 de noviembre de 2009, artículo 2, disponible en: <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/ane-xos/160000-164999/160774/norma.htm>

¹⁶⁹ Ley 26.551, *Modificación al Código Penal de Argentina*, 26 de noviembre de 2009, artículo 1.

Se observa de las nuevas tipificaciones de los delitos de calumnia e injuria (1), que fueron excluidas de dicha sanción las expresiones que se refieran a asuntos de interés público, y (2) que asigna como penas sanciones de naturaleza económica. Teniendo esto en cuenta, la Corte advirtió que dicha modificación legislativa “efectivamente modifica la tipificación y sanción de los delitos de calumnia e injuria de forma que no incluyan ‘expresiones que no sean asertivas’, y asigna como penas, por la comisión de dichos delitos, multas económicas”.¹⁷⁰

El Estado de Argentina acogió la decisión de la Corte Interamericana para proceder a la modificación de las normas que penalizaban el debate sobre cuestiones de interés público con la injuria y la calumnia. Así, la orden de la Corte Interamericana coadyuvó a la reparación de la falencia estructural en Argentina, que consistía en la tipificación inconvencional de los delitos de calumnia e injuria al ser extensivo estos tipos penales cuando se trataban cuestiones de interés público, con los efectos lesivos que esto tenía para el debate democrático y de control social sobre los actos de los funcionarios públicos, especialmente cuando estos trataban cuestiones de interés público.

4. CONCLUSIÓN

La doctrina contemporánea está abordando las nuevas formas de interacción entre jueces nacionales y regionales, especialmente en Europa y América Latina, bajo la figura del diálogo y como expresión del proceso de humanización.¹⁷¹ Es en este contexto donde se genera la interamericanización, evidenciando dinámicas transnacionales y tendencias jurisprudenciales en situaciones de pluralismo constitucional y con fundamentos explícitos a nivel nacional e interamericano. Se produce un diálogo con el propósito de explorar cómo ha sido resuelto un problema jurídico común en el marco del sistema regional de derechos humanos y no solo por reconocerle autoridad a este Tribunal.¹⁷² Los tribunales constitucionales y altas cortes han venido

¹⁷⁰ Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 18 de mayo de 2010, párr. 33.

¹⁷¹ Cfr. Burgorgue-Larsen, Laurence, “De la internacionalización del diálogo entre los jueces”, en: Bogdandy, Armin von; Piovesan, Flávia y Morales Antoniazzi, Mariela (coords.), *Direitos humanos, democracia e integração jurídica: Emergência de um novo direito público*, São Paulo-Rio de Janeiro, Elsevier, 2013, pp. 231-264.

¹⁷² Una visión completa en Góngora-Mera, M. E., “Interacciones y convergencias entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales nacionales: un enfoque coevolutivo”, en Bogdandy, Armin von; Piovesan, Flavia y Morales Antoniazzi, Mariela (coords.), *Estudos avançados de direitos humanos: democracia, e integração jurídica: emergência de um novo direito público*, Río de Janeiro, Elsevier, 2013, pp. 312-337.

El proceso de interamericanización de los ordenamientos jurídicos...

incorporando en sus decisiones estándares normativos desarrollados por la Corte Interamericana;¹⁷³ a su vez la Corte Interamericana —sin estar obligada por ninguna normativa interamericana— ha mostrado una creciente deferencia judicial al considerar en sus fallos algunos estándares normativos desarrollados por cortes nacionales en su jurisprudencia. Igualmente se constata el fenómeno de citar jurisprudencia constitucional de cortes de otros países de la región.¹⁷⁴

Se produce una genuina interacción entre las cortes, derivada en cierta medida de su pertenencia a una comunidad jurídica de derechos. El control de convencionalidad, a una década de la sentencia *Almonacid Arellano vs. Chile*, que es calificada como su partida de nacimiento, facilita que las autoridades nacionales, en particular los jueces, verifiquen la compatibilidad entre las normas jurídicas susceptibles de aplicarse en un caso concreto y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, incluyendo la jurisprudencia de la Corte Interamericana, siendo una bisagra para la progresiva interamericanización de los órdenes nacionales.¹⁷⁵ Se toman en cuenta normas comunes y se expanden criterios jurisprudenciales y estándares sobre temas sustantivos de derechos humanos y sobre las obligaciones de los Estados, especialmente sobre las obligaciones positivas y el deber de adecuación previsto en la CADH.¹⁷⁶ Todo ello va configurando, como también lo advierte el actual presidente de la Corte IDH, Roberto Caldas, un *ius commune*.¹⁷⁷

¹⁷³ Se trata de una tendencia. Cfr., por ejemplo Piovesan, Flávia, “Derechos humanos y diálogo entre jurisdicciones en el contexto latinoamericano”, en Bogdandy, Armin von et al. (coord.), *La tutela jurisdiccional de los derechos: Del constitucionalismo histórico al constitucionalismo de la integración*, Oñati, Instituto Vasco de Administración Pública, 2012, pp. 349-373. Sin embargo, hay tensiones y resistencias, véase al respecto en general Shelton. Dinah L., “Breakthroughs. Burdens, and Backlash: What Future for Regional Human Rights Systems”, en Weston, Burns H. y Grear, Anna (eds.), *Human Rights in the World Community*, 2016, pp. 329-340.

¹⁷⁴ Dias, Roberto y Freitas Mohallem, Michael, “O Diálogo Jurisdiccional sobre Direitos Humanos e a Ascensão da Rede Global de Cortes Constitucionais”, en Bogdandy, Armin von, Morales Antoniazzi, Mariela y Piovesan, Flávia (coords.), *Ius Constitutionale Commune na America Latina: Diálogos Jurisdicionais e Controle de Convencionalidade*, Curitiba, Jurúa, 2016, vol. III, pp. 249-282.

¹⁷⁵ Henríquez Viñas, Miriam y Morales Antoniazzi, Mariela (coords.), *El control de convencionalidad: un balance a 10 años de Almonacid Arellano vs. Chile*, Santiago de Chile, DER, 2017.

¹⁷⁶ Cf. Saavedra Alessandri, P. y Pacheco, G., *Las sesiones itinerantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: un largo y fecundo caminar por América*, Biblioteca Jurídica Virtual, UNAM, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2740/8.pdf>

¹⁷⁷ Caldas, R., en Saiz Arnaiz A. (dir.), *Diálogos Judiciales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 62. En la misma línea, Ibañez Rivas, Juana María, “La República del Perú”, en Burgorgue-Larsen, Laurence (coord.), *Derechos Humanos en contexto en América Latina. El impacto del sistema interamericano*

Conforme lo apunta Humberto Nogueira, todo juez de un Estado parte, sea ordinario o constitucional, está llamado a desarrollar el control de convencionalidad “en aplicación del deber jurídico de respetar y garantizar los derechos convencionales de conformidad con el artículo 1 de la CADH, y la obligación de aplicar las medidas jurisdiccionales para asegurar la adecuación al Sistema Interamericano exigida por el artículo 2 de la misma CADH, aplicando como estándar mínimo los atributos de los derechos y garantías contenidos en la CADH y el *corpus iuris* interamericano, lo que constituye un control diferente y distinto del control de constitucionalidad”, pues obedecen a distintos parámetros de control, el primero es “el *corpus iuris* interamericano, cuyo texto central y básico es la Convención Americana sobre Derechos Humanos, mientras que el control de constitucionalidad tiene como parámetro básico la Constitución Política de la República”.¹⁷⁸ Sobre el auge de esta doctrina y su aplicación existen posturas a favor¹⁷⁹ y en contra.¹⁸⁰ Humberto Sierra Porto afirma que el control de convencionalidad es el paradigma que permite comprender el proceso de incorporación del derecho internacional al derecho interno y asevera que “como consecuencia de la eficacia jurídica de la Convención Americana, en todos los Estados partes se ha generado un control que es dinámico, que es complementario de todas las obligaciones convencionales de los Estados para respetar y garantizar los derechos humanos de manera conjunta entre autoridades internas y las instancias internacionales.”¹⁸¹

de derechos humanos en los Estados partes, Colombia, Ecuador, Haití, México, Nicaragua, Perú, República Dominicana, Uruguay, Venezuela, México, Tirant lo Blanch, 2016, vol. 1, pp. 621-749.

¹⁷⁸ Nogueira Alcalá, H., “Diálogo interjurisdiccional, control de convencionalidad y jurisprudencia del Tribunal Constitucional en periodo 2006-2011”, *Estudios Constitucionales*, vol. 10, núm. 2, 2012, p. 64.

¹⁷⁹ Hitters, Juan Carlos, “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)”, *Estudios Constitucionales*, vol. 7, núm. 2, 2009, pp. 109-128; Rivas Ibáñez, Juana María, “Control de convencionalidad: precisiones para su aplicación desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 8, 2012, pp. 103-113.

¹⁸⁰ Ruiz-Chiriboga, Oswaldo, “Conventionality Control: Examples of (Un) Successful Experiences in Latin America”, *The Inter-Am. & Eur. Hum. Rts. J.*, vol. 3, 2010, p. 200; Dulitzky, Ariel E., “Inter-American Constitutional Court-The Invention of the Conventionality Control by the Inter-American Court of Human Rights”, *50 Texas International Law Journal*, 2015, pp 45-48.

Armin von Bogdandy y Ingo Venzke, *In whose name: A public law theory of international adjudication*, Oxford, OUP, 2014.

¹⁸¹ Sierra Porto, H. A., La construcción compartida del control de convencionalidad, Memorias del XII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, Universidad del Externado, Colombia, 2016.

El proceso de interamericanización de los ordenamientos jurídicos...

No obstante, vale la pena resaltar que este proceso de ajuste a la CADH, como se ha sostenido a lo largo de este trabajo, amplía el fenómeno de la interamericanización al facilitar la expansión de los estándares de la Corte IDH en los respectivos órdenes domésticos. Uno de los aportes esenciales y, a la vez, uno de los desafíos permanentes de la Corte Interamericana se centra, precisamente, en la capacidad de guiar la actuación de los Estados democráticos y la jurisprudencia de los tribunales nacionales.¹⁸²

El *corpus iuris* interamericano evoluciona constantemente, tanto en relación con la creación de nuevos instrumentos como en su interpretación por parte de la Corte IDH. Resulta interesante observar que el control de convencionalidad, con base en la mencionada apertura constitucional, sirve como un puente y una herramienta de comunicación para alcanzar una interacción convergente entre el derecho nacional e internacional de los derechos humanos. A su vez, la Corte IDH, actuando en su papel complementario al de las jurisdicciones nacionales, facilita la mencionada convergencia cuando ordena medidas de reparación de carácter estructural a través de reformas legislativas, cambio de prácticas estatales o desarrollo de políticas públicas.

De esta manera, las acciones de los Estados, tales como la ratificación de los instrumentos interamericanos, la adopción de la jurisprudencia de la Corte IDH y el cumplimiento de las reparaciones ordenadas por la misma, promueven una intensa confluencia entre el derecho nacional e internacional, a la vez que enriquece un derecho con su propia identidad, un *Ius Constitutionale Commune* de los Estados latinoamericanos.

¹⁸² Burgorgue-Larsen, L., "Chronicle of a fashionable theory in Latin America. Decoding the doctrinal discourse on conventionality control", en Yves, Haecck; Ruiz-Chiriboga, Oswaldo y Burbano-Herrera, Clara (eds.), *35 Years of Inter-American Court of Human Rights: Theory and Practice, Present and Future*, Cambridge, Intersentia, 2015, pp. 645-676.