



UNIVERSIDAD
DE PIURA

REPOSITORIO INSTITUCIONAL
PIRHUA

LA RELACIÓN ENTRE EL ÁMBITO JURISPRUDENCIAL INTERNACIONAL Y NACIONAL SOBRE DERECHOS HUMANOS

Luis Castillo-Córdova

Italia - México, 2013

FACULTAD DE DERECHO

Área departamental de Derecho

Castillo, L. (2013). La relación entre el ámbito jurisprudencial internacional y nacional sobre derechos humanos. En M. Álvarez y R. Cippitani (Coord.), *Derechos individuales e integración regional (Antología)* (pp.293-342). Roma-México: ISEG, Instituto Tecnológico de Monterey, Università degli studi di Perugia.



Esta obra está bajo una [licencia](#)
[Creative Commons Atribución-](#)
[NoComercial-SinDerivadas 2.5 Perú](#)

Repositorio institucional PIRHUA – Universidad de Piura

I. INTRODUCCIÓN

En el estudio del derecho internacional de los derechos humanos y su relación con el derecho nacional de los derechos fundamentales, es posible plantear dos ámbitos de análisis. El primero tiene que ver con el conjunto de decisiones normativas que los Legisladores internacional y nacional hayan adoptado para positivizar las exigencias de justicia que significan los derechos humanos; mientras que el segundo tiene que ver con el ámbito de las decisiones de los órganos internacionales y nacionales, destinados a la interpretación y aplicación de las disposiciones convencionales y constitucionales. Aquí se abordará el análisis del segundo de los ámbitos mencionados, para referirlo de las decisiones que adopte la Corte Interamericana de derechos humanos (en adelante Corte IDH), y el TC (en adelante TC) de un Estado¹. El análisis de las decisiones que sobre derechos humanos puedan adoptar tanto unos como otros, viene fuertemente influenciado por la posición jurídica que pueda serles reconocidos a ambos tribunales; de modo que las relaciones entre las decisiones que adopte la Corte IDH y las que adopte un TC, dependerá de las relaciones que puedan ser establecidas entre la posición jurídica de la Corte IDH y la del TC. Por esta razón, el punto de partida ha de ser las posiciones jurídicas que puedan ser determinadas respecto de uno y otro tribunal².

II. EL ÁMBITO JURISPRUDENCIAL NACIONAL: LA POSICIÓN JURÍDICA DEL TC

Se ha de empezar con el estudio del ámbito jurisprudencial nacional en materia del reconocimiento y protección de los derechos humanos. Los derechos humanos una vez recogidos en la Constitución, ya sea expresa o implícitamente, suelen denominarse derechos fundamentales o también derechos constitucionales. Aquí se optará por la primera expresión. En todo ordenamiento jurídico nacional existe siempre un órgano encargado de declarar el derecho sobre los derechos fundamentales en instancia última y definitiva. Tal órgano puede ser el TC o la Corte Suprema. En adelante, si bien se intentará formular el estudio en términos generales, el análisis se particularizará respecto del TC, aunque los juicios que de éste se expresen podrán también ser manifestados de la Corte Suprema.

¹ En los Estados en los que no ha sido previsto un TC, es posible hacer la referencia a la Corte Suprema.

² El análisis expreso se realizará respecto del sistema americano de protección de los derechos humanos, en el marco de la Convención Americana sobre derechos humanos. Las conclusiones a las que se arribe aquí, podrán ser aplicadas a otros sistemas regionales e incluso al universal de protección de derechos humanos.



1. Contenido constitucional de los derechos fundamentales

En el ámbito nacional, el primer nivel de positivización de los derechos humanos ocurre en la Constitución, por ser el Poder constituyente la manifestación jurídica (y política) primera y directa de la voluntad popular³. Los derechos humanos constitucionalizados o derechos fundamentales tienen un contenido jurídico conformado por el nivel constitucional y por el nivel infraconstitucional (contenido legal y contenido reglamentario)⁴. Aquí sólo interesa referir del contenido constitucional de un derecho fundamental.

El contenido constitucional de un derecho fundamental puede ser definido de modo básico como aquel contenido recogido en la Constitución. Este recogimiento se produce a través de disposiciones constitucionales de las que se desprenden normas de naturaleza distinta⁵. Una de ellas es la de máximo grado de generalidad lingüística que dan paso a normas de máximo grado de indeterminación normativa. Son tales normas aquellas que ordenan la protección de un derecho fundamental recogiendo el nombre del bien humano⁶ que le da justificación⁷. Normas como, “está ordenado respetar el derecho a la vida”⁸, o “está ordenado respetar la libertad personal”⁹, son un ejemplo. Este tipo de normas son tan indeterminadas que parecen conformar fórmulas huecas, pero no es así, pues se constitucionaliza aquello que

³ SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos, *El poder constituyente*, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires 1957. p. 564.

⁴ CASTILLO CÓRDOVA, Luis, “El contenido constitucional de los derechos fundamentales como objeto de protección del amparo”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, número 14, 2010, ps. 109–112.

⁵ GUASTINI, Riccardo, “Disposición vs. Norma”, en POZZOLO, Susanna y ESCUDERO, Rafael, *Disposición vs. Norma*, Palestra, Lima 2011, ps. 133–156.

⁶ Los derechos humanos pueden ser definidos como “bienes humanos debidos a la persona”, por lo que es posible sostener que detrás de cada derecho humano hay un bien humano, porque detrás de cada derecho humano está la persona misma. Cfr. CASTILLO CÓRDOVA, Luis, “La interpretación iusfundamental en el marco de la persona como inicio y fin del derecho”, en SOSA SACIO, Juan Manuel (Coordinador), *Pautas para interpretar la Constitución y los derechos fundamentales*, Gaceta Jurídica, Lima, 2009, ps. 35–43.

⁷ En palabras del Tribunal Constitucional, “[u]n derecho tiene sustento constitucional directo, cuando la Constitución ha reconocido, explícita o implícitamente, un marco de referencia que delimita nominalmente el bien jurídico susceptible de protección. Es decir, existe un baremo de delimitación de ese marco garantista, que transita desde la delimitación más abierta a la más precisa”. EXP. N.º 1417–2005–PA/TC, fundamento 10.

⁸ Esta norma, por ejemplo, se concluye desde el artículo 2.1 de la Constitución peruana: “Toda persona tiene derecho: 1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece”.

⁹ Para el caso peruano, esta norma se concluye desde el artículo 2.24 de su Constitución: “Toda persona tiene derecho: 24. A la libertad y a la seguridad personales”.

hace que tal derecho humano positivado sea reconocible como tal, es decir, su esencia o contenido esencial¹⁰.

Otras modalidades de normas en las que se constitucionaliza un derecho humano son aquellas que o tienen algún relevante grado de indeterminación normativa o no tienen grado relevante de indeterminación normativa. Así, por ejemplo, es un caso de norma con algún relevante grado de indeterminación normativa aquella que dispone que “está permitido matar a aquel que incurre en delito de traición a la patria en caso de guerra”¹¹; y es un ejemplo de norma sin relevante grado de indeterminación normativa aquella que dispone que “está ordenado llevar al detenido ante el juez dentro de las veinticuatro horas siguientes a su detención”¹². La particularidad de estos tipos de normas constitucionales es que son concreciones directas y necesarias de normas de máximo grado de indeterminación normativa, por lo que conforman el contenido esencial.

De esta manera se puede concluir que el contenido constitucional de un derecho fundamental viene conformado tanto por su contenido esencial constitucionalizado en normas de máximo grado de indeterminación normativa; como por las concreciones directas y necesarias de su contenido esencial constitucionalizadas en normas con algún o sin relevante grado de indeterminación normativa. Esto permite sostener que el contenido esencial de un derecho fundamental equivale a su contenido constitucionalmente protegido¹³, consecuentemente la negación del contenido constitucional de un derecho fundamental siempre supondrá la desnaturalización del mismo, porque su negación supondrá a su vez la negación de aquello que hace al derecho fundamental reconocible como

¹⁰ El contenido esencial puede ser definido como aquel que traza las líneas constitutivas del derecho y, por tanto, viene conformado por el conjunto de facultades o atribuciones (posiciones jurídicas, en definitiva), que hacen que un derecho sea tal derecho y no otro distinto. Es ilustrativo, a este respecto, los dos caminos que para definir el contenido esencial manifestó el Tribunal Constitucional español en su temprana STC 11/1981, fundamento 8. Uno es “la naturaleza jurídica o el modo de concebir o de configurar cada derecho”; y el otro es “los intereses jurídicamente protegidos como núcleo y médula de los derechos subjetivos”.

¹¹ Es una norma que se concluye del artículo 140 de la Constitución peruana: “La pena de muerte sólo puede aplicarse por el delito de Traición a la Patria en caso de guerra, y el de terrorismo, conforme a las leyes y a los tratados de los que el Perú es parte obligada”.

¹² Esta norma procede del artículo 2.24 apartado f de la Constitución peruana: “El detenido debe ser puesto a disposición del juzgado correspondiente, dentro de las veinticuatro horas o en el término de la distancia”.

¹³ CASTILLO CÓRDOVA, Luis, La Constitución como objeto de control constitucional”, Gaceta Constitucional, Tomo 55, julio 2012, ps. 276–279.



tal y, por tanto, negará la adquisición o goce del bien humano que anima y justifica todo derecho humano constitucionalizado¹⁴.

2. El TC como comisionado del Poder constituyente

La constitucionalización de los derechos humanos no asegura por sí misma la plena vigencia de su contenido esencial, sino que demanda la existencia tanto de órganos como de procedimientos destinados a su aseguramiento efectivo. Aquí interesa hacer referencia a los primeros. Entre los órganos creados por el Constituyente para asegurar la vigencia de los derechos fundamentales, se encuentra el TC, y/o los jueces del Poder Judicial. Aquí solo se hará referencia al primero de ellos. Como creación *ex novo* por parte del Constituyente, preguntarse acerca de la posición jurídica del TC, implica necesariamente referirse a las concretas decisiones constituyentes que en cada ordenamiento jurídico se han adoptado respecto de él. Sin embargo, de modo general es posible poner de relieve algunos elementos configuradores de su naturaleza jurídica que definen su posición, tal y como se hará aquí.

Lo primero que, de modo general, hay que advertir respecto del TC, es que tiene una naturaleza instrumental. No tienen razón de ser por sí mismo, sino que es creado para conseguir una finalidad: asegurar la plena vigencia de la Constitución¹⁵. Cuando se manifiesta el Poder constituyente, lo hace con el propósito de dotar a la comunidad política de una base normativa fundamental, la cual hoy recibe el nombre de Constitución. La Asamblea constituyente, manifestación del Poder constituyente, existirá como tal sólo hasta la aprobación de la Constitución, luego de lo cual se disuelve y se repliega. Al Poder constituyente le interesa que su obra rija de modo pleno el mayor tiempo posible, por lo que ha creado un órgano al que le encarga que en su ausencia, vele por la vigencia real y plena de su obra, la Constitución. En este contexto, la finalidad por la que existe el TC, tiene la naturaleza de encargo o comisión: se le encarga o comisiona velar por el efectivo cumplimiento de las decisiones constituyentes recogidas en la Constitución. El TC es, en este sentido, un comisionado del poder constituyente¹⁶.

¹⁴ Esto no ocurre con el contenido infraconstitucional de los derechos fundamentales porque al representar derivaciones sucesivas y accesorias del contenido esencial, en ningún caso se pone en juego la adquisición y/o goce del bien humano que le da sustento.

¹⁵ Cfr. KELSEN, Hans, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Trad. Roberto Brie, Tecnos, Madrid 1995, ps. 27 y ss.

¹⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1991, p. 197.

Como tal, el TC puede ser o no el único comisionado, dependerá de la decisión adoptada por el Poder constituyente en cada Constitución nacional. Si no lo fuese, surge una doble cuestión. Por una lado, la de determinar los otros órganos cuya finalidad atribuida es también la de asegurar la vigencia plena de la Constitución; y segundo, la de determinar la relación existente entre los distintos órganos que tengan atribuido esta misma comisión. Estas cuestiones se han de resolver en cada sistema constitucional concreto de la mano de las decisiones que el respectivo Poder constituyente haya adoptado. Cuando éste decide que la comisión no recaiga sólo en el TC, tiene la libertad de decidir encomendarla en cualquier otro órgano constitucional, normalmente en los Jueces del Poder Judicial. Si así lo hiciese, necesariamente resulta definiéndose una relación de preferencia del TC en el cumplimiento de la comisión.

Cuando esto ha ocurrido, no ha sido sencillo definir la relación entre el TC y los jueces del Poder Judicial, en el ejercicio del encargo, principalmente, en la parte referida a la protección de los derechos fundamentales. Esta relación necesariamente vendrá marcada por el hecho de que el Poder Judicial se organiza en varias unidades de decisión jurisdiccional interna, ordenadas según especialidades y según instancias. Esto no ocurre en la organización interna del TC, éste resuelve en una sola instancia sólo asuntos que tienen un significado constitucional, tanto por su contenido como por su nivel normativo. En este contexto de especialización constitucional que se le atribuye, resulta razonable que haya cuestiones constitucionales que sólo sean resueltas por el TC, normalmente las de significado constitucional que sean consideradas como más trascendentes por el Constituyente. Del mismo modo, en este contexto de una sola instancia, resulta razonable que aquellas otras cuestiones constitucionales en las que intervienen tanto los jueces del Poder Judicial como el TC, éste lo haga como última y definitiva instancia.

Así, siempre desde una perspectiva general, es posible reconocer como elemento en la configuración de la naturaleza y posición jurídica del TC, su calidad de comisionado único o mayor del Poder constituyente.

3. El TC como Supremo intérprete y controlador de la constitucionalidad

El TC, como comisionado del Poder constituyente, requiere contar con los medios necesarios para cumplir cabalmente con el encargo previsto. El encargo encomendado al TC se desenvuelve en dos momentos. Primero, al determinar cuándo ha habido incumplimiento



de la Constitución para, en segundo lugar, decidir la desaparición o neutralización del mismo. Es en referencia a estos dos momentos en los que se han de localizar los medios necesarios para cumplir con la comisión encargada.

A) Su papel de intérprete constitucional

Del primero de los mencionados momentos se formula el medio siguiente: la interpretación vinculante de las disposiciones constitucionales. Si la tarea encargada al TC consiste en velar por el cumplimiento pleno de la Constitución, necesariamente requiere de la capacidad para interpretarla. La razón sigue siendo la sencilla advertencia de que para determinar si una actuación pública o privada contraviene a la Constitución, antes se ha de tener la capacidad de determinar vinculantemente lo que ella manda. Tener esta posibilidad implica necesariamente reconocer la atribución de asignar significados normativos a las disposiciones distintas que componen la Constitución. Es lo que se conoce como interpretar¹⁷. El TC interpreta pues vinculantemente a la Constitución¹⁸.

Esta actividad interpretativa se manifiesta muy rica e intensa cuando se trata de establecer significados jurídicos a las disposiciones iusfundamentales. Como se dijo ya, las normas que recogen derechos fundamentales pueden ser o de máximo grado o de relevante grado o sin grado relevante de indeterminación normativa. Todas estas normas pueden ser tenidas como normas directamente estatuidas¹⁹. De todas ellas el TC puede formular interpretaciones.

De las normas con máximo o con algún grado de indeterminación normativa el TC formulará concreciones. Una concreción normativa puede ser definida como una determinación o estrechamiento del grado de indeterminación normativa. Así, por ejemplo, si la norma directamente estatuida por el constituyente afirmase que “está ordenado garantizar (el contenido esencial de) la libertad de expresión e información”²⁰, la interpretación que de ella

¹⁷ GUASTINI, Riccardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, Porrúa – UNAM, México 2008, ps. 3–6.

¹⁸ La eficacia de la labor del TC exige reconocer fuerza vinculante a sus decisiones. Si vinculante es la decisión, vinculante ha de ser también la justificación que de modo necesario se une a ella; y la justificación necesaria viene conformada indefectiblemente por las interpretaciones que de la Constitución formula el TC, en la medida que ellas permitirán precisamente concluir la existencia o no de una infracción constitucional.

¹⁹ ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1993, ps. 63–73.

²⁰ Para el caso peruano esta norma se concluye desde la disposición constitucional siguiente: “Toda persona tiene derecho: (...) 4. A las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante

formule el TC puede manifestar que “está ordenado garantizar la libre difusión de información veraz”²¹. Esta interpretación significa una concreción del ámbito normativo de la norma directamente estatuida, al circunscribir la protección no a todo tipo de información, sino solamente a la información veraz.

Mientras que de las normas sin relevante grado de indeterminación normativa el TC no podrá formular concreciones sino ampliaciones normativas. A través de una interpretación inductiva, el TC puede formular una norma con algún grado o con máximo grado de indeterminación normativa no manifestada expresamente por el Constituyente. Así, por ejemplo, de la norma constitucional que dispone que “está ordenado poner al detenido a disposición judicial dentro de las veinticuatro horas”²², el TC puede interpretar que esta norma es una concreción de una norma más genérica: “está ordenado que la detención preventiva dure un plazo estrictamente necesario”²³.

En aquellos ordenamientos jurídicos en los que la comisión de velar por el pleno cumplimiento de la Constitución no se ha circunscrito al TC, sino que se ha extendido también a los Jueces del Poder Judicial, el TC aparece como Supremo intérprete de la Constitución por la posición de comisionado mayor que se le ha de reconocer por las razones ya mencionadas anteriormente: si es comisionado mayor necesariamente será intérprete mayor o supremo. Por lo que este es un segundo elemento llamado a definir en general la posición jurídica del TC: único o supremo intérprete vinculante de la Constitución.

la palabra oral o escrita o la imagen, por cualquier medio de comunicación social, sin previa autorización ni censura ni impedimento algunos, bajo las responsabilidades de ley” (artículo 2.4 de la Constitución).

²¹ Este enunciado normativo puede ser concluido, por ejemplo, desde la siguiente afirmación del TC peruano: “la libertad de información garantiza el acceso, la búsqueda y la difusión de hechos noticiosos o, en otros términos, la información veraz”. EXP. N.º 0905–2001–AA/TC, fundamento 9.

²² Como ya se advirtió, para el caso peruano esta norma se concluye desde la disposición constitucional siguiente: “El detenido debe ser puesto a disposición del juzgado correspondiente, dentro de las veinticuatro horas o en el término de la distancia”. Artículo 2.24 apartado f.

²³ Para el caso peruano, así puede ser concluido desde la siguiente afirmación del TC: “resulta lesivo al derecho fundamental a la libertad personal, sea que ha transcurrido el plazo establecido para la detención, o porque, estando dentro de dicho plazo, ha rebasado el plazo estrictamente necesario. En suma, toda detención que supere el plazo estrictamente necesario, o el plazo preestablecido, queda privada de fundamento constitucional. En ambos casos, la consecuencia será la puesta inmediata de la persona detenida a disposición del juez competente”. EXP. N.º 06423–2007–PHC/TC, fundamento 9.



B) Su papel de controlador constitucional

En relación al segundo de los referidos momentos se formula el medio siguiente: los instrumentos jurídicos para neutralizar eficazmente la agresión constitucional detectada. El TC, como comisionado del Poder constituyente, necesita tener reconocida una suerte de energía correctora, la suficiente para enfrentar los inconstitucionales excesos del poder público y privado y así neutralizar la vulneración de la Constitución²⁴. Varios elementos pueden conformar esta energía correctora. Uno de ellos, y además decisivo, es el de declarar la invalidez jurídica de los actos públicos o privados que contravienen a la Constitución, ya sea para derogarlos y con ello expulsarlos del ordenamiento jurídico, ya sea para declarar su ineficacia en el marco de un caso concreto.

Un sistema jurídico interno se formula según distintos niveles de normatividad, la validez y consiguiente eficacia de las normas de un nivel dependen de su ajustamiento a las normas del nivel superior. Así, la validez y eficacia de las normas infra legales depende de su ajustamiento material y formal a la Ley y a la Constitución; mientras que la validez y eficacia de la Ley dependerá de su ajustamiento material y formal a la Constitución. En esta lógica organizativa, la validez jurídica de todas las normas infraconstitucionales, dependerá de su ajustamiento a las exigencias constitucionales. Si este ajustamiento no se produce, lo requerido es la expulsión de la norma inconstitucional del sistema jurídico. Normalmente, al TC se reserva la declaración de invalidez y consiguiente derogación de las normas con rango de ley, a través de un proceso que suele denominarse proceso de inconstitucionalidad²⁵.

Las actuaciones no normativas del poder público, como las decisiones o resoluciones administrativas y las resoluciones judiciales, también podrán ser invalidadas jurídicamente por contravenir la Constitución, a través de los procedimientos (normalmente a través del amparo constitucional) y con los efectos que en cada ordenamiento jurídico se decida²⁶.

²⁴ CASTILLO CÓRDOVA, Luis, *Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general*, 3ª edición, Lima 2007, ps. 207–209.

²⁵ Tal y como ocurre en el caso peruano, en los sistemas en los que los Jueces del Poder Judicial son concebidos también como comisionados, participan en la declaración de invalidez y consiguiente derogación de las normas infralegales.

²⁶ Respecto de estas actuaciones no normativas, y ahí donde existe más de un comisionado del Poder constituyente, la actuación del TC ocurre en última y definitiva instancia, tal y como acontece en el sistema constitucional peruano.

Las actuaciones privadas también están sometidas a la Constitución, por lo que también son objeto de control de constitucionalidad. Normalmente, las actuaciones normativas (reglamentos de personas jurídicas y contratos), así como las actuaciones no normativas, son invalidadas a través del proceso de amparo constitucional cuando hay vulneración de la Constitución por agresión del contenido esencial de algún derecho fundamental.

El ejercicio de estas atribuciones es posible a través de la formulación de un juicio de constitucionalidad. El TC compara por un lado el mandato contenido en una disposición constitucional con la acción pública o privada supuestamente inconstitucional. Si ésta no se ajusta a aquella, el TC así lo declara, perdiendo validez jurídica o perdiendo eficacia jurídica (según sea el proceso constitucional activado). Es el modo como realiza el control de constitucionalidad en el cumplimiento de la comisión encargada.

Consecuentemente, es posible concluir un elemento más que dibuja la posición jurídica del TC: es único o supremo controlador de la constitucionalidad de los actos públicos o privados, a fin de determinar su validez o eficacia jurídica.

4. El TC como creador de derecho constitucional

Una vez justificada la posición jurídica del TC como único o supremo intérprete y controlador de la Constitución, corresponde analizar las consecuencias de esta posición. Ya se ha explicado que el TC formula concreciones de los ámbitos normativos indeterminados de las normas directamente estatuidas con máximo o con algún grado relevante de indeterminación normativa; y que formula ampliaciones de las normas directamente estatuidas sin relevante grado de indeterminación normativa. Corresponde ahora preguntarnos por la naturaleza jurídica de éstas interpretaciones.

Si la interpretación o es una concreción o es una ampliación del ámbito normativo de un derecho fundamental, su naturaleza necesariamente será normativa y, consecuentemente, vinculará²⁷ a todos los operadores jurídicos²⁸. Estas normas no

²⁷ De modo que “el hecho de que las normas adscritas concretadas (...) sean vinculantes para sus destinatarios, es sin embargo el factor que con mayor fuerza determina su carácter de normas”. BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 3ª edición, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2007, p. 127.

²⁸ Y esto se condice con el reconocimiento formulado ya antes, de que la interpretación que formule el TC necesariamente ha de ser vinculante, de lo contrario su existencia como órgano de control constitucional pierde su razón de ser. Si el control es vinculante, la interpretación necesariamente lo ha de ser también, porque no hay control sin previa interpretación.



significan un mero reconocimiento de una norma preexistente²⁹, sino que ha de ser tenida como una verdadera creación jurídica³⁰. El intérprete constitucional no crea la norma constitucional directamente estatuida, sino que parte de ella para formular una concreción o una ampliación normativa, por eso no estamos ante una actividad creadora *ex novo*, sino que está condicionada a la exigencia de justicia constitucionalizada que se recoge en la norma constitucional concretada o ampliada³¹. Esto genera dos consecuencias. La primera es que la norma creada por la interpretación pasa a adscribirse a la norma directamente estatuida y respecto de la cual representa una concreción o una ampliación del ámbito normativo. Son por esta razón normas adscriptas³². Y la segunda consecuencia es que todas estas interpretaciones se adscriben a la norma constitucional directamente estatuida como consecuencia de la fuerza del órgano que realiza la adscripción (el TC)³³, por esta razón la norma adscripta es siempre constitucional desde el punto de vista de la adscripción o pertenencia. Al ser esta una razón formal, la norma adscripta será siempre formalmente constitucional. Desde el punto de vista material, es posible sostener que si no han sido dadas razones correctas para la adscripción, la norma que formalmente se adscribe puede ser materialmente contraria a (la exigencia de justicia que contiene) la norma directamente estatuida, de darse este caso, la norma adscripta será materialmente inconstitucional³⁴. Una norma adscripta puede ser formalmente constitucional y materialmente inconstitucional³⁵.

²⁹ Como lo proponen algunos autores. Cfr. BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad...*, ob. cit., p. 120.

³⁰ Como lo propone Hesse, al afirmar que “la interpretación constitucional tiene carácter creativo”. HESSE, Konrad, *Escritos de derecho constitucional*, 2ª edición, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1992, p. 40.

³¹ SERNA, Pedro, “Introducción”, en Idem (Director), *De la argumentación jurídica a la hermenéutica*, 2ª edición, Editorial Comares, Granada 2005, ps. 5–6.

³² Entre la norma directamente estatuida y la norma adscripta que la concreta hay una relación de precisión y de fundamentación, que permiten tener a ésta como norma constitucional. En referencia a las normas (directamente estatuidas o adscriptas) iusfundamentales, véase ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, ob. cit., ps. 69 y 70.

³³ Repárese en que la interpretación de la disposición constitucional es formulada por el TC en su calidad de único o supremo comisionado del poder constituyente,

³⁴ En referencia a las normas de la Constitución referidas a derechos fundamentales, Alexy manifiesta que “[u]na norma adscripta vale y es una norma de derecho fundamental si para su adscripción a una norma de derecho fundamental estatuida directamente es posible dar una *fundamentación iusfundamental correcta*”. ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 71. Esta definición ha de ser matizada con la siguiente afirmación: se trata de una definición que atañe a la adscripción material y no a la formal de la norma adscripta.

³⁵ En la tipología de normas constitucionales inconstitucionales, esta sería una de “inconstitucionalidad por la infracción del derecho constitucional metapositivo positivado”. BACHOFF, Otto, *Normas constitucionales inconstitucionales*, Palestra, Lima 2008, p. 65.

Así queda justificada la calidad de creador de derecho constitucional adscrito que se le ha de reconocer al TC. En aquellos sistemas en los que además del TC existan otros controladores, como los jueces, el TC adquiere la calidad de máximo creador de derecho constitucional adscrito. Esto tiene al menos dos consecuencias. La primera es que su creación normativa no podrá ser cuestionada en su constitucionalidad por ningún órgano, ni nacional ni internacional³⁶, lo cual no significa que no pueda ser anulada por ser contraria a una disposición convencional que positiva una exigencia de justicia³⁷; y la segunda significa que su interpretación se impone a la interpretación constitucional que realicen los demás intérpretes vinculantes³⁸, de modo que en caso de contradicción prevalecerá la de aquél. Así, las interpretaciones que de la Constitución formula el TC han de ser tenidas no solo como fuente de derecho constitucional³⁹, sino como fuente mayor⁴⁰.

III. LA POSICIÓN JURÍDICA DE LA CORTE IDH

1. La CADH reconoce derechos humanos y crea órganos para su protección

El sistema de producción normativa en el ámbito internacional, ni está unificado ni centralizado de la misma forma que lo está en el seno de los Estados nacionales. No obstante, es posible reconocer un poder normativo en los Estados, ya sea individualmente considerados, ya sea agrupados en organizaciones internacionales. La CADH, y como resultado del progresivo desarrollo del sistema interamericano de protección de los derechos

³⁶ CASTILLO CÓRDOVA, Luis, “Las exigencias de racionalidad al Tribunal Constitucional como controlador de la Constitución”, en *Gaceta Constitucional*, Tomo 39, Marzo 2011, ps. 28–30.

³⁷ Una interpretación de la Constitución que formule el TC será tenida como inválida cuando la Corte IDH la ha declarado contraria a la CADH. Sobre el juicio de convencionalidad que implica el control convencional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos cfr. SAGÜÉS, Néstor, “Obligaciones internacionales y control de convencionalidad”, en *Estudios Constitucionales*, año 8, Número 1, Madrid 2010; y FERRER MC GREGOR, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, en *Estudios Constitucionales*, Año 9, N° 2, 2011, pp. 531 – 622.

³⁸ Esta imposición acontecerá a través del control constitucional que el TC tiene asignado de modo supremo también. A través de un tal control se impedirá que la norma constitucional adscrita surja (por ejemplo, corrigiendo una interpretación constitucional formulada por un juez en un proceso de amparo, hábeas corpus, hábeas data o de cumplimiento que el Tribunal mencionado conoce en última instancia), o que habiendo surgido siga reconociéndosele validez (por ejemplo, cuando declara la inconstitucionalidad de una ley que concreta una disposición constitucional) o eficacia (cuando inaplica una ley que concreta una disposición constitucional).

³⁹ En palabras del TC, “[l]as sentencias del TC, dado que constituyen la interpretación de la Constitución del máximo tribunal jurisdiccional del país, se estatuyen como fuente de derecho y vinculan a todos los poderes del Estado”. EXP. N.º 3741–2004–PA/TC, fundamento 42.

⁴⁰ CASTILLO CÓRDOVA, Luis, “Análisis de algunas recientes normas procesales constitucionales creadas por el TC”, ob. cit., ps. 25–29. Una interpretación divergente en VELEZMORO PINTO, Fernando, “El precedente constitucional vinculante según la jurisprudencia del TC peruano y el neoconstitucionalismo”, en *Revista Jurídica del Perú*, Tomo 112, junio 2010, ps. 57–72.



humanos⁴¹, ve la luz en el marco de una de éstas organizaciones: la Organización de los Estados Americanos (OEA)⁴², en cuya Carta se hace referencia a ella⁴³. La CADH tiene una clara finalidad: “la protección internacional de los derechos esenciales del hombre”⁴⁴; y para lograrlo ha organizado “un sistema, que representa los límites y condiciones dentro de los cuales los Estados Partes han consentido en responsabilizarse internacionalmente de las violaciones de que se les acuse”⁴⁵.

Tal finalidad y sistema organizado, vienen esencialmente manifestados en la primera parte de la CADH (que se denomina “Deberes del Estado y Derechos protegidos”), y en la que se recoge un conjunto de disposiciones que positivizan los derechos humanos, es decir, en las que se recogen las exigencias de justicia que se formulan desde y a favor de la Persona⁴⁶. Al cumplimiento de estos derechos humanos se obligan los Estados⁴⁷, ya sea respetando⁴⁸ ya sea garantizando⁴⁹ los derechos humanos (artículo 1 CADH), particularmente adoptando las

⁴¹ NIKKEN, Pedro, “Los Derechos Humanos en el Sistema Regional Americano”, en *Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1990, p. 98.

⁴² Como es sabido, la CADH se adoptó en 1969 durante la Conferencia Especializada de Derechos Humanos realizada en San José, Costa Rica; y entró en vigencia el 18 de julio de 1978, con el depósito de la undécima ratificación en cumplimiento del requisito exigido por el artículo 74.2 CADH.

⁴³ La referencia es a través de la expresión “Convención interamericana sobre derechos humanos”, en el Capítulo XV (artículo 106) y Capítulo XXII (artículo 145).

⁴⁴ Corte IDH, Asunto Viviana Gallardo y otras, decisión del 13 de noviembre de 1981, párrafo 16 (en la web de la Corte IDH, aparece en la sección opiniones consultivas). Esta finalidad es posible de concluir del segundo considerando del preámbulo de la CADH: “Reconociendo que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos”.

⁴⁵ Corte IDH, asunto de Viviana Gallardo y otras, citado, párrafo 16.

⁴⁶ Estas exigencias de justicia que representan los derechos humanos, “son atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al poder del Estado”. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, sentencia de 29 de julio de 1988 (*Fondo*), párrafo 165.

⁴⁷ HITHERS, Juan Carlos, *Derecho internacional de los derechos humanos*, Ediar, Buenos Aires 1991, ps. 83–85.

⁴⁸ Se trata de una “obligación de no hacer que se traduce en la existencia de limitaciones al ejercicio del poder público cuando éste pretende penetrar en la esfera del individuo, menoscabando por exceso o por defecto sus atributos inviolables”. AGUIAR, Asdrúbal, *Derechos humanos y responsabilidad internacional del Estado*, Monte Ávila Editores Latinoamericana–Universidad Católica Andrés Bello, Caracas 1997, p. 201.

⁴⁹ Este deber de garantizar, “implica el deber de los Estados partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos”. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, citado, párrafo 166.

correspondientes disposiciones de derecho interno para favorecer tal respeto y garantía⁵⁰ (artículo 2 CADH)–, y cuyo incumplimiento le genera responsabilidad internacional⁵¹.

En la segunda parte de la CADH, y que se denomina “Medios de la protección”, se regulan los órganos y mecanismos procedimentales a través de los cuales se intentará asegurar el cumplimiento estatal de los preceptos convencionales en los que se recogen los derechos humanos. Tales órganos regulados son la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Comisión IDH), y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH). En esencia, pues, la CADH reconoce los derechos humanos para plantear su cumplimiento como un deber estatal⁵², y crear los órganos encargados de velar por tal cumplimiento⁵³.

A diferencia de lo que ocurre con los derechos humanos, respecto de los cuales el Legislador internacional no realiza un acto de creación, sino que se limita a reconocerlos para asegurar su cumplimiento pleno⁵⁴; la Comisión IDH y la Corte IDH, son órganos efectivamente creados por el mencionado Legislador: la primera a través de la Carta de la OEA, y la segunda en la CADH⁵⁵. Si no se hubiese decidido que existiesen, no existirían. Esta advertida situación exige que el significado y la posición jurídica de la Corte IDH, que es lo que ahora interesa determinar, se ha de buscar en las decisiones que el Legislador internacional americano haya plasmado en el texto de la CADH, como a continuación se pasa a estudiar.

⁵⁰ En palabras de la Corte IDH, “[e]l deber general del artículo 2 de la Convención Americana implica la adopción de medidas en dos vertientes. Por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención. Por la otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías. Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú, sentencia de 30 de mayo de 1999 (*Fondo, Reparaciones y Costas*), párrafo 207.

⁵¹ DEL TORO HUERTA, Mauricio Iván, “La responsabilidad del Estado en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, en Méndez Silva, Ricardo (coord.), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2002, ps. 666–669.

⁵² HILTERS, Juan Carlos, *Derecho internacional de los derechos humanos*, citado, p. 83.

⁵³ La tercera parte no es relevante a los efectos de este análisis porque contiene una serie de disposiciones generales y transitorias que no son relevantes para las cuestiones aquí planteadas.

⁵⁴ En todo caso, puede ser tenido como creador de derecho convencional en el sentido que formula la concreta disposición convencional, pero no la exigencia de justicia en ella positivada y que como realidad jurídica preexiste al acto positivador.

⁵⁵ En la Carta de la OEA, en la relación de órganos previstos no se encontraba la Corte IDH, sino sólo la Comisión. La creación de aquella y el redimensionamiento funcional de ésta, vino de la mano de la CADH.



2. La Corte IDH como Comisionada del Legislador internacional

La primera referencia que se hace a la Corte IDH ocurre en el artículo 33 CADH. Y con el siguiente enunciado se dispone que la Corte IDH es competente “para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes en esta Convención”. Esta referencia es general, y es precisada más adelante, al disponerse que la Corte IDH “tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención” (artículo 62.3 CADH). De modo que “cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados” (artículo 63.1 CADH).

De estas referencias normativas de la parte orgánica de la CADH, es posible formular varias conclusiones. Una primera es el carácter instrumental que se le ha de reconocer a la Corte IDH. Todo medio hace depender la legitimidad tanto de su existencia como de su actuación, de la efectiva consecución de una finalidad. Tal finalidad, para el caso de la Corte IDH, es velar por el ajustamiento cabal de la actuación estatal a las exigencias de los derechos humanos reconocidos en la CADH. Los Estados a ésta vinculados, “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” (artículo 1.1 CADH).

La existencia de la Corte IDH, así como las distintas atribuciones que se le reconocen, sólo se justifican desde que se le ha asignado el encargo de velar por la plena realización de la Persona, a través de la verificación de la sujeción estatal a las normas y consecuentes posiciones jurídicas que razonablemente es posible concluir desde las disposiciones de la CADH y, con ella, de los protocolos adicionales y demás disposiciones internacionales del ámbito interamericano. Corresponde, “a esta Corte garantizar la protección internacional que establece la Convención, dentro de la integridad del sistema pactado por los Estados”⁵⁶, de modo que pueda ser considerada un órgano con una concreta misión que lo convierte en “contralor de la aplicación de los pactos que firmen los distintos Estados”⁵⁷.

Esta existencia y actuación condicionada y por ello esencialmente limitada al cumplimiento de esta misión, hace posible que la Corte IDH pueda ser tenida como una comisionada del

⁵⁶ Corte IDH, asunto Viviana Gallardo y otras, citado, párrafo 16.

⁵⁷ HILTERS, Juan Carlos, *Derecho internacional de los derechos humanos*, citado, p. 420.

Legislador americano internacional. Éste le ha encargado velar por la correcta interpretación y aplicación estatal de la CADH y, en general, de todo el sistema jurídico interamericano de protección de los derechos humanos. En definitiva, existe para asegurar –en la mayor medida de lo posible–, la plena vigencia de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos que en el marco de la OEA han firmado los Estados interamericanos. En el cumplimiento de este encargo, la Corte IDH encuentra su legitimidad tanto de origen, como de actuación: existe para esto, y para esto a de actuar. Este es el primer elemento de la posición jurídica de la Corte IDH: órgano que existe y actúa como comisionado del Legislador internacional interamericano.

Como se podrá comprender, resulta decisivo a la figura de un comisionado, no sólo la existencia de una determinada comisión o encargo, sino también la dación de instrumentos para cumplir con lo encargado. Del encargo se ha justificado hasta aquí, ahora corresponde tratar acerca de los medios para llevar a cabo el encargo.

3. La Corte IDH como intérprete vinculante de la CADH

Este primer elemento que define la posición jurídica de la Corte IDH, hace de ella una realidad cuya actuación es una esencialmente condicionada. Tiene una finalidad muy definida que cumplir, y los instrumentos (funciones y competencias) que se la haya previsto, sólo podrán ser empleados para el cumplimiento cabal de la misión encomendada. No es, pues, un empleo arbitrario el que viene exigido desde la posición jurídica de la Corte IDH. Este es el marco general dentro del cual se ha de analizar los medios que el Legislador interamericano, a través de la CADH, le ha deparado a la Corte IDH. La referencia a los medios previstos para la realización del encargo, nos lleva a la segunda conclusión que sobre la posición jurídica de la Corte IDH es posible formular desde la normatividad convencional anteriormente transcrita, y que a continuación se detalla.

A. Interpretación convencional y competencia contenciosa

Es razonable pensar que además del encargo, el Legislador internacional ha deparado a la Corte IDH unos instrumentos para cumplir eficientemente la comisión encomendada. La eficiencia no sólo tiene que ver con detectar incumplimientos estatales a los mandatos convencionales, sino también, de prevenir la realización de los mismos. Precisamente por esto es que a la Corte IDH se le ha reconocido tanto una competencia contenciosa, como una consultiva.



Respecto de la primera, se trata del reconocimiento de la competencia para resolver todo caso relativo a la *interpretación y aplicación* de las disposiciones convencionales (artículo 62.3 CADH). Con la expresión *caso*, se está haciendo alusión a las controversias que se originen en torno al cumplimiento o no de las obligaciones estatales sobre el respeto de los derechos humanos. Por eso, inmediatamente después se dispone lo que ha de hacer la Corte IDH si ésta decide que hubo violación de un derecho o libertad protegido por la CADH: disponer que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conclucados (artículo 63.1). En este marco encaja bien la consideración de la Corte IDH como “una institución judicial del sistema interamericano”⁵⁸, y la consideración de su labor como un control de convencionalidad de las actuaciones estatales⁵⁹.

Estos casos o asuntos controversiales, se resolverán con base en la *interpretación y aplicación* de las disposiciones convencionales, como se dijo. Esta es una herramienta esencial para el cumplimiento de la comisión encomendada. Si ésta consiste en velar por el cumplimiento efectivo de la CADH, más precisamente, de las disposiciones en las que se recoge los derechos humanos, resulta necesario reconocer la capacidad de determinar cuándo ha habido o no un incumplimiento de las referidas disposiciones. Sólo se está en condiciones de determinar que ha ocurrido un incumplimiento o no de la CADH cuando antes se está en condiciones de saber cuál es el o los mandatos exigibles desde ella. Y para saber determinar estos, se tiene que estar en condiciones de asignar significados normativos a las disposiciones convencionales por cuyo cumplimiento se velará, es decir, se tiene que estar en condiciones de interpretar la Convención.

B. Interpretación convencional y competencia consultiva

Respecto de la competencia consultiva atribuida a la Corte IDH, se trata del reconocimiento de la competencia para resolver las consultas que sobre la interpretación de la CADH o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos (artículo 64.1 CADH) –particularmente, sobre la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales (artículo

⁵⁸ OC 1/82, del 24 de septiembre de 1982, “otros tratados” objeto de la función consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos), párrafo 19.

⁵⁹ En esta lógica, se trata de la “competencia para determinar cuándo un acto u omisión de un Estado se contraponen a la obligación internacional adquirida por éste al firmar, ratificar o adherirse a un instrumento internacional”. CASTILLA, Karlos, “El control de convencionalidad: un nuevo debate en México a partir de la sentencia del Caso Radilla Pacheco”, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XI, 2011, p. 606.

64.2 CADH)–, pueda formularle un Estado miembro o la Comisión IDH. A través de la absolución de estas consultas, y con base en el Derecho internacional de los derechos humanos en general, y en la CADH en particular, la Corte IDH presentará pautas normativas de actuación a las que se ha de sujetar el Estado a fin de cumplir con su deber de sujeción efectiva a las disposiciones convencionales sobre derechos humanos. Para tener la posibilidad real de presentar las mencionadas exigencias normativas de actuación estatal, la Corte IDH expresará mandatos a partir de las disposiciones convencionales, es decir, tiene que reconocérsele la posibilidad de interpretarlas. A partir de esta interpretación, la Corte IDH formulará interpretaciones convencionales en torno a un problema jurídico planteado sin que aún se halla generado controversia iusconvencional concreta.

C. Carácter vinculante de la interpretación convencional

Una vez justificado que tanto en su competencia contenciosa como en la consultiva, la Corte IDH realiza una actividad interpretativa de la Convención, corresponde determinar si los significados normativos que determine la Corte IDH son o no vinculantes.

c.1. En referencia a la competencia contenciosa

En referencia a la competencia contenciosa, es posible sostener dos razones a favor de su carácter vinculante. La primera es el carácter vinculante de las decisiones que adopte en ejercicio de la competencia contenciosa. El ejercicio de esta competencia solamente alcanza a los Estados que “hayan reconocido o reconozcan dicha competencia” (artículo 62.3 CADH). El reconocimiento de la competencia contenciosa por parte de un Estado significa la manifestación de una voluntad estatal que asume el compromiso internacional de cumplir las decisiones que la Corte IDH adopte en el ejercicio de tal competencia. Por esto, las decisiones en asuntos contenciosos serán siempre vinculantes porque solamente se despliega para Estados que le reconocen vinculatoriedad. Pues bien, las interpretaciones de las disposiciones convencionales en el ejercicio de la competencia contenciosa vienen a conformar las justificaciones o motivaciones (artículo 66.1 CADH) de un fallo que es definitivo e inapelable (artículo 67 CADH), por lo que tales interpretaciones aparecerán siempre como vinculantes.

En este punto conviene plantear la pregunta del alcance de la vinculación de las interpretaciones convencionales que elabore la Corte IDH. No cabe duda, por lo que se acaba de manifestar, que la vinculación ocurre respecto del Estado denunciado. Pero la vinculación



se extiende también a todos los demás Estados firmantes de la CADH, hayan o no reconocido la competencia contenciosa de la Corte IDH. La justificación es la siguiente: las interpretaciones que de la CADH formule la mencionada Corte, se adscriben a las normas convencionales directamente estatuidas, de manera que a partir de ese momento, las disposiciones de la CADH se han de entender según tales interpretaciones; así, los Estados vinculados a la CADH, se hallan vinculados también a las interpretaciones de sus disposiciones⁶⁰. Y, adicionalmente, la vinculación se extiende también a la propia Corte IDH; pues, salvo un justificado cambio jurisprudencial, una elemental exigencia de razonabilidad y seguridad jurídica, vincula a la Corte IDH a sus propias interpretaciones iusfundamentales. Desde tales interpretaciones será posible esperar una misma decisión a casos sustancialmente iguales.

Y la segunda razón es que cuando se ejerce la competencia contenciosa, la Corte IDH deberá determinar si un determinado comportamiento estatal se ha ajustado o no a la CADH. Esto significa que la Corte IDH controlará la sujeción estatal a la CADH a fin de asegurar la plena vigencia del derecho convencional. Este control de convencionalidad necesariamente ha de ser tenido como un control vinculante, de lo contrario sería imposible que la Corte IDH alcanzase a cumplir con el encargo que la CADH le ha asignado. Ocurre, adicionalmente, que solo será posible el control convencional si antes es posible realizar interpretación convencional. Así, si el control es un control vinculante, la interpretación convencional también ha de ser vinculante.

c.2. En referencia a la competencia consultiva

En referencia a la competencia consultiva, también pueden ser dadas dos razones para justificar el carácter vinculante de las interpretaciones convencionales que formule la Corte IDH. La primera es una exigencia de razonabilidad. Cuando la mencionada Corte emite un fallo o resuelve una consulta, lo hace institucionalmente y según un determinado entendimiento jurídico de la disposición convencional interpretada. Esto significa que en uno u otro ámbito, la Corte IDH ha de manifestar una misma interpretación respecto de un precepto convencional. No es razonable esperar que a través de una competencia emita una interpretación que luego no seguirá en el ejercicio de la otra competencia. Por el contrario, una vez definido el alcance de una disposición convencional, lo hace de modo definitivo para

⁶⁰ Sobre esto se regresará más adelante cuando se trate acerca de la función de creación de derecho convencional adscrito que tiene la Corte IDH.

ser presentada y/o recordada y exigida en todos los futuros asuntos sustancialmente iguales, sean contenciosos o consultivos, que deba resolver.

Y la segunda razón, muy vinculada a ésta primera, consiste en la exigencia de ordenación del sistema jurídico internacional americano sobre derechos humanos. La Corte IDH está llamada también a cumplir un papel ordenador dentro del sistema. Es en este marco, precisamente, que se ha de entender su función interpretativa en el ejercicio de la competencia consultiva y de la contenciosa. Las interpretaciones que de las disposiciones convencionales pueda formular, han de ser seguidas por la Corte misma, por los demás órganos internacionales como la Comisión IDH, y por las Cortes y Tribunales internos de los Estados respectivos cuando corresponda. Lo contrario sería sencillamente el caos jurídico, sin que se sepa bien a lo que habría que atenerse desde las disposiciones convencionales, dañando no sólo el bien humano seguridad jurídica, sino también la base institucional misma del edificio jurídico interamericano sobre derechos humanos.

Así, no es extraño que la Corte IDH invoque interpretaciones que de las disposiciones convencionales ha formulado en opiniones consultivas, para resolver asuntos contenciosos. Por ejemplo, tiene dicho la Corte IDH que,

“Si bien es cierto que la libertad personal no está incluida expresamente entre aquellos derechos cuya suspensión no se autoriza en ningún caso, también lo es que esta Corte ha expresado que los procedimientos de hábeas corpus y de amparo son de aquellas garantías judiciales indispensables para la protección de varios derechos cuya suspensión está vedada por el Artículo 27.2 y sirven, además, para preservar la legalidad en una sociedad democrática [y que] aquellos ordenamientos constitucionales y legales de los Estados Partes que autoricen, explícita o implícitamente, la suspensión de los procedimientos de hábeas corpus o de amparo en situaciones de emergencia, deben considerarse incompatibles con las obligaciones internacionales que a esos Estados impone la Convención (*El hábeas corpus bajo suspensión de garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*),



Opinión Consultiva OC–8/87 del 30 de enero de 1987. Serie A No. 8, párrs.
42 y 43)⁶¹.

Las interpretaciones que de la CADH pueda formular la Corte IDH tienen carácter vinculante, tanto en el ejercicio de la competencia contenciosa como en el de la consultiva. Como comisionada del Legislador internacional, se ha de estar en condiciones de interpretar vinculantemente la disposición convencional. No hay, por tanto, cumplimiento del encargo o comisión, sin previa actividad interpretativa convencional vinculante por parte de la Corte IDH. Corresponde ahora saber si la Corte IDH es o no la única intérprete vinculante de la CADH. La pregunta se puede formular tanto en el ámbito internacional como en el nacional. Ahora corresponde referirse sólo al primero.

D. ¿Otros intérpretes internacionales de la CADH?

Así, la pregunta que se ha de intentar resolver ahora es la siguiente: ¿es posible sostener que en el ámbito internacional existe algún otro órgano con la competencia para interpretar vinculantemente las disposiciones de la CADH? Otro órgano internacional previsto por el Legislador internacional para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes en la CADH, es la Comisión IDH. La Comisión “tiene la función principal de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos” (artículo 41 CADH). Esta promoción la efectuará en el marco de sus funciones y atribuciones, particularmente en la tramitación de las denuncias y quejas de violación de la Convención que se le haya presentado (artículo 44 CADH), y de modo especial cuando se deba decidir acerca de su admisibilidad (artículo 46 y 47 CADH) y del procedimiento previo que se ha de llevar a cabo a fin de decidir si presenta o no el caso ante la Corte IDH (artículos 48 a 51 CADH).

La Comisión IDH tiene la función principal de promover la observancia y defensa de los derechos humanos, y la cumple tanto frente a asuntos contenciosos como no contenciosos. Respecto de los primeros, sus competencias no son jurisdiccionales porque no tiene atribuido un papel de decisión sobre la existencia o no de agresión a la norma convencional, sino que adopta más bien un carácter de tramitadora y promotora de una solución amistosa. Mientras que respecto de los segundos, se limita a atender las consultas que le formulen los

⁶¹ Caso Loayza Tamayo Vs. Perú, Sentencia de 17 de septiembre de 1997 (*Fondo*), párrafo 50.

Estados miembros para presentar recomendaciones a los mismos sobre asuntos relacionados a los derechos humanos⁶².

Pues bien, en este esquema operativo, la actuación de la Comisión IDH se desenvuelve según el marco interpretativo que de la CADH haya previamente desarrollado la Corte IDH. Tanto para la tramitación de una denuncia contra un Estado a fin de decidir si la presenta o no ante la Corte IDH, como para la formulación de recomendaciones y absolución de dudas, la Comisión IDH no interpreta la CADH, sino que aplica las interpretaciones que de ella haya efectuado con anterioridad la Corte IDH, en el ejercicio de sus competencias contenciosas o consultivas.

Teóricamente podría pensarse en el supuesto de denuncia contra un Estado por violación de una disposición de la CADH sobre la cual no existe un criterio jurisprudencial ni directo ni indirecto formulado por la Corte IDH que sea aplicable al caso por resolver. En este supuesto, si se reconociese capacidad interpretativa a la Comisión IDH, tal capacidad tendría las dos siguientes características. Primera, la interpretación se realizaría siempre con la finalidad de decidir la remisión o no del caso a la Corte IDH, nunca para resolver la cuestión de fondo planteada; y segunda, sería una interpretación que para la Corte IDH tendría carácter de meramente indicativo. De estas observaciones puede concluirse que la Comisión IDH no interpreta la CADH, y si en algún caso lo hiciera, tal interpretación no llega a ser vinculante.

Siempre en el ámbito internacional, la ausencia de otro órgano de interpretación vinculante de la CADH, hace que un elemento configurador de la posición jurídica de la Corte IDH quede formulado en los siguientes términos: único intérprete vinculante de la CADH⁶³.

4. La Corte IDH como creadora de derecho convencional

A. Tipo de disposiciones convencionales sobre derechos humanos

Para diferenciar las disposiciones de la CADH en las que se reconoce los derechos humanos, es posible emplear las mismas categorías empleadas para el análisis de las disposiciones y

⁶² FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor, *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Aspectos institucionales y procesales*, reimpresión de la tercera edición, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica 2009, ps. 141–166.

⁶³ Este elemento es válido al menos en el ámbito internacional. Más adelante se analizará si en los ámbitos nacionales existen órganos que puedan interpretar de modo vinculante la CADH. Según la respuesta a la que se arribe, este elemento configurador quedará o no matizado.



normas constitucionales. Así, es posible reconocer normas convencionales con máximo grado, con relevante grado o sin relevante grado de indeterminación normativa. En las primeras, el legislador convencional se limita a reconocer el derecho humano mencionando el nombre del bien humano que le justifica. A través de estas normas se positiva en la CADH la esencia del derecho humano reconocido, es decir, su contenido esencial. Así, por ejemplo, la norma iusconvencional directamente estatuida desde el artículo 4.1 CADH, por la que se establece que “está ordenado respetar la vida de las personas”, positiva el contenido esencial del derecho humano a la vida.

Mientras que en las segundas y terceras, el legislador convencional decide concreciones de las normas convencionales del primer tipo, es decir, son determinaciones del contenido esencial del derecho humano que se positiva en la Convención. Así, es un ejemplo de norma convencional con relevante grado de indeterminación normativa aquella que concreta el contenido esencial del derecho humano a la libertad de reunión en los términos siguientes: “está ordenado que el ejercicio de la libertad de reunión sólo pueda estar sujeto a las restricciones previstas por la ley, que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos o libertades de los demás” (artículo 15 CADH). El relevante grado de indeterminación normativa de esta norma se muestra con expresiones como “sociedad democrática”, “seguridad nacional”, “orden público”, entre otras. Mientras que un ejemplo de norma convencional sin grado de indeterminación relevante, es la norma que concreta el contenido esencial del derecho a la vida de la manera siguiente: “está prohibido imponer la pena de muerte a personas que, en el momento de la comisión del delito, tuvieren menos de dieciocho años de edad o más de setenta, ni se le aplicará a las mujeres en estado de gravidez” (artículo 4.5 CADH).

Los derechos humanos, pues, se positivaban en la CADH a través de fórmulas lingüísticas genéricas que dan lugar tanto a normas con un máximo grado de indeterminación normativa, como a normas con relevante grado de indeterminación normativa. La indeterminación normativa, aunque en grados distintos, debe ser superada para resolver asuntos (controversias o consultas) concretos. La Corte IDH se presenta, así, como un órgano que con la interpretación convencional que realiza en el ejercicio tanto de la competencia contenciosa como de la consultiva, intenta superar el grado de indeterminación normativa de las disposiciones convencionales sobre derechos humanos. Corresponde

analizar la naturaleza de las interpretaciones convencionales que en ejercicio de ambas competencias, formula la Corte IDH.

B. Creación de derecho convencional en el ejercicio de la competencia contenciosa

En el ejercicio de la competencia contenciosa de la Corte IDH, la superación de la indeterminación normativa se logrará a través de la concreción de la norma convencional indeterminada que es concluida desde una disposición convencional genérica, y que se muestra eficaz para resolver una controversia concreta. Esta concreción tiene carácter normativo y por ello vinculante, por las siguientes razones. Primera, porque tanto la disposición convencional como la norma directamente estatuida desde tal disposición convencional, son vinculantes; segunda, porque la interpretación convencional se formula a través del ejercicio de una competencia cuyo resultado no solo vincula al Estado respecto del cual se resuelve un caso, sino de todos los Estados vinculados a la CADH, porque ésta rige y vincula también con las interpretaciones que se adscriben a ella, tal y como será explicado inmediatamente; y tercero, porque está destinada a justificar una decisión que resuelve una controversia de modo vinculante.

La concreción normativa debe tener un grado de determinación tal que permita construir una solución a una concreta controversia. Tal concreción llegará a definir tanto un supuesto de hecho como una consecuencia jurídica con muy reducido o inexistente grado de indeterminación normativa, lo que acontecerá cuando uno y otro están formulados con precisión. De manera que a diferencia de lo que ocurre con el Legislador convencional que normalmente formula disposiciones que dan origen a normas de máximo o relevante grado de indeterminación normativa, la Corte IDH normalmente formulará concreciones con irrelevante o inexistente grado de indeterminación normativa o, si se quiere, con alto o máximo grado de determinación normativa⁶⁴.

Este alto grado o máximo grado de determinación normativa es posible porque en la medida que se está ante un asunto contencioso, la concreción se formulará en referencia a un supuesto de hecho. Los elementos fácticos del supuesto de hecho permitirán una concreción tal que le dará operatividad a la disposición convencional, al punto de reducir notablemente o hacer desaparecer el grado de indeterminación normativa. Así, hay que sostener que fruto

⁶⁴ Por esta razón, podría ser llamada regla la concreción a través de la cual se resuelve la indeterminación normativa de una disposición convencional, que se formula en el marco y con la finalidad de dar solución a una concreta controversia.



de la interpretación que de las disposiciones convencionales realiza la Corte IDH como intérprete vinculante de la CADH para resolver una concreta denuncia, formulará normas que tienen el carácter de reglas.

Estas reglas son una concreción directa de la disposición convencional interpretada y por esta razón se adscribe a su ámbito normativo. Se trata de una norma que nace al mundo jurídico necesariamente adscrita a la disposición convencional concretada, por lo que bien puede ser denominada como “norma convencional adscrita” (o “regla convencional adscrita”).

Es un ejemplo de este modo de concreción, el siguiente. El artículo 5.2 CADH es una disposición que concreta el contenido esencial del derecho humano a la integridad personal positivado en el artículo 5.1 CADH, a través de una disposición del máximo grado de indeterminación normativa. El artículo 5.2 CADH, es una disposición de la que es posible concluir la siguiente norma directamente estatuida:

N: Está prohibido someter a alguien a torturas, a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.

Esta norma tiene, debido a las expresiones “tortura, penas, tratos crueles, inhumanos o degradantes”, un relevante grado de indeterminación normativa que requiere de precisión. Esta precisión ha sido formulada por la Corte IDH, al manifestar que

“Sin embargo, los otros hechos alegados como la incomunicación durante la detención, la exhibición pública con un traje infamante a través de medios de comunicación, el aislamiento en celda reducida, sin ventilación ni luz natural, los golpes y otros maltratos como el ahogamiento, la intimidación por amenazas de otros actos violentos, las restricciones al régimen de visitas (*supra*, párr. 46 c., d., e., k. y l.), constituyen formas de tratos crueles, inhumanos o degradantes en el sentido del artículo 5.2. de la Convención Americana”⁶⁵.

De lo dicho por la Corte IDH es posible concluir la siguiente norma:

⁶⁵ Caso Loayza Tamayo Vs. Perú, citada, párrafo 58.

N1: Está prohibido la incomunicación durante la detención, la exhibición pública con un traje infamante a través de medios de comunicación, el aislamiento en celda reducida, sin ventilación ni luz natural, los golpes y otros maltratos como el ahogamiento, la intimidación por amenazas de otros actos violentos y las restricciones al régimen de visitas.

Esta norma puede ser determinada aún más. La manifestación transcrita de la Corte IDH, ha sido formulada en relación a los hechos considerados probados por la mencionada Corte, y que los ha referido en el párrafo 46. De ellos, interesa los recogidos “*supra*, párr. 46 c., d., e., k. y l”. Tomemos, por ejemplo, lo referido en el párrafo 46 apartado “d”. Ahí se da por probado que

“la señora María Elena Loayza Tamayo, junto con otras personas, fue exhibida públicamente a través de medios de comunicación con un traje a rayas como terrorista, aún sin haber sido procesada ni condenada”⁶⁶.

De esta manera, es posible formular una norma más concreta (casi con la estructura de una regla), con un supuesto de hecho de irrelevante grado de indeterminación normativa, en los siguientes términos:

N2: Está prohibida la exhibición pública a través de medios de comunicación, de una persona con un traje a rayas como terrorista, aún sin haber sido procesada ni condenada, por constituir una forma de trato cruel, inhumano o degradante en el sentido del artículo 5.2. de la Convención Americana⁶⁷.

Ni N1 ni N2 figuran en la fórmula lingüística en la que consiste la disposición convencional recogida en el artículo 5.2 CADH. Estas normas han sido creadas por la Corte IDH, y surgen

⁶⁶ Caso Loayza Tamayo Vs. Perú, citada, párrafo 46.d.

⁶⁷ Podría decirse que esta norma tiene aún un grado de indeterminación que viene provocado por expresiones imprecisas como “exhibición pública” o “traje a rayas”. Es verdad que en la formulación lingüística de la regla no se dice en que ha de consistir una exhibición para ser considerada como “exhibición pública”, ni cómo ni cuantas han de ser las rayas del traje, ni qué tipo de traje a de ser uno para ser considerado “traje a rayas”. Pero el contexto fáctico del caso y el normativo de las disposiciones y normas concernidas, permiten concluir con facilidad, primero, de que se trata de una presentación a la sociedad en general y a través de cualquier medio de comunicación, de una persona como delincuente; y segundo, de que se trata de un traje de presidiario con rayas gruesas horizontales que en el colectivo ciudadano identifica a un reo. Por estas razones, ese nivel de indeterminación es insignificante.



al mundo jurídico como concreciones de la mencionada disposición convencional concretada, de modo que existen adscritas a su ámbito normativo. De esta manera, en la normatividad internacional no sólo está vigente N (que es la norma genérica directamente estatuida que se concluye desde el texto abierto del artículo 5.2 CADH), sino que junto a ella está vigente N1 y N2 como normas convencionales adscritas.

C. Creación de derecho convencional en el ejercicio de la competencia consultiva

Algo similar es posible de concluir en el ejercicio de la competencia consultiva atribuida a la Corte IDH. Así, cuando éste órgano internacional tenga que resolver una consulta, lo hará en aplicación de la CADH (y de cualquier otra Convención o Tratado sobre derechos humanos que componga el sistema regional americano sobre derechos humanos), de modo que interpretará las disposiciones convencionales para concretarlas y dar una respuesta a la cuestión presentada. Una tal concreción contendrá una precisión al sentido interpretativo de la disposición convencional concernida. El hecho de que una consulta no vaya vinculada a una concreta controversia y, por tanto, a un plenamente definido supuesto fáctico, no impide que la Corte IDH formule una concreción normativa (incluso muy cercana al tipo regla: norma con un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica sin grado de indeterminación alguno, o con grado de indeterminación irrelevante), tal y como lo hace en el ejercicio de su competencia contenciosa.

Como ejemplo se mencionará el siguiente. El artículo 27 CADH tiene dispuesto que:

“2. La disposición precedente⁶⁸ no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad); 12 (Libertad de Conciencia y de Religión); 17 (Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derechos del Niño); 20 (Derecho a la Nacionalidad), y 23 (Derechos Políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos”.

⁶⁸ La disposición precedente establece que “1. En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención (...)”.

De esta disposición es posible concluir razonablemente, entre otras, la norma convencional directamente estatuida siguiente:

N: Está prohibida la suspensión de las garantías judiciales indispensables para la protección de los derechos mencionados en el artículo 27.2 CADH.

En esta norma existe un problema de indeterminación normativa provocado por la expresión “garantías judiciales indispensables” (artículo 27.2 CADH), que es resuelto por la Corte IDH, a la hora que, en ejercicio de su competencia consultiva, manifestó que

“los procedimientos de hábeas corpus y de amparo son de aquellas garantías judiciales indispensables para la protección de varios derechos cuya suspensión está vedada por el artículo 27.2 y sirven, además, para preservar la legalidad en una sociedad democrática”⁶⁹.

De esta afirmación de la Corte IDH es posible concluir una norma que es concreción del artículo 27.2 CADH. Tal norma es una del tipo de regla porque ha definido completamente el supuesto de hecho, y es posible de formularse en los términos siguientes:

N1: Está prohibida la suspensión de los procedimientos de hábeas corpus y de amparo para la protección de varios derechos cuya suspensión está vedada por el artículo 27.2 CADH.

N1 no está recogida en la fórmula lingüística en la que consiste la disposición convencional recogida en el artículo 27 CADH. N1 está vigente sólo a partir de la intervención de la Corte IDH. Ésta la ha formulado como una concreción normativa de la mencionada disposición convencional, por lo que se adscribe a su ámbito normativo. En adelante, el artículo 27 CADH estará vigente según N1.

D. Vinculación a las normas convencionales adscritas

La consecuencia necesaria de esta naturaleza adscrita de la concreción es que ella indefectiblemente compartirá tanto la naturaleza jurídica como el nivel normativo de la disposición concretada. Esta norma–regla, por tanto, es de tipo y nivel normativo convencional, será por ello derecho convencional. Esta situación permite sostener que la

⁶⁹ OC–8/87, del 30 de enero de 1987, el Hábeas Corpus bajo suspensión de garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos)



Corte IDH es, junto con el Legislador internacional, creadora de derecho convencional. La primera, como ya se adelantó, normalmente formula concreciones normativas sin ningún o con irrelevante grado de indeterminación normativa, y excepcionalmente las formula con grado de indeterminación significativo; mientras que con el segundo ocurre precisamente al revés: formula normas con relevante o máximo grado de indeterminación normativa, y escasamente formula normas con irrelevante o nulo grado de indeterminación normativa.

De esta manera, hay que asumir que la fuente de derecho convencional no sólo es el Tratado o la Convención, sino también la jurisprudencia de los órganos internacionales creados para interpretar de modo vinculante la disposición convencional, ya sea a través de la resolución de controversias contenciosas o de respuesta a las consultas formuladas, porque en tal jurisprudencia se recogen las interpretaciones convencionales por las cuales se formulan normas convencionales adscritas a normas convencionales directamente estatuidas que se desprenden de las disposiciones convencionales. De modo que a partir de que se establece tal interpretación, la disposición convencional existe inexorablemente vinculada a un determinado sentido normativo, y le acompañará en su existencia jurídica, como se pudo comprobar con los ejemplos propuestos anteriormente⁷⁰.

Siendo esto así, es posible sostener que cuando una disposición de la CADH pasa a formar parte del ordenamiento jurídico nacional, necesariamente lo hace acompañada de las interpretaciones (las concreciones normativas) que de ella haya formulado la Corte IDH en el ejercicio de su competencia contenciosa y consultiva. Por esta razón el Estado (más concretamente, todos los tribunales y juzgados nacionales), cumplirá la CADH también cuando respete las normas convencionales adscritas formuladas por la Corte IDH. Estas son verdaderas normas convencionales y por esta razón vinculan a todos los Estados. La vinculación no es sólo para el Estado que provoca la interpretación de la Corte, ya sea porque fue denunciado o porque planteó la consulta, sino que como norma adscrita a una disposición convencional, vinculará a todos los Estados a los que vincula tal disposición convencional. En efecto, las concreciones normativas de la Convención no se formulan en función del concreto Estado denunciado o consultor, y por ello exclusivamente para él; sino que las concreciones normativas se formulan en función de unas determinadas circunstancias que compondrán, precisamente, el supuesto de hecho en el que consistirá la

⁷⁰ Asunto diferente y que será abordado más adelante es si los órganos estatales pueden también crear derecho convencional.

regla normativa establecida desde la disposición convencional, de modo que serán aplicables cada vez que se formulen esas mismas circunstancias independientemente del Estado en el que se produzcan. Consecuentemente, una interpretación de una disposición convencional podrá ser exigida y aplicada a un Estado aunque tal interpretación haya sido establecida en un caso de consulta o denuncia contra un Estado distinto.

E. La Corte IDH como creador derivado de derecho convencional

La Corte IDH, como se dijo arriba, es junto con el Legislador internacional el otro productor de derecho convencional⁷¹. Como creadores de derecho convencional, éste tiene carácter originario y aquélla carácter derivado. Las razones que pueden darse para justificarlo son las siguientes. Primera, porque la existencia de la Corte IDH, así como su finalidad y los medios dispuestos para conseguirla, ha dependido de la decisión del Legislador internacional. Y segunda, porque –como se justificó ya–, el derecho convencional que crea tiene la naturaleza de concreción normativa, lo que presupone la existencia de la disposición y consecuente norma convencional a concretar; y ésta es la formulada por el Legislador internacional.

Este carácter derivado necesariamente exige que la actividad de concreción normativa se realice en el marco de lo razonablemente permitido por la decisión del Legislador convencional. Ésta normalmente, como se dijo ya, se recoge en disposiciones lingüísticamente ambiguas y normativamente indeterminadas, que dibujan un margen de lo jurídicamente posible por estar permitido. Las concreciones normativas no han de desnaturalizar las disposiciones y normas convencionales concretadas. La labor de la Corte IDH está limitada por la CADH en particular, y en general, toda decisión tomada por el Legislador internacional americano y recogida en los textos normativos internacionales que conforman el sistema interamericano de derechos humanos. La CADH es un límite externo al ejercicio de concreción normativa que lleva a cabo la Corte IDH. Como tal límite externo, viene justificado por el hecho cierto de que la Corte mencionada puede extralimitarse en el ejercicio de su función de concreción normativa. Si no fuese cierta esta posibilidad, no habría sido necesario limitarla. Incluso, aún si fuese el caso que la Corte IDH no se ha extralimitado hasta ahora en el ejercicio de la función, no quedaría negado su carácter “extralimitable” ni la necesidad de un límite.

⁷¹ La Comisión IDH no tiene carácter creador de derecho convencional porque no puede interpretar vinculantemente a la CADH.



Si las disposiciones convencionales positivizan el contenido esencial de un derecho humano recogiendo el nombre del bien humano que lo justifica, entonces, la norma convencional adscrita no ha de desnaturalizar tal contenido esencial, sino que ha de reconocer una posición jurídica concordante con aquél. Un elemento es decisivo para hablar de desnaturalización: la negación del bien humano que anima a todo derecho humano positivado en la disposición convencional. De manera que habrá extralimitación cuando la Corte IDH formule como una norma convencional adscrita una norma–regla contraria al contenido esencial del derecho humano positivado. Si éste fuese el caso, la norma convencional adscrita sería una norma convencional sólo desde un punto de vista formal, y a la vez tendría el carácter de inconvencional desde una perspectiva material. En efecto, sería convencional porque vendría adscrita a una disposición y norma convencional y, por ello, pertenecería al ámbito normativo convencional; pero a la vez sería inconvencional porque estaría contraviniendo a la disposición y norma convencional a la hora que contraviene el contenido esencial de un derecho humano positivado en la Convención misma⁷². Una norma convencional inconvencional, no es jurídicamente válida porque siendo una fuente secundaria se ha desajustado de la fuente jurídica originaria.

Por lo que se lleva dicho, es posible sostener que otro elemento que conforma la posición jurídica de la Corte IDH es el siguiente: órgano derivado de creación de derecho convencional, que ha de sujetar su actuación formal y material a lo estipulado en la CADH para mantener su validez jurídica.

5. La Corte IDH como controladora de convencionalidad

A. El juicio de convencionalidad

Pero la atribución por la cual se faculta a la Corte IDH para interpretar a la CADH y con ello, crear derecho convencional, no es el único medio que se le reconoce para lograr el cumplimiento del encargo o comisión que le ha formulado el Legislador internacional americano. Existe otro medio de al menos igual trascendencia que la interpretación vinculante y la concreción normativa, y cuyo empleo supone dar un paso más, el definitivo, en el cumplimiento de la comisión encargada. Ese otro medio consiste en la capacidad de controlar la validez jurídica de una determinada actuación estatal según se ajuste o no al

⁷² Es posible trasladar al ámbito convencional lo que Bachof denominó para el ámbito nacional como “normas constitucionales inconstitucionales”. Cfr. BACHOF, Otto, *¿Normas constitucionales inconstitucionales?*, citado, particularmente ps. 65–70.

derecho convencional vigente. Este segundo medio se recoge en el artículo 63.1 CADH, al mandarse que

“cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados”.

Esta prescripción convencional tiene las siguientes dos partes. La primera parte consiste en el reconocimiento a favor de la Corte IDH de la capacidad de decidir si en un caso concreto ha habido o no violación de un derecho o libertad protegidos por la Convención. Esta atribución implica un juicio comparativo: el primer elemento de la comparación viene conformado por la norma que la Corte IDH ha concluido desde la disposición convencional concernida; mientras que la actuación (positiva o negativa) de un órgano público estatal (Legislador, Judicial o Ejecutivo) conforma el otro elemento de la comparación. El juicio comparativo consistirá en dar razones para justificar si la actuación estatal se ajusta o no a la norma convencional, particularmente, consistirá en determinar si la concreta actuación estatal ha cumplido o no los elementos del supuesto de hecho de la regla en que consiste la norma convencional adscrita creado por la Corte IDH. Alude, pues, esta primera parte, a las razones que conforman la sentencia (parte justificativa) que emite la Corte IDH en los asuntos contenciosos. Esta es la esencia del control de convencionalidad atribuido a este órgano internacional, a través del cual vigila la vigencia plena de la CADH, por medio del control del sometimiento efectivo de la actividad estatal a los mandatos convencionales.

En esta primera parte es posible formular la siguiente cuestión relevante. La justicia en el resultado comparativo dependerá de la corrección de las razones que sustentan la norma convencional adscrita con base en la cual la Corte IDH decidirá si ha habido o no cumplimiento de la Convención por parte del Estado denunciado. Si las razones son incorrectas, la norma convencional adscrita será inconvencional, es decir, contraria a una norma convencional directamente estatuida que reconoce una exigencia de justicia (un derecho humano) y por lo que será tenida como injusta. A partir de aquí, es altamente probable que el juicio de convencionalidad concluya con una decisión también injusta.

En efecto, la formulación injusta de la norma convencional adscrita significará necesariamente que ella se formule en contra del contenido esencial del derecho humano positivado en la disposición convencional concretada, es decir, significará que ella niega una



exigencia de justicia que se formula desde la Persona como derecho humano. Si éste llega a ser el caso, la norma formulada será formalmente convencional y materialmente inconvencional, según se justificó antes. Una norma adscrita convencional inconvencional, hace que la conclusión a la que se arribe en aplicación del juicio comparativo en el que consiste el control de convencionalidad, sea materialmente injusta, porque necesariamente declarará que una actuación estatal contraviene (materialmente) la Convención cuando realmente no lo hace, o que no contraviene (materialmente) la Convención cuando realmente sí lo hace. En uno y otro caso, la decisión a la que se arribe será contraria a la exigencia de justicia, porque contraria a ella habrá sido la norma empleada como parámetro del control. Por tanto, no toda contravención de una norma convencional adscrita formulada por la Corte IDH supondrá la vulneración de la CADH, sólo habrá vulneración cuando la concreción normativa empleada como parámetro del control, sea convencional tanto desde un punto de vista formal como material.

B. Las consecuencias de declarar inconvencional una actuación estatal

La segunda parte del artículo 63.1 CADH dispone las consecuencias jurídicas de decidir la Corte IDH que determinada actuación estatal no se ha ajustado a la Convención. Cuando este es el caso, la CADH prescribe a la Corte IDH el *deber de disponer se garantice al lesionado el goce de su derecho o libertad conculcados*. La formulación de este deber tiene los dos componentes siguientes. El primero es la invalidez jurídica –expresa o tácita– de la actuación estatal declarada contraria a la Convención; y el segundo es la expresa mención de aquellas acciones que deberá cumplir el Estado a fin de hacer desaparecer la agresión al derecho humano y con ella la transgresión de la Convención, y asegurar al lesionado el pleno goce de su derecho vulnerado Alude, pues, esta segunda parte a la decisión de la sentencia (parte resolutive).

Bien vistas las cosas, la parte resolutive de la sentencia se sostiene sobre unos fundamentos jurídicos. La parte medular de tales fundamentos viene constituida por las interpretaciones que de la CADH realiza la Corte IDH. Tales interpretaciones, como se ha justificado arriba, son concreciones normativas de las normas convencionales directamente estatuidas, por lo que pueden ser tenidas como normas convencionales adscritas. Estos fundamentos, pues, tienen naturaleza normativa. Esta misma naturaleza normativa es posible de concluir de la parte resolutive de una sentencia de la Corte IDH. La justificación es que con el fallo se crea, anula o consolida relaciones jurídicas entre el Estado denunciado y sus nacionales

denunciantes, por lo que llega a crear una norma jurídica particular válida solamente para el caso y con efectos solo para las partes que intervinieron en el mismo. Formará parte de esta norma particular las medidas que, de ser el caso, la Corte IDH ha dispuesto adopte el Estado perdedor para cumplir con el fallo.

Estas dos realidades normativas que crea la Corte IDH (tanto las normas convencionales adscritas como el contenido de la decisión), pueden ser examinadas desde las exigencias de justicia (los derechos humanos) recogidas en la CADH misma, es decir, pueden ser examinadas desde la convencionalidad material. Así, tanto la norma adscrita como la norma particular final pueden ser tenidas como materialmente convencionales o inconvencionales según se ajusten o no a las exigencias de justicia convencionalizadas. Normalmente ocurrirá que la norma particular final será contraria al contenido material de la CADH, cuando las normas convencionales adscritas que la sostienen sean también materialmente inconvencionales.

Particularmente delicado es el caso en el que la Corte IDH con base en normas formalmente convencionales y materialmente inconvencionales ha formulado una decisión también materialmente inconvencional. En este supuesto habrá ocurrido que no obstante no haber contravenido la CADH, se ha anulado una actuación estatal perfectamente válida desde cánones materiales de convencionalidad; y se le habrá obligado a realizar acciones que, en la medida que no se ajustan a una exigencia de justicia recogida en la CADH, no favorecerán –no al menos plenamente que es la exigencia que brota de la dignidad humana– a la Persona, negando así la finalidad esencial de la Convención.

En este contexto, es posible formular la pregunta siguiente: ¿qué puede hacer un Estado frente a una decisión condenatoria que se formula con base en una norma adscrita que materialmente contraviene la CADH? Si nos encontramos ante una decisión injusta por materialmente ser contraria a la Convención, e injusta también las obligaciones que a partir de esa decisión formule la Corte IDH, dos serían los escenarios posibles para el Estado denunciado y condenado. El primero es el caso en el que tal decisión fuese manifiesta e insoportablemente injusta, por ser incontrovertiblemente negadora de una exigencia de justicia, al ser contraria sin duda alguna, al contenido esencial de un derecho humano⁷³.

⁷³ Un estudio de la famosa fórmula de Radbruch actualizada por Alexy, en VIGO, Rodolfo Luis, *La injusticia extrema no es Derecho*, La Ley, Buenos Aires 2004.



Cuando este es el caso, una tal decisión ha de ser tenida como inválida jurídicamente, por lo que frente a ella el Estado podrá válidamente negarse a cumplir con la decisión y demás consecuentes obligaciones que hubiese impuesto la Corte IDH en su fallo. Si así decidiese el Estado, no podría ser sujeto de reproche moral ni jurídico, no al menos válidamente. La consecuencia necesaria sería que tal Estado no podría ser sancionado con el apartamiento del sistema regional de protección de los derechos humanos.

El segundo escenario se presenta cuando una tal decisión adoptada por la Corte IDH, fuese no manifiestamente injusta. Es este el caso cuando es posible dar razones a favor de la justicia y a favor de la injusticia de la decisión de la Corte IDH. En este supuesto, aun habiendo el riesgo de injusticia en la decisión, el Estado condenado no puede negarse válidamente al cumplimiento del fallo, no al menos, si tiene la intención de seguir formando parte del concierto internacional regional de protección de los derechos humanos.

Finalmente es posible preguntarse si el control de convencionalidad y sus referidas consecuencias pueden ser predicables de la Comisión IDH. La respuesta puede ser formulada de la manera siguiente: la Comisión IDH no tiene atribuido el control de la convencionalidad de la actuación estatal porque, como ya se justificó anteriormente, no tiene competencia para decidir de modo vinculante ni acerca de la interpretación de la Convención, ni acerca de su cumplimiento o no por parte del Estado, pues en este tipo de asuntos su labor se circunscribe a tramitar la admisibilidad para resolver si el caso cumple una serie de exigencias para que sea examinado y resuelto por la Corte IDH; y a propiciar una solución amistosa entre la víctima de la violación del derecho y el Estado violador.

Por lo que se ha manifestado hasta aquí, un elemento más que configura la posición jurídica de la Corte IDH es el siguiente: es un órgano de control de la convencionalidad de las actuaciones estatales, a través del cual determina si una conducta estatal se ha ajustado o no a las disposiciones y normas convencionales a fin de decidir su validez jurídica, y a fin de decidir las medidas estatales que se han de ejecutar para hacer cesar o desaparecer la agresión del derecho humano.

IV. IMPLICANCIAS DE LAS POSICIONES JURÍDICAS DE LA CORTE IDH Y DEL TC

Una vez analizadas las posiciones jurídicas que el TC tiene en el sistema constitucional de protección de los derechos fundamentales, y la Corte IDH presenta en el sistema de protección regional americano de los derechos humanos, corresponde preguntarse por la

relación entre una y otra. Determinar correctamente esta relación permitirá dar respuesta correcta a una serie de cuestiones especialmente relevantes en la dogmática iusfundamental contemporánea.

1. Formulación de la relación

De modo general es posible expresar la relación entre la Corte IDH y el TC, a través de un elemento en común y a través de un elemento diferenciador. El elemento en común es de carácter material y prescribe que ambos son instrumentos al servicio de la realización de las exigencias de justicia positivadas tanto en el documento internacional como en el nacional. Ambos tribunales existen para asegurar la plena vigencia de la CADH o de la Constitución y, consecuentemente, su actuación será legítima en la medida que aseguren en la mayor medida de lo posible, el pleno ejercicio de los derechos humanos que son las exigencias de justicia positivadas.

El elemento diferenciador, por su parte, es de carácter formal. Afirma este elemento que si bien es cierto es posible entablar relaciones entre el orden jurídico internacional y el nacional sobre derechos humanos, no dejan de ser ámbitos jurídicos diferentes. Ambos tribunales actúan, pues, en ámbitos normativos diferentes, la Corte IDH actuará en el ámbito internacional, y el TC en el ámbito nacional.

2. El elemento material de la relación

El elemento material en común permite la siguiente consecuencia: la actuación de la Corte IDH y la actuación del TC, han de caracterizarse por una misma voluntad institucional de promoción de la Persona a través del aseguramiento de sus derechos humanos que se consigue controlando la plena vigencia de la Convención y de la Constitución, respectivamente. Si se trata de la positivización (a nivel internacional o a nivel nacional) de unas mismas exigencias de justicia en torno a la Persona, y si se parte de la existencia de la misma voluntad institucional referida, entonces, lo que se espera es que ambos tribunales coincidan en dos momentos. Primero, en la determinación del contenido esencial de los derechos humanos (a través de unas mismas concreciones convencionales o constitucionales, es decir, a través de la formulación de normas convencionales y constitucionales adscritas esencialmente iguales); y segundo, en la solución de las distintas controversias iusfundamentales que sobre la vigencia de los mismos pueda presentarse en las circunstancias concretas.



Esta coincidencia en ambos momentos será posible en la medida que tanto la Corte como el Tribunal apelen a unos mismos bienes humanos justificativos de los derechos humanos recogidos en la norma internacional y en la constitucional, y desde ahí intenten siempre favorecer en la mayor medida de lo posible la plena realización de la Persona. Una misma dogmática iusfundamental será posible construir y aplicar en torno a la Persona y sus exigencias de justicia (los derechos humanos) desde la Corte IDH y desde el TC nacional. Con base en esta dogmática y normatividad será posible construir unas mismas o coincidentes decisiones justas.

Desde este elemento material es posible esperar y exigir concreciones normativas y fallos sustancialmente iguales a casos también sustancialmente iguales. Si esto no ocurriese, significará que uno de los dos tribunales no está actuando conforme a la finalidad para la que ha sido creado⁷⁴. Será este el caso cuando desde la Corte IDH se ha formulado una interpretación convencional y una respuesta diferente o contraria a la interpretación constitucional y respuesta que haya formulado el TC sobre el mismo caso.

3. El elemento formal de la decisión

El manifestado elemento formal de la relación permite concluir que no es posible establecer una relación jerárquica entre uno y otro órgano: ni la Corte IDH es jerárquicamente superior que el TC, ni el TC está por encima de la Corte IDH. Consecuentemente, ni la jurisprudencia de la Corte IDH se superpone a la del TC ni viceversa. El internacional y el nacional conforman dos ámbitos jurídicos diferentes, y aunque están relacionados, las relaciones no alcanzan para asumir a la Corte IDH y a su jurisprudencia, como jerárquicamente superior del TC y su jurisprudencia. Las posiciones jurídicas de una y otro, justificadas en los apartados anteriores, no permiten sostener una relación jerárquica entre ambos.

La inexistencia de una relación jerárquica exige que cuando se acuda al ámbito internacional de protección de los derechos humanos, no se haga a través de un recurso que se interpone contra lo decidido por el TC. Por eso, hay corrección cuando lo concebido es que, primero, se accede ante la Corte IDH (previo filtro de la Comisión IDH) vía una denuncia que hace las veces de una demanda en el derecho interno; y segundo, que el denunciado (demandado) no sea el TC, sino el Estado mismo. Asimismo, la inexistencia de una relación jerárquica

⁷⁴ Bien excepcional aunque desde luego no imposible, será el supuesto en el que ambas respuestas a un mismo caso, tanto de la Corte IDH como del TC, sean a la vez injustas.

obliga a asumir que el TC (y con él todas las cortes nacionales), han de seguir una norma convencional adscrita y una norma particular convencional (el fallo de la sentencia), no porque hayan sido emitidas por un órgano superior, sino porque se reconoce que ambas normas son manifestación de las exigencias de justicia que representan los derechos humanos. Consecuentemente, si no son justas no vincularán. Y, en fin, la inexistencia de tal relación jerárquica obliga a la Corte IDH a aceptar como convencionalmente válida, una actuación estatal sobre la base de una sentencia del TC que es contraria a la jurisprudencia de la Corte IDH, cuando es posible sostener que la inaplicación de la jurisprudencia de la Corte ha permitido y favorecido una más y mejor protección de la Persona y sus derechos humanos.

Este elemento formal de la relación, permite plantear la pregunta de si la Corte IDH puede realizar un juicio de constitucionalidad, y si el TC puede realizar un juicio de convencionalidad. A continuación se intentará resolver ambas cuestiones.

4. ¿Puede la Corte IDH interpretar la Constitución nacional y realizar un juicio de constitucionalidad?

La primera cuestión significa preguntarse por la posibilidad de que la Corte IDH pueda formular interpretaciones vinculantes de la Constitución nacional a fin de realizar un juicio de constitucionalidad. Esta cuestión se responde recordando que la Corte IDH es comisionada del Legislador internacional americano y, como tal, se le ha encargado velar por la vigencia efectiva de la CADH (y con ella, la de todos los instrumentos regionales sobre derechos humanos), y no es comisionada de las Constituciones nacionales ni, consecuentemente, vela por su efectivo cumplimiento. Esto significa que a la hora de llevar a cabo la comisión encargada, lo que le corresponderá es determinar lo mandado desde la CADH y no desde las constituciones nacionales, para a partir de allí decidir si una determinada actuación estatal se ha ajustado o no al derecho convencional vigente. Por esta razón, la Corte IDH no interpretará vinculantemente la Constitución nacional y, por tanto, no podrá realizar un juicio y consiguiente control de constitucionalidad.

Dicho esto, inmediatamente hay que afirmar que lo que define la relación entre el sistema internacional de los derechos humanos y el nacional de los derechos fundamentales, no es la superioridad jerárquica de uno sobre otro, sino el hecho de que uno y otro persiguen la consecución de una misma finalidad: la realización plena de la Persona. La consecuencia



necesaria es doble. En primer lugar, obliga a la Corte IDH a tener por válida la interpretación que con base en un derecho fundamental ha formulado el TC, en la medida que desde ella, y no desde la disposición convencional que regula tal mismo derecho, es posible justificar una decisión que favorece más y mejor la realización plena de la Persona⁷⁵. Y en segundo lugar, obliga a no condenar (menos aún a sancionar) a un Estado cuyo TC se ha desmarcado de una norma convencional (ya la haya previsto el mismo Legislador internacional, ya la haya formulado la Corte IDH), por encontrar que ella ofrecía una menor protección a la Persona que la ofrecida por sus normas constitucionales internas.

Esto presupone romper clara y definitivamente con aquél criterio que asume que en el nivel internacional siempre y en todo supuesto será posible encontrar una mejor protección a la Persona que desde el derecho nacional; y, por tanto, con aquel criterio que asume que hay que seguir siempre y en todo caso la jurisprudencia de la Corte IDH, por presuponer que ella siempre brindará una mayor protección que la brindada por la jurisprudencia nacional⁷⁶. No se ha de aceptar que los Tribunales nacionales en general y los Tribunales constitucionales en particular, se conviertan en la boca muerta que repite las interpretaciones (normas) que formula la Corte IDH, sin reconocerles a éstos la capacidad de saber construir soluciones debidas y justas de promoción de la Persona desde su propio derecho interno⁷⁷.

Aún en los casos en los que sea posible encontrar una mejor y más protección de la Persona y sus derechos humanos desde la Constitución que desde la CADH, la Corte IDH no interpretará a la Constitución nacional concernida, sino que se limitará a analizar las razones dadas para concluir objetivamente si efectivamente o no desde la interpretación de la

⁷⁵ Por otro lado, esto encuentra plena legitimidad a partir del artículo 29.b de la CADH.

⁷⁶ Así lo ha asumido, por ejemplo, el TC peruano, el cual en un caso acerca del derecho fundamental a la jornada laboral máxima, ha manifestado que “e) En el caso de nuestro país, la Constitución impone la jornada máxima de trabajo de cuarentiocho horas semanales, de modo que, siendo ésta la norma más protectora, prevalecerá sobre cualquier disposición convencional que imponga una jornada semanal mayor; (por ejemplo, el artículo 4.º del Convenio N.º 1 (1919) de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). EXP. N.º 4635–2004–AA/TC, fundamento 29.

⁷⁷ Así, si fuese el caso que una norma convencional N1, adscrita o no, ha ingresado al orden constitucional interno, y de la Constitución es posible concluir una norma constitucional N2, adscrita o no, y N2 favorece más y mejor a la plena realización de la Persona que N1, entonces el TC (y en general todos los operadores jurídicos), han de resolver las cuestiones que se les presente según N2 y no según N1 aunque ésta provenga de la Corte IDH.

Constitución presentada por el TC, es posible una mejor protección de la Persona que desde la interpretación que se formule a partir de la Convención⁷⁸.

La reafirmación de que la Corte IDH no interpreta la Constitución nacional y, consecuentemente, no puede realizar control de constitucionalidad, permite consolidar la ya justificada afirmación de que el TC tiene como elemento configurador de su posición jurídica, la calidad de supremo intérprete y controlador de la Constitución. Por encima de este Tribunal no existe ningún otro órgano que interprete de modo vinculante a la Constitución nacional respectiva, ni existe órgano alguno que por encima de él realice control de constitucionalidad; si existiese, tal órgano, y no el TC, tendría la condición de intérprete y controlador supremo.

5. ¿Puede el TC interpretar la CADH y realizar control convencional?

Corresponde adentrarnos a la segunda de las cuestiones planteadas desde el elemento formal de la relación entre TC y Corte IDH. La actividad interpretativa jurídica (judicial o no) que puedan desplegar los órganos estatales, como el TC, se desenvuelve siempre dentro de un contexto que tiene al menos los dos siguientes elementos. Uno es que exista una controversia iusfundamental nacional; y el otro es que la solución de la misma provenga de la aplicación del derecho nacional. La interpretación jurídica que lleven a cabo los órganos estatales, se realizará sólo desde el derecho interno para resolver cuestiones internas. Los órganos nacionales, como el TC, ni resolverán controversias iusfundamentales internacionales (que atañen a otros Estados), ni emplearán el derecho internacional no internalizado para resolverlas. De esta manera, si alguna posibilidad existe de que algún órgano estatal, como el TC, interprete disposiciones convencionales de modo vinculante, será sólo si tales disposiciones llegan a formar parte del derecho interno.

⁷⁸ Teóricamente, habría una sola situación en la que podría darse una excepción a esta regla. Sería una situación de solicitada protección de un derecho fundamental, rechazada por el TC sobre la base de N1, norma ésta que se formula desde las disposiciones constitucionales a la luz de la CADH y de la jurisprudencia de la Corte IDH; siendo posible formular N2 desde las mismas disposiciones constitucionales pero sin tomar en cuenta la CADH y sus normas convencionales adscritas, sobre cuya base es posible otorgar la protección constitucional solicitada. Adicionalmente, sería una tal situación si el caso llegase a la Corte IDH, y ésta en aplicación del artículo 29.b CADH, decidiese interpretar las disposiciones constitucionales según N2 para dar protección al derecho fundamental agredido. No deja de ser, de todos modos, un supuesto de difícil configuración práctica real.



La CADH (y con ella toda Convención o Tratado internacional sobre derechos humanos), nace a la vida jurídica una vez que determinado número de Estados decide vincularse a ella a través de la suscripción respectiva. Una exigencia básica de razonabilidad dispone que si un Estado se vincula internacionalmente a determinado contenido normativo, éste ha de ser introducido en la normatividad nacional a fin de otorgar legitimidad a las actuaciones estatales en orden al cumplimiento de la obligación internacional. Así, queda justificada la exigencia de que la Convención o Tratado internacional sobre derechos humanos sea recibido por el derecho interno nacional correspondiente. En este punto se plantea la cuestión de en qué nivel normativo interno se ha de colocar la referida convención o tratado. Los sistemas jurídicos nacionales se organizan en niveles normativos, normalmente el constitucional, el legal y el reglamentario. Como lo tengo justificado en otro lado⁷⁹, el lugar que la CADH (y con ella todas las normas internacionales sobre derechos humanos) está llamada a ocupar cuando ingresa a un sistema jurídico nacional solo puede ser uno: el constitucional⁸⁰. Lo que el TC tiene ante sí no es la CADH, sino la Constitución, pero una Constitución a la que se le ha agregado los contenidos normativos de la CADH. Por lo que una Convención o Tratado sobre derechos humanos que ingresa al sistema jurídico constitucional de un Estado, ya no es derecho convencional sino que será derecho constitucional vigente.

Esto mismo es posible formularlo respecto de la jurisprudencia de la Corte IDH. Ahora no interesa referir a los fallos de las sentencias de la Corte IDH (a las normas convencionales particulares), sino a las interpretaciones de la Convención que en la sentencia formula la Corte IDH. Como fue justificado, las interpretaciones o concreciones convencionales son normas que se adscriben a las normas convencionales directamente estatuidas, son, pues, normas convencionales adscritas. Cuando la CADH ingresa al nivel constitucional de un sistema jurídico nacional, lo hace no solamente con las normas directamente estatuidas, sino también con las normas a ellas adscritas, es decir, con las interpretaciones que de la CADH

⁷⁹ “La relación entre los ámbitos normativos internacional y nacional sobre Derechos Humanos”, en *Estudios Constitucionales, Revista del Centro de Estudios Constitucionales de la Universidad de Talca*, año 10, número 2 – 2012, ps. 249–252.

⁸⁰ Aquí es oportuno recordar una sola razón: lo que positiva una Constitución es el contenido constitucional de los derechos fundamentales. Los derechos fundamentales son los derechos humanos constitucionalizados; y el contenido constitucional equivale al contenido esencial de los derechos fundamentales. De modo que el nivel constitucional está destinado a positivizar el contenido esencial (o constitucional) de los derechos humanos (o fundamentales). La CADH (y con ella toda norma internacional sobre derechos humanos), positiva el contenido esencial de los derechos humanos. Si ese es su contenido, cuando ingresa al sistema jurídico nacional está destinado a ocupar el nivel constitucional.

ha presentado la Corte IDH. Cuando se produce este ingreso, el TC (y todos los tribunales nacionales) tienen ante sí la Constitución a la que se le ha agregado contenidos normativos convencionales, ya sea directamente estatuidos, ya sea adscritos).

El TC empleará siempre normas constitucionales a la hora de resolver las cuestiones iusfundamentales que se le presenten. Esto exige reconocer que el TC no aplica la CADH; o si se quiere, aplicará la CADH solamente si ha sido constitucionalizada, y la CADH constitucionalizada es derecho constitucional⁸¹. Si los juicios de validez jurídica no los formulará con base en la CADH sino con base en la Constitución, entonces, el TC no interpreta la CADH.

Las distintas disposiciones que conforman la Convención o Tratado, dejan de ser disposiciones convencionales para pasar a ser disposiciones constitucionales. Se trata de disposiciones convencionales vinculantes para un Estado que han sido constitucionalizadas y, con ello, han pasado a formar parte del ordenamiento jurídico interno. Estas disposiciones bien pueden ser llamadas disposiciones constitucionales de origen convencional, o simplemente disposiciones constitucionales convencionales. El nivel normativo constitucional de un sistema jurídico, también está conformado por las disposiciones que recogen las decisiones del Poder constituyente. Estas disposiciones son constitucionales desde su origen mismo, a diferencia de las anteriores que tuvieron origen convencional. Por esta razón, ellas bien pueden denominarse como disposiciones constitucionales originarias. Así, las disposiciones constitucionales pueden ser de dos tipos: unas serán disposiciones constitucionales convencionales, el otro serán disposiciones constitucionales originarias⁸².

En este marco justificativo se inserta la afirmación que aquí se sostiene: en estricto, el TC no realiza *interpretación convencional*, lo que podrá realizar y realiza siempre será *interpretación constitucional*. Aún en el estrecho margen que conforman las disposiciones

⁸¹ Más aún, solo podrán ser tenidas como normas constitucionales convencionales aquellas que no son posibles de concluir como normas directamente estatuidas o adscritas, desde las disposiciones convencionales. Esto reduce grandemente la existencia de normas constitucionales convencionales.

⁸² Estas mismas denominaciones se emplearán para cuando haya que hacer referencia a los significados normativos que de manera vinculante se formulen de las disposiciones constitucionales en los dos tipos de disposiciones mencionadas anteriormente. Así, habrá que reconocer a las normas constitucionales convencionales, que son las normas convencionales (directamente estatuidas o adscritas creadas por la Corte IDH a la hora de interpretar la disposición convencional); y habrá también que reconocer a las normas constitucionales originarias, que son los significados normativos formulados por los órganos que interpretan vinculantemente a la Constitución, como es el TC.



convencionales no interpretadas por la Corte IDH⁸³, que serían las únicas que necesitarían de interpretación, el TC no realiza respecto de ellas interpretación convencional, sino interpretación constitucional.

Aún más. Bien vistas las cosas, el TC (y con él todos los operadores jurídicos nacionales), no podrá construir las decisiones a las controversias iusfundamentales, sólo con base en disposiciones y consecuentes normas constitucionales convencionales. La razón es que estas disposiciones estarán vigentes conjuntamente con las disposiciones y consecuentes normas constitucionales originarias, y en la medida que unas y otras regulan una misma realidad, todas ellas se implican y es necesario considerarlas también conjuntamente a fin de formular la norma–regla con base la cual el TC resolverá una controversia concreta.

De esta manera, la solución a la controversia iusfundamental que deba resolver el TC, se construye desde el material normativo constitucional exclusivamente, para lo que aquí interesa destacar: disposiciones constitucionales convencionales, decididas por el Legislador internacional; normas constitucionales convencionales, decididas por el órgano de interpretación vinculante del derecho internacional (como la Corte IDH); las disposiciones constitucionales originarias, decididas por el Constituyente; y las normas constitucionales originarias, decididas por el órgano de interpretación constitucional (como el TC). Ningún elemento de este material, como puede apreciarse, tiene mayor nivel normativo que otro, todos tienen un mismo nivel jerárquico: el constitucional. Por esta razón, la solución de las controversias, en ningún caso, podrá apoyarse en el criterio formal según el cual unas disposiciones y consecuentes normas prevalecen sobre las demás. Por el contrario, y en caso de incompatibilidad normativa, la decisión se ha de construir según el criterio material de cuál disposición y consecuente norma permite construir una decisión que proteja más y mejor a la Persona.

Si el TC, en estricto, no realiza interpretación convencional (y con él, ningún operador jurídico nacional), entonces no podrá llevar a cabo las dos siguientes actuaciones para las cuales precisamente la interpretación convencional es un requisito imprescindible. Una de ellas es la creación de derecho convencional: sólo a través de la concreción convencional que supone la interpretación convencional, será posible crear normas convencionales adscritas,

⁸³ Incluso, las normas convencionales adscritas que llegan a formar parte de la Constitución, son interpretaciones ya hechas por la Corte IDH, de modo que el TC no la llega a formular sino que se limitará a aplicar una interpretación ya formulada de la CADH.

tal y como se justificó anteriormente respecto de la Corte IDH. Consecuentemente, el TC no es creador de derecho convencional adscrito (obviamente, tampoco a título de Legislador internacional). Y la otra imposibilitada actuación es el control de convencionalidad, pues sin interpretación convencional previa no se podrá establecer si una determinada conducta ha trasgredido o no un mandato convencional contenido en una disposición convencional, de modo que, sin interpretación convencional no se podrá realizar el juicio de convencionalidad que lleva ínsito todo control de convencionalidad. Consecuentemente, el TC no es controlador de la convencionalidad.

Estas respuestas a las cuestiones formuladas, permite confirmar, a su vez, uno de los elementos que conforman la posición jurídica de la Corte IDH: único intérprete vinculante de la CADH y, con ella, de todos los instrumentos regionales de protección de los derechos humanos. Sólo el comisionado del Legislador internacional podrá realizar interpretación y control de convencionalidad, que para el sistema americano es solamente la Corte IDH, más no ningún órgano nacional; y sólo el comisionado del Poder constituyente podrá realizar control de constitucionalidad, cargo normalmente atribuido al TC cuando no también los jueces del Poder judicial.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN: NO ES UN MERO JUEGO DE PALABRAS

Se podría criticar este modo de ver las cosas diciendo que estamos sólo ante una irrelevante cuestión formal a la hora de denominar la actividad interpretativa del TC que recae sobre disposiciones convencionales, pues, ya se le llame como interpretación convencional o ya se le llame interpretación constitucional, lo cierto e incontestable, es que el TC está formulando de modo vinculante un significado normativo a partir de una disposición que es convencional porque proviene de la CADH. Esto sería lo único decisivo: determinar si los contenidos normativos previstos en la CADH (y en todas las convenciones sobre derechos humanos en general), pueden ser o no desentrañados y aplicados por el TC (y en general, por todos los operadores jurídicos). Todo no sería más que un juego de palabras que se resolvería con base en arbitrariedad terminológica, pues no existiría ninguna razón fuerte para decantarse por una u otra expresión.

A esto hay que responder diciendo que, en efecto, independientemente de cómo se le denomine, lo relevante es constatar que los contenidos normativos convencionales (provengan del Legislador convencional o de la Corte IDH), son tomados en consideración



de modo obligatorio, primero, para conducir las actuaciones públicas y privadas en el seno de un Estado; y, segundo, para evaluar la validez jurídica de tales actuaciones. Siendo esto relevante, lo es también la justificación que se presente para legitimar una y otra posibilidad.

Unas tales justificaciones pasan necesariamente por considerar las reales posiciones jurídicas tanto de la Corte IDH como del TC, y las consecuencias que de allí se desprendan para el orden jurídico internacional y para el interno. Unas y otras han sido objeto de análisis en las páginas anteriores. En este marco, exigido está que todo intérprete vinculante de la CADH pueda crear normas convencionales adscritas que conformen el sistema jurídico convencional. Un órgano que real y no sólo aparentemente, interpreta la CADH, crea de modo efectivo derecho convencional (normas convencionales adscritas). Así, la Corte IDH como intérprete de las disposiciones convencionales, crea derecho convencional adscrito. Este derecho convencional adscrito pasa a conformar parte de los contenidos normativos convencionales y serán vinculantes y exigibles a todos los destinatarios de la CADH. Por lo pronto, y sin que quepa duda alguna, son vinculantes para la Comisión IDH, para la Corte IDH misma, y para todos los Estados partes, incluidos sus tribunales y juzgados nacionales.

Así, si se admitiese que el TC de un Estado puede interpretar la CADH, tendría que admitirse necesariamente que sus interpretaciones conforman el derecho convencional vigente, es decir, que estaría en condiciones de crear normas convencionales adscritas, las mismas que vincularían a la Corte IDH, a la Comisión IDH y a los (órganos estatales y particulares de los) Estados parte. Si se reconociese la condición de intérprete de la CADH al TC, no existiría ninguna razón válida para justificar que las interpretaciones que formule sólo vincularían al propio Estado. Sin embargo, el TC como órgano nacional, sólo puede crear derecho válido para el sistema jurídico nacional.

En este marco, dos conclusiones son posibles de presentar ya. La primera es que si el TC en ningún caso está en condiciones de crear derecho convencional adscrito, no se entiende por qué ha de denominarse como interpretación convencional a la actividad hermenéutica que recae sobre las disposiciones que componen la CADH. Esto exige un intento de formulación de una dogmática distinta, como la que aquí se ha propuesto, y con base en la cual está justificado reconocer y llamar como interpretación convencional a la referida actividad hermenéutica. La segunda conclusión es que en la medida que la denominación va estrechamente vinculada con una justificación y a la vez con unas consecuencias jurídicas, no estamos ante una mera cuestión formal o ante un mero juego de palabras porque estamos

ante una situación que atañe a uno de los factores decisivos en la sostenibilidad y viabilidad del sistema jurídico internacional de los derechos humanos: sus fuentes y su exigibilidad. El TC no es fuente de derecho convencional y las interpretaciones que formule de las disposiciones constitucionales convencionales no vinculan ni a la Corte IDH ni a los demás Estados.

Consecuentemente, sólo la interpretación que de la CADH (y demás instrumentos normativos internacionales) realice la Corte IDH, será efectivamente una interpretación convencional a través de la cual se concretizan las disposiciones y normas convencionales abiertas, para crear derecho convencional adscrito. La interpretación que de las disposiciones convencionales pueda realizar el TC, no dejará de ser en ningún caso una interpretación constitucional, en la medida que sólo estará facultado para interpretar las disposiciones convencionales si es que han ingresado en el orden normativo interno al nivel constitucional.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

AGUIAR, Asdrúbal, *Derechos humanos y responsabilidad internacional del Estado*, Monte Ávila Editores Latinoamericana–Universidad Católica Andrés Bello, Caracas 1997.

ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1993.

BACHOFF, Otto, *Normas constitucionales inconstitucionales*, Palestra, Lima 2008.

BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 3ª edición, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2007.

CASTILLA, Karlos, “El control de convencionalidad: un nuevo debate en México a partir de la sentencia del Caso Radilla Pacheco”, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XI, 2011.

CASTILLO CÓRDOVA, Luis, *Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general*, 3ª edición, Lima 2007.

CASTILLO CÓRDOVA, Luis, “La interpretación iusfundamental en el marco de la persona como inicio y fin del derecho”, en SOSA SACIO, Juan Manuel (Coordinador), *Pautas para interpretar la Constitución y los derechos fundamentales*, Gaceta Jurídica, Lima, 2009.



CASTILLO CÓRDOVA, Luis, “El contenido constitucional de los derechos fundamentales como objeto de protección del amparo”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, número 14, 2010.

CASTILLO CÓRDOVA, Luis, “Las exigencias de racionalidad al Tribunal Constitucional como controlador de la Constitución”, en *Gaceta Constitucional*, Tomo 39, Marzo 2011.

CASTILLO CÓRDOVA, Luis, “La relación entre los ámbitos normativos internacional y nacional sobre Derechos Humanos”, en *Estudios Constitucionales, Revista del Centro de Estudios Constitucionales de la Universidad de Talca*, año 10, número 2 – 2012.

DEL TORO HUERTA, Mauricio Iván, “La responsabilidad del Estado en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, en Méndez Silva, Ricardo (coord.), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2002.

FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor, *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Aspectos institucionales y procesales*, reimpresión de la tercera edición, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica 2009.

FERRER MC GREGOR, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, en *Estudios Constitucionales*, Año 9, N° 2, 2011.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1991.

GUASTINI, Riccardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, Porrúa – UNAM, México 2008.

GUASTINI, Riccardo, “Disposición vs. Norma”, en POZZOLO, Susanna y ESCUDERO, Rafael, *Disposición vs. Norma*, Palestra, Lima 2011.

HESSE, Konrad, *Escritos de derecho constitucional*, 2ª edición, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1992.

HITERS, Juan Carlos, *Derecho internacional de los derechos humanos*, Ediar, Buenos Aires 1991.

KELSEN, Hans, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Trad. Roberto Brie, Tecnos, Madrid 1995.

NIKKEN, Pedro, “Los Derechos Humanos en el Sistema Regional Americano”, en *Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1990.

SERNA, Pedro, “Introducción”, en Idem (Director), *De la argumentación jurídica a la hermenéutica*, 2ª edición, Editorial Comares, Granada 2005.

SAGÜÉS, Néstor, “Obligaciones internacionales y control de convencionalidad”, en *Estudios Constitucionales*, año 8, Número 1, Madrid 2010.

SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos, *El poder constituyente*, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires 1957.

VELEZMORO PINTO, Fernando, “El precedente constitucional vinculante según la jurisprudencia del TC peruano y el neoconstitucionalismo”, en *Revista Jurídica del Perú*, Tomo 112, junio 2010.

VIGO, Rodolfo Luis, *La injusticia extrema no es Derecho*, La Ley, Buenos Aires 2004.

