

DERECHOS Y LIBERTADES

Número 48, Época II, Enero 2023



FECYT 006/2022
Revista de Ciencias II - 1ª Colección (2011)
Número 48 - Enero de 2023

uc3m | Universidad Carlos III de Madrid
Instituto de Derechos Humanos
Gregorio Peces-Barba

 FUNDACION CULTURAL
ENRIQUE LUÑO PEÑA

Dykinson, S.L.

La revista Derechos y Libertades está incluida en la Emerging Sources Citation Index, en ERIH PLUS y en la valoración integrada e índice de citas que realiza el CINDOC con las Revistas Españolas de Ciencias Sociales y Humanas (RESH) y figura en el catálogo de revistas de LATINDEX, Anvur (Italia) –categoría A–, MIAR, CARHUS, Qualis Brasil –categoría B1–, Dulcinea, International Political Science Abstract, Worldwide Political Science Abstracts, Philosopher’s index, IBSS. Se encuentra incluida en el repositorio DIALNET.

La Revista superó la VII Convocatoria de Evaluación de Calidad Editorial y Científica de las Revistas Científicas españolas y renovó el Sello de Calidad FECYT hasta 2023.

Derechos y Libertades se adhiere al Código de Conducta y Buenas Prácticas para Editores de Revistas del Comité de Ética de las Publicaciones (COPE). Disponible en: publicationethics.org/files/Code_of_conduct_for_journal_editors_Mar11.pdf

Redacción y Administración

Revista Derechos y Libertades
Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas
Universidad Carlos III de Madrid
c/ Madrid, 126
28903 Getafe (Madrid)

E-mail de la Revista:
franciscojavier.ansuategui@uc3m.es
derechosylibertades@uc3m.es

Adquisición y suscripciones



Suscripción en papel

Ver boletín de suscripción al final de este número y remitir en sobre cerrado a:

Dykinson, S.L.
C/ Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid

Suscripción versión electrónica (revista en pdf)

Compra directa a través de nuestra web
www.dykinson.com/derechosylibertades

Copyright © Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas

ISSN: 1133-0937

Depósito Legal: M-14515-1993 European Union

Edición y distribución:

Dykinson, S.L.

C/ Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid

Tels. +34 915 442 846 / 69. Fax: +34 915 446 040

Las opiniones expresadas en esta revista son estrictamente personales de los autores

La editorial Dykinson, a los efectos previstos en el artículo 32.1, párrafo segundo del vigente TRLPI, se opone expresamente a que cualquiera de las páginas de Derechos y Libertades, o partes de ellas, sean utilizadas para la realización de resúmenes de prensa.

Cualquier acto de explotación (reproducción, distribución, comunicación pública, puesta a disposición, etc.) de la totalidad o parte de las páginas de Derechos y Libertades, precisará de la oportuna autorización, que será concedida por CEDRO mediante licencia dentro de los límites establecidos en ella.

LA AMBIGÜEDAD DE LA JUSTICIA TRANSNACIONAL.
EL CASO INTERAMERICANO DE LOS DERECHOS HUMANOS*

THE AMBIGUITY OF TRANSNATIONAL JUSTICE. THE INTER-AMERICAN CASE OF HUMAN RIGHTS

GABRIEL ANDRÉS ARÉVALO ROBLES
Universidad Católica de Colombia
<https://orcid.org/0000-0002-4389-5997>

LUZ ÁNGELA ARÉVALO ROBLES
International Land Coalition, Italia

OMAIRA ESPERANZA CASTELLANOS CORTÉS
Universidad del País Vasco UPV/EHU

Fecha de recepción: 9-3-21

Fecha de aceptación: 22-3-22

Resumen: *La justicia interamericana de derechos humanos es un fenómeno de transnacional influencia sobre los ordenamientos jurídicos de los Estados nacionales. La creciente interacción de la Corte Interamericana con los jueces nacionales y su labor como intérprete de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) ha promovido un excesivo optimismo que resulta necesario revisar críticamente en aras de una mejor comprensión de la justicia transnacional en derechos humanos. Para cumplir este cometido, el presente documento presentará las discusiones doctrinales sobre justicia, validez y eficacia de la CADH a través del alcance, límites e impacto del ejercicio judicial Interamericano.*

* Artículo que expone resultados de investigación del proyecto titulado “Desafíos Contemporáneos para la protección de derechos humanos en escenarios de emergencia y construcción de paz - Fase III”, que forma parte de la línea de investigación Fundamentación e implementación de los Derechos Humanos, del grupo de investigación Persona, Instituciones y Exigencias de Justicia, reconocido y categorizado como Tipo A1 por Minciencias y registrado con el código COL0120899, vinculado al Centro de Investigaciones Socio jurídicas (CISJUC), adscrito y financiado por la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia.

Abstract: *Inter-American human rights justice is a phenomenon of transnational influence on the legal systems of national states. The growing interaction of the Inter-American Court with national judges and its work as interpreter of the American Convention on Human Rights (IACHR) has fostered excessive optimism that needs to be critically reviewed for the sake of a better understanding of transnational. To fulfill this task, this document will present the doctrinal discussions on justice, validity, and effectiveness of the IACHR through the scope, limits, and impact of the Inter-American judicial exercise.*

Palabras clave: derechos humanos, justicia transnacional, Corte Interamericana
Keywords: human rights, transnational justice, Inter-American Court

1. PLANTEAMIENTO

La progresiva consolidación de los sistemas regionales de derechos humanos es uno de los fenómenos más destacados de la globalización del derecho. Así lo revelan el Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950), la Convención Americana (suscrita el 22 de noviembre de 1969 y que entró en vigor en 1978), la Carta Africana (adoptada en 1981) y la Carta Árabe de Derechos Humanos (revisada en 2004). Lo destacable, sin duda, es el papel jugado por los tribunales regionales que han fracturado la férrea soberanía de los Estados-nacionales para proteger los derechos de miles de víctimas. La profundidad interpretativa de las respectivas Cartas de Derechos Humanos, y el número de casos que resuelven año a año, muestra una fuerte interacción entre lo supra nacional y lo local como nunca antes se había visto en el sistema internacional de los derechos humanos. Esta tendencia a la interacción en la que se vinculan actores estatales y no estatales¹ se revela como una práctica transnacional en la que los conflictos son ventilados más allá de las fronteras nacionales y los jueces interamericanos deciden sobre particulares aspectos que las víctimas no pueden resolver en sus propias jurisdicciones. Aquella tendencia se valora cada vez más como un compromiso de los Estados con los derechos fundamentales.

Pese a ello, el optimismo que se profesa parece exagerado. Un reciente estudio demostró que el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) presenta un bajo nivel de cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana por parte de los Estados que han reconocido su competen-

¹ C.R. FERNÁNDEZ LIESA, "Los actores no estatales y el Derecho internacional de los derechos humanos", *Derechos y libertades*, vol. 41, 2019, pp. 117-147.

cia². La investigación señaló que solo el 12,9 por ciento de los fallos alcanzó el pleno cumplimiento, mientras el cumplimiento parcial fue del 43,4 por ciento. Cifras desalentadoras para la eficacia del derecho que recae en los tribunales supranacionales y decepcionante para las víctimas. Sin embargo, los defensores interamericanos parecen valorar aspectos cualitativos afirmando que la creciente aceptación de los estándares e interpretaciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) por los tribunales estatales, así como la creación de leyes por los órganos legislativos y la implementación de políticas por el ejecutivo, han construido una institucionalidad nacional de los derechos humanos promovidos desde las entidades regionales³.

La creciente bibliografía producida con datos cuantitativos como cualitativos demuestra la preocupación de la doctrina jurídica sobre la interacción de la justicia transnacional de los derechos humanos y sus resultados aunque con frecuencia llegan a conclusiones diferentes y muchas veces opuestas. Por tanto, es importante asistir a las discusiones contemporáneas de la doctrina y la teoría jurídicas sobre la justicia, la validez y la eficiencia de la función contenciosa y consultiva de la Corte IDH para comprender mejor la evolución del órgano regional y valorar el impacto de la justicia transnacional sobre los Estados y las víctimas.

Acudiendo a una clásica división en la teoría jurídica, el propósito del presente documento será valorar los desarrollos doctrinales recientes sobre la Corte IDH y su interacción con los Estados y sus ramas del poder, principalmente, con sus tribunales. La teoría jurídica suele dividir sus problemas desde tres lentes clásicos: la justicia o los valores supremos del derecho que suele verse como una discusión *iusfilosófica* o *iuspolítica*, la validez o existencia de la normatividad y la eficacia como aplicación de las normas por parte de los jueces y/o como aceptación e implementación de sus destinatarios⁴.

² M. SILVA, "A Radiographic Analysis of Compliance with the Decisions of the Inter-American Court of Human Rights", *ILSA Journal of International & Comparative Law*, vol. 26, núm. 3, 2020, pp. 479-581.

³ D. GARCÍA-SAYÁN, "Una viva interacción: Corte Interamericana y tribunales internos" en D. GARCÍA-SAYÁN (ed.), *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: un cuarto de siglo: 1979-2004*, San José de Costa Rica, 2005, pp. 323-384.

⁴ N. BOBBIO, *Teoría general del derecho*, Temis, Bogotá, 2012; R. GUASTINI, *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, Gedisa, Barcelona, 1999; H. WELZEL, *El problema de la validez del Derecho*, Ediciones Coyoacán, México D.F., 2011.

Las tres dimensiones ofrecen una plataforma de observación valiosa para el agrupamiento de las posiciones y la presentación crítica de los debates actuales sobre la justicia transnacional. Para lograr este objetivo, se realizó una revisión bibliografía científica producida sobre la interacción entre la jurisprudencia de la Corte IDH y los tribunales nacionales en la última década en buscadores especializados para establecer el reciente estado de la cuestión que será presentada en cuatro debates: ‘soberanismo’ vs ‘aperturismo’, límites de la jurisdicción, problemas de la función interpretativa y control de convencionalidad. El soberanismo y el aperturismo suelen tener un enfoque *iuspolítico* mientras los límites de la jurisdicción, la función interpretativa y el control de convencionalidad se disputan en el campo de la validez y la eficacia de la Carta Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) a través de la función de la Corte IDH. Como validez, les preocupa la creación de normas producto de la interpretación que se realiza en la jurisprudencia interamericana mientras sobre la eficacia, se disputa el alcance y la aceptación de los fallos de la Corte IDH. A continuación, serán ampliadas estas posiciones.

Con el propósito de contrastar estas posiciones con un caso específico, al final será presentada la posición histórica de la Corte Constitucional colombiana con la justicia regional americana de los derechos humanos. Colombia, diferente a otros países, es el caso típico de aceptación e implementación de las decisiones interamericanas. Sin embargo, no está a salvo de fisuras y limitaciones que revelan las vigentes tensiones de la globalización del derecho y que será expuestas a continuación.

2. SOBERANISMO Y APERTURISMO

Soberanismo y aperturismo son dos posiciones típicas y opuestas que explican la globalización del derecho. Por un lado, los soberanistas que desconfían del organismo interamericano porque socava la soberanía nacional y juega con intereses geopolíticos, especialmente, estadounidenses. Por el otro, los aperturistas que reconocen una creciente interdependencia entre la Corte IDH y los Estados Parte con la Convención Interamericana a través de la constitucionalización del derecho internacional y el ejercicio del control de convencionalidad. La mayoría de los soberanistas ven a las instituciones del Estado como el vehículo crucial para alcanzar los principios de justicia, mientras que los aperturistas piensan que el modelo de Estado soberano debe ser superado y reemplazado por formas de gobernanza multinivel o

incluso por un Estado mundial⁵, logrando una importante transformación en la política local y distribución de recursos en la región⁶.

El tono de la discusión sube cuando se examina la influencia de la Corte IDH sobre los tribunales locales, la ley nacional y la política gubernamental al percibirse como una forma de intervencionismo que se aleja de la justicia y se entrelaza con intereses geopolíticos, muchos de ellos, de Estados Unidos como principal influenciador de la OEA. Por el contrario, hay quienes afirman que estas posiciones explican la realidad desde la exagerada preeminencia del monismo nacional sobre el orden jurídico internacional⁷ y sobre todo, desconocen el impacto de la estructura sobre el agente, donde el contexto logra influir incluso al actor más poderoso del sistema. Los soberanistas responden que no puede desconocerse la intervención de Estados Unidos a favor de ciertos regímenes y rechazo de otros. Sin embargo, el soberanismo no rechaza absolutamente el trabajo de la CIDH y menos, las obligaciones internacionales adoptadas por la voluntad del Estado, pero son enfáticos en decir que no todos los pronunciamientos deben ser obligatorios –como las opiniones consultivas–, apelando a un grado de respeto de la autonomía de los tribunales locales para lograr la justicia.

3. LÍMITES DE LA JURISDICCIÓN

La jurisdicción es la autoridad legal que posee una entidad judicial para aplicar las leyes y decidir sobre un caso. La Corte IDH ejerce una jurisdicción supranacional y controla la convencionalidad sobre los actos jurídicos de los Estados sometidos a la cláusula facultativa de jurisdicción obligatoria para proteger los derechos humanos. Esta cláusula habilita a la Corte para analizar si la Convención está siendo violada por el Estado y establecer su entendimiento como intérprete oficial. Sin embargo, dicha noción presenta consistentes críticas.

⁵ M. RONZONI y L. VALENTINI, “Global Justice and the Role of the State: A Critical Survey” *The Oxford Handbook of Global Justice*, Oxford University Press, Oxford, 2020.

⁶ R. URUENA, “Double or Nothing: The Inter-American Court of Human Rights in an Increasingly Adverse Context”, *Wisconsin International Law Journal*, vol. 35, núm. 2, 2018, pp. 398-425.

⁷ D. RIVAS-RAMÍREZ, *El vicio surrealista del monismo y el dualismo ante la metamorfosis del Derecho Internacional Público*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2018.

Algunos autores señalan falencias en la *accountability* e independencia en la elección de la Corte IDH que puede verse empañada por la composición política de la Asamblea de la OEA. Recuerdan que la elección de la Comisión como de la Corte IDH son el producto de equilibrios políticos y, por tanto, “podría cuestionarse la veracidad de la causalidad que se asume entre la posición política de quien promueve la candidatura de los jueces (o realiza el control posterior mediante la reelección) y las preferencias que el juez manifestará posteriormente”⁸. Asumiendo la noción clásica de los “intereses nacionales” explicados por el realismo⁹, resulta lógico suponer que la composición de un órgano tan poderoso, no puede quedar fuera de los cálculos de la política exterior¹⁰. Por supuesto, los autores no manifiestan estar contra del cumplimiento de los compromisos internacionales adquiridos por los Estados, pero son enfáticos en señalar que no existen todas las garantías para que sus compromisos sean una excusa para ser atacados¹¹.

La composición no es el único problema, también lo son las sentencias. Ezequiel Malarino¹² afirma que, con frecuencia, las sentencias de reparación de la Corte IDH se entrometen en las ramas del Estado lesionando la soberanía estatal. Entiende que dicho fenómeno se profundiza cuando la Corte IDH incorpora nuevos derechos de la víctima no contemplados en la Convención Americana, introduciendo una nueva norma en el sistema, alterando o suprimiendo otras, sin que hayan sido pactada por los Estados.

Sobre el carácter vinculante de las consultas, el debate no es menos contradictorio¹³. Aunque la Opinión Consultiva es una herramienta funda-

⁸ S. VERDUGO, y J. F. GARCÍA, “Radiografía al sistema interamericano de derechos humanos”, *Actualidad Jurídica*, vol. 25, núm. 186, 2012, pp. 175-216.

⁹ H. MORGENTHAU, *Política entre las naciones: la lucha por el poder y la paz*, Grupo Editor Latinoamericano Buenos Aires, Buenos Aires, 1986.

¹⁰ J.P. SCARFI, “Denaturalizing the Monroe Doctrine: The rise of Latin American legal anti-imperialism in the face of the modern US and hemispheric redefinition of the Monroe Doctrine”, *Leiden Journal of International Law* [online], 2020, vol. 33, núm. 3, pp. 541-555.

¹¹ J.L. ESQUIROL, “The geopolitics of constitutionalism in Latin America”, en C. CRAWFORD y D. MALDONADO (eds), *Constitutionalism in the Americas*, [online], Edward Elgar Publishing, 2018, pp. 79-110.

¹² E. MALARINO, “Activismo judicial, punitivización y nacionalización: tendencias antidemocráticas y antiliberales de la CIDH”, en K. AMBOS, E. MALARINO y C. STEINER, *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, Fundación Konrad Adenauer, Madrid, 2010, pp. 25-62.

¹³ G. CAVAGNARO y S. JIJÓN, “¿Son vinculantes las opiniones consultivas que emite la Corte Interamericana de Derechos Humanos?”, *Tesis para Optar el Grado de Abogados de los Tribunales del Ecuador*, 2020, disponible en: <http://repositorio.ucsg.edu.ec/handle/3317/14488>

mental para la interpretación de la Convención o sobre otros tratados y la compatibilidad entre la ley interna y los instrumentos internacionales¹⁴, su carácter vinculante es cuestionado cuando son usadas para fundamentar las decisiones en casos contenciosos¹⁵. Vale recordar que dicho instrumento no tiene un carácter contencioso, sino que es una opción que tienen los Estados para comprender mejor la aplicación de la CIDH en su función estatal preguntándole a la Corte IDH sobre algún tema particular. De la misma manera, se presenta discusión en la doctrina cuando la Corte IDH usa las sentencias para resolver aspectos específicos de las Opiniones Consultivas. Jorge Roa¹⁶ afirma que las Opiniones Consultivas no deberían ser vinculantes porque no tienen los mismos efectos predicables de las sentencias. Otros autores recuerdan que en el Pacto de San José no se establecieron como vinculantes y que la propia Corte IDH señaló en la Opinión Consultiva 15/97 que no tiene tal carácter como si lo tiene una sentencia en un caso contencioso.

Pese a lo anterior, cada día son más los autores que entienden que toda la jurisprudencia de la Corte IDH tiene carácter vinculante, por ejemplo, al demostrar que los tribunales internos reconocen –cada vez más– la jurisprudencia de la Corte IDH como obligatoria¹⁷. Sin embargo, también hay matices que vale la pena reconocer debido a que su incorporación se produce con disparidad en la región. Algunas veces, los altos tribunales nacionales no han asumido la jurisprudencia interamericana, por el contrario, han actuado como soporte de los jefes de Estado incumpliendo las sentencias de la Corte IDH y socavando de paso la credibilidad en la jurisdicción IDH¹⁸. Desafortunadamente, dichas actitudes se ven favorecidas porque los mismos órganos de fiscalización de las sentencias de la Corte IDH no persuaden a los Estados, no emiten pronunciamiento contra las Altas Cortes nacionales y, por tanto, eliminan los costos para los países. Al final, los tribunales nacio-

¹⁴ J. PASQUALUCCI, *The practice and procedure of the Inter-American Court of Human Rights*. University Press, Cambridge, 2013.

¹⁵ Por ejemplo, en el caso “Velásquez Rodríguez contra Honduras de 1988”.

¹⁶ J. ROA, *La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Universidad Externado, Bogotá, 2015.

¹⁷ J. MIJANGOS, “Breves notas sobre la jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos y su recepción por los tribunales federales mexicanos”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 6, 2006, pp. 411-424.

¹⁸ R. LEITE y R. BORGES, “O enfrentamento às decisões da corte interamericana de direitos humanos por cortes supremas nacionais”, *Revista Brasileira de Estudos Políticos* [online], vol. 120, 2020, pp. 369-409.

nales han terminado convirtiéndose en un nuevo actor internacional por las consecuencias de su acción u omisión.

Borges y Leite, afirman que el problema es que la Convención Americana no dotó al tribunal regional de un carácter jurisdiccional supranacional, tal como el Tribunal de Justicia de la Unión Europea que tiene la facultad de invalidar automáticamente una decisión de un tribunal nacional. Esto significa que la gobernanza interamericana está cimentada sobre la cordialidad y la voluntad que escapa a la fuerza de eficacia de las sentencias. Así, el ejecutivo puede incumplir o las cortes nacionales no realizar el ‘control de convencionalidad’. Por esta razón, las autoras consideran que por la naturaleza de vinculación de los Estados al sistema interamericano, la voluntad de los tribunales nacionales debería ser influenciada para promover ‘asociaciones de cumplimiento’ por medio de una postura pro-sistema interamericano que vaya más allá del poder ejecutivo. Teniendo en cuenta que la aceptación de los fallos de la Corte IDH están mediados por las consideraciones políticas del ejecutivo, un dialogo judicial entre la Corte IDH y las Cortes locales podría garantizar las decisiones armonizadas con la Convención y reconstituir la confianza en el Sistema Interamericano. En sencillas palabras, es declarar que la eficacia queda sujeta al convencimiento promovido por un tipo de tratamiento diplomático judicial.

En el mismo sentido, Bruno Galindo¹⁹ enfatiza la necesidad de establecer un diálogo racional entre la Corte IDH y las corte nacionales como estrategia para garantizar la aplicación de la jurisprudencia interamericana. Propone una articulación multidimensional de los diferentes ordenamientos jurídicos sin que uno de ellos encarne una definición final o absorba definitivamente al otro. A dicha visión la llama ‘supranacionalidad’ que sería un tipo de supremacía compartida entre las constitucionales nacionales y la Convención Americana. Considera que es una salida positiva a los clásicos modelos unidireccionales que han otorgado, a veces un poder superior a la Corte IDH, y en otras, a los tribunales nacionales, limitando la aplicación de la Convención. La propuesta de Galindo es un enfoque multidireccional e interdependiente basado en el principio *pro homine* para maximizar la efectividad de los derechos humanos convencionales. Su noción de interacción es que las cortes nacionales adopten el alcance más amplio del SIDH y las

¹⁹ B. GALINDO, “Transitional Justice in Brazil and the Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights: a difficult dialogue with the Brazilian judiciary”, *Sequência (Florianópolis)* [online], núm. 79, 2018, pp. 27-44.

decisiones de la Corte IDH, pero a su vez, la Corte Interamericana reconoce el abajo-arriba, tomando aspectos jurisprudenciales o recomendaciones de los jueces estatales. Posición que permitiría superar el estancamiento dialógico y fortalecer el sistema nacional de protección de los derechos humanos convencionales.

Soley y Steininger²⁰ presentan también una interesante propuesta para fortalecer el sistema interamericano. Creen que ciertos fallos de la Corte IDH afectan a cuestiones de política nacional y provocan una reacción violenta por parte del Estado. Para enfrentar estos casos proponen implementar una estrategia que llaman ‘socios de cumplimiento’, para que se produzca el cumplimiento de los fallos, el fortalecimiento del sistema interamericano y mitiguen las reacciones violentas del ejecutivo por medio del control de convencionalidad. ‘Los socios de cumplimiento’ serían los jueces nacionales que ayudarían a disminuir la tensión, devolviendo algunos problemas a la esfera doméstica y reactivar las buenas relaciones con los órganos del sistema interamericano una vez cambie la situación política. En términos simples, las autoras piden a los jueces nacionales que encarnen dentro de su ordenamiento jurídico los conflictos que fueron ventilados en la jurisdicción interamericana. Sin que lo mencionen, parecen sugerir que la rama ejecutiva controle a la ejecutiva teniendo de por medio la jurisprudencia de la Corte IDH.

En el mismo sentido, Jorge Contesse²¹ asegura que el uso del control de convencionalidad sirve a este fin basado en las nociones internas del derecho constitucional. El autor insiste en que debe existir un diálogo interjurisdiccional entre los tribunales locales y la Corte IDH, en el que no solo los tribunales nacionales sigan los patrones interpretativos de la Corte Interamericana, sino que el órgano supranacional tome en consideración las observaciones y sugerencias que puedan hacer los tribunales de cada país. Su crítica es que la adopción de la jurisprudencia interamericana por los jueces nacionales no puede venir por la simple jerarquía. Los jueces se enfrentan a una realidad local que no siempre es sencilla, mientras que la Corte IDH emite fallos en un contexto diferente, incluso más favorable, menos tenso. En consecuencia, la Corte IDH en lugar de entrometerse en las decisiones constitucionales a

²⁰ X. SOLEY y S. STEININGER, “Parting ways or lashing back? Withdrawals, backlash and the Inter-American Court of Human Rights”, *International Journal of Law in Context* [online], vol. 14, núm. 2, 2018, pp. 237-257.

²¹ J. CONTESSE, “The final word? Constitutional dialogue and the Inter-American Court of Human Rights”, *International Journal of Constitutional Law* [online], vol. 15, núm. 2, 2017, pp. 414-435.

nivel estatal, tendría una mejor aceptación si examinara con cautela las distribuciones estatales de la autoridad judicial y quizás, desde esta perspectiva, convocara a los Estados a participar en la conversación sobre el alcance y contenido de los derechos fundamentales. Según el autor, las posiciones de los jueces locales debería inspirar la interpretación de la Convención Americana.

4. PROBLEMAS DE LA FUNCIÓN INTERPRETATIVA

Es verdad que la Corte IDH no es la única intérprete de la Convención Americana, también lo hacen los órganos internos de los Estados, que son los primeros llamados a aplicarla, y que, en ese ejercicio, se ven abocados a realizar una interpretación²². Sin embargo, lo que establezca la Corte es el criterio definitivo y determina si la interpretación de los órganos internos está conforme o no a la Convención.

Durante mucho tiempo, la condición de intérprete auténtica de la Corte IDH era asumida, pero solo la hizo explícita con el desarrollo de la doctrina del control de convencionalidad estableciendo de forma inequívoca que su interpretación es obligatoria para todos los Estados Parte al tener mismo valor jurídico que el texto de la Convención. Empero, algunos autores han cuestionado el carácter auténtico de su jurisprudencia partiendo del argumento de que la función de la Corte IDH como intérprete está limitada por el texto de la Convención, y entendiendo que cuando la Corte realiza una función de actualización está sobrepasando los límites de su competencia al crear nuevos derechos o normas jurídicas, función reservada a los Estados de conformidad con los arts. 76 y 77 CADH²³.

En opinión de este sector de la doctrina, cuando los Estados se obligan mediante un tratado lo hacen de forma voluntaria y por consenso, y así deciden cuál es el nivel de soberanía que están dispuestos a ceder, vinculando un criterio de validez a partir de la existencia de la norma por vía de la aceptación voluntaria. Cuando la Corte IDH se abroga el papel de creador de nuevas obligaciones a través de su interpretación convencional estaría violando ese principio consensual (la validez) que es la base de las obligaciones

²² H. NOGUEIRA, "El control de convencionalidad y el diálogo interjurisdiccional entre tribunales nacionales y Corte Iberoamericana de Derechos Humanos", *Revista de derecho constitucional europeo*, 2013, p. 19.

²³ E. MALARINO, "Activismo judicial, punitivización y nacionalización", cit.

internacionales y de la eficacia de las sentencias de la Corte IDH. Los Estados se obligarían en el momento de ratificar la CADH por el texto, que establece el mínimo de garantía, pero a su vez el máximo que puede exigírseles²⁴.

En todo caso, dicha postura también es discutida porque los instrumentos sobre derechos humanos tienen una naturaleza amplia e indeterminada, de forma que, si sólo se atiende al texto de las disposiciones, la CADH no tendría ningún contenido real y su alcance sería indefinido, lo que le restaría eficacia e impediría que el tratado tenga un efecto útil. Cuando la Convención prevé que los Estados pueden consultar a la Corte sobre la interpretación de los instrumentos y le da competencia sobre todos los casos de interpretación y aplicación, deja claro que dicha interpretación es necesaria y que, cuando los Estados aceptan la competencia de la Corte, están aceptando voluntariamente respetar su facultad de interpretar la CADH, y, en consecuencia, los resultados que se deriven de su ejercicio.

Otra de las críticas es la realizada por Roberto Gargarella al sostener que la Corte IDH carece de autoridad y legitimidad dado que no es un tribunal elegido popularmente, sus jueces no pueden ser removidos por la ciudadanía y sus decisiones no son susceptibles de ser discutidas en el plano interno. Además, las decisiones de dicho tribunal “suelen ser objeto de interpretaciones que quedan en manos de órganos que, nuevamente, merecen ser señalados por sus problemas de legitimidad”²⁵. Para este autor, la autoridad de las decisiones de un órgano jurisdiccional como la Corte IDH no depende, ni de la competencia que se le otorgue, ni de la equidad de sus procedimientos, sino de las razones que sustentan sus fallos y la forma en que garantizan la inclusión y la deliberación democrática que debe dar legitimidad a las decisiones colectivas. En su opinión, no hay ningún proceso democrático en la toma de decisiones de la Corte IDH²⁶.

Sobre la postura de Gargarella, otros autores hacen un contrapeso al decir que, si bien es verdad que decisiones tomadas en escenarios democráticos

²⁴ Ibidem.

²⁵ R. GARGARELLA, “Justicia Penal Internacional y Violaciones Masivas de Derechos Humanos” en R. GARGARELLA, *De la Injusticia Penal a la Justicia Social*, Siglo del Hombre y Universidad de los Andes, Bogotá, 2008, p. 133, 134.

²⁶ Roberto Gargarella hace una dura crítica a las decisiones de la Corte IDH en el caso *Gelman vs. Uruguay* y considera que no es posible que una Corte Internacional pueda estar por encima de decisiones democráticamente legítimas y que no son de aplicación los precedentes de los casos *Barrios Altos vs Perú* o *Almonacid Arellano vs Chile* cuyas leyes de amnistía, a diferencia de las analizadas en el caso *Gelman*, eran ilegítimas.

como el parlamento o incluso a través de mecanismos de democracia directa, como los plebiscitos, pueden ser contrarias a las decisiones de los órganos internacionales de protección de los derechos humanos, esto no condiciona la obligatoriedad de la jurisprudencia de la Corte IDH por varias razones. En primer lugar, porque al convertirse en Parte en la Convención el Estado decidió voluntariamente ceder una parte de su soberanía y otorgó competencia a la Corte IDH para que ejerciera la función interpretativa, algo que no ocurrió en contextos dictatoriales, sino en Estados democráticos, y de acuerdo con los procedimientos constitucionales acordados para ello²⁷. En segundo lugar, y en especial, porque la CADH, y, como parte de ella, la interpretación de la Corte IDH, constituyen un mínimo de garantía que es, precisamente, el límite que no pueden traspasar las decisiones mayoritarias y que permite proteger a las minorías, lo cual fortalece la democracia, entendida esta en la “concepción asociativa” de Dworkin, que sólo puede darse cuando las decisiones de la mayoría cumplen unas condiciones que permiten proteger los intereses de todos los integrantes de una sociedad²⁸. En tercer lugar, del análisis de los casos criticados a la Corte IDH se observa que protegió los derechos de minorías que no eran suficientemente escuchadas en el interior del Estado²⁹.

Un último argumento que refuerza el valor de la jurisprudencia y su los alcances de su interpretación es el precedente como obligatorio para resolver nuevos casos. Fernando Silva ha señalado que la Corte IDH ha usado la técnica del precedente jurisprudencial para delimitar el contenido y alcance de conceptos o principios indeterminados. Incluso, la Corte IDH ha hecho uso de las opiniones consultivas como base para decidir sobre casos contenciosos, lo que consolidaría su valor vinculante³⁰. Es la típica situación judicial en que la propia Corte IDH está obligada por sus precedentes, tal y como expresó en su voto razonado en el *Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia* al afirmar: “la Corte Interamericana no puede apartarse de su *jurisprudence* constante al respecto, y tiene el deber de velar por la preservación

²⁷ M. RONZONI y L. VALENTINI, “Global Justice and the Role of the State”, cit.

²⁸ R. DWORKIN, *La democracia posible: principios para un debate político*, Paidós, Barcelona, 2008.

²⁹ D. RIVAS-RAMÍREZ, *El vicio surrealista del monismo y el dualismo ante la metamorfosis del Derecho Internacional Público*, Editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2018.

³⁰ F. SILVA, “El control judicial de las leyes con base en tratados internacionales sobre derechos humanos”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 5, 2006, pp. 231-253.

de los altos estándares de protección construidos a lo largo de los años por su jurisprudencia”³¹.

En conjunto, como queda dicho, la función interpretativa de la Corte IDH parece un aspecto que doctrinalmente está lejos del consenso. Por el contrario, es un aspecto que exige mayores desarrollos y nuevos y refinados enfoques teóricos que permitan salir de los viejos estancamientos de la función judicial como eficacia de un orden jurídico estatal. La profunda interacción entre el sistema interamericano y los países de la región requiere discutir la eficacia de los tribunales supranacionales y el papel que juegan los jueces nacionales en el campo de los derechos humanos donde las víctimas siguen estando en desventaja. Pero a su vez, establecer garantías para que la actuación judicial interamericana esté armonizada con los ordenamientos internos.

5. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

El control de convencionalidad es el mecanismo mediante el cual se revisa la compatibilidad de una norma de derecho interno o la actuación del Estado con la Convención Americana. Su afincamiento en el ordenamiento regional ha sido fundamental para fortalecer la interpretación de los derechos humanos, aunque también ha estado sujeto a un sinnúmero de críticas y desconfianzas³².

Domenico Giannino³³ reconoce a la luz del ‘control de convencionalidad’ que los órganos jurisdiccionales nacionales deberían renunciar, en el caso concreto, a las normas nacionales contrarias a las obligaciones convencionales. En estos casos, los jueces estarían obligados a expulsar del ordenamiento jurídico la norma no convencional, porque los derechos convencionales son un estándar mínimo de protección del orden público interamericano, que un Estado parte no puede violar. Además, la función ‘obligatoria’ del control

³¹ Así fue afirmado en el Voto razonado del Juez Antonio Cancado Trindade en el *Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134.

³² E. GONZALEZ-OCANTOS, “Communicative Entrepreneurs: The Case of the Inter-American Court of Human Rights’ Dialogue with National Judges”, *International Studies Quarterly* [online], vol. 62, núm. 4, 2018, pp. 737-750.

³³ D. GIANNINO, “Are we looking up or are we looking out? The transnational constitutionalism of the Inter-American Court of Human Rights: conventionality control and the fight against impunity”, *Transnational Legal Theory*, vol. 10, núm. 1, 2019, pp. 6-29.

de la convencionalidad consistente en la inoperancia de las normas nacionales no convencionales, coincide con un efecto positivo y constructivo de dicho control al promover la interpretación de las normas jurídicas nacionales en armonía con la Convención y la jurisprudencia de la Corte IDH. Según Giannino, el papel tanto de los jueces nacionales como de la Corte IDH es ser los guardianes del constitucionalismo transnacional latinoamericano, idea que abraza una intensa relación entre la protección de los derechos humanos y la globalización judicial. Según el autor, las constituciones nacionales ya no son un simple documento, sino más bien un recopilación de textos constitucionales y tratados de derechos humanos que otorgan a los jueces nacionales y supranacionales un papel regulador en el panorama constitucional transnacional y que se caracteriza por la ausencia de un orden jurídico unitario y una jerarquía de normas, por competencia y conflicto entre ordenamientos jurídicos, donde el principio de obediencia es reemplazado por el principio de observancia.

Esta perspectiva se convierte en una forma de trasladar la idea de la constitución nacional a una constitución regional. La idea proviene de observar la tendencia de inclusión de los derechos humanos en las constituciones latinoamericanas e identificar dicho acto como voluntad constituyente expresada en las cartas políticas. En un ejercicio de deducción, todos los funcionarios del Estado al proteger la constitución política del Estado estarían protegiendo la constitucionalización regional de los derechos humanos. Aún así, parece que la situación no resulta tan simple como suena. Todos los principales instrumentos internacionales de derechos humanos se crearon como fuentes de principios y reglas que cobran vida en una variedad de formas dentro de cada Estado. Los estados tienen un importante grado de libertad para determinar libremente cómo se incorporan los derechos humanos regionales en sus leyes, políticas y prácticas. Por tanto, el control de convencionalidad tendría ciertos límites y falencias.

En este sentido, Jorge Contesse³⁴ presenta tres principales críticas a la doctrina del control de convencionalidad. La primera, la falta de una base jurídica sólida, señalando que la Corte IDH tardó más de dos décadas en 'descubrir' la obligación de las autoridades nacionales para ejercer el control de convencionalidad. La segunda, que la Corte Interamericana no considera adecuadamente la existencia de los diferentes arreglos constitucionales y su autonomía jurídica al pretender que todos los jueces nacionales tengan el po-

³⁴ J. CONTESSE, *The final word?*, cit.

der de ignorar la legislación local cuando esté en conflicto con las interpretaciones de la Corte Interamericana, sin tener en cuenta si los jueces nacionales tienen o no ese poder en virtud de sus funciones constitucionales. Y tercero, que la Corte IDH parece perder de vista la separación entre el derecho internacional y el derecho interno al infringir la libertad de los Estados para actuar en contra de sus obligaciones internacionales. Producto de estas críticas, afirma la necesidad de reconocer la autodeterminación constitucional de los Estados dentro del sistema interamericano, especialmente en aquellos Estados con instituciones políticas democráticas saludables y un estado de derecho consolidado.

Autores como Carozza y González³⁵ publicaron un texto dirigido a Contesse en el que difieren de algunas de sus críticas. Consideran que es cierto que el control de convencionalidad es todavía una idea en proceso de cambio y que existen importantes aspectos no resueltos y controvertidos de sus fundamentos normativos y efectos legales. No están en desacuerdo sobre la caracterización de cierto aspecto técnico del control de convencionalidad. Los autores concuerdan con Contesse que ningún artículo de la CADH, ni otro tratado del sistema interamericano, establece expresamente la obligación internacional de toda autoridad estatal de interpretar el derecho interno de acuerdo con el llamado *corpus juris* interamericano o abstenerse de aplicar esa ley si no es posible una interpretación válida. Sin embargo, –y esta es la primera crítica a Contesse– la creación de la doctrina del control de convencionalidad –y cada uno de sus componentes técnicos– es el resultado de una interpretación progresiva e innovadora de los artículos 1.1 y 2 de la CADH y de los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre la Ley de los Tratados. La existencia del control de convencionalidad representa una especificación asertiva hecha por la Corte del tipo de “otras medidas” (artículo 2 CADH) que todas las autoridades de los Estados parte de la CADH deben tomar para asegurar que las disposiciones de la Convención no se vean afectados negativamente por la aplicación de leyes que sean contrarias a su propósito. Dichos efectos alcanzan al poder judicial y están plenamente consolidados en el caso *Almonacid Arellano vs. Chile* (2006) donde la doctrina del control de convencionalidad es interpretada por la Corte IDH como disposiciones que deben orientar la conducta de las autoridades con-

³⁵ P. CAROZZA, y P. GONZÁLEZ, “The Final Word? Constitutional Dialogue and the Inter-American Court of Human Rights: A Reply to Jorge Contesse”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 15, núm. 2, 2017, pp. 436-442.

cretas del Estado para que estén en condiciones de asegurar la vigencia de los instrumentos internacionales, no sean reducidos o anulados por la aplicación de leyes y prácticas internas contrarias al objeto y fin de la Convención Americana.

Criticando la conclusión de Contesse que afirma que la doctrina de control de convencionalidad tiene como objetivo conferir poderes a todos los jueces para desconocer la legislación interna en conflicto con la CADH y las interpretaciones de la Corte IDH sin tener en cuenta y respetar los diversos sistemas de revisión judicial constitucional en los Estados parte de la CADH. Los autores afirman que dicho enunciado fue abordado por la Corte IDH dos meses después de la decisión en *Almonacid Arellano vs. Chile* (2006) al decir que el control de convencionalidad debe ser ejercida por los jueces en el contexto de sus respectivas esferas de competencia y de la normativa procesal correspondiente. La doctrina de la Corte IDH enfatizó que los jueces deben ejercer el control de convencionalidad en los términos que les confiere las leyes de sus Estados. Y aunque dichas leyes internas podrían establecer un sistema difuso de control constitucional, no necesariamente lo hacen, y la doctrina de convencionalidad no requiere que lo hagan. Por lo tanto, concluyen que el control de convencionalidad esencialmente desde su inicio, reconoce implícitamente que esta doctrina operará de manera diferente en los diversos sistemas de la judicatura constitucional.

En esta misma línea de discusión, Claudina Orunesu³⁶ sostiene que la base de la doctrina del control de convencionalidad suscita dudas sobre el rol que la Corte Interamericana juega hoy en el proceso de desarrollo de la Convención. La autora considera problemático el deber de ejercer el control de convencionalidad por parte del Poder Judicial de los Estados Partes ya que los fundamentos de que las normas convencionales tienen supremacía sobre cualquier disposición de la legislación nacional, incluidas las constitucionales. Cualquier argumento que pretenda justificar la jerarquía de las convenciones internacionales en los ordenamientos jurídicos internos, estaría condenado irremediabilmente al fracaso, como sucede cuando la Corte Interamericana exige que se asigne la máxima jerarquía normativa a las disposiciones convencionales, incluso por encima de las normas constitucionales.

³⁶ C. ORUNESU, "Conventionality control and international judicial supremacy. Some reflections on the Inter-American system of human rights", *Revus. Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law/Revija za ustavno teorijo in filozofijo prava*, núm. 40, 2020, pp. 45-62.

La autora explica que en el caso del derecho convencional, es muy difícil aceptar su jerarquía superior dentro de los sistemas locales, incluso, sobre aquellas normas que otorgan a los órganos internos la facultad de celebrar, en nombre del Estado, tratados internacionales. La vigencia de las normas convencionales depende, por su naturaleza, de la voluntad concurrente de los Estados nacionales que las suscriben. Sin embargo, según esta lectura, la doctrina del control de convencionalidad afirmaría que la validez de todas las normas internas de cada Estado Parte depende, a su vez, de su conformidad con las disposiciones de la Convención. Afirma que no existe ningún artículo de la Convención que asigne tal jerarquía, y una mera construcción de la Corte Interamericana no puede tener tal efecto, ya que la Corte no tiene competencia para modificar el derecho interno de los Estados Partes, menos aún, en el caso de sus disposiciones constitucionales.

No cabe duda que los debates sobre los alcances, límites, aciertos y desaciertos del control de convencionalidad se mantendrán, como es habitual, en una doctrina relativamente reciente y en un contexto regional lleno contradicciones en materia de protección de derechos humanos. Lo que es seguro, es que la transformación del derecho nacional por una fuerte permeabilidad del derecho internacional y la globalización del derecho a través de sus principios y reglas del ordenamiento universal tiene un impacto que difícilmente hará regresar a las herméticas fronteras del siglo XIX. El campo de batalla que se da en la doctrina sobre lo supra y nacional de los derechos humanos tiene efectos indirectos pero esenciales para víctimas y personas en peligro que se enfrentan a un gigante estatal que no siempre pueden enfrentar desde su profunda vulnerabilidad.

6. CASO COLOMBIA

En líneas gruesas se puede afirmar que Colombia desde la década de los noventa ha sido un país armonizado con las decisiones de la Corte IDH, especialmente, por el papel que ha jugado el máximo tribunal constitucional colombiano. Aún así, los debates anteriores se hacen visibles en su relación con el tribunal regional, demostrando que la justicia transnacional en el mundo práctico está lejos de consolidarse, y menos, de estar libre de conflictos emanados de la soberanía nacional y la jurisdicción regional, el alcance de su interpretación y la aprobación de todos sus pronunciamientos.

La jurisprudencia constitucional de Colombia estableció que la Convención Americana forma parte de su Constitución política y es obligatoria para todos los órganos del Estado y es parámetro de las acciones de constitucionalidad y tutela. Esto fue posible por la Constitución Política de 1991 que significó una apertura importante al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario³⁷. Sin embargo, la discusión que se produjo a la hora de la redacción del texto constitucional, generó dudas acerca del alcance de los tratados de derechos humanos en el orden interno. Sin duda el debate entre el soberanismo y el aperturismo se materializó en los tribunales como en el Congreso de la República.

El artículo 93 de la Constitución, tal vez el más significativo en la materia, reza: “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia” (subrayado fuera de texto).

La frase “prevalecen en el orden interno” generó la primera dificultad. Se preguntó la Corte Constitucional de Colombia si era posible que los tratados prevalecieran sobre la Constitución, teniendo en cuenta que el art. 4 afirma que: “La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”. Este debate estuvo marcado por el “soberanismo” y el “aperturismo” que la Corte Constitucional decidió a favor del último, acudiendo a la figura del *bloque de constitucionalidad*, entendiendo que los tratados internacionales se convierten en parte integrante de la Constitución y que, por tanto, tiene el mismo nivel jerárquico. La inclusión podría ser cuestionable, pero se armonizó plenamente el principio de supremacía de la Constitución como norma de normas con la prevalencia de los tratados ratificados por Colombia que reconocen los derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción.

Como es obvio, la imperatividad de las normas humanitarias y su integración en el bloque de constitucionalidad implicó que el Estado colombiano adaptara las normas de inferior jerarquía del orden jurídico interno a los

³⁷ A. MAUÉS, y otros. “Judicial Dialogue Between National Courts and the Inter-American Court of Human Rights: A Comparative Study of Argentina, Brazil, Colombia and Mexico”, *Human Rights Law Review* [online], vol. 21, núm. 1, 2021, pp. 108-131.

contenidos del Derecho Internacional Humanitario con el fin de promover la realización material de tales valores. De esta forma, la Corte usó la figura del bloque de constitucionalidad, proveniente del derecho francés, para armonizar las dos normas en aparente contradicción. La figura del bloque de constitucionalidad armonizó el principio de primacía del Derecho internacional con el de supremacía constitucional y demostró que la Constitución Política se articula a la evolución del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el DIH³⁸. Esta disposición constitucional es un hecho jurídico que ha promovido el optimismo en un rango importante de doctrinantes al observar la ausencia de contradicción entre la nueva ola constitucional de los noventa en América Latina y los derechos humanos de carácter regional.

Las medidas provisionales, la opiniones consultivas y las sentencias de la Corte IDH tampoco han estado completamente a salvo. Las medidas provisionales son un instrumento clave para que la Corte IDH evite daños irreparables a personas que se encuentran en una situación de extrema gravedad y urgencia. Cualquiera que demuestre que se encuentra en situación de peligro y que sea víctima potencial de una violación de un derecho consagrado en la CADH puede ser protegido por medidas provisionales que deben ser ofrecidas por el Estado en cumplimiento de una orden de la Corte Interamericana³⁹. El ejecutivo colombiano, no siempre ha cumplido de buena gana las sentencias de la Corte y tampoco ha mostrado disposición durante el proceso contencioso como recientemente en el caso de la periodista Jineth Bedoya (2021) o incluso en su disposición sobre la visita de la Comisión IDH sobre violación de derechos humanos durante el paro nacional del año 2021. Sin embargo, fue el máximo órgano constitucional el que sentó prontamente la jurisprudencia al respecto. Para la Corte Constitucional las medidas cautelares son de aplicación directa en el orden interno, y poseen carácter vincu-

³⁸ A. RAMELLI, "Sistema de fuentes de derecho internacional público y "bloque de constitucionalidad" en Colombia", *Cuestiones constitucionales: revista mexicana de derecho constitucional*, num. 11, 2004, pp. 157-175.

³⁹ Vale la pena reseñar que cuando la Corte IDH se enfrentó a una situación de incumplimiento de una medida cautelar, solo estableció la 'agravación' del derecho sustancial que se encontró violado por el Estado miembro, evitando así declarar la violación procesa. Al parecer, esta situación, permite considerar que la Corte ha manejado simultáneamente dos discursos. Uno teórico, elevando las medidas provisionales a una categoría especial, y otro en la práctica, quitado todo efecto jurídico. C. B. HERRERA y Y. HAECK, "Letting States off the Hook? The Paradox of the Legal Consequences following State Non-Compliance with Provisional Measures in the Inter-American and European Human Rights Systems", *Netherlands quarterly of human rights* [online], vol. 28, núm. 3, 2010, pp. 332-360.

lante. Así lo señaló en sentencia T-558 de 2003 con respecto a medidas cautelares solicitadas por la Comisión Interamericana y que el Estado colombiano no había aplicado. En este pronunciamiento, la Corte colombiana consideró que el mecanismo de tutela era el adecuado para exigir al Estado el cumplimiento de dichas medidas y que el principio de buena fe, demandaba la incorporación de forma automática en el ordenamiento jurídico interno, en especial, teniendo en cuenta que se buscaba la protección de personas claramente individualizadas. En otras palabras, la Corte afirmó que la ejecución interna de las medidas cautelares deberían encaminarse simplemente a hacer efectivos los deberes de respeto y protección de los derechos fundamentales que tienen asignados en virtud de la Constitución las diversas autoridades públicas colombianas. Más adelante en la sentencia T-327 de 2004, la Corte Constitucional se pronunció en relación con las medidas provisionales, ratificando lo dicho en la jurisprudencia inmediatamente citada, considerando que las medidas adoptadas por la Corte IDH deberían ser aplicada porque emanaban de un organismo internacional que ejercía competencias derivadas de la CADH y Colombia era parte de la misma.

Aún así, la posición de la Corte colombiana ha sido cambiante a la hora de considerar obligatorios los pronunciamientos de organismos internacionales de derechos humanos. Si por una lado ha afirmado que las recomendaciones de los órganos de control de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre casos particulares son vinculantes para el Estado, en tanto Parte del Tratado Constitutivo de la OIT, y que el único mecanismo existente para exigirlos en el ordenamiento interno es la tutela⁴⁰, por el contrario, sobre las recomendaciones del Comité de Derechos Humanos ha considerado que no es de su competencia verificar ni ordenar su cumplimiento. Postura que abre cuestiones imposibles de desarrollar en este apartado, pero que su enunciación se revelan determinantes para alertar sobre los alcances y límites asumidos por la Corte colombiana al momento de defender la aplicación ciertas medidas supranacionales.

Por su parte, cuando se ha tratado de las Opiniones Consultivas, el tribunal constitucional, le ha dado un papel marginal⁴¹. La razón principal, al parecer, es la indeterminación de sus efectos, y que puede observarse ambigüedad no solo en Colombia sino en otros países de la región. Por ejem-

⁴⁰ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T - 568 de 1999, jurisprudencia reiterada en Sentencia T - 1211 de 2000 y Sentencia T - 603 de 2003.

⁴¹ J. ROA, *La función consultiva...* cit.

plo, en el ordenamiento ecuatoriano, la Opiniones Consultivas son consideradas instrumentos vinculantes porque su constitución, así como su Corte Constitucional, reconocen su prevalencia sobre la Carta Política cuando son derechos más favorables, otorgándoles directa aplicabilidad a fin de proteger la dignidad humana⁴². Pero no pasa lo mismo en otros ordenamientos. En Brasil, aunque ha usado algunas veces citas provenientes de Opiniones Consultivas su uso es fundamentalmente marginal y poco recurrente dentro del desarrollo constitucional⁴³. Dicho de otra manera, el papel vinculante de las Opiniones Consultivas tienen un impacto más bajo que las sentencias⁴⁴, aunque también resulta cierto que al ser dos instrumentos diferentes, uno contencioso y otro consultivo, no podrían compararse con las mismas medidas.

Regresando al caso colombiano, Jorge Roa⁴⁵ encontró que la Corte constitucional ha reproducido la indeterminación de los efectos de las Opiniones Consultivas en su jurisprudencia. La Corte colombiana desde la década de los noventa ha reconocido que es lógico que los criterios de la Corte IDH, establecidos en las opiniones consultivas, sean acojidos de conformidad con los tratados internacionales de los derechos humanos ratificados por Colombia, pero no establece nada más, no puntualiza sus alcances y tampoco distingue entre las opiniones y las sentencias. En el nuevo milenio, el máximo tribunal constitucional admite que son criterios de interpretación, y aunque señala que las opiniones y las sentencias tienen ‘pesos diferentes’, no explica qué significa esta diferenciación. Concluye Roa que la intensidad del uso por la Corte Constitucional de las opiniones consultivas es baja, “marginal y excepcional si se tiene en cuenta tanto el conjunto de la jurisprudencia constitucional colombiana como el papel de las opiniones consultivas en las decisiones”⁴⁶.

⁴² D. SALAZAR MARÍN y otros, “La fuerza vinculante de las Opiniones Consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a la luz del derecho y la justicia constitucional en Ecuador”, *Foro, Revista de Derecho* [online], núm. 32, 2019, pp. 123-143.

⁴³ LEITE, BORGES, “O enfrentamento às decisões da corte interamericana” cit.; M. TEIXEIRA, R. PEREIRA, R. y A.L. BIEGER, “Criteria for Reception of Decisions on the Crimes of Contempt of the Inter-American Human Rights System in the Superior Court of Justice in Light of the External Conventionality Control”, *Sequência (Florianópolis)*, núm. 80, 2018, pp. 179-201.

⁴⁴ G. CAVAGNARO y S. JIJÓN, “¿Son vinculantes las opiniones consultivas...” cit.

⁴⁵ J. ROA, *La función consultiva...*, cit.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 136.

Por su parte, el uso de las sentencias y reparaciones de la Corte IDH por la Corte colombiana es el aspecto más consolidado de la relación entre ambos tribunales. Colombia aceptó sin reservas la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH a partir del 21 de junio de 1985, sin reservas. Durante casi tres décadas, la Corte Constitucional colombiana ha adoptado dentro de sus argumentos los criterios de la jurisprudencia Interamericana en un importante número de sentencias con un abanico diverso de derechos y temas. De hecho, el carácter vinculante de la CADH fue reconocido por la Corte Colombiana en sentencia T-367 de 2010, al recordar que la obligación del Estado colombiano como parte de la Convención es cumplir las decisiones de la Corte IDH en el caso de las indemnizaciones⁴⁷. Sin embargo, hay que resaltar que muchas de las reparaciones ordenadas por la Corte, diferentes a las indemnizaciones, no se cumplen satisfactoriamente. En especial, se trata de las que tienen que ver con la investigación, procesamiento y sanción de los responsables de violaciones de derechos contemplados en la Convención, y de las que tienen por objeto dar garantías de seguridad a las víctimas⁴⁸, lo cual pone de manifiesto los problemas de efectividad del mecanismo de protección regional de la Convención⁴⁹.

La fuerza vinculante de las decisiones de los organismos internacionales de derechos humanos fue abordada en la década de los noventa por la Corte colombiana al realizar el control de constitucionalidad sobre la ley de "Convención Interamericana para Prevenir y Erradicar la violencia contra la mujer"⁵⁰. La Corte colombiana reconoció el carácter vinculante con el argumento de que el tribunal interamericano es el intérprete autorizado de la CADH y que sus interpretaciones forman parte del bloque de constitu-

⁴⁷ Así como lo afirma la Sentencia T- 367 de 2010 de la Corte Constitucional de Colombia. También se encuentra en el mismo sentido las sentencias T-563 de 2012 y T-564 de 2016.

⁴⁸ Algunos ejemplos que evidencian el incumplimiento de estas medidas o el retraso de la misma: Resolución de la Corte interamericana de derechos humanos de 30 de noviembre de 2011, caso Manuel Cepeda Vargas *vs. Colombia* Supervisión de cumplimiento de sentencia", en http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/cepeda_30_11_11.pdf; Resolución de la Corte Interamericana De Derechos Humanos de 23 de noviembre de 2012 caso de la masacre de Mapiripán *vs. Colombia*, supervisión de cumplimiento de sentencia.

⁴⁹ A. PINTO BASTO y J. DE AZEVEDO, "Las órdenes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Poder Judicial de los Estados", *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, vol. 39, num. 111, 2009, pp. 227-252.

⁵⁰ Así quedó consignado en la sentencia C - 408 de 1996 de la Corte Constitucional colombiana.

cionalidad, que es parte del ordenamiento jurídico y que ostenta la mayor jerarquía, obligando a todas las ramas del Estado⁵¹. Pese a los cambios de posición de la Corte Constitucional sobre la adopción de la jurisprudencia de la Corte IDH, se ha consolidando el criterio de ‘obligatoriedad’, concretando sus contenidos, y aceptando la doctrina de convencionalidad dentro de la práctica de los jueces constitucionales.

En conjunto, se puede afirmar que la relación de la Corte IDH y la Corte Constitucional de Colombia es favorable aunque jerárquica y con un uso de su jurisprudencia que no ha sido principal en la formulación de argumentos sino secundario. Al elaborar la línea jurisprudencial de las sentencias de la Corte colombiana desde la década de los noventa y en diferentes temáticas se notó que la jurisprudencia interamericana es asumida como citas que respaldan el argumento principal, pero no suele ser adoptada para desarrollar los argumentos centrales de los magistrados constitucionales, lo que permite pensar que siendo Colombia un país al que se le reconoce el uso de los pronunciamientos de la Corte IDH tampoco se puede afirmar que sean esenciales y determinantes en la formulación de tesis fundamentales de las sentencias nacionales.

7. CONCLUSIÓN: INDIVIDUALISMO Y COOPERACIÓN

La asunción de la Corte Constitucional de Colombia es un ejemplo de esa positiva interacción con el órgano supranacional interamericano con los Estados. Aunque no ha estado libre de problemas e incluso de dudas en ciertos momentos, la constitucionalización de los derechos humanos y la inclusión obligatoria de la interpretación de la Corte IDH en la jurisprudencia nacional parece un síntoma innegable de un tipo de hermenéutica judicial compartida. Otros países no han mostrado la misma disposición. Aún así, difícilmente se pueda hablar de una relación armoniosa entre la soberanía nacional y la jurisdicción interamericana.

⁵¹ En la sentencia C-010 de 2000 varió su criterio, calificando la jurisprudencia de la Corte IDH, de “doctrina relevante” pero no obligatoria. Sin embargo, esta postura no fue hegemónica. En la sentencia C-370 de 2006, reconoció el carácter vinculante de tal jurisprudencia con el argumento sostenido en la T-319 de 2001, que afirma que el tribunal interamericano es el intérprete autorizado de la CADH. Dicha posición se consolidó en la sentencia T-653 de 2012, que mantuvo el criterio de obligatoriedad, afirmando que la jurisprudencia de la Corte IDH es vinculante para el Estado colombiano.

La apropiación de la jurisprudencia interamericana por los Estados y el papel de la Corte IDH puede seguir leyéndose en clave geopolítica. Los Estados piensan geopolíticamente cuando valoran el papel de la Corte IDH como parte de una andamiaje superior encarnado en la Organización de los Estados Americanos. Por tanto, la credibilidad que hubiera ganado la Corte IDH en estas décadas, aún se enfrenta a la desconfianza que genera un Estado o conjunto de Estados que comparten cierta orientación política y un poder (fuerte o blando) sobre otros. No cabe duda que los derechos humanos como validez y eficiencia siguen dependiente en buena manera de la concepción política internacional (idea ajena a la misma postura teórica del derecho), aspecto que suele tener menos consideración dentro de un ordenamiento jurídico estatal. Aún hay algo de “viejo” en la justicia transnacional sobre la forma en la que se explica el derecho, ya que la inseguridad jurídica supraestatal y la perspectiva realista de las relaciones internacionales, parece mantener las fuerzas regionales en una profunda tensión que no se resuelve por la aspiración a una “constitucionalización regional de los derechos humanos”. Correrán las décadas antes que pueda despejarse la variable geopolítica a la hora de asumir completamente y con la confianza que se le atribuye a los jueces nacionales, las sentencias de la Corte IDH. Sin embargo, es necesario valorar positivamente los avances de una vieja discusión que ya Kelsen en el derecho o Keynes en la economía, habían planteado cuando señalaban la inestable situación del mundo internacional para coordinar los asuntos que les atañen comunitariamente.

No obstante y aunque la gramática jurídica y política contemporánea adoptadas por los Estados puede ser prudente con respecto a su soberanía, también tienden a la apertura e interrelación con diferentes ordenes y dinámicas. Su aceptación a través de una creciente práctica de interrelación, demuestra que las entidades regionales son determinantes para el buen funcionamiento del andamiaje mundial. En el caso de la protección de los derechos humanos, la doctrina del control de convencionalidad es una clara expresión de dicha tendencia. La denominada doctrina al sostener que los jueces nacionales deben controlar la compatibilidad de las leyes internas con el texto de la Convención Americana, y tener en cuenta la interpretación de las mismas hecha por la Corte Interamericana como máximo intérprete de la Convención Americana, constituye una noción particularmente fuerte de supremacía judicial internacional y una posición consolidada del tribunal internacional que irradia el continente.

Finalmente, parece claro a lo largo de los debates, que la “diplomacia” judicial de la Corte IDH necesita ser renovada, o al menos, refinada por un activismo menos jerarquizado y más horizontal y dialógico con los jueces nacionales en clave de ‘comunidades científicas’ para usar la noción de Thomas Kuhn, con el propósito de compartir fuentes, doctrinas, herramientas judiciales e interpretaciones sobre objetos de estudio (casos e interpretaciones) así como soluciones que deberían tener como amalgama las nuevas constituciones americanas y la consolidación de la Carta Interamericana para la defensa de las víctimas y sus derechos fundamentales.

LUZ ANGELA ARÉVALO ROBLES

International Land Coalition

Vía Paolo Di Dono, 44

CP 00142 Roma

e-mail: l.arevalorobles@landcoalition.org

OMAIRA ESPERANZA CASTELLANOS CORTÉS

Facultad de Derecho

Universidad del País Vasco

Manuel Lardizabal Ibilbidea, 2

CP 20018 Donostia, Gipuzkoa

e-mail: ocastellanos003@ikasle.ehu.eus

GABRIEL ANDRÉS ARÉVALO ROBLES

Dirección Nacional de Investigaciones

Universidad Libre de Colombia

Calle 8# 5-80 Barrio La Candelaria

CP 111711, Bogotá

e-mail: gabriel.arevalo@unilibre.edu.co