



Boletín Mexicano de Derecho Comparado

ISSN: 0041-8633

bmdc@servidor.unam.mx

Universidad Nacional Autónoma de México
México

Londoño Lázaro, María Carmelina

El principio de legalidad y el control de convencionalidad de las leyes: confluencias y perspectivas en el pensamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, vol. XLIII, núm. 128, mayo-agosto, 2010, pp. 761-814

Universidad Nacional Autónoma de México

Distrito Federal, México

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=42719870007>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto



EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y EL CONTROL
DE CONVENCIONALIDAD DE LAS LEYES: CONFLUENCIAS
Y PERSPECTIVAS EN EL PENSAMIENTO DE LA CORTE
INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS*
*THE LEGALITY PRINCIPLE AND THE CONVENTIONALITY
CONTROL: CONFLUENCES AND DEVELOPMENTS
IN THE INTER AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS*

María Carmelina LONDOÑO LÁZARO**

RESUMEN: Los desarrollos de la Corte Interamericana sobre el principio de legalidad permiten concluir que ésta es una premisa transversal de toda la Convención Americana, que impone como referentes no sólo la ley nacional, sino además los estándares que legítimamente se derivan del nuevo orden internacional de los derechos humanos. Desde esta perspectiva, se propone que la creación jurisprudencial del control de convencionalidad es una nueva dimensión del principio de legalidad del cual se derivan obligaciones jurídicas singulares, a cargo de los jueces nacionales.

ABSTRACT: *The Inter-American Court developments on the legality principle allows to conclude that this is a transversal premise of the entire American Convention, which imposes as references not only national law but also the standards that legitimately result from the new international human rights order. From this perspective, it is proposed that the judicial creation of the 'conventionality control' is a new dimension of the legality principle of which singular legal obligations are derived for national judges.*

Palabras clave: principio de legalidad, control de convencionalidad.

Descriptors: *legality principle, conventionality control.*

* Artículo recibido el 9 de noviembre de 2009 y aceptado para su publicación el 27 de enero de 2010. Este estudio se ha desarrollado en el seno del Grupo de Investigación en Derecho Internacional y Derechos Humanos de La Universidad de La Sabana (Colombia), a propósito del proyecto de investigación "Estándares internacionales para administrar justicia", con la especial contribución de los jóvenes investigadores María del Pilar Gutiérrez Perilla y Alexander Piñeros Aponte. La versión definitiva del artículo además ha contado con los valiosos comentarios del doctor Sergio García Ramírez y la profesora Juana Inés Acosta López.

** Abogada en la Universidad de La Sabana, ILM de University of Queensland (Australia), doctoranda de la Universidad Austral (Argentina). Directora del Área de Derecho Internacional, Comunitario y Relaciones Internacionales, así como del Grupo de Investigación en Derecho Internacional y Derechos Humanos en la Facultad de Derecho de la Universidad de La Sabana.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El principio de legalidad y el control de las actuaciones del Estado en materia de derechos humanos*. III. *La noción de control de convencionalidad*.

I. INTRODUCCIÓN

El artículo 9o. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, CADH) recoge el principio de legalidad,¹ al modo como clásicamente se le ha concebido,² puntualizando las obligaciones que de allí surgen para los Estados en materia penal, esto es, la prohibición general de retroactividad de la ley penal y el principio de favorabilidad en la aplicación de la pena. En sus orígenes, esta premisa del Estado de derecho se constituye en verdadero estandarte, por cuanto supone un límite al poder público a favor de los derechos de los particulares, más imperante todavía en el terreno del ejercicio del *ius puniendi* en cabeza del Estado.³ Esta perspectiva se conserva en el texto de la Convención, pero, sin duda, su alcance supera el terreno de lo penal, y se sitúa como principio transversal de todo el pacto. La fórmula apremiante y reiterada que exige la cuidadosa adecuación de las actuaciones del poder público a la ley es, en sí misma, la expresión del principio de legalidad como pilar fundamental del Estado de derecho.

El control de legalidad de cualquier posible restricción a los derechos humanos a que se refiere de manera constante la CADH —al cual se le suele llamar reserva de ley—, es una consecuencia necesi-

¹ El artículo 9o., bajo el título Principio de Legalidad y de Retroactividad, establece: “Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello”.

² La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano formula por primera vez explícitamente como norma jurídica el “principio de legalidad de los delitos y de las penas” en sus artículos 7o. y 8o. Sobre las raíces y alcance de este precepto como pivote del Estado de derecho, puede verse García de Enterría, Eduardo, *La lengua de los derechos. La formación del derecho público europeo tras la Revolución francesa*, Madrid, Alianza Universidad, 1994, pp. 108 y ss.

³ Uno de los pilares esenciales del Estado liberal de derecho, justamente por contraposición al Estado absolutista, es el principio de legalidad en materia penal.

ria del reconocimiento de la primacía del principio de legalidad en el orden jurídico interamericano. Sin embargo, la lectura que de este concepto se sugiere, supera las raíces formalistas de sus orígenes, y más bien se propone como principio de juridicidad en sentido lato. Leído de este modo, este escrito parte de una perspectiva amplia del principio de legalidad —no condicionada exclusivamente al ámbito penal— que, en última instancia, apela a la necesidad de controlar la ‘juridicidad’ de las actuaciones del Estado, de conformidad con lo que podría denominarse un nuevo *corpus iuris* de los derechos humanos. En este sentido, el principio de legalidad irradia objetivamente el contenido de toda la Convención e impone a todas las autoridades públicas el imperativo de ajustar su actuación a derecho, bajo el entendido de que el concepto de derecho no está restringido al modo formalista positivista o legalista,⁴ sino que bien podría sugerirse una lectura desde el realismo jurídico que entiende el derecho como lo justo vigente en el contexto del derecho nacional e internacional de los derechos humanos.

Así las cosas, y partiendo de este presupuesto, los planteamientos que se expondrán en este trabajo persiguen dos objetivos centrales. En primer lugar, ilustrar el alcance que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, “Corte IDH”) ha dado al principio de legalidad y al ejercicio de este control por parte de los jueces, particularmente, en algunos casos de restricción a derechos fundamentales. Y, en segundo lugar, demostrar que el reciente concepto de ‘control de convencionalidad’ desarrollado por la Corte IDH, se desprende justamente de la trascendencia que ésta misma ha dado a la noción de control de legalidad en el marco de las nuevas exigencias del derecho internacional de los derechos humanos, de modo que podría decirse que el ‘control de convencionalidad’ responde a una nueva dimensión del principio de legalidad, en

⁴ Entre las notas más características de esta postura, se encuentra la identificación del derecho con la ley, de modo que no hay más derecho fuera de aquél determinado en la ley positiva, y esta ley, por sí misma, tiene fuerza jurídica independientemente de su contenido. Una visión crítica al positivismo legalista puede verse en Vigo, Rodolfo Luis, *Visión crítica de la historia de la filosofía del derecho*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 1984; véase, también, Ollero, Andrés, *Interpretación del derecho y positivismo legalista*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1982.

cuanto supone la valoración judicial de una conducta del Estado como ajustada a derecho.

Lo descrito permitirá arribar a tres conclusiones fundamentales que se van concatenando en este estudio. En primer lugar, que el control de legalidad de las restricciones a derechos fundamentales que surge del principio general de legalidad, exige en la tarea judicial una valoración sobre el grado de adecuación de la conducta de las autoridades públicas con ‘el derecho’, entendiendo que ‘derecho’ no es sólo el orden jurídico nacional, sino también el internacional en cuanto complementa la garantía y protección a los derechos fundamentales de los individuos, independientemente del modelo particular de recepción del derecho internacional en el ámbito interno. En segundo lugar, se puede concluir que el control de convencionalidad a cargo de los jueces nacionales, es una fórmula que se deriva del principio de legalidad, por cuanto apunta a determinar la ‘legalidad’ o ‘adecuación a derecho’ de una actuación del Estado en el marco jurídico de la Convención Americana, cuyo ejercicio corresponde primeramente a los jueces internos, dado un conjunto de condiciones esenciales para su operatividad. Finalmente, de una mirada conjunta a estas dos figuras: legalidad y convencionalidad en la jurisprudencia interamericana, se puede deducir que la perspectiva asumida por el tribunal regional supera el modelo de validez formal de los actos jurídicos, y se les valora como “jurídicos” porque son justos, ajustados a derecho o legítimos. Este razonamiento permitiría una lectura optimista de los aportes del sistema interamericano en el sentido de que la juridicidad de los actos que involucran derechos humanos está determinada en última instancia por su adecuación a las exigencias de la dignidad esencial de los seres humanos. Esta afirmación, aunque parezca obvia, genera muchas controversias que merecen mayores estudios, y no son discutidas en este escrito pues sobrepasan sus objetivos; valga para los propósitos del mismo enfatizar, solamente, en el hecho de que en el pensamiento de la Corte IDH se observa una transformación en la comprensión del principio de legalidad, tradicionalmente formalista, por una tendencia que apela a lo “legal” legítimamente establecido, más allá de “formalmente” establecido.

II. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y EL CONTROL DE LAS ACTUACIONES DEL ESTADO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

El principio de legalidad no sólo es un componente característico del Estado democrático de derecho sino que, a la luz del nuevo orden internacional de los derechos humanos, se constituye en verdadera garantía indispensable para la protección de los derechos fundamentales.⁵ Respecto de esta afirmación conviene algunas precisiones en el contexto del sistema interamericano y, particularmente, de la jurisprudencia de la Corte IDH, escenario en el cual se han hecho numerosos aportes en relación con el alcance sustancial de esta premisa, los efectos que de este principio se desprenden y las obligaciones que se derivan para los Estados, en especial, las relacionadas con la función judicial.

En el espíritu mismo de la noción de Estado de derecho, el principio de legalidad aparece con una doble función: como contención y como protección.⁶ Visto desde la óptica tradicional, el principio de legalidad sirve, por un lado, como contención al ejercicio del poder público que encuentra en la ley su fundamento y margen de actuación; por otro lado, como garantía individual, en cuanto preserva la órbita individual libre de intervención estatal, salvo en los casos previstos en la ley. Esta perspectiva tradicional no deja de ser importante hoy, pero resulta ser sólo un presupuesto de la verdadera dimensión que adquiere el principio de legalidad en un escenario contemporáneo, profundamente marcado por la necesidad de la promoción y protección de una auténtica cultura de los derechos humanos.

⁵ En este artículo, los vocablos “derechos fundamentales” y “derechos humanos” se usarán indistintamente; no es propósito de este trabajo abordar ni tomar partido en la discusión aún vigente en muchos escenarios sobre el alcance y las diferencias formales y sustanciales de estas dos denominaciones.

⁶ Esta doble función de la ley en el marco del Estado liberal de derecho la expresa García de Enterría con las siguientes palabras: “La Ley que habilita y mide los poderes (o mejor las competencias específicas desgajadas una por una del núcleo general del poder) de autoridades, jueces y agentes, define a la vez negativamente un correlativo ámbito de libertad de los ciudadanos, ámbito donde se refugia el contenido primigenio de la libertad originaria no afectada por la Ley, y desde el cual el derecho debe habilitar la posibilidad de una reacción efectiva contra cualquier intento de penetrar en él sin una habilitación legal explícita”. García de Enterría, Eduardo, *op. cit.*, nota 2, p. 139.

La idea misma de una legalidad cuyo referente exclusivo sea la ley nacional meramente formal es un concepto reevaluado intelectualmente, aunque quizá aún muy enquistado en la práctica judicial. A partir de la vigencia de la CADH, el principio de legalidad de vieja data se renueva con implicaciones originales. Puede decirse que el alcance de la clásica función de contención de este principio adquiere nuevos matices a la luz de las obligaciones del Estado, en calidad de garante de los derechos humanos y promotor especial de los derechos económicos, sociales y culturales. Los efectos de este análisis resultan muy variados y merecen un estudio propio que desborda el objeto del presente escrito; sin embargo, vale la pena anotar que en el Estado moderno, la ley como instrumento del orden público no sólo cumple un papel de cortapisa, sino también de canal facilitador de una gestión eficaz en la tarea de promover y elevar la calidad de vida de los ciudadanos. Desde este ángulo, podría decirse que el principio de legalidad no tiene ya tanto una connotación negativa sino más bien positiva.

Por otra parte, y como se sustentará, si bien es cierto que el principio de legalidad y no retroactividad sigue cumpliendo un rol fundamental en materia penal, también lo es que el espectro de protección se amplía a otros campos, tanto del orden sancionatorio como, en general, en materia de derechos fundamentales. La reserva de ley no es más que una expresión del principio de legalidad, según la cual sólo pueden restringirse derechos fundamentales en virtud de leyes formal y materialmente ajustadas al orden constitucional e internacional de protección de derechos humanos; de lo cual se colige que el principio de reserva de ley aplica para todos los derechos fundamentales, no sólo aquellos cuya titularidad reside en un imputado o procesado penalmente.

Visto así, el principio de legalidad irradia toda la CADH, como lo confirma la jurisprudencia. El hecho de que el artículo 9o. se titule “principio de legalidad y no retroactividad” de ninguna manera limita la noción de “legalidad” entendida como “juridicidad”, que subyace en el texto convencional; la importancia de la premisa *nullum crimen nulla poena, sine lege* ha sido ampliamente reconocida, como lo indicara

la Corte en el caso Baena Ricardo *vs.* Panamá,⁷ pero no se concluye que la vigencia del principio de legalidad en la Convención se restrinja al ámbito penal, más cuando, justamente en el caso Baena, la Corte se inclina por extender la cobertura del artículo 9o. también a materia administrativa o incluso a cualquier otra en la que se ejercite el poder punitivo del Estado. En consecuencia, el análisis que se propone del principio de legalidad como garantía individual, desborda el ámbito de lo penal e invita a entenderlo como principio transversal de la Convención, plausible tanto en el ámbito sancionatorio como en los demás órdenes jurídicos en los que se erige la primacía de los derechos humanos. Desde esta óptica, el principio de legalidad se sitúa como verdadero estandarte a partir del cual se funda toda actividad legítima del Estado, encuadrada en el marco de un sistema democrático de derecho.

Una lectura integrada de la jurisprudencia interamericana permite entender el principio de legalidad como “sujeción a derecho”, perspectiva que invita a la comprensión de un concepto de derecho realista que apunta a ‘lo justo en el caso concreto’. El camino recorrido para superar los efectos nocivos del positivismo legalista de la primera mitad del siglo XX, abre el horizonte para que el derecho internacional de los derechos humanos apele por una noción de legalidad más enraizada con la virtud de la justicia en el marco del Estado contemporáneo de derecho. Con este ideal en mente, en la primera parte de este estudio se considera de manera general el progresivo desarrollo de la noción de legalidad en el pensamiento de la Corte Interamericana, y el control a cargo de los jueces en situaciones de restricción de derechos fundamentales. En la segunda parte, se revisará el concepto de control de convencionalidad desarrollado en la jurisprudencia interamericana, como una nueva tarea a cargo de los jueces nacionales que se desprende del espíritu mismo del principio de legalidad.

1. *El contenido y expresiones del principio de legalidad*

Cualquier manifestación del poder estatal que afecte a los derechos humanos debe estar sometida a controles estrictos que impidan la

⁷ Caso Baena Ricardo y otros *vs.* Panamá, Fondo, reparaciones y costas, sentencia de 2 de febrero de 2001, serie C, núm. 72, párrs. 106 y 107.

vulneración de los atributos inviolables de la persona humana.⁸ Esta premisa implica la existencia de una barrera infranqueable que protege al individuo, frente a la cual únicamente serán admisibles intervenciones estatales plenamente respaldadas por el mismo sistema jurídico que reconoce la imperatividad de estos bienes, los cuales, en todo caso, están limitados por su misma esencia y serían limitables externamente sólo en virtud de bienes legítimos mayores. La realidad misma de los derechos humanos pone de relieve la noción de restricción al poder estatal, como lo expresara la Corte en la opinión consultiva núm. 6 de 1986, al sostener que:

La protección a los derechos humanos, en especial a los derechos civiles y políticos recogidos en la Convención, parte de la afirmación de la existencia de ciertos atributos inviolables de la persona humana que no pueden ser legítimamente menoscabados por el ejercicio del poder público. Se trata de esferas individuales que el Estado no puede vulnerar o en los que sólo puede penetrar limitadamente.⁹

En este escenario, el principio de legalidad se constituye en verdadera garantía necesaria, aunque nunca suficiente, para la protección de los derechos humanos en el contexto de la llamada relación vertical entre el Estado y el individuo. Según la Corte IDH, quizá el más importante de estos controles es la exigencia de que las limitaciones a los derechos humanos se establezcan por ley.¹⁰

⁸ Esta idea fue recogida en la jurisprudencia de la Corte Interamericana desde sus primeros años; *cf.* la expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986, serie A, núm. 6, párrs. 21 y 22.

⁹ *Ibidem*, párr. 21.

¹⁰ *Cfr. ibidem*, párrs. 23 y 24. Sobre la reserva de ley como condición para la restricción de derechos fundamentales, la jurisprudencia de la Corte es abundante. Algunas referencias contextualizadas en el marco del contenido de derechos consagrados en la Convención Americana pueden ser las siguientes, enunciadas por tratarse de los primeros casos y los más recientes en la materia. En el contexto del derecho a la libertad personal: caso *Gangaram Panday vs. Surinam*, Fondo, reparaciones y costas, sentencia de 21 de enero de 1994, serie C, núm. 16, párr. 47; caso *Yvon Neptune vs. Haití*, Fondo, reparaciones y costas, sentencia de 6 de mayo de 2008, serie C, núm. 180, párr. 96. En el contexto del derecho a la propiedad privada: caso *lvcher Bronstein vs. Perú*, Fondo, reparaciones y costas, sentencia de 6 de febrero de 2001, serie C, núm. 74, párr. 127; caso *Salvador Chiriboga vs. Ecuador*, Excepción preliminar y

Desde sus primeros pronunciamientos, la Corte se esmeró por condicionar el concepto de leyes, de modo que solamente estuvieran comprendidas aquellas normas jurídicas emitidas por el Poder Legislativo como órgano de representación popular, constituido democráticamente y elegido según lo determina la Constitución del Estado.¹¹ Para la Corte, ese procedimiento de creación legislativa garantiza que tales actos estén investidos del asentimiento de la representación popular, asegurando que incluso las minorías puedan expresar su inconformidad, de modo que participen en la formación de la voluntad política.¹² Pero la Corte aborda en una mirada conjunta el procedimiento y la finalidad de la ley, y sostiene que la expresión leyes:

En el marco de la protección a los derechos humanos, carecería de sentido si con ella no se aludiera a la idea de que la sola determinación del poder público no basta para restringir tales derechos. Lo contrario equivaldría a reconocer una virtualidad absoluta a los poderes de los gobernantes frente a los gobernados. En cambio, el vocablo leyes cobra todo su sentido lógico e histórico si se le considera como una exigencia de la necesaria limitación a la interferencia del poder público en la esfera de los derechos y libertades de la persona humana.¹³

Y es que precisamente a la luz de la función central de salvaguarda de la persona humana —propia del derecho internacional de los derechos humanos— y teniendo en cuenta el principio de subsidiaridad que le caracteriza, no se justificaría una concepción meramente formalista de la ley.

fondo, sentencia de 6 de mayo de 2008, serie C, núm. 179, párr. 60. En el contexto del derecho a la libertad de pensamiento y expresión: La Colegiación Obligatoria de Periodistas (artículos 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, serie A, núm. 5, párr. 35; caso Perozo y otros *vs.* Venezuela, Excepciones preliminares, Fondo, reparaciones y costas, sentencia de 28 de enero de 2009, serie C, núm. 195, párr. 375. En el contexto del derecho de circulación y residencia: caso Ricardo Canese *vs.* Paraguay, Fondo, reparaciones y costas, sentencia de 31 de agosto de 2004, serie C, núm. 111, párr. 124.

¹¹ *Cfr.* Opinión consultiva OC-6/86, *cit.*, nota 8, párr. 22.

¹² *Cfr. idem.*

¹³ *Ibidem*, párr. 27.

Este modo de ver el imperio de la ley como condición para cualquier limitación de los derechos fundamentales, es comúnmente denominado principio de reserva de ley, según el cual “los derechos fundamentales pueden ser restringidos por ley, en cuanto expresión legítima de la voluntad de una nación”.¹⁴ Así se entiende que la reserva de ley es una manifestación concreta del principio de legalidad y no un principio autónomo e independiente, pues su función se precisa en reafirmar el principio de “sujeción a derecho”. Esta visión que relaciona uno y otro concepto es asumida por la misma Corte cuando afirma que la reserva de ley:

Dentro del constitucionalismo democrático, es un elemento esencial para que los derechos del hombre puedan estar jurídicamente protegidos y existir plenamente en la realidad. Para que los principios de legalidad y reserva de ley constituyan una garantía efectiva de los derechos y libertades de la persona humana, se requiere no sólo su proclamación formal, sino la existencia de un régimen que garantice eficazmente su aplicación y un control adecuado del ejercicio de las competencias de los órganos.¹⁵

En todo caso, el control de legalidad de una restricción no se limita a evaluar el origen de la misma —a modo de *test de pedigree*, como anotara Dworkin—,¹⁶ de forma tal que la mera existencia de la ley creada conforme al procedimiento exigido será insuficiente para establecer la licitud de las restricciones a los derechos y libertades individuales. De la abundante jurisprudencia de la Corte sobre este tema, podría concluirse que el test que ésta aplica para determinar la licitud de una “restricción legal” a un derecho fundamental, exige una serie de condiciones, necesariamente concurrentes, las cuales apelan principalmente a las nociones de interés general o bien común, el criterio de necesidad y el de proporcionalidad. El desarrollo de estos requerimientos en el pensamiento de la Corte hace pensar que existe, desde el inicio de su labor, una posición clara que desecha la idea de

¹⁴ *Ibidem*, párr. 23.

¹⁵ *Ibidem*, párr. 24.

¹⁶ Sobre la noción de *test de pedigree* en el pensamiento de este autor, puede verse Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, trad. de Marta Gustavino, Barcelona, Ariel, 2002, pp. 65 y ss.

un principio de legalidad meramente formalista, y demanda por un concepto articulado con el principio de legitimidad. Una restricción de los derechos humanos será legítima, cuando se ajusta a las condiciones legales y constitucionales del orden nacional y a las exigencias establecidas en el orden internacional, en cuanto abogan por una más amplia protección de la persona humana.

Legalidad y legitimidad se comprometen esencialmente en la defensa de los derechos humanos, aunque, en la mayor parte de las decisiones, la Corte no lo establezca expresamente. Esta mirada es cierta y consistente, si se leen de manera integrada sus pronunciamientos, recabando en los hitos iniciales de los desarrollos de la Corte: “La ley, en el Estado democrático, no es simplemente un mandato de la autoridad, revestido de ciertos necesarios elementos formales. Implica un contenido, y está dirigida a una finalidad... En una sociedad democrática, el principio de legalidad está vinculado inseparablemente al de legitimidad”.¹⁷ Y es desde esta perspectiva que se pueden entender mejor cada uno de los criterios elaborados por la jurisprudencia interamericana, para evaluar la licitud o adecuación a derecho de las conductas de las autoridades públicas cuando afectan derechos y libertades fundamentales.

2. *El test de legalidad de las restricciones a los derechos humanos*

Las directrices definidas por la Corte en las opiniones consultivas núm. 5 de 1985 y núm. 6 de 1986, serían determinantes para los posteriores desarrollos en relación con el principio de legalidad en la CADH. Sin embargo, la jurisprudencia interamericana se enriquece con el paso del tiempo, y las luces de los casos particulares, unas quizá más nítidas que otras, juegan a favor de un test de legalidad riguroso, exigente y que apela a un sentido de lo justo, más allá de lo formal —sin desconocerlo—. Para efectos de claridad en la exposición, en primer lugar se hará referencia a los distintos elementos o condiciones usados por la Corte en su test de legalidad. Seguidamente, se analizará la aplicación de este test en casos particulares de restricción de derechos, a manera de banco de pruebas que confirme el

¹⁷ Cfr. *ibidem*, párr. 32.

alcance del principio de legalidad con los matices particulares desarrollados en el sistema interamericano; contexto en el cual aparece claro que de cualquier modo las limitaciones o restricciones a los derechos humanos en el orden nacional están sujetas a un riguroso análisis de “racionalidad, oportunidad y moderación”.¹⁸

A. *La noción de bien común como condición de legitimidad de la ley*

En la opinión consultiva núm. 6, la Corte manifestaba con contundencia que para que las restricciones a los derechos y libertades, impuestos en virtud de una ley, sean jurídicamente lícitas, es necesario que ésta se establezca “por razones de interés general y con el propósito para el cual ha... sido establecida”.¹⁹ La noción misma de bien común subyace en este criterio, tal como se reconociera en esa misma providencia,²⁰ y a partir de ella en numerosos casos.²¹

La noción de bien común, adoptada por la Corte en sus primeras providencias, se refiere al entorno social que el Estado debe promover para el mejor desarrollo de cada uno de sus miembros y de la sociedad en su conjunto, “circunstancias que le permitan progresar espiritual y materialmente y alcanzar la felicidad”;²² de manera que una ley que contiene restricciones a ciertos derechos individuales sólo

¹⁸ Herrera Ulloa, voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez, párr. 8.

¹⁹ Opinión consultiva OC-6/86, *cit.*, nota 8, párr. 28.

²⁰ En este pronunciamiento la Corte concluía, siguiendo el contenido de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que: “El requisito según la cual las leyes han de ser dictadas por razones de interés general significa que deben haber sido adoptadas en función del ‘bien común’ (artículo 32.2), concepto que ha de interpretarse como elemento integrante del orden público del Estado democrático, cuyo fin principal es ‘la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de circunstancias que le permitan progresar espiritual y materialmente, y alcanzar la felicidad’”. *Ibidem*, párr. 29.

²¹ Véase, por ejemplo, el caso Claude Reyes y otros *vs.* Chile, Fondo, reparaciones y costas, sentencia de 19 de septiembre de 2006, serie C, núm. 151, párr. 89. La noción de bien común ha sido reiterada expresamente por la Corte en su jurisprudencia contenciosa en otros casos como los siguientes: Baena Ricardo y otros, *cit.*, nota 7, párrs. 26, 167-172; caso Del Caracazo *vs.* Venezuela, Reparaciones y costas, sentencia de 29 de agosto de 2002, serie C, núm. 95, párr. 127; caso Juan Humberto Sánchez *vs.* Honduras, Excepción preliminar, Fondo, reparaciones y costas, sentencia de 7 de junio de 2003, serie C, núm. 99, párrs. 86 y 111.

²² Como se anotaba atrás, Opinión consultiva OC-6/86, *cit.*, nota 8, párr. 29.

será legítima cuando se ha concebido para la búsqueda de ese mayor bien social, y los medios que ha previsto para lograrlo son necesarios y adecuados, como se verá adelante. En palabras del tribunal, el concepto de bien común hace alusión:

A las condiciones de la vida social que permiten a los integrantes de la sociedad alcanzar el mayor grado de desarrollo personal y la mayor vigencia de los valores democráticos. En tal sentido, puede considerarse como un imperativo del bien común la organización de la vida social, en forma que se fortalezca el funcionamiento de las instituciones democráticas, y se preserve y promueva la plena realización de los derechos de la persona humana.²³

Si bien es cierto que la amplitud de este concepto en un escenario de diversidad ideológica provoca polémica, no puede perderse de vista el carácter teleológico que le es propio. La misma CADH trae a colación principios y valores sociales que merecen especial protección, en virtud de los cuales serían legítimas las restricciones a ciertos derechos consagrados en el pacto. El artículo 13 en relación con la libertad de pensamiento y expresión, por ejemplo, hace referencia a los siguientes criterios: “el respeto a los derechos o a la reputación de los demás”, “la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas” y “la protección moral de la infancia y la adolescencia”. El artículo 15, que contiene el derecho de reunión, alude a los criterios de “interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos”, así como la protección de “la salud o la moral públicas o los derechos o libertades de los demás”; por su parte, el artículo 21, en relación con el derecho de propiedad, reconoce las “razones de utilidad pública o de interés social”. En el mismo sentido se orientan las prescripciones de los artículos 12, sobre libertad de conciencia y religión, 16, sobre libertad de asociación, y 22, en relación con el derecho de circulación y residencia.

Todos los criterios anotados resultarían válidos al evaluar la licitud de una restricción en un caso concreto, siempre y cuando la modalidad y el alcance de la restricción sean completamente necesarios

²³ Opinión consultiva OC-5/85, *cit.*, nota 10, párrs. 66 y 67, y Opinión consultiva OC-6/86, *cit.*, nota 8, párr. 31.

para el logro del fin propuesto y resulten proporcionales para alcanzarlo.

B. El criterio de necesidad: la opción que menos restrinja el derecho protegido

La ponderación del criterio de necesidad requiere del contexto del caso concreto y es evaluado usualmente al lado del criterio de proporcionalidad, adoptando el criterio de ‘necesidad social imperiosa’, desarrollado por la Corte Europea y expuesto por primera vez en la opinión consultiva núm. 5 de 1985.²⁴ Este concepto articula los criterios de necesidad y proporcionalidad en la evaluación de la licitud de una restricción de un derecho fundamental. Por un lado, puede decirse que el criterio de necesidad se cumplirá si las medidas restrictivas adoptadas en la ley están orientadas a satisfacer un interés público imperativo en una sociedad democrática y no existen otras medidas menos restrictivas; por otro lado, el criterio de proporcionalidad apunta a que la restricción sea proporcionada al interés que la justifica y se adecua estrictamente a ese fin. La Corte Interamericana, siguiendo el análisis de su homóloga europea, entiende que para que la medida restrictiva adoptada cumpla con el criterio de necesidad no basta con el hecho de que sea razonable, útil u oportuna, sino que se requiere además que sea la que afecte en menor medida el derecho protegido por la Convención.

C. La proporcionalidad como medida

Como se ha indicado, la valoración sobre la licitud de una medida restrictiva de un derecho fundamental, en el caso concreto, supone analizar la estricta concordancia o adecuación entre la medida impuesta y el fin perseguido, de modo que el fin no justifica los medios. El fin determina la medida pero no justifica cualquier medida ni cualquier medio. Como lo insistiera la Corte en el caso Herrera Ulloa “la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese objetivo, interfiriendo en la

²⁴ Opinión consultiva OC-5/85, *cit.*, nota 10, párr. 46.

menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho a la libertad de expresión”.²⁵

A partir de esa premisa, que fuera ya expuesta en la primeras opiniones consultivas de la Corte y luego adoptada en los casos contenciosos, el test de proporcionalidad se ha ido desarrollando en la jurisprudencia con elementos cada vez más explícitos, que aportan a los jueces nacionales también criterios más claros en relación con una adecuada ponderación de bienes jurídicos que permita determinar puntos de balance proporcionados y ajustados a las exigencias de los derechos en aparente colisión.

Necesariamente por su objetivo, el test de proporcionalidad permitirá muy diversos resultados en el contexto de los distintos casos, pero de cualquier manera siempre se tendrá que atender el criterio de equilibrio entre los bienes protegidos, cuestión que idealmente podría llevar a la Corte a asumir una visión más armonizadora de los derechos humanos.²⁶

3. *El control de legalidad de las restricciones a derechos humanos*

Las medidas restrictivas a los derechos humanos son de muy variadas formas y pueden afectar diversos ámbitos jurídicos. Algunas de esas medidas pueden consistir en sanciones impuestas en el marco del derecho penal, en cuyo caso se trata de la forma más severa de restricción, evento en el cual se acusa el deber especial de cautela y diligencia en la imposición de las mismas por parte de las autoridades

²⁵ Herrera Ulloa, *cit.*, nota 18, párr. 123.

²⁶ Sobre las teorías armonizadoras de derechos fundamentales como alternativa a las aproximaciones conflictivistas, pueden verse los trabajos de Cianciardo, J., *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, 2a. ed. ampl. y act., Pamplona, Eunsa, 2000 y *El ejercicio regular de los derechos. Análisis y crítica del conflictivismo*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2007; Toller, F. M., *Libertad de prensa y tutela judicial efectiva. Estudio de la prevención de daños derivados de informaciones*, Buenos Aires, La Ley, 1999 y “Propuestas para un nuevo modelo de interpretación en la resolución de conflictos entre derechos constitucionales”, *Anuario de Derecho de la Universidad Austral*, Buenos Aires, vol. 4, 1998, pp. 225-252; Serna, P. y Toller, F., *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos*, Buenos Aires, La Ley, 2000; Serna, P., “Derechos fundamentales: el mito de los conflictos. Reflexiones teóricas a partir de un supuesto jurisprudencial sobre intimidad e información”, *Humana Iura*, Pamplona, núm. 4, 1994, pp. 197-234.

competentes. Las situaciones que se encuadran en el contexto del derecho penal han merecido un tratamiento especial, tanto en la CADH como en la jurisprudencia, particularmente en relación con todas las garantías que asisten a un individuo imputado, procesado y sancionado penalmente. La limitación del *ius puniendi* del Estado como *ultima ratio* ha sido reiterada por la Corte como presupuesto para un adecuado respeto y garantía de los derechos humanos, en una sociedad democrática libre de formas represivas de gobierno.²⁷

Uno de los controles indispensables del ejercicio del derecho punitivo en cabeza del Estado es el principio de legalidad. Nadie puede ser perseguido por un crimen ni condenado a una pena que no estuviera establecida por ley al momento de la comisión de los hechos, y de esta premisa central son muchas las aristas que se derivan.²⁸ La privación de la libertad personal como forma severísima de proteger los bienes jurídicos más preciados en la sociedad, es una facultad legítima del Estado, siempre y cuando se garanticen todos los presupuestos que hacen de esta medida una restricción lícita conforme con el orden nacional y con el internacional.

El espectro de garantías que prevé el artículo 9o. del pacto ha sido ampliado por la misma Corte a materia administrativa, cuando se verifica el ejercicio del poder sancionatorio. Así, en el caso Baena, por primera vez se sostuvo que:

Las sanciones administrativas son, como las penales, una expresión del poder punitivo del Estado y que tienen, en ocasiones, naturaleza similar a la de éstas. Unas y otras implican menoscabo, privación o alteración de los derechos de las personas, como consecuencia de una conducta ilícita. Por lo tanto, en un sistema democrático es preciso extremar las precauciones para que dichas medidas se adopten con es-

²⁷ Cfr. caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú, Fondo, reparaciones y costas, sentencia de 30 de mayo de 1999, serie C, núm. 52, párr. 189; caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador, Fondo, reparaciones y costas, sentencia de 4 de julio de 2007, serie C, núm. 166, párr. 96; Yvon Neptune, *cit.*, nota 10, párr. 38; caso Del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú, Interpretación de la sentencia de fondo, reparaciones y costas, sentencia de 2 de agosto de 2008, serie C, núm. 181, párr. 42.

²⁸ Cfr. García Ramírez, Sergio, "Reflexiones sobre los principios rectores del proceso penal", *Memoria del XV Congreso Mexicano de Derecho Procesal*, UNAM, 1998, pp. 333-374, <http://www.bibliojuridica.org/libros/2/745/22.pdf>.

tricto respeto a los derechos básicos de las personas y previa una cuidadosa verificación de la efectiva existencia de la conducta ilícita.²⁹

El principio de legalidad en este campo impone un estándar claro en relación con la obligación del Estado de vigilar cuidadosamente que el contenido de las normas que establecen conductas punibles sea expreso, preciso y taxativo, y la emisión de la ley sea previa al hecho enjuiciado. Estos elementos del estándar han sido determinados por la Corte de manera enfática y consistente, desde las sentencias de fondo de los casos Castillo Petruzzi y Baena Ricardo.³⁰ En este último fallo, la Corte afirma que:

En aras de la seguridad jurídica es indispensable que la norma punitiva, sea penal o administrativa, exista y resulte conocida, o pueda serlo, antes de que ocurran la acción o la omisión que la contravienen y que se pretende sancionar. La calificación de un hecho como ilícito y la fijación de sus efectos jurídicos deben ser preexistentes a la conducta del sujeto al que se considera infractor. De lo contrario, los particulares no podrían orientar su comportamiento conforme a un orden jurídico vigente y cierto, en el que se expresan el reproche social y las consecuencias de éste. Estos son los fundamentos de los principios de legalidad y de irretroactividad desfavorable de una norma punitiva.³¹

²⁹ Baena Ricardo y otros, *cit.*, nota 7, párr. 106.

³⁰ En la sentencia de fondo del caso Castillo Petruzzi *vs.* Perú de 1999, la Corte expresa claramente el criterio sobre la univocidad y precisión necesaria en la técnica legislativa para la creación de conductas punibles; véase Castillo Petruzzi, *cit.*, nota 27, párr. 121. Por su parte, en la sentencia de 2001 del caso Baena, el tribunal enfatiza sobre la prohibición de retroactividad de las normas sancionatorias; Baena Ricardo y otros, *cit.*, nota 21, párrs. 106 y 107. Sobre esta mirada conjunta de todos los requisitos esenciales de la tipificación penal, véase la sentencia de 2007 del caso Kimel *vs.* Argentina, Fondo, reparaciones y costas, sentencia de 2 de mayo de 2008, serie C, núm. 177, párr. 63. En el mismo sentido, sobre los requisitos de la norma penal, véanse los casos Cantoral Benavides *vs.* Perú, Fondo, sentencia de 18 de agosto de 2000, serie C, núm. 69, párr. 157; Ricardo Canese, *cit.*, nota 10, párr. 174; De la Cruz Flores *vs.* Perú, Fondo, reparaciones y costas, sentencia de 18 de noviembre de 2004, serie C, núm. 115, párr. 79.

³¹ Baena Ricardo y otros, *cit.*, nota 7, párr. 106. La Corte cita en este punto al Tribunal Europeo: Eur. Court H. R. Ezelin Judgment of 26 April 1991 y Eur. Court H. R. Müller and Others Judgment of 24 May 1988.

Ciertamente en el ámbito penal, el principio de legalidad juega un papel crucial que se sitúa justo en el medio de la balanza donde se sopesa por un lado el interés legítimo del Estado de proteger el orden y la seguridad y, por otro, la esfera de protección de los bienes más propios del individuo como son su vida y su libertad. Sin embargo, las formas de restricción de los derechos fundamentales no residen exclusivamente en el terreno de lo penal. Normativas generales de muy distinta índole, actos administrativos y las mismas decisiones judiciales en todas las materias, más allá de los procesos penales, pueden contener restricciones a derechos fundamentales. La validez, o mejor, licitud de dichas medidas está determinada en primer lugar por el régimen jurídico nacional, pero igualmente, tratándose de derechos humanos, la legalidad de las mismas, entendida como su adecuación a derecho, se encuentra profundamente ligada a las prescripciones de los tratados internacionales que en esta materia hayan sido adoptados por el Estado y, en todo caso, a los imperativos del *ius cogens* internacional.

Los parámetros que aporta ese derecho internacional de los derechos humanos en relación con el alcance del contenido de los derechos y, en consecuencia, las garantías que le asisten al individuo titular, amplían en la mayoría de los casos las regulaciones domésticas que los reconocen. Así entendido, el principio de legalidad en el sistema interamericano se impone como irradiación de un concepto de derecho amplio que integra al desarrollo constitucional y legal nacional con el internacional, que en mejor medida garantice la primacía de los derechos humanos; de modo que en este sustrato se entrecruzan las nociones de legalidad y legitimidad. Lo anterior se deduce por cuanto la verificación que se hace en el sistema interamericano sobre la licitud —esto es la legalidad en sentido amplio— de una conducta del Estado que afecta los derechos fundamentales de un individuo o grupo de individuos, tiene en cuenta tanto los referentes internos como los internacionales y, a los ojos de la Corte, sólo será legítima la restricción si la medida, además de legal conforme con el orden nacional, es ‘convencional’ por cuanto se ajusta a los estándares internacionales en la materia. Esta valoración bifocal, como podría llamarse de alguna manera, responde a un mismo criterio de evaluación: la licitud o legalidad como sujeción a derecho. Por tanto,

la legitimidad de las actuaciones oficiales, que limitan derechos fundamentales, hunde sus raíces en la conformidad de la conducta con los criterios formales y sustanciales de ley nacional, así como la internacional,³² cuando ésta expande la órbita de protección a la dignidad humana.

Estas ideas pueden vislumbrarse en toda la jurisprudencia de la Corte que se refiere a la legalidad o licitud de restricciones a derechos humanos, sin embargo, para acotar la presentación de este estudio, se expondrán las consideraciones relevantes en dos escenarios concretos: limitaciones al derecho a la libertad de pensamiento y expresión, y limitaciones al derecho a la propiedad privada.

A. *La legalidad de las restricciones al derecho a la libertad de pensamiento y expresión*

El contenido del derecho protegido en el artículo 13 de la CADH incluye las dimensiones tanto individual como colectiva de la libertad de pensamiento y expresión, en cuanto comprende la libertad de expresar el propio pensamiento y también la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones de toda índole. De este modo, la restricción ilegal de la libertad de expresión de un individuo no sólo viola su derecho individual, sino también el derecho de la sociedad de recibir informaciones e ideas,³³ pues una y otra son dimensiones inherentes de la misma.

La Corte IDH ha precisado la importancia de este derecho dentro de una sociedad democrática y pluralista en la cual la libertad de ex-

³² Entendiendo ley internacional en sentido amplio, equivalente al derecho consagrado en las fuentes del derecho internacional de los derechos humanos, en particular, convenciones y costumbre. En el marco de este estudio, se hace referencia especial a la Convención Americana como fuente convencional primera del sistema interamericano.

³³ *Cfr.* Opinión consultiva OC-5/85, *cit.*, nota 10, párr. 30. En el mismo sentido, Ivcher Bronstein, *cit.*, nota 10, párrs. 154-164; Herrera Ulloa, *cit.*, nota 18, párrs. 120-134; Ricardo Canese, *cit.*, nota 10, párrs. 95-107; caso Palamara Iribarne *vs.* Chile, Fondo, reparaciones y costas, sentencia de 22 de noviembre de 2005, serie C, núm. 135, párrs. 79 a 88 y 95; caso López Álvarez *vs.* Honduras, Fondo, reparaciones y costas, sentencia de 10 de febrero de 2006, serie C, núm. 141, párr. 165-173; Claude Reyes y otros, *cit.*, nota 21, párrs. 88-93; Kimel, *cit.*, nota 30, párrs. 51-94; Perozo y otros, *cit.*, nota 10, párr. 115.

presión se convierte en una condición indispensable para la formación de la opinión pública y, en este sentido, para el ejercicio del control político que promueve la eficacia, transparencia y responsabilidad de las actividades de quienes ejercen funciones públicas.³⁴

Sin una efectiva libertad de expresión, materializada en todos sus términos, la democracia se desvanece, el pluralismo y la tolerancia empiezan a quebrantarse, los mecanismos de control y denuncia ciudadana se empiezan a tornar inoperantes y, en definitiva, se empieza a crear el campo fértil para que sistemas autoritarios se arraiguen en la sociedad.³⁵

Las expresiones que se refieren a temas de interés general, como el ejercicio de las funciones de autoridades públicas y el debate político, han sido escenarios propicios para que la Corte enfatice en la protección especial que este tipo de información merece en una sociedad democrática y, por ende, la aplicación sumamente restrictiva de las limitaciones a las cuales puede estar sujeto el derecho. Vale la pena resaltar para los propósitos de este estudio, los casos *Herrera Ulloa vs. Costa Rica* y *Kimel vs. Argentina*, a partir de los cuales se puede analizar el test de control de legalidad aplicado por el tribunal interamericano.

Como se afirmó, la libertad de pensamiento y expresión no es un derecho absoluto, y puede limitarse en virtud del “respeto a los derechos o a la reputación de los demás”, “la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas” o “la protección moral de la infancia y la adolescencia”. Las medidas restrictivas más recurrentes a este derecho son la censura previa y la aplicación de responsabilidades ulteriores y, recientemente, la Corte ha tenido oportunidad de referirse también a las acreditaciones o autorizaciones a los medios de prensa como modalidades de limitación a

³⁴ *Cfr.* Herrera Ulloa, *cit.*, nota 18, párr. 127; Ricardo Canese, *cit.*, nota 10, párrs. 88-90 y 97; Ivcher Bronstein, *cit.*, nota 10, párr. 155; Palamara Iribarne, *cit.*, nota 33, párr. 83; Claude Reyes y otros, *cit.*, nota 21, párr. 87; Kimel, *cit.*, nota 30, párr. 87.

³⁵ Herrera Ulloa, *cit.*, nota 18, párr. 116. En el mismo sentido, véase el caso reciente Perozo y otros, *cit.*, nota 10, párr. 116.

este derecho.³⁶ La Corte ha señalado, en relación con la censura previa directa, que ésta siempre es incompatible con el pacto, salvo en los casos de espectáculos públicos y con el fin de proteger a la niñez y la adolescencia. A excepción de esta hipótesis, toda medida previa vulnera la libertad protegida por la Convención.³⁷ Siguiendo esta línea de argumentación, el alto tribunal también ha sostenido que incluso en los casos de aplicación de responsabilidades ulteriores, por los motivos enunciados, se pueden quebrantar las obligaciones convencionales, si se limita más de lo estrictamente necesario el alcance pleno de este derecho y se convierte en un mecanismo directo o indirecto de censura previa.³⁸

A partir del caso Herrera Ulloa, siguiendo las directrices definidas en la opinión consultiva núm. 5 de 1985, la Corte ha sido constante en señalar como requisitos para determinar la licitud de las responsabilidades civiles o penales ulteriores, los siguientes: “1) deben estar expresamente fijadas por la ley; 2) deben estar destinadas a proteger ya sea los derechos o la reputación de los demás, o la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o moral pública; y 3) deben ser necesarias en una sociedad democrática”.³⁹

El periodista Mauricio Herrera Ulloa fue procesado y sancionado, civil y penalmente, por haber publicado en un diario de circulación nacional diversos artículos en los que reproducía parcialmente información de periódicos europeos que se referían a supuestas actividades ilícitas de quien se desempeñara como cónsul *ad honorem* de Costa Rica ante la Organización de Energía Atómica en Austria. A propósito de la puesta en escena de autoridades oficiales, la Corte sostuvo que con el objetivo de promover el control político y la formación de la

³⁶ Sobre las acreditaciones o autorizaciones a los medios de prensa en el marco de su participación en eventos oficiales, véase Perozo y otros, *cit.*, nota 10, párr. 375 y ss.

³⁷ *Cfr.* Opinión consultiva OC-5/85, *cit.*, nota 10, párr. 38; Herrera Ulloa, *cit.*, nota 18, párr. 120; Ricardo Canese, *cit.*, nota 10, párr. 95; Palamara Iribarne, *cit.*, nota 33, párr. 79; Kimel, *cit.*, nota 30, párr. 54.

³⁸ *Cfr.* Herrera Ulloa, *cit.*, nota 18, párr. 120. En el mismo sentido, Opinión consultiva OC-5/85, *cit.*, nota 10, párrs. 39, 47 y 48; caso “La última tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) *vs.* Chile, Fondo, reparaciones y costas, sentencia de 5 de febrero de 2001, serie C, núm. 73; Ricardo Canese, *cit.*, nota 10, párr. 95; Herrera Ulloa, *cit.*, nota 18, párr. 120; Kimel, *cit.*, nota 30, párr. 54.

³⁹ Herrera Ulloa, *cit.*, nota 18, párr. 120.

opinión pública, es necesario diferenciar las personas sobre quienes recae una determinada expresión, cuando quiera que se vayan a aplicar responsabilidades ulteriores. De este modo, desde el caso Herrera Ulloa, teniendo en cuenta lo señalado por la Corte Europea de Derechos Humanos, se estableció que a la hora de evaluar las posibles restricciones del derecho en cuestión, “hay que distinguir entre las restricciones que son aplicables cuando el objeto de la expresión se refiera a un particular y, por otro lado, cuando es una persona pública”.⁴⁰

Este umbral diferente de protección se fundamenta no en la calidad del sujeto, sino en el carácter de interés público que tienen sus actuaciones.⁴¹ Por ejemplo, en el caso de un político, los límites de la crítica deben ser más amplios que cuando se trata de un particular, ya que según la Corte, siguiendo las determinaciones del Tribunal Europeo, “aquel inevitable y conscientemente se abre a un riguroso escrutinio de todas sus palabras y hechos por parte de periodistas y de la opinión pública y, en consecuencia, debe demostrar un mayor grado de tolerancia”.⁴² En estos casos, el derecho a la reputación debe ser ponderado “en relación con los intereses de un debate abierto sobre los asuntos políticos”.⁴³

El marco político de este caso acentuó en la Corte sus consideraciones sobre la importancia de medir cuidadosamente las posibles restricciones a este derecho,⁴⁴ puesto que:

La libertad de expresión es un elemento fundamental sobre el cual se basa la existencia de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública... Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones, esté suficientemente in-

⁴⁰ *Ibidem*, párr. 125. En estas consideraciones, el Tribunal Interamericano acoge la jurisprudencia de su homólogo europeo citando en particular los casos: Eur. Court H. R., Case of Dichand and others vs. Austria, para. 39; Eur. Court H. R., Case of Lingens vs. Austria, para. 42.

⁴¹ *Cfr.* Herrera Ulloa, *cit.*, nota 18, párr. 129.

⁴² *Ibidem*, párr. 125.

⁴³ *Idem*.

⁴⁴ Esta idea de limitación estricta de una posible restricción al derecho a la libertad de expresión ya había sido señalada por el tribunal en el caso Ivcher Bronstein, *cit.*, nota 10, párr. 155.

formada. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre.⁴⁵

Además, “la libertad de prensa proporciona a la opinión pública uno de los mejores medios para conocer y juzgar las ideas y actitudes de los dirigentes políticos. En términos más generales, la libertad de las controversias políticas pertenece al corazón mismo del concepto de sociedad democrática”.⁴⁶

Como se ha visto, la interpretación de la Corte refuerza la idea de un principio de legalidad que supera las prescripciones del orden jurídico nacional. El alcance de este derecho en la jurisprudencia de la Corte, justifica de algún modo la aplicación de los criterios del test de legalidad frente a las restricciones derivadas de responsabilidades ulteriores. El caso *Kimel* en contra de Argentina, muestra en detalle el pensamiento de la Corte.

Eduardo Kimel es un historiador que se desempeñó como periodista, escritor e investigador histórico, y publicó un libro en el que analizó el asesinato de cinco religiosos, ocurrido durante la última dictadura militar en Argentina. En la publicación, el autor cuestiona las actuaciones de un juez en torno a la investigación de los mencionados asesinatos. Con base en ese hecho, el juez entabló una acción penal contra el escritor por el delito de calumnia. Finalmente, el señor Kimel fue condenado por este delito a un año de prisión en suspenso, al pago de una indemnización y costas judiciales.

La aplicación del test en el caso *Herrera Ulloa*, llevó a la Corte IDH a las siguientes conclusiones en el caso *Kimel*. En relación con el primer criterio que se refiere a que las responsabilidades ulteriores deben estar expresamente fijadas en la ley, el tribunal, atendiendo al carácter penal de las medidas impuestas, hace un llamado al Estado sobre la observancia rigurosa de las garantías que se desprenden del principio de legalidad penal contenido en el artículo 9o. de la Convención. Los estándares fijados por el tribunal en esta materia son expresos: “si la restricción o limitación proviene del derecho penal, es preciso observar los estrictos requerimientos característicos de la tipi-

⁴⁵ Opinión consultiva OC-5/85, *cit.*, nota 10, párr. 70.

⁴⁶ *Herrera Ulloa*, *cit.*, nota 18, párr. 125, citando al Tribunal Europeo, *Case of Lingens vs. Austria*, *cit.*, nota 40.

ficación penal, para satisfacer en este ámbito el principio de legalidad. Así, deben formularse en forma expresa, precisa, taxativa y previa”.⁴⁷ El análisis sobre la ambigüedad del delito que sanciona las calumnias e injurias en el código penal argentino unido a la idea del derecho penal como *ultima ratio*,⁴⁸ resultaron elementos determinantes para que luego la Corte decida que el Estado había violado no sólo la libertad de pensamiento y expresión, sino también el principio de legalidad y de retroactividad del artículo 9o., en relación con los artículos 1.1 y 2o. de la CADH.

A la luz del segundo requisito que indica que las medidas restrictivas deben estar destinadas a proteger ya sea los derechos o la reputación de los demás, o la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o moral pública, la Corte analizó si las medidas impuestas a la víctima obedecían a alguno de los objetivos legítimos señalados, y si éstas eran idóneas para el logro de tal fin. En su providencia, el tribunal estableció que la reputación de los demás “puede ser motivo para fijar responsabilidades ulteriores en el ejercicio de la libertad de expresión. En consecuencia, la protección de la honra y reputación de toda persona es un fin legítimo acorde con la Convención”.⁴⁹ Sin embargo, si bien la Corte observó que la sanción penal es un medio idóneo para salvaguardar el bien jurídico protegido,⁵⁰ ésta concluye que la medida penal aplicada a la víctima no cumplió con los criterios de necesidad y proporcionalidad.⁵¹

Para la Corte, el estándar de ‘necesidad social imperiosa’ que desarrollara en su jurisprudencia precedente —como el tercer criterio del test de legalidad de la restricción— no se respetaba en el presente caso. En la sentencia se insiste en que este estándar requiere no sólo que la medida sea apropiada o razonable, sino que se escoja aquella que menos restrinja el derecho protegido, de tal modo que no resulta suficiente demostrar un propósito útil u oportuno de la ley penal en este caso, sino que es necesario que las restricciones estén

⁴⁷ Kimel, *cit.*, nota 30, párr. 63. En este texto, la Corte retoma los estándares establecidos en casos anteriores como Castillo Petruzzi y Lori Berenson en relación con los requisitos de legalidad de los delitos y las penas en los códigos nacionales.

⁴⁸ *Ibidem*, párr. 76.

⁴⁹ *Ibidem*, párr. 71.

⁵⁰ *Idem*.

⁵¹ *Ibidem*, párr. 71 y ss.

justificadas en virtud de objetivos colectivos que preponderen sobre la necesidad social de proteger el derecho a la libertad de pensamiento y expresión, y que no lo limiten más allá de lo necesario, es decir, “que sean proporcionales al interés que las justifica y se ajusten al logro de este objetivo”.⁵² Los términos del análisis de este criterio en los que se basa la Corte, en el caso concreto, estaban determinados por “la protección debida de la libertad de expresión, la razonable conciliación de las exigencias de tutela de aquel derecho, por una parte, y de la honra por la otra, y el principio de mínima intervención penal característico de una sociedad democrática”.⁵³ Para la ponderación de estos elementos, el tribunal partió de la premisa de que “el empleo de la vía penal debe corresponder a la necesidad de tutelar bienes jurídicos fundamentales frente a conductas que impliquen graves lesiones a dichos bienes, y guarden relación con la magnitud del daño inferido”.⁵⁴ Con esa lógica, en la sentencia se declaró que al evaluar las medidas penales que restringen la libertad de expresión, “se debe analizar con especial cautela, ponderando al respecto la extrema gravedad de la conducta desplegada por el emisor de aquéllas, el dolo con que actuó, las características del daño injustamente causado y otros datos que pongan de manifiesto la absoluta necesidad de utilizar[las], en forma verdaderamente excepcional”.⁵⁵

Así, la Corte concluyó que el Estado había incurrido en un abuso del poder punitivo que contrariaba el requisito de necesidad esencial, teniendo en cuenta las imputaciones hechas al señor Kimel, la correspondiente afectación en sus bienes jurídicos y la naturaleza de la sanción impuesta.⁵⁶

⁵² Opinión consultiva OC-5/85, *cit.*, nota 10, párr. 46, en el cual la Corte cita a su homóloga europea, Eur. Court H. R., *The Sunday Times case*, Judgment of 26 April 1979, series A, no. 30, párr. no. 62. En el mismo sentido, Herrera Ulloa, *cit.*, nota 18, párr. 121; Ricardo Canese, *cit.*, nota 10, párr. 96; Palamara Iribarne, *cit.*, nota 33, párr. 85; López Álvarez, *cit.*, nota 33, párr. 165; Claude Reyes y otros, *cit.*, nota 21, párr. 91; Kimel, *cit.*, nota 30, párr. 74 y ss.

⁵³ Kimel, *cit.*, nota 30, párr. 77.

⁵⁴ *Idem.*

⁵⁵ *Idem.*

⁵⁶ *Cfr. ibidem*, párr. 80.

A diferencia de casos anteriores⁵⁷ en los que la Corte elabora el análisis de los criterios de necesidad y proporcionalidad de las medidas restrictivas de manera conjunta, en Kimel, la Corte abre espacio para un estudio más detenido y por separado de este último aspecto. El criterio de proporcionalidad en sí mismo ya contaba con antecedentes,⁵⁸ de manera que la evaluación que se propone el tribunal es con el objeto de determinar si la restricción impuesta en el caso concreto resultaba estrictamente proporcional, de tal forma que “el sacrificio inherente a aquella no result[ara] exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtien[ían] mediante tal limitación”.⁵⁹ En este caso, la Corte define con precisión los elementos del análisis estricto de proporcionalidad, y los enumera como los siguientes: “i) el grado de afectación de uno de los bienes en juego, determinando si la intensidad de dicha afectación fue grave, intermedia o moderada; ii) la importancia de la satisfacción del bien contrario, y iii) si la satisfacción de éste justifica la restricción del otro”.⁶⁰

En la revisión del primer aspecto, la Corte señaló que “las consecuencias del proceso penal en sí mismo, la imposición de la sanción, la inscripción en el registro de antecedentes penales, el riesgo latente de posible pérdida de la libertad personal y el efecto estigmatizador de la condena penal impuesta al señor Kimel demuestran que las responsabilidades ulteriores establecidas en este caso fueron graves. Incluso la multa constituye, por sí misma, una afectación grave de la libertad de expresión, dada su alta cuantía respecto a los ingresos del beneficiario”.⁶¹

En la valoración del segundo aspecto relativo al derecho a la honra, en el fallo se siguen los lineamientos ya fijados en Herrera Ulloa y Ricardo Canese sobre la especial protección que deben tener las expresiones que se refieran a personas que ejercen funciones públicas,

⁵⁷ Cfr. Herrera Ulloa, *cit.*, nota 18, párrs. 120-123; Ricardo Canese, *cit.*, nota 10, párr. 96; Palamara Iribarne, *cit.*, nota 33, párr. 86.

⁵⁸ El criterio de proporcionalidad de las restricciones a derechos fundamentales fue expuesto por primera vez en un caso contencioso, en el contexto de limitaciones a la libertad personal, en la sentencia de fondo Gangaram Panday, *cit.*, nota 10, párrs. 47 y 48.

⁵⁹ Kimel, *cit.*, nota 30, párr. 83.

⁶⁰ *Ibidem*, párr. 84.

⁶¹ *Ibidem*, párr. 85.

observando que dichos funcionarios se han sometido voluntariamente a un escrutinio más exigente, y que sus actividades “salen del dominio de la esfera privada para insertarse en la esfera del debate público”.⁶² En el caso concreto, la Corte señaló que la crítica realizada por el señor Kimel “estaba relacionada con temas de notorio interés público, se refería a un juez en relación con el desempeño de su cargo y se concretó en opiniones que no entrañaban la imputación de delitos”.⁶³

Finalmente, respecto del tercer aspecto sopesado en el juicio de proporcionalidad, la Corte tuvo en cuenta el carácter de interés público de las expresiones emitidas por el señor Kimel, y el hecho de que éstas “no tenía[n] relación con la vida personal del juez querellante ni le imputaba[n] una conducta ilícita, sino que se relacionaba[n] con la causa judicial a su cargo”.⁶⁴ En consecuencia, la Corte afirmó que el señor Kimel “emitió un juicio de valor crítico sobre el desempeño del Poder Judicial durante la última dictadura militar en Argentina”⁶⁵ y, por tanto, al ser una opinión, su expresión no podía ser objeto de sanción.⁶⁶ Por tal razón, la supuesta satisfacción del derecho a la honra no justificó la restricción del derecho a la libertad de expresión de la víctima, restricción que fue valorada como “manifiestamente desproporcionada, por excesiva, en relación con la alegada afectación del derecho a la honra”.⁶⁷

En el caso concreto, la cuestión del equilibrio de medidas en principio lícitas —como las acciones penales—, sin embargo, desproporcionadas, subraya una vez más la complejidad de la observancia del principio de legalidad que subyace en la CADH. No se trata simplemente de licitud formal ni el parámetro está restringido al derecho nacional; el principio de legalidad transversal en el texto convencional apela a la forma y a la sustancia, al estándar nacional y también al internacional.

⁶² Herrera Ulloa, *cit.*, nota 18, párr. 129; Ricardo Canese, *cit.*, nota 10, párr. 103; *cf.* Kimel, *cit.*, nota 30, párrs. 86-88.

⁶³ Kimel, *cit.*, nota 30, párr. 89.

⁶⁴ *Ibidem*, párr. 91.

⁶⁵ *Ibidem*, párr. 92.

⁶⁶ *Cfr. idem*.

⁶⁷ *Ibidem*, párr. 94.

B. *La legalidad de las restricciones a la propiedad privada*

El contenido del artículo 21 de la CADH ha sido interpretado de manera amplia, de modo que “abarca, entre otros, el uso y goce de los bienes, definidos como cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona. Dicho concepto comprende todos los muebles e inmuebles, los elementos corporales e incorporeales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de valor”.⁶⁸ Esos otros ‘objetos inmateriales’ fueron considerados por la Corte en el caso Palamara Iribarne en relación con la propiedad intelectual de obras, en cuyo caso la Corte sostuvo que “dentro del concepto amplio de ‘bienes’... también se encuentran incluidas las obras producto de la creación intelectual de una persona, quien, por el hecho de haber realizado esa creación adquiere sobre ésta derechos de autor conexos con el uso y goce de la misma”.⁶⁹

El concepto de propiedad protegido por el texto convencional, incluye además de la propiedad privada *stricto sensu*, la propiedad comunal de las tierras de grupos indígenas y tribales.⁷⁰ Es desde esta visión extensiva del derecho protegido en el artículo 21, que la jurisprudencia ha desarrollado las condiciones a las que deben sujetarse las autoridades públicas en caso de imponer su limitación. Con el único objeto de evaluar el test de legalidad aplicado por la Corte a las posibles restricciones al derecho a la propiedad privada, se dividirá en dos escenarios el análisis propuesto; en primer lugar, los casos de

⁶⁸ Caso Chaparro Álvarez y Lapo Ñíguez *vs.* Ecuador, Excepciones preliminares, Fondo, reparaciones y costas, sentencia de 21 de noviembre de 2007, serie C, núm. 170, párr. 174. En el mismo sentido, *cf.* caso Comunidad indígena Yakye Axa *vs.* Paraguay, Fondo reparaciones y costas, sentencia 17 de junio de 2005, serie C, núm. 125, párr. 137; caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni *vs.* Nicaragua, Fondo, reparaciones y costas, sentencia de 31 de agosto de 2001, serie C, núm. 79, párr. 144; Ivcher Bronstein, *cit.*, nota 10, párr. 122.

⁶⁹ Palamara, *cit.*, nota 33, párr. 102.

⁷⁰ *Cfr.* Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, *cit.*, nota 68, párrs. 148 y 149; caso de la Comunidad Moiwana *vs.* Surinam, Excepciones preliminares, Fondo, reparaciones y costas, sentencia de 15 de junio de 2005, serie C, núm. 124, párrs. 131-134; Yakye Axa, *cit.*, nota 68, párrs. 129-156; caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya *vs.* Paraguay, Fondo, reparaciones y costas, sentencia de 29 de marzo de 2006, serie C, núm. 146, párrs. 117-144; caso del Pueblo Saramaka *vs.* Surinam, Excepciones preliminares, Fondo, reparaciones y costas, sentencia de 28 de noviembre de 2007, serie C, núm. 172, párrs. 88-131.

restricciones impuestas a la propiedad privada en virtud de actos administrativos; y en segundo lugar, los casos de restricciones impuestas a la propiedad privada en el curso de procesos penales. Las restricciones a la propiedad comunal de los pueblos indígenas y tribales se dejan por fuera de esta investigación.⁷¹

Teniéndose en cuenta que el derecho a la propiedad no es un derecho absoluto y que puede estar sujeto a limitaciones, el análisis para verificar la legalidad de una restricción estará determinado por el mismo texto del artículo 21, en cuanto prevé que “[n]inguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social, y en los casos y según las formas establecidas por la ley”. El test convencional de tres pasos ha sido desplegado por la Corte de manera general en los dos escenarios referidos; en el primero, con acentos particulares en el principio de función social de la propiedad y principios internacionales en materia de expropiación; en el segundo, con matices especiales en los casos de procesos penales en cuyas situaciones la Corte además ha valorado la necesidad y proporcionalidad de la medida restrictiva.

a. Restricciones a la propiedad privada derivadas de actos administrativos

En el caso Salvador Chiriboga, la Corte Interamericana tiene ocasión de pronunciarse sobre el control de legalidad de los actos administrativos y otras actuaciones del Estado que imponen limitaciones al derecho de propiedad fuera del escenario del derecho penal. En su sentencia, el alto tribunal precisó —con el detalle que no lo hizo en el caso Ivcher Bronstain—⁷² sobre la expropiación como una limita-

⁷¹ Algunas consideraciones especiales en relación con las sentencias de comunidades indígenas ya han sido expuestas en trabajos anteriores. Véase Londoño L., María Carmelina, “Lo social como dimensión inescindible de los derechos humanos. Reflexiones a partir de la jurisprudencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Abello, Ricardo (coord.), *Derecho internacional contemporáneo. Lo público, lo privado, los derechos humanos*, Bogotá, Universidad del Rosario, julio de 2006.

⁷² En el caso Ivcher Bronstain *vs.* Perú, la Corte evaluó escuetamente si la medida cautelar en virtud de la cual se suspendieron los derechos de la víctima como accio-

ción legítima a la propiedad privada en razón del interés público y profundizó sobre el alcance de las condiciones descritas en el artículo 21 a la luz del principio de legalidad, y en conexión con el debido proceso legal y el recurso judicial efectivo.

La sentencia parte del principio de ‘función social de la propiedad’,⁷³ y enfatiza en los principios de proporcionalidad y legalidad de la medida como condiciones esenciales de su licitud, resaltando que en situaciones de expropiación, la privación del derecho a la propiedad requiere la estricta observancia de los requisitos consagrados en el artículo 21.1 de la CADH.⁷⁴ Citando a su homóloga europea, sostuvo que en situaciones de expropiación, el principio de legalidad es fundamental a la hora de determinar la posible vulneración del derecho a la propiedad, el cual exige que la legislación que regula la privación del derecho en cuestión sea “clara, específica y previsible”.⁷⁵ Sin embargo, la Corte expresó que:

No es necesario que toda causa de privación o restricción al derecho a la propiedad esté señalada en la ley, sino que es preciso que esa ley y su aplicación respeten el contenido esencial del derecho a la propiedad privada. Este derecho supone que toda limitación a éste deba ser excepcional. De la excepcionalidad se deriva que toda medida de restricción debe ser necesaria para la consecución de un objetivo legítimo en

nista mayoritario de un canal de televisión y se le revocó como presidente del mismo —ambas consecuencias de la orden de suspensión de su nacionalidad peruana—, cumplió con los parámetros establecidos en la Convención Americana. La Corte determinó que la medida cautelar impuesta a la víctima en el marco del proceso judicial en su contra, fue contraria a la Convención, ya que en primer lugar no existieron motivos de utilidad pública o interés social que la justificaran; y en segundo lugar, no existía indicación alguna de que se hubiera indemnizado a la víctima, ni de que la medida cautelar se hubiere ejecutado de conformidad con la ley. Además, el tribunal resaltó que en los procesos en los que se decidió limitar los derechos de la víctima se vulneraron las garantías procesales, según resultó probado, y por esta razón las consecuencias jurídicas derivadas de aquellos eran *per se* ilegales. *Cfr.* Ivcher Bronstein *vs.* Perú, *cit.*, nota 10, párrs. 129 y 130.

⁷³ *Cfr.* Salvador Chiriboga, *cit.*, nota 10, párr. 60.

⁷⁴ *Cfr. ibidem*, párr. 63.

⁷⁵ *Ibidem*, párr. 64, en el que se referencian los siguientes casos: ECHR, Case *Beyeler vs. Italy*, Judgment of 5 January 2000; ECHR, Case *Carbonara and Ventura vs. Italy*, Judgment of 30 May 2000; Case *Belvedere Alberghiera Sr. I. vs. Italy*, Judgment of 30 May 2000; y ECHR, Case *Velikovi and Others vs. Bulgaria*, Judgment of 15 March 2007.

una sociedad democrática, de conformidad con el propósito y fin de la Convención Americana.⁷⁶

Estas consideraciones plantean de nuevo la necesidad de un balance. Es así como se puntualiza que para “que el Estado pueda satisfacer legítimamente un interés social y encontrar un justo equilibrio con el interés del particular, debe utilizar los medios proporcionales a fin de vulnerar en la menor medida el derecho a la propiedad de la persona objeto de la restricción”.⁷⁷ Este ejercicio de equilibrio debe sopesar, en el sentir de la Corte, dos criterios esenciales: la utilidad pública o interés social y el pago de una justa indemnización.⁷⁸

En el caso, la Corte indicó que las razones invocadas por las autoridades para declarar la “utilidad pública” del predio de la víctima resultaban legítimas a la luz de la Convención, por cuanto la destinación de un parque ecológico para la protección del medio ambiente y la recreación, representan efectivamente un interés legítimo para una comunidad.⁷⁹ Sin embargo, el tribunal aduce dos razones fundamentales para concluir que en todo caso se desconoció la garantía prevista en el artículo 21. Por una parte, se hace énfasis en que el proceso expropiatorio resultó arbitrario⁸⁰ debido a las fallas en el sistema de administración de justicia interno, en particular por las excesivas dilaciones de los procesos interpuestos tanto por las víctimas como por el mismo Estado que finalmente violaron el principio de plazo razonable y, por tanto, la garantía al recurso judicial efectivo de la Convención. Por otra parte, siguiendo los lineamientos internacionales y la práctica de otros tribunales, la Corte concluyó que en el caso se desconocieron los parámetros elementales en relación con el pago de una justa indemnización. La conjunción de estas dos circunstancias, a los ojos del tribunal, creó en la víctima un grado fáctico y jurídico de incertidumbre tal, que condujo a que se menoscabara su derecho a la propiedad privada.

⁷⁶ Salvador Chiriboga, *cit.*, nota 10, párr. 65.

⁷⁷ *Ibidem*, párr. 63.

⁷⁸ *Cfr. ibidem*, párr. 66.

⁷⁹ *Cfr. ibidem*, párr. 76.

⁸⁰ *Cfr. ibidem*, párrs. 113 y 117.

En relación con los parámetros internacionales sobre el pago de indemnizaciones con ocasión de una expropiación, el tribunal precisó que éste es un principio de derecho internacional reconocido en la comunidad internacional, y recogido en el artículo 21 de la CADH. En la sentencia se establece que las exigencias de esta premisa se concretan en la necesidad de una indemnización adecuada, pronta y efectiva, medio por el cual se busca equilibrar el peso entre el interés general y el del propietario.⁸¹ En el fallo se concluye que ninguno de los tres criterios fue atendido. Según el tribunal, para que la indemnización sea adecuada se debe tomar como referente el valor comercial del predio;⁸² la razonabilidad del plazo está definida en primera instancia por la misma ley nacional, de cuya evaluación se dedujo claramente que el factor de violación no era la legislación en sí misma sino la traba del sistema judicial, de modo que el mismo Estado irrespetó las formas establecidas en la ley;⁸³ y, dado que por más de 15 años el Estado no fijó el valor definitivo del bien, ni otorgó una justa indemnización, ni proveyó a la víctima de recursos efectivos para la defensa de sus intereses, no puede concluirse que se llenó con el requisito de efectividad en el pago de una justa indemnización.⁸⁴

b. Restricciones a la propiedad privada en el marco de procesos penales

En el caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez, la Corte tuvo oportunidad de analizar la legalidad de las medidas cautelares restrictivas

⁸¹ *Cfr. ibidem*, párrs. 96 y ss. En este apartado, la Corte cita referentes internacionales del siguiente orden: INA Corporation *vs.* The Islamic Republic of Iran, 8 Iran US CTR, p. 373; 75 ILR, p. 595; y Principios 15 y 18 de los “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”, Resolución G. A. Res. 60/147, Preámbulo, UN.Doc. A/RES/60/147 (Dec. 16, 2006). The WB, Guidelines of the Treatment of Foreign Direct Investment; 1962. Texaco case 17 ILM, 1978, pp. 3, 29; 53 ILR, pp. 389, 489; Aminoil case 21 ILM, 1982, p. 1032; 66 ILR, p. 601; y Permanent Sovereignty Resolution; 1974 Charter of Economic Rights Direct and Duties of States.

⁸² *Cfr.* Salvador Chiriboga, *cit.*, nota 10, párr. 98.

⁸³ *Cfr. ibidem*, párr. 109.

⁸⁴ *Cfr. ibidem*, párrs. 110-114.

de la propiedad privada de los sindicatos en el marco de una investigación penal. En el proceso internacional se probó que la empresa de la cual el señor Chaparro Álvarez era accionista y gerente general, fue allanada, sus “instalaciones quedaron bajo resguardo policial” y varios bienes fueron aprehendidos, entre ellos un automóvil del señor Lapo. Esta medida fue impuesta, ya que según autoridades estatales, las hieleras fabricadas en la empresa estaban siendo utilizadas para el tráfico internacional de droga.⁸⁵

La Corte reitera las garantías del artículo 21 de la CADH, según las cuales “para que la privación de los bienes de una persona sea compatible con el derecho a la propiedad, debe fundarse en razones de utilidad pública o de interés social, sujetarse al pago de una justa indemnización, limitarse a los casos, practicarse según las formas establecidas por la ley, y efectuarse de conformidad con la Convención”.⁸⁶ Así, el test aplicado para verificar la legalidad de las medidas decretadas en perjuicio de las víctimas gravita en la preexistencia de la ley y el fin legítimo que la motiva, la necesidad y la proporcionalidad de la imposición de tales restricciones en el caso concreto.

En primera instancia, el tribunal comprobó que las medidas cautelares reales como la incautación y depósito de bienes se encontraban reguladas en la legislación penal nacional, de acuerdo con la cual, con ellas se buscaba “i) evitar que los bienes continúen siendo utilizados en actuaciones ilícitas, ii) procurar el éxito de la investigación penal, iii) garantizar las responsabilidades pecuniarias que podrían declararse como resultado del proceso, o iv) evitar la pérdida o deterioro de la evidencia”.⁸⁷ Por lo tanto, teniendo en cuenta los fines descritos, se señaló que “siempre y cuando exista una debida justificación para adoptar estas medidas, la correspondiente afectación que se genera al poder de disposición sobre los bienes no constituye en sí misma una vulneración del derecho a la propiedad [ya] que la finalidad que cumplen estas medidas es acorde con la Convención Americana”.⁸⁸

⁸⁵ Cfr. Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez, *cit.*, nota 68, párr. 175.

⁸⁶ *Ibidem*, párr. 174.

⁸⁷ *Ibidem*, párr. 186.

⁸⁸ *Ibidem*, párr. 189.

En este sentido, la Corte reconoció que las medidas cautelares en el contexto de los hechos del caso eran “adecuadas y eficaces para disponer de la evidencia que permite investigar los delitos de tráfico de estupefacientes”,⁸⁹ y que teniendo en cuenta su finalidad, su existencia *per se* no es contraria con el derecho a la propiedad protegida por la Convención.⁹⁰ Sin embargo, la Corte expresó que “la adopción de medidas cautelares reales debe justificarse previamente en la inexistencia de otro tipo de medidas menos restrictivas del derecho a la propiedad”⁹¹ haciendo énfasis especial en la responsabilidad del funcionario judicial que juzga la necesidad y proporcionalidad de las mismas para el caso concreto. Esta consideración fue expuesta enfáticamente por la Corte al advertir que:

La adopción y supervisión de estas medidas debe recaer en funcionarios judiciales, teniendo en cuenta que si desaparecen las razones que justificaron la medida precautoria, el juez debe valorar la pertinencia de continuar con la restricción, aún antes de la finalización del proceso. Este punto es de la mayor importancia, dado que si los bienes no siguen cumpliendo un papel relevante para continuar o impulsar la investigación, la medida cautelar real debe ser levantada, so pena de convertirse en una pena anticipada. Este último evento constituiría una restricción manifiestamente desproporcionada del derecho a la propiedad.⁹²

El principio de presunción de inocencia⁹³ y de motivación de las decisiones judiciales para sustentar su razonabilidad, son referidos en la decisión⁹⁴ como parámetros que han de iluminar la función judicial para que se ajuste a la CADH. En el caso, la Corte concluyó que si bien el tipo de medidas cautelares impuestas en la etapa de instrucción del proceso eran legales y razonables conforme con el ordenamiento jurídico interno, éstas habían devenido en arbitrarias por desproporcionadas, una vez en el proceso se presentaron pruebas que

⁸⁹ *Ibidem*, párr. 186.

⁹⁰ *Ibidem*, párr. 187.

⁹¹ *Ibidem*, párr. 188.

⁹² *Idem*.

⁹³ *Ibidem*, párr. 193.

⁹⁴ *Ibidem*, párr. 197.

sustentaron que la fábrica incautada no estaba vinculada con el tráfico de drogas, pese a lo cual la jueza de la causa:

No evaluó la posibilidad de levantar las medidas cautelares reales en el evento de que hubieren desaparecido los motivos que las hicieron necesarias. [Además], no hubo ningún pronunciamiento judicial... sobre la necesidad de continuar con el depósito, es decir, sobre si la investigación podía continuar sin afectar en tal grado la posesión y el manejo de la fábrica.⁹⁵

Estas consideraciones son consistentes con la línea de la Corte que hace especial énfasis en los criterios de necesidad y proporcionalidad de una restricción en el escenario del caso particular, de modo que la licitud de la restricción no deriva exclusivamente del orden nacional aunque es un primer factor de valoración. El juicio del juez internacional en materia de derechos humanos no puede ser concebido nunca como una cuarta instancia, sin embargo, esto no restringe su facultad de conocer el derecho interno e incluso confrontar los hechos con este mismo en el camino de determinar la adecuación de las conductas del Estado conforme con sus compromisos internacionales emanados de la CADH.⁹⁶

La revisión de los casos de limitaciones al derecho de propiedad en los dos contextos descritos, permiten subrayar un elemento común que apunta a la tesis mantenida en este trabajo: la Corte Interamericana cotejó las medidas impuestas con los parámetros del orden jurídico nacional, para luego contrastarla con los estándares internacionales explícitos en la Convención. Como se ha sostenido, este es justamente el juicio de legalidad en sentido amplio que suele hacerse en el sistema interamericano, un primer paso apela a la legalidad en el orden interno, uno segundo refuerza ese principio con las garantías

⁹⁵ *Ibidem*, párr. 198.

⁹⁶ *Cfr.* caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) *vs.* Guatemala, Fondo, sentencia de 19 de noviembre de 1999, serie C, núm. 63, párr. 222; *Bámaca Velásquez*, párr. 188; caso *García Prieto y otros vs. El Salvador*, Excepciones preliminares, Fondo, reparaciones y costas, sentencia de 20 de noviembre de 2007, serie C, núm. 168, párr. 109; *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez, cit.*, nota 68, párr. 22; caso *Heliodoro Portugal vs. Panamá*, Excepciones preliminares, Fondo, reparaciones y costas, sentencia de 12 de agosto de 2008, serie C, núm. 186, párr. 126.

previstas en la Convención, lo que en estricto sentido sería un juicio de convencionalidad. Así, entre uno y otro, el juicio de legalidad *stricto sensu* del orden nacional unido al de convencionalidad apunta a un solo principio de legalidad de carácter amplio que irradia toda la Convención.

Visto desde la perspectiva estatal, el principio de legalidad informa la conducta de todos sus órganos, pero ya no exclusivamente a partir del referente de la Constitución y la ley nacional, sino también del derecho internacional de los derechos humanos. El control de legalidad, como tarea fundamental a cargo de los jueces nacionales, invoca en primera instancia el derecho interno, contando con el hecho de que sea consonante con el derecho internacional que protege las garantías mínimas de los seres humanos; de fallar esta última condición, el sistema interamericano prevé una segunda oportunidad de control interno ineludible a cargo de los jueces nacionales, ante cuya falencia el juez internacional estará habilitado para actuar: el control de convencionalidad, figura que puede entenderse como una nueva dimensión del principio de legalidad, tal como se desarrollará en el siguiente apartado.

III. LA NOCIÓN DE CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

En la práctica internacional, actualmente está cada vez más arraigada la idea de que se constituya un órgano supervisor de los compromisos internacionales adquiridos, en virtud de la ratificación y entrada en vigencia de un tratado internacional. Se trata de un modelo de 'control internacional' que busca proteger la eficacia del objeto y fin del instrumento, bien en el escenario de eventuales desacuerdos o litigios particulares o, si así se dispone, ante la necesidad de dar alcance e interpretar su texto en abstracto. El espíritu que subyace en la existencia de este tipo de organismos siempre atiende a la idea de un control imparcial, extra estatal, que sea capaz de producir los efectos para los que fue constituido. Este prototipo de control, que no es novedoso en el sistema interamericano, ha sido el adoptado en la CADH, de modo que todo Estado parte de este pacto, y que además haya ratificado voluntariamente la cláusula que adjudica competencia

a la Corte IDH, se encuentra sujeto a su jurisdicción,⁹⁷ como máximo tribunal de justicia de esta materia en la región. En consecuencia, por el mandato convencional recibido,⁹⁸ este alto tribunal goza de facultades para resguardar su defensa.

Ciertamente, la noción de control de convencionalidad *per se* no es exclusiva del sistema interamericano, ni de las facultades en cabeza de su Corte. Desde esta perspectiva genérica, nótese que el control de convencionalidad es un tipo de control de legalidad que se efectúa en el plano supranacional con el objetivo de valorar el grado de cumplimiento de las obligaciones convencionales a partir de la consonancia entre la conducta del Estado y la prescripción jurídica internacional. Se advierte en este estudio que su asimilación con el principio de legalidad justamente es posible, en la medida que se entiende este último, como ya se ha expuesto, como un referente de jurisdicción, que pueda apelar a una fuente de orden nacional o internacional no es lo que interesa, sino que se refiere al sustrato mismo del derecho: lo justo.

En este orden de ideas, un examen de convencionalidad verifica la adecuación de una conducta del Estado con una prescripción internacional establecida. En el contexto del sistema interamericano, los extremos de esta evaluación son, por un lado, el comportamiento de las autoridades públicas de un Estado parte de la Convención y, por otro, el alcance de la obligación contenida en este instrumento, según su texto e interpretación auténtica.⁹⁹ La cuestión es que, de acuerdo con la jurisprudencia reciente de la Corte, ese control de convencionalidad no se ejerce de manera exclusiva por este tribunal, ni debería ser en realidad la primera instancia en la que se apele a este criterio. A partir de los desarrollos introducidos por la Corte en 2006, el control de convencionalidad tiene dos vertientes claras; una primera que hace alusión a la facultad inherente a la Corte Interamericana que verifica la compatibilidad entre la conducta del Estado y las disposicio-

⁹⁷ Cfr. Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 62.

⁹⁸ Cfr. *ibidem*, artículos 62-64.

⁹⁹ En relación con el papel de la Corte Interamericana como intérprete auténtica de la Convención, véase, entre otros, caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, Excepciones preliminares, Fondo, reparaciones y costas, sentencia de 26 de septiembre de 2006, serie C, núm. 154, párr. 124; caso *La Cantuta vs. Perú*, Fondo, reparaciones y costas, sentencia de 29 de noviembre de 2006, serie C, núm. 162, párr. 173.

nes de la Convención, de modo que la instancia internacional es una instancia propia y autónoma de control de juridicidad, que no opera como una cuarta instancia de la justicia nacional, ni la sustituye.¹⁰⁰ La segunda vertiente, relativamente más novedosa, identifica el control de convencionalidad como una verdadera obligación jurídica a cargo de los jueces nacionales. A partir del caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, la Corte ha venido insistiendo en que es un deber a cargo de los operadores judiciales del nivel interno efectuar un control de convencionalidad en el momento de la aplicación de las leyes a los casos concretos, deber que se deduce de las obligaciones generales del Estado conforme con el Pacto de San José, so pena de comprometer la responsabilidad internacional del Estado parte.

El indudable interés de esta exhortación, sus posibles efectos, los numerosos desafíos que de allí surgen y su profunda interconexión con el principio de legalidad, tal como se ha expuesto en la primera parte, justifican una revisión más detenida de la jurisprudencia interamericana que adopta esta noción de control de convencionalidad como deber de los jueces nacionales, los alcances que se le han dado en casos concretos, las perspectivas y algunos retos evidentes. Esta segunda parte se articula sobre estos dos ejes centrales: el control de convencionalidad en la tarea judicial interna, a partir de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y algunas reflexiones sobre las implicaciones de un adecuado control de convencionalidad.

1. *El control de convencionalidad como tarea judicial en el orden interno*

A. *El deber de garantía de los derechos humanos en la labor judicial: el contexto del caso Almonacid Arellano*

La primera oportunidad en la que la Corte expone expresamente la noción de control de convencionalidad a cargo de los jueces nacio-

¹⁰⁰ *Cfr.* Caso Vargas Areco *vs.* Paraguay, Fondo, reparaciones y costas, sentencia de 26 de septiembre de 2006, serie C, núm. 155, párr. 108; caso Nogueira de Carvalho y otro *vs.* Brasil, Excepciones preliminares y fondo, sentencia de 28 de noviembre de 2006, serie C, núm. 161, párr. 80; Heliodoro Portugal, *cit.*, nota 96, párr. 203; caso Ríos y otros *vs.* Venezuela, Excepciones preliminares, Fondo, reparaciones y costas, sentencia de 28 de enero de 2009, serie C, núm. 194, párr. 303; Perozo y otros, *cit.*, nota 10, párr. 317.

nales, es en su sentencia Almonacid Arellano de septiembre de 2006 cuando advierte:

La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.¹⁰¹

El pronunciamiento del tribunal es enfático, y bien puede decirse que sus efectos son generalizables dentro de unos parámetros concretos, como se intentará probar. Sin embargo, no pueden desconocerse los hechos que dieron origen al fallo para comprender con más precisión el apremio que la Corte Interamericana imprime en este llamado. En el expediente internacional quedó probado que en el contexto del régimen militar chileno que asumió el poder en 1973 y, desde ese mismo momento, en ejecución de una política de Estado, se produjo una serie de violaciones sistemáticas a los derechos humanos por parte de agentes oficiales en contra de personas pertenecientes a la sociedad civil identificadas con una ideología política concreta, opuesta a la del gobierno. En 1978, el mismo régimen decreta una ley de autoamnistía aplicable para todos los delitos cometidos en el periodo de conmoción interior, comprendido entre 1973 y 1978, legislación que resultaría aplicable al proceso judicial que investigaba el homicidio del señor Almonacid Arellano en 1973.

El Estado chileno ratificó la Convención Americana en 1990, y durante todo el tiempo que corre desde el momento de la entrada en

¹⁰¹ Almonacid Arellano, *cit.*, nota 99, párr. 124.

vigencia de la Convención hasta la emisión de la sentencia de fondo de la Corte Interamericana, la mencionada ley se mantuvo en vigor formalmente en el ordenamiento de Chile, y fue aplicada directamente en la causa del señor Almonacid como fundamento jurídico para sobreseer el proceso y archivar definitivamente el expediente. Ante estos acontecimientos y en el marco de la limitación *rationae temporis*, el tribunal regional se plantea, dentro de sus cuestiones centrales, si la vigencia de la ley de amnistía, durante el periodo en el que simultáneamente se encontraba en vigor para Chile la Convención Americana, era compatible con las obligaciones generales de este tratado internacional. Esta reflexión conduce a la Corte a hacer un análisis detenido sobre la noción de crímenes de lesa humanidad y su aplicabilidad en el caso, la imprescriptibilidad de estos delitos y la prohibición general de amnistías en estos supuestos, el alcance de las obligaciones generales contenidas en los artículos 1.1 y 2o. de la Convención Americana, y su fuerza vinculante para todos los poderes del Estado, distinguiendo los efectos particulares que estos preceptos imponen a los distintos órganos, en particular, respecto del legislador y el Poder Judicial. Justamente en desarrollo de este último aspecto es que finalmente la Corte establece la responsabilidad especial de los jueces en el ejercicio de aplicación de normas que aunque vigentes en el orden nacional resulten incompatibles con el internacional.

Si bien se reconoce en la decisión que los jueces internos se encuentran sujetos al imperio del derecho nacional, asimismo se enfatiza que los funcionarios judiciales deben abstenerse de aplicar normas contrarias a la Convención, so pena de comprometer la responsabilidad internacional del Estado por desconocer las obligaciones generales que surgen de la Convención Americana, esto es, el deber de garantía que se desprende del artículo 1.1, y la obligación del Estado de ajustar su derecho interno, de conformidad con los parámetros convencionales, según lo prescriben principios elementales del derecho internacional, y se recoge en el artículo 2o. del pacto. Para la Corte, la:

Obligación legislativa del artículo 2o. de la Convención tiene también la finalidad de facilitar la función del Poder Judicial de tal forma que el aplicador de la ley tenga una opción clara de cómo resolver un caso particular. Sin embargo, cuando el Legislativo falla en su tarea de su-

primir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, el Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella. El cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado, y es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido en el derecho internacional de los derechos humanos, en el sentido de que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados, según el artículo 1.1 de la Convención Americana.¹⁰²

Vale la pena recoger algunas reflexiones particulares del fallo sobre el alcance de las obligaciones generales de los artículos 1.1 y 2o. de la Convención Americana en el caso concreto.

B. El control de convencionalidad y las obligaciones generales de la Convención Americana

En el análisis desplegado por la Corte en la sentencia Almonacid Arellano, la obligación de investigar, procesar y sancionar a los responsables de graves violaciones a derechos humanos, es un deber a cargo del Estado que se colige de la obligación de garantía contenida en el artículo 1.1, en cuanto prescribe el compromiso del Estado de garantizar el libre y pleno ejercicio de las libertades y derechos contenidos en la Convención, sin discriminación alguna. Las manifestaciones de la Corte dejan entrever una cadena secuencial de relaciones que surge a partir de la adecuada o inadecuada administración de justicia en el Estado. Visto desde el plano de la condena declarada, parecería que un centro que articula las causas y los efectos reprochables es el fenómeno de la impunidad. La falta de investigación, procesamiento y sanción de los responsables, acarrea los lamentables escenarios de impunidad, de manera que se le entiende como resultado de las fallas en la administración de justicia contrarias a las garantías de los artículos 8o. y 25; pero, a su vez, la impunidad es causa de

¹⁰² *Ibidem*, párr. 123.

nuevos quebrantos a la Convención, acicate de otras violaciones y, de suyo, contraría el espíritu mismo del sistema tutelar de derechos humanos.¹⁰³ La impunidad refuerza la indefensión de las víctimas, extrema la ineficacia de los recursos y devasta las posibilidades reales de justicia para toda la sociedad; en definitiva, ella misma obstruye los horizontes de fortalecimiento de los sistemas judiciales por la falta de esperanza que deja consigo. En la decisión, el tribunal reitera la caracterización que diera al concepto de impunidad desarrollado en sentencias precedentes, como las conocidas ‘masacres colombianas’, expresando que este es un fenómeno definido por “la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana”.¹⁰⁴

Por otra parte, la sentencia recoge los pronunciamientos precedentes sobre el alcance del artículo 2o. de la Convención, con el fin de sustentar que la sola existencia formal de la norma que prevé la amnistía es anticonvencional¹⁰⁵ y genera la responsabilidad internacional del Estado, sin necesidad siquiera de aplicación. Esta conclusión emerge de los mismos desarrollos de la jurisprudencia en cuanto prescribe que el deber de adecuación del orden interno se concreta en “la adopción de medidas en dos vertientes, a saber: i) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención, y ii) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva obser-

¹⁰³ En el conocido caso Barrios Altos, el alto tribunal ya sentaba su posición en relación con la incompatibilidad de las leyes de auto amnistía con la Convención, su relación directa con la vulneración de los artículos 8o. y 25, las obligaciones generales y la impunidad. *Cfr.* caso Barrios Altos *vs.* Perú, Fondo, sentencia de 14 de marzo de 2001, serie C, núm. 75, párr. 43.

¹⁰⁴ Almonacid Arellano, *cit.*, nota 99, párr. 111. Véase, también, caso de la “Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros) *vs.* Guatemala, Fondo, sentencia de 8 de marzo de 1998, serie C, núm. 37, párr. 173; caso Las Palmeras *vs.* Colombia, Fondo, sentencia de 6 de diciembre de 2001, serie C, núm. 90, párr. 56; 19 comerciantes, párrs. 175 y 260; caso de la Masacre de Mapiripán *vs.* Colombia, Excepciones preliminares, sentencia 7 de marzo 2005, serie C, núm. 122, párr. 237; caso de las masacres de Ituango *vs.* Colombia, Excepción preliminar, Fondo, reparaciones y costas, sentencia de 1o. de julio de 2006, serie C, núm. 148, párr. 299.

¹⁰⁵ *Cfr.* Barrios Altos, *cit.*, nota 103, párrs. 41-44.

vancia de dichas garantías”.¹⁰⁶ Por lo tanto, aunque el Estado alegó que la ley de amnistía no estaba siendo aplicada en los últimos años por los jueces nacionales, la Corte encontró que por el solo evento de que se tratara de una norma vigente en el sistema jurídico nacional, el Estado transgredía las obligaciones convencionales.

Ahora bien, como se afirmó antes, el hecho de que la norma además haya sido aplicada en el caso concreto —para desestimar la solicitud de investigación, procesamiento y sanción de los responsables de la muerte del señor Almonacid Arellano—, quebrantó el deber general de garantía contenido en el artículo 1.1, y todavía más, el derecho a las garantías judiciales y a la protección judicial en razón de que el efecto directo de su aplicación fue impedir que los familiares —víctimas directas en el caso— “ejercieran el derecho a ser oídos por un tribunal competente, independiente e imparcial, a través de un recurso efectivo y adecuado que repare las violaciones cometidas en perjuicio de su ser querido y les permitiera conocer la verdad”.¹⁰⁷ A la luz de estos hechos, puede decirse que un apropiado control de convencionalidad, ejercido por el Poder Judicial en el sentido indicado por la Corte, hubiera contribuido positivamente al deber de garantizar un adecuado y efectivo acceso a la justicia, derecho reconocido en la Convención en los artículos 8o. y 25 a la luz de las obligaciones generales de los artículos 1.1 y 2o. de la misma.

La elaboración del control de convencionalidad en la sentencia Almonacid Arellano ha sido reiterada en otros casos referentes a leyes de autoamnistía, como en *La Cantuta vs. Perú* (2006), y ha servido de base para nuevas precisiones en *Trabajadores cesados del Congreso vs. Perú* (2006), *Boyce y otros vs. Barbados* (2007) y *Heliodoro Portugal vs. Panamá* (2008). Indudablemente, a la luz de estas decisiones, la Corte entiende que el control de convencionalidad es una consecuencia jurídica que se deriva de las obligaciones generales de la Convención, y que, podría decirse, cumple una función similar a la del principio de legalidad, en cuanto evalúa la adecuación de los ac-

¹⁰⁶ Almonacid Arellano, *cit.*, nota 99, párr. 118. En el mismo sentido, véase también caso *Ximenes Lopes vs. Brasil*, Excepción preliminar, sentencia de 30 de noviembre de 2005, serie C, núm. 139, párr. 83, y *masacre de Mapiripán, cit.*, nota 104, párr. 109.

¹⁰⁷ Almonacid Arellano, *cit.*, nota 99, párr. 126.

tos del Estado conforme con un referente jurídico, para el caso, el definido en la Convención.

En definitiva, parece deducirse de la jurisprudencia interamericana que las llamadas obligaciones generales de los artículos 1.1 y 2o. son relativamente autónomas, sin perjuicio de que irradian todo el pacto. De hecho, a la luz de las consideraciones expuestas por la Corte en los casos relativos al control de convencionalidad, la aplicación de una norma anticonvencional por parte de los jueces internos, independientemente de los derechos que resulten afectados en el caso, infringe las obligaciones generales. Siguiendo el razonamiento del tribunal, la sola existencia de una norma anticonvencional vulnera el artículo 2o. que impone a los Estados la obligación de adecuación del derecho interno. Pero más aún, si la norma se aplica, el artículo 2o. resulta ‘doblemente’ trasgredido, considerando que la obligación de adecuación del derecho interno no recae exclusivamente en el Poder Legislativo, e incluye, por un lado, la eliminación de *normas y prácticas* de cualquier naturaleza contrarias al tratado y, por otro, la promoción de *normas y prácticas* conducentes para la efectiva observancia de las garantías convencionales.¹⁰⁸ Esta obligación apunta a que “los Estados, en el cumplimiento del deber general de respetar y garantizar los derechos, deben adoptar medidas positivas, evitar tomar iniciativas que limiten o conculquen un derecho fundamental, y suprimir las medidas y prácticas que restrinjan o vulneren un derecho fundamental”.¹⁰⁹ En consecuencia, la aplicación de la norma anticonvencional quebranta la obligación exigible a todos los órganos del Estado de eliminar cualquier tipo de *práctica* contraria a la Convención y, viceversa, si el Poder Judicial desarrolla una práctica adecuada —como sería el control de convencionalidad de leyes manifiestamente contrarias al pacto— cumple con el deber que le impone el mismo artículo 2o.

¹⁰⁸ Como ya ha sido indicado, ésta ha sido la posición constante de la Corte. *Cfr.* La Cantuta, *cit.*, nota 99, párr. 172; Almonacid Arellano, *cit.*, nota 99, párr. 118; Heliodoro Portugal, *cit.*, nota 96, párr. 180. Antecedentes: Olmedo Bustos, *cit.*, nota 38, párr. 85; caso Durand y Ugarte, Fondo, sentencia de 16 de agosto de 2000, serie C, núm. 68, párr. 137.

¹⁰⁹ Caso Boyce y otros *vs.* Barbados, Excepción preliminar, Fondo, reparaciones y costas, sentencia de 20 de noviembre de 2007, serie C, núm. 169, párr. 69.

Asimismo, y de acuerdo con lo expuesto, si la norma que se aplica por el operador judicial desconoce derechos y libertades reconocidos en el pacto, el hecho de su efectiva aplicación trasgrede también el artículo 1.1 que establece el deber de garantía de los derechos de la Convención al que están sujetos todos los órganos del Estado. En otras palabras, si de la aplicación de la norma se concreta una violación de un derecho protegido en la Convención, la conducta del operador judicial por sí misma es contraria al deber del Estado de garantizar el pleno ejercicio del derecho protegido en el pacto, lo que resulta en una violación, tanto de la prescripción que protege el derecho en cuestión, como del artículo 1.1 que prevé la obligación de garantía.

C. Los principios que subyacen a la noción de control de convencionalidad

Los pronunciamientos reiterados de la Corte coinciden en señalar que el control de convencionalidad es una consecuencia necesaria de los principios de derecho internacional general y derecho internacional de los derechos humanos, ineludibles para los Estados. Así, la obligación judicial de controlar la convencionalidad de los distintos actos de poder del Estado es una concreción del principio consuetudinario que indica que el derecho interno nunca es excusa para el incumplimiento de las obligaciones internacionales¹¹⁰ y que, por tanto, de acuerdo con el principio de buena fe en las relaciones internacionales, es obligación del Estado parte en un tratado internacional —como es la Convención Americana— ajustar su ordenamiento jurídico para hacerlo compatible con las obligaciones adquiridas en aquel escenario.¹¹¹

¹¹⁰ *Cfr. ibidem*, párr. 77: “De acuerdo con la Convención de Viena sobre la Ley de Tratados, Barbados debe cumplir de buena fe con sus obligaciones bajo la Convención Americana y no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación para el incumplimiento de dichas obligaciones convencionales”.

¹¹¹ Siguiendo su jurisprudencia anterior, la Corte enfatiza: “En el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha celebrado un convenio internacional, debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de las obligaciones asumidas. Esta norma aparece como

La función del Poder Judicial, en este sentido, protege el principio de efecto útil de los tratados internacionales, consagrada en el artículo 2o., en cuanto establece “la obligación general de cada Estado parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de la misma, para garantizar los derechos en ella consagrados, la cual implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio de *effet utile*)”.¹¹² La omisión de este deber por parte de los jueces genera responsabilidad al Estado, puesto que es un principio de derecho internacional el que indica que todos los órganos del Estado, independientemente de su denominación interna y su jerarquía, comprometen su responsabilidad.

D. Los parámetros legítimos del derecho interno: matices al control de convencionalidad

En la decisión de los Trabajadores cesados del Congreso, la Corte introduce un ligero matiz al ejercicio del control de convencionalidad, a cargo de los jueces nacionales, al reconocer el margen de discrecionalidad de los Estados para la organización de sus instituciones de acuerdo con las necesidades históricas,¹¹³ y para establecer confor-

válida universalmente, y ha sido calificada por la jurisprudencia como un principio evidente”. *Cfr.* La Cantuta, *cit.*, nota 99, párr. 170. En el mismo sentido, véase también Almonacid Arellano, *cit.*, nota 99, párr. 117; Boyce y otros, *cit.*, nota 109, párr. 69; Heliodoro Portugal, *cit.*, nota 96, párr. 179.

¹¹² La Cantuta, *cit.*, nota 99, párr. 171. En el mismo sentido, “cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos”. Almonacid Arellano, *cit.*, nota 99, párr. 123; caso Trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) *vs.* Perú, Excepciones preliminares, Fondo, reparaciones y costas, sentencia de 24 de noviembre de 2006, serie C, núm. 158, párr. 128.

¹¹³ Trabajadores cesados del Congreso, *cit.*, nota anterior, párr. 110: “La Corte considera que ciertamente los Estados disponen de facultades discrecionales para reorganizar sus instituciones y, eventualmente, para remover personal en función de las necesidades del servicio público, y la gestión de intereses de orden público en una sociedad democrática, si bien el ejercicio de esas facultades no puede ser sustraído del pleno respeto a las garantías del debido proceso y protección judicial, pues lo contrario podría someter a los afectados a una actuación arbitraria”.

me con el derecho interno, las formalidades para la admisibilidad y procedencia de los recursos judiciales.¹¹⁴ Esta será la única sentencia en la que se puntualiza que el ejercicio del control de convencionalidad, en todo caso, está sujeto al marco de las competencias judiciales internas y las regulaciones procesales. En palabras del tribunal, “[e]sta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones”.¹¹⁵

E. El control de convencionalidad de las normas constitucionales

En la sentencia *Boyce contra Barbados*, la Corte reitera la necesidad de que los jueces nacionales no sólo hagan un control de constitucionalidad de sus leyes, de acuerdo con el sistema nacional prescrito, sino que además ejerzan un control de convencionalidad, incluso cuando se trate de normas constitucionales. En el caso, la Corte concluyó que se había violado la CADH por la existencia y aplicación de dos normas, una de rango legal y otra de rango constitucional; la primera, por cuanto preveía la pena de muerte obligatoria para los casos de homicidio, y la segunda, por ser una “cláusula de exclusión” consagrada en la Constitución de Barbados, que impedía el escrutinio judicial de cualquier norma anterior a la Constitución de 1966, incluso de aquellas contrarias a los derechos fundamentales.¹¹⁶ En consecuencia, la ley que ordena la pena de muerte obligatoria para los casos de homicidio, por ser anterior a 1966, estaba jurídicamente blindada, de tal modo que no podía ser sometida a ningún tipo de juicio para revisar su compatibilidad con los derechos fundamentales, conclusión a la que llegaron incluso los más altos tribunales de Barbados. Las decisiones proferidas por los jueces nacionales merecieron el reproche de la Corte en los siguientes términos:

¹¹⁴ *Cfr. ibidem*, párr. 128.

¹¹⁵ *Idem*.

¹¹⁶ *Cfr. ibidem*, párr. 75.

El análisis del CJCP no debería haberse limitado a evaluar si la LDGP era inconstitucional. Más bien, la cuestión debería haber girado en torno a si la ley también era ‘convencional’. Es decir, los tribunales de Barbados, incluso el CJCP y ahora la Corte de Justicia del Caribe, deben también decidir si la ley de Barbados restringe o viola los derechos reconocidos en la Convención.¹¹⁷

Así, el hecho de que ambas normas fueron aplicadas por jueces de diversos niveles, fue ocasión que aprovechó la Corte para insistir en que los Estados no pueden excusarse en el derecho interno —para el caso, ni siquiera en una cláusula constitucional— para eludir las obligaciones que se desprenden de la Convención Americana.

F. *El control de convencionalidad como deber de ampliar la normativa interna aplicable*

En el caso Heliodoro Portugal, la Corte adiciona otro aspecto interesante al control de convencionalidad. Ante la ausencia de tipificación del delito autónomo de desaparición forzada en Panamá, la Corte urge a los jueces a aplicar un control de convencionalidad con el cual se evite que queden en la impunidad las situaciones que corresponden a este delito, a sabiendas de que este vacío legal *per se* era violatorio de obligaciones internacionales del Estado derivadas de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.¹¹⁸

En este sentido, el tribunal reitera que los jueces tienen el deber de “velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales, de manera que no quede mermado o anulado por la aplicación de normas o prácticas internas contrarias al objeto y fin del instrumento internacional o del estándar internacional de protección de los derechos humanos”¹¹⁹ y, en consecuencia:

¹¹⁷ *Ibidem*, párr. 78.

¹¹⁸ Heliodoro Portugal, *cit.*, nota 96, párr. 185: “[L]a obligación particular de tipificar el delito de desaparición forzada de personas surgió para el Estado al momento en que la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas entró en vigencia en Panamá, es decir, el 28 de marzo de 1996”.

¹¹⁹ *Ibidem*, párr. 180.

[A]nte la imperiosa necesidad de evitar la impunidad sobre desapariciones forzadas en situaciones en que un Estado no haya tipificado el delito autónomo de la desaparición forzada, existe el deber de utilizar aquellos recursos penales a su disposición, que guarden relación con la protección de los derechos fundamentales que se pueden ver afectados en tales casos, como por ejemplo el derecho a la libertad, a la integridad personal y el derecho a la vida, en su caso, que están reconocidos en la Convención Americana.¹²⁰

2. *Claroscuros del control de convencionalidad a cargo de los jueces nacionales*

Es natural que la noción de control de convencionalidad genere incertidumbre sobre sus alcances, y desconcierto sobre sus efectos, para aquellos interesados en su seria ponderación. Su impacto en el fortalecimiento del estatuto de los derechos humanos todavía está por verse, sin embargo, hay quienes incluso alcanzan a ver en esta figura la simiente que, hace unas décadas, fue el hoy ya arraigado control de constitucionalidad de las leyes. No se ignoran las objeciones ni la reticencia que en algunos sectores pueda ocasionar su implementación, ni tampoco pueden desconocerse sus aportes en el marco de una adecuada comprensión de esta nueva creación jurisprudencial a la luz del propósito regional de fortalecimiento de nuestros sistemas nacionales, para la mayor vigencia y promoción de los derechos humanos. Probablemente, 'la expectativa' sea un denominador común de quienes, a favor o en contra, prestamos atención a este desarrollo de la jurisprudencia interamericana.

En consideración a lo dicho, y a manera de colofón, conviene destacar algunas inquietudes y reflexiones en torno a los alcances y retos del control de convencionalidad, como deber a cargo de los jueces nacionales:

A. La figura del control de convencionalidad tiende a evocar la idea de procedimiento especial, tal cual las jurisdicciones nacionales han previsto las fórmulas —concentradas, difusas o mixtas— de control de constitucionalidad. La diversidad de modelos constitucionales en el derecho comparado latinoamericano alienta todavía más el de-

¹²⁰ *Ibidem*, párr. 182.

bate sobre una noción que, aparentemente, tal como ha sido apuntada por la Corte Interamericana, involucra a todos los jueces sin distinción. Sin embargo, no sería propio de una corte internacional determinar las modalidades precisas por las cuales el Estado tendría que introducir en su derecho interno este tipo de control; basta con que indique que se trata de una obligación convencional legítimamente exigible a la luz del espíritu y tenor del instrumento. De ahí que resulte afortunada la fórmula abierta que deja en el Poder Judicial o jurisdiccional —si resulta mejor en algún contexto— el deber de adoptar medidas que procuren la eficacia interna de la Convención, y eliminar cualquier práctica que le sea manifiestamente contraria.

En función de lo anterior, resultan muy valiosos los esfuerzos de los Estados en procura de una integración normativa, reconocimiento y eficacia del derecho internacional e incluso, cuando resulte conveniente, aplicación directa de los tratados en el ámbito nacional. Este proceso de ‘cohesión’ entre los dos órdenes jurídicos que ordinariamente conlleva un proceso de adecuación del orden interno, puede promoverse con distintas modalidades: leyes, actos administrativos, reformas constitucionales, políticas públicas, institucionalización de mecanismos de promoción, control, prevención, decisiones judiciales, etcétera. De manera prioritaria, se requiere que se produzca en los Estados y, especialmente, en la rama judicial, un proceso de asimilación del derecho internacional de los derechos humanos, capacitación idónea en todos los niveles en relación con los estándares interamericanos en esta materia y, al menos de forma temporal, la implementación de un sistema de monitoreo que apunte a la unidad, de acuerdo con los parámetros nacionales que ya se encuentren establecidos o deseen establecerse. No será la Corte quien defina el mecanismo de control, no es a ella a quien le corresponde sino al Estado mismo; sin embargo, sí será aquella la que evaluará su eficacia.

B. Uno de los peligros que se advierten, con una fórmula genérica de ‘control de convencionalidad’ en manos de los jueces nacionales, es la cuestión de la fragmentación jurisprudencial, a partir de un abuso de dicho control ejercido por quienes se crean competentes de interpretar la Convención. De verificarse este riesgo, se estaría desconociendo justamente el fin de esa figura que, contrario a la disper-

sión, procura la unidad y la integración. Por tal razón, es necesario advertir que el ejercicio del control de convencionalidad está sujeto, al menos, a las siguientes condiciones: a) debe ser ejercido por los jueces nacionales con el fin de inaplicar una norma del orden interno *manifiestamente contraria* a la Convención. Esta calificación de la norma es de suma relevancia, pues condiciona el ejercicio legítimo de esta facultad; b) de acuerdo con lo anterior, es preciso que la Corte Interamericana *previamente* haya reconocido un *estándar internacional obligatorio* y con *efectos generales, consistente* en su jurisprudencia y *razonable*, esto es, legítimamente inferido del texto convencional, y c) la función judicial en sí misma debe *observar las formas y competencias prescritas en el orden nacional*, siempre y cuando este mismo estatuto normativo respete las garantías del debido proceso legal y recurso judicial efectivo, esto es, que no las contradiga *manifiestamente*.

Las sentencias de los casos Almonacid Arellano y La Cantuta son claros ejemplos de lo anotado. No puede perderse de vista el criterio previo definido por el tribunal, en el caso Barrios Altos, en relación con la prohibición de las leyes de autoamnistía, para entender el acento que la Corte pone a la noción de control de convencionalidad en las dos primeras. Desde esta óptica, es patente que la exigibilidad de esta obligación al Poder Judicial interno está ligada a la necesidad de inaplicar normas manifiestamente contrarias a la Convención, tal como había sido previamente declarado por la Corte, al señalar en el caso precedente que leyes con esas características eran contrarias a la Convención y carecían de efectos jurídicos.¹²¹

Por tanto, hay que advertir que no parece estar en el espíritu de esta nueva expresión, la idea de que los jueces nacionales sean también intérpretes de la Convención Americana, poniendo en peligro multiplicidad de principios jurídicos, entre ellos la seguridad jurídica y la unidad como coherencia esencial de los sistemas de derecho. Por

¹²¹ Nótese la declaración de la Corte en Barrios Altos: “Como consecuencia de la manifiesta incompatibilidad entre las leyes de autoamnistía y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las mencionadas leyes carecen de efectos jurídicos y no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso ni para la identificación y el castigo de los responsables, ni pueden tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención Americana acontecidos en el Perú”. Barrios Altos, *cit.*, nota 103, párr. 44.

el contrario, visto sin malicia, al parecer este nuevo criterio apunta a la uniformidad que se iría ganando en el nivel local, a partir de los criterios claros, razonables y previamente establecidos por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuando elabora una interpretación legítima del texto de la Convención Americana. En un escenario latinoamericano como el actual, en el que nos enfrentamos todavía, y muy desafortunadamente de manera generalizada, a graves violaciones a los derechos humanos, este criterio de control de convencionalidad puede resultar de gran utilidad en la defensa de los mínimos vitales de individuos y sectores completos de la población.

No se puede ignorar que el contenido de la Convención Americana protege a los seres humanos en muy variadas situaciones, más allá de las ejecuciones extrajudiciales, las torturas, las desapariciones forzadas y los graves atropellos de las garantías judiciales; sin embargo, mientras estos gravísimos crímenes sigan ocurriendo con la desafortunada frecuencia de nuestros tiempos, y se mantengan los escenarios de impunidad y denegación de justicia, es lógico que haya un interés apremiante para que se acojan modalidades jurídicas que presionen por una mayor uniformidad de los sistemas nacionales a partir de los lineamientos internacionales en materia de derechos humanos. Esta labor resulta loable y obedece al espíritu del sistema tutelar interamericano. En todo caso, no pueden desconocerse los límites y los riesgos del derecho, más todavía en este campo, en que los instrumentos jurídicos muchas veces se convierten en verdaderos esclavos de luchas ideológicas. Ante esas situaciones especialmente delicadas y conflictivas, la prudencia judicial indicaría que se debe tener suma cautela en la ponderación de los estándares, tanto nacionales como internacionales, para resolver cada caso concreto conforme al derecho.

C. El activismo judicial, signo de nuestros tiempos, ha sido y debe seguir siendo objeto de muchas reflexiones. En un sistema democrático de 'pesos y contrapesos', hoy en día hay quienes dudan de la existencia de un verdadero control a la tarea judicial, resorte vital del Estado de derecho. El control de convencionalidad aparece como incentivo adicional a los criticados excesos judiciales en algunos escenarios, de manera que puede verse con cierta reserva. Sin embargo, el ejercicio legítimo del control de convencionalidad está suficientemen-

te limitado como para acrecentar un riesgo que tiene otras raíces. Aún más, el control de convencionalidad es en sí mismo límite para los propios jueces, quienes se encuentran constreñidos a proteger prioritariamente el estatuto de los derechos humanos, cuyo ejercicio va a tener el efecto también de promover una mayor sensibilización en esta materia. Por supuesto, nunca estaremos suficientemente protegidos de la arbitrariedad y la misma irracionalidad de jueces de cualquier jurisdicción y nivel, inconscientes de su misión como realizadores de la justicia, sin embargo, se trata de un voto de confianza adicional que cuenta con algunos presupuestos.

En la entraña misma de esta figura se parte del principio de interacción creciente entre derecho nacional e internacional, en el ámbito de los derechos humanos, y se identifica al juez como motor eficaz de esa dinámica. Este escenario plantea dos retos fundamentales a manera de presupuestos que, de alguna forma, ya han sido expuestos previamente, pero que merecen un énfasis en virtud de su trascendencia: a) consistencia, rigurosidad y razonabilidad de la jurisprudencia interamericana. Se espera de la Corte un justo equilibrio entre la fidelidad a la Convención y la interpretación dinámica del *corpus iuris* internacional, en atención a las circunstancias cambiantes de los tiempos; cualquier exceso que llegara a menoscabar el núcleo esencial de un derecho, haciendo juego a fuerzas ideológicas o políticas ajenas a la tarea judicial, podría poner en jaque la credibilidad del sistema; b) apertura de todos los operadores jurídicos a la idea de un derecho integrado, si se quiere al menos regionalizado, a manera de sustrato para la protección del sujeto de derecho por antonomasia: la persona humana. En esta dirección, es necesario que se encaminen programas para una preparación más rigurosa de los jueces, que garantice su independencia e idoneidad, así como una mayor inversión para el verdadero fortalecimiento de los sistemas de justicia nacionales.

En este orden de ideas, el empoderamiento del juez nacional como evaluador de la juridicidad de los actos que involucran derechos humanos, a la luz tanto del orden nacional como del internacional, en el contexto de las condiciones anotadas y con las advertencias hechas, bien vale como estrategia preventiva de litigios internacionales, de modo que acentúa el principio de subsidiariedad del sistema, y no lo

contrario. En consecuencia, esta nueva figura tiene múltiples efectos positivos: refuerza el concepto de Estado de derecho, porque promueve decisiones judiciales más legítimas; y se dice legítimas, porque —en principio— apuntan a reconocer las garantías más amplias que protegen a la persona humana, margen de ampliación que obedece a consideraciones jurídicas establecidas en un conjunto de fuentes que tienden cada vez más a la integración y correspondencia. En este sentido, desde su eje de actuación, el juez facilita el movimiento integrador del derecho que protege los derechos humanos —en parte nacional, en parte internacional—, promoviendo a su vez un mayor grado de confianza en la justicia nacional.

Lo anterior, para quienes aun ponderan con preferencia la soberanía del Estado, puede ser una razón de alivio. En verdad, si hay una adecuada administración de justicia nacional, respetuosa de las garantías fundamentales de los seres humanos, la internacional será sólo residual y escasa en la medida en que las condiciones de fortalecimiento de los sistemas judiciales latinoamericanos se vayan concretando. Una de estas condiciones, sin duda, apunta a un adecuado ejercicio del control de convencionalidad en la tarea judicial nacional, iniciativa que apela al reconocimiento de un nivel de juridicidad que reconoce lo transnacional como igualmente válido, y si bien complementario, de ninguna manera accesorio o secundario.