

ALGUNAS CUESTIONES RELATIVAS AL DERECHO INTERNO EN LA JURISPRUDENCIA CONSULTIVA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Por HÉCTOR GROS ESPIELL *

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN.—2. EL CONCEPTO DE LEY INTERNA Y LA RELACIÓN DE ÉSTA CON EL ESTADO DE DERECHO Y LA DEMOCRACIA.—3. LA LEY INTERNA EN EL PACTO DE SAN JOSÉ EN CUANTO A LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL POR EXPEDICIÓN Y APLICACIÓN DE LEYES VIOLATORIAS DE LA CONVECIÓN.—4. EL *HABEAS CORPUS* Y OTRAS GARANTÍAS DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LAS CONSTITUCIONES AMERICANAS Y SU RELACIÓN CON LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS.—5. LOS ESTADOS FEDERADOS Y LAS OBLIGACIONES INTERNACIONALES DEL ESTADO CENTRAL O FEDERAL.

1. INTRODUCCIÓN

1. En la jurisprudencia consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos —que hasta el día en que escribo estas líneas está constituida por dieciséis opiniones consultivas¹— son muchas las cues-

* Ex Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

¹ La lista de Opiniones Consultivas es la siguiente:

- I. Opinión Consultiva OC 1/82, de 24 de septiembre de 1982, Otros tratados objeto de la Función Consultiva de la Corte.
- II. Opinión Consultiva OC 2/82, de 24 de septiembre de 1982, El Efecto de las Reservas sobre la entrada en Vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- III. Opinión Consultiva OC 3/83, de 8 de septiembre de 1983, Restricciones a la Pena de Muerte.

tiones vinculadas con el Derecho interno que han sido objeto de atención y análisis.

Esta rica jurisprudencia consultiva, consecuencia de una competencia de la Corte Interamericana atribuida por el artículo 64 del Pacto de San José, que ha constituido y constituye una de las características del sistema regional americano de protección de los Derechos Humanos, ha sido objeto de un importante análisis doctrinario².

- IV. Opinión Consultiva OC 4/84, de 19 de enero de 1984, Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización.
- V. Opinión Consultiva OC 5/85, de 13 de noviembre de 1985, La Colegialización Obligatoria de Periodistas.
- VI. Opinión Consultiva OC 6/86, de 9 de mayo de 1986, La Expresión «Leyes» en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- VII. Opinión Consultiva OC 7/87, de 29 de agosto de 1986, Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta.
- VIII. Opinión Consultiva OC 8/87, de 30 de enero de 1987, El Habeas Corpus Bajo la Suspensión de Garantías.
- IX. Opinión Consultiva OC 9/87, de 6 de octubre de 1987, Garantías Judiciales en Estados de Emergencia.
- X. Opinión Consultiva OC 10/89, de 14 de julio de 1989, Interpretación de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- XI. Opinión Consultiva OC 11/90, de 10 de agosto de 1990, Excepciones al Agotamiento de los Recursos Internos.
- XII. Opinión Consultiva OC 12, de 6 de diciembre de 1991, Compatibilidad de un Proyecto de Ley con el Artículo 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- XIII. Opinión Consultiva OC 13, de 16 de julio de 1993, Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
- XIV. Opinión Consultiva OC 14/94, de 9 de diciembre de 1994, Responsabilidad Internacional por expedir y aplicar leyes violatorias de la Convención.
- XV. Opinión Consultiva OC 15/97, de 14 de noviembre de 1997, Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
- XVI. Opinión Consultiva OC 16/99, de 16 de octubre de 1999, El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el marco de las Garantías del Debido Proceso Legal.

² MANUEL E. VENTURA y DANIEL ZOVATTO, *La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Naturaleza y principios, 1982-1988*, Civitas, Madrid, 1989, con prólogo de Héctor Gros Espiell; THOMAS BUERGENTHAL, «The Advisory Practice of Inter American Human Rights Court», en *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estudios y Documentos*, IIDH, San José, 1986. La bibliografía sobre estos temas es muy amplia y en ella se encuentran excelentes estudios, además de los ya citados, de Thomas Buergenthal, Rafael Nieto Navia, Máximo Cisneros, Ángel Chueca Sancho y Manuel Ventura. Están citados en la nota 339 de la p. 348 de mi libro *La Convention Américaine et la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Académie de Droit International, Recueil des Cours, tome 218, 1989-VI. En esta obra estudio la competencia consultiva de la Corte Interamericana (pp. 348-353).

2. Pero estos estudios no han centrado su atención preferente en los criterios sostenidos por la Corte sobre asuntos de Derecho interno, naturalmente en su relación con el Derecho internacional de los Derechos Humanos. Esto es lo que pensamos efectuar en este trabajo, no con carácter general, sino, preliminarmente, con referencia a cuatro temas:

a) El concepto de ley interna y la relación de ésta con el Estado de Derecho y la democracia, en la protección internacional regional de los Derechos Humanos.

b) La ley interna en el Pacto de San José en cuanto a la responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención.

c) El *habeas corpus* y otras garantías de los Derechos Humanos en las Constituciones americanas y su relación con la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

d) Los Estados o Provincias federadas y las obligaciones internacionales del Estado central o federal.

El análisis por la Corte Interamericana, en su jurisprudencia consultiva de asuntos relativos al Derecho interno, ha sido hecho en múltiples asuntos, de acuerdo con la competencia que le asigna el artículo 64 del Pacto de San José y no únicamente en aquellos en que se ha solicitado una opinión consultiva basada en lo dispuesto en el artículo 64, párrafo 2, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Esta norma establece: «La Corte, a solicitud de un Estado Miembro de la Organización, podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales»³. Estos instrumentos son los mencionados en el párrafo 1 del artículo 64 del Pacto de San José, es decir, la propia Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como «otros tratados concernientes a la protección de los Derechos Humanos en los Estados Americanos», sin perjuicio de que para interpretar la Convención, la Corte es asimismo competente para realizar la hermenéutica de la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre⁴.

³ Opinión Consultiva OC 4/84, de 19 de enero de 1984, Propuesta de Modificación de la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización; Opinión Consultiva OC 12, de 6 de diciembre de 1991, Compatibilidad de un Proyecto de Ley con el Artículo 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

⁴ Opinión Consultiva OC 10/89, de 14 de julio de 1989, Interpretación de la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La Corte Interamericana se ha pronunciado, oportunamente⁵, sobre cuáles son los «tratados concernientes a la protección de los Derechos Humanos en los Estados Americanos» (art. 64, párrafo 1), dando una interpretación muy amplia, que incluye a los tratados en la materia aunque no sean textos del Sistema Interamericano⁶, aun en el caso de que sean instrumentos con otro objeto general, pero que contengan normas relativas a la protección de los Derechos Humanos que puedan ser aplicadas en los Estados Americanos⁷.

3. No hemos de remitirnos a todas las opiniones consultivas que encaran asuntos vinculados con el Derecho interno, sino únicamente a aquellas en que son analizadas las cuatro cuestiones que hemos indicado.

2. EL CONCEPTO DE LEY INTERNA Y LA RELACIÓN DE ÉSTA CON EL ESTADO DE DERECHO Y LA DEMOCRACIA

4. La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha referido reiteradamente al concepto de ley interna y a la relación de ésta con el Estado de Derecho y la democracia en la protección internacional de los Derechos Humanos.

El texto esencial para precisar la idea de la Corte Interamericana al respecto es la opinión consultiva OC 6/86 (La expresión «leyes» en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Pero esos conceptos sobre la cuestión fueron precisados en opiniones consultivas posteriores: la OC 8/87-87 (El *habeas corpus* bajo la suspensión de garantías), la OC 13/93 (Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos) y la OC 14/94 (Responsabilidad internacional por expedición de leyes violatorias de la Convención).

«19. El significado del vocablo *leyes* ha de buscarse como término incluido en un tratado internacional. No se trata, en consecuencia, de determinar la acepción del sustantivo *leyes* en el derecho interno de un Estado Parte.

20. En este sentido, la Corte tiene en cuenta el hecho de que los sistemas jurídicos de los Estados Partes en la Convención se derivan de tradiciones del *common law* y otros siguen la tradición

⁵ Opinión Consultiva OC 1/82, de 24 de septiembre de 1982, Otros Tratados Objeto de la Función Consultiva de la Corte.

⁶ Opinión Consultiva OC 1/82, de 24 de septiembre de 1982.

⁷ Opinión Consultiva OC 16/90, de 1 de octubre de 1990, El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal.

romanista. Sus regímenes constitucionales muestran particularidades vinculadas con su desarrollo jurídico y político. El concepto de *leyes* no puede interponerse en abstracto y, en consecuencia, no debe divorciarse del contexto del orden jurídico que le presta sentido e incide en su aplicación (cfr. Eur, Court HR, *The Sunday Times case*, judgement of 26 April 1979, Serie A, N.º 30, párr. 47).

21. El sentido de la palabra *leyes* dentro del contexto de un régimen de protección a los derechos humanos no puede desvincularse de la naturaleza y del origen de tal régimen. En efecto, la protección a los derechos humanos, en especial 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 las que sólo puede penetrar limitadamente. Así, en la protección a los derechos humanos está necesariamente comprendida la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal.

22. Por ello, la protección de los derechos humanos requiere que los actos estatales que los afecten de manera fundamental no queden al arbitrio del poder público, sino que estén rodeados de un conjunto de garantías enderezadas a asegurar que no se vulneren los atributos inviolables de la persona, dentro de las cuales acaso la más relevante tenga que ser que las limitaciones se establezcan por una ley adoptada por el Poder Legislativo, de acuerdo con lo establecido por la Constitución. A través de este procedimiento no sólo se inviste a tales actos del asentimiento de la representación popular, sino que se permite a las minorías expresar su inconformidad, proponer iniciativas distintas, participar en la formación de la voluntad política o influir sobre la opinión pública para evitar que la mayoría actúe arbitrariamente. En verdad, este procedimiento no impide en todos los casos que una ley aprobada por el Parlamento llegue a ser violatoria de los derechos humanos, posibilidad que reclama la necesidad de algún régimen de control posterior, pero sí es, sin duda, un obstáculo importante para el ejercicio del arbitrio del poder.

23. Lo anterior se deduciría del principio —así calificado por la Corte Permanente de Justicia Internacional (*Consistency of Certain Danzig Legislative Decrees with the constitution of the Free City*, Advisory Opinion, 1935, P.C.I.J., Series A/B, N.º 65, p. 56)— de legalidad que se encuentra en casi todas las constituciones americanas elaboradas desde finales del siglo XVIII, que es consustancial con la idea y el desarrollo del Derecho en el mundo democrático y que tiene como corolario la aceptación de la llamada reserva de ley, de acuerdo con la cual los derechos fundamentales sólo

pueden ser restringidos por ley en cuanto expresión legítima de la voluntad de la nación.

24. La reserva de ley para todos los actos de intervención en la esfera de la libertad, 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.

25. Ya en 1789, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano expresaba en su artículo 4 que:

La libertad consiste en poder hacer todo lo que no perjudica a otro; así, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene otros límites que los que garantizan a los demás miembros de la sociedad el goce de esos mismos derechos. Estos límites sólo pueden ser determinados por la Ley.

Desde entonces, este criterio ha constituido un principio fundamental del desarrollo constitucional democrático.

26. En tal perspectiva no es posible interpretar la expresión *leyes*, utilizada en el artículo 30, como sinónimo de cualquier norma jurídica, pues ello equivaldría a admitir que los derechos fundamentales pueden ser restringidos por la sola determinación del poder público, sin otra limitación formal que la de consagrar tales restricciones en disposiciones de carácter general. Tal interpretación conduciría a desconocer límites que el derecho constitucional democrático ha establecido desde que, en el derecho interno, se proclamó la garantía de los derechos fundamentales de la persona; y no se compadecería con el Preámbulo de la Convención Americana, según el cual "los derechos esenciales del hombre... tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria, de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos".

27. 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. La Corte concluye que la

expresión *leyes*, utilizada por el artículo 30, no puede tener otro sentido que el de la ley formal, es decir, norma jurídica adoptada por el órgano legislativo y promulgada por el Poder Ejecutivo, según el procedimiento requerido por el derecho interno de cada Estado.

32. 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. El concepto de *leyes* a que se refiere este artículo 30, interpretado en el contexto de la Convención y teniendo en cuenta su objeto y fin, no puede considerarse solamente de acuerdo con el principio de legalidad (ver *supra* 23). Este principio, dentro del espíritu de la Convención, debe entenderse como aquel en el cual la creación de las normas jurídicas de carácter general ha de hacerse de acuerdo con los procedimientos y por los órganos establecidos en la Constitución de cada Estado Parte, y a él deben ajustar su conducta de manera estricta todas las autoridades públicas. En una sociedad democrática el principio de legalidad está vinculado inseparablemente al de legitimidad, en virtud del sistema internacional que se encuentra en la base de la propia Convención, relativo al “ejercicio efectivo de la democracia representativa”, que se traduce, *inter alia*, en la elección popular de los órganos de creación jurídica, el respeto a la participación de las minorías y la ordenación al bien común (ver *supra* 22).

34. No es posible desvincular el significado de la expresión *leyes* en el artículo 30 del propósito de todos los Estados americanos expresado en el Preámbulo de la Convención, “de consolidar en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre” (Convención Americana, Preámbulo, párr. 1). “La democracia representativa es determinante, en todo el sistema del que la Convención forma parte, del respeto de los derechos esenciales del hombre” (Convención Americana, Preámbulo, párr. 1). La democracia representativa es determinante en todo el sistema del que la Convención forma parte. Es un “principio” reafirmado por los Estados americanos en la Carta de la OEA, instrumento fundamental del Sistema Interamericano. El régimen mismo de la convención reconoce expresamente los derechos políticos (art. 23), que son de aquellos que, en los términos del artículo 27, no se pueden suspender, lo que es indicativo de la fuerza que ellos tienen en dicho sistema.

37. La necesaria existencia de los elementos propios del concepto de ley en el artículo 30 de la Convención permite concluir que los conceptos de legalidad y legitimidad coinciden a los efectos de interpretación de esta norma, ya que sólo la ley adoptada por los órganos democráticamente elegidos y constitucionalmente facul-

tados, ceñida al bien común, puede restringir el goce y ejercicio de los derechos y libertades de la persona humana».

5. En la Opinión Consultiva OC 8/87 (El *habeas corpus* bajo la suspensión de garantías), de 30 de enero de 1987, que había sido solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Corte, sin entrar a fondo en la cuestión del concepto de ley, se refirió «al principio de legalidad» reconocido por el artículo 9 de la Convención, al sentar que este principio se vincula con uno de los derechos y libertades que según el artículo 27.2 de la Convención no pueden suspenderse en situaciones de emergencia.

6. Posteriormente, la Corte, manteniendo sin cambio lo antes afirmado, precisó en la Opinión Consultiva OC 13/93 (Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos), del 16 de junio de 1993, solicitada por los gobiernos de la Argentina y del Uruguay, que:

«25. En una opinión consultiva la Corte tuvo oportunidad de referirse *in extenso* al sentido de la palabra “leyes” en el artículo 30 de la Convención, es decir, aquellas mediante las cuales se adoptan restricciones a los derechos y libertades reconocidos en ella. En aquella oportunidad definió la ley como:

norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados Partes para la formación de las leyes (La expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC 6/86, de 9 de mayo de 1986, Serie A, N.º 6, párr. 38),

definición a la que llegó con base en el análisis de los principios de “legalidad” y “legitimidad” y del régimen democrático dentro del cual hay que entender el sistema interamericano de derechos humanos (párrs. 23 y 32). Estas interpretaciones de la Corte se refirieron exclusivamente al sentido de la palabra “ley” en el artículo 30 y nada autoriza para extenderlas a otros supuestos en los cuales la Convención se refiera a la “ley” o, en cualquier otro contexto, se hable de “ley”. Habría que entender, entonces, que la expresión utilizada en la consulta, “leyes internas, adoptadas de acuerdo con lo dispuesto por la Constitución”, se refiere a cualquier disposición de carácter general y no exclusivamente a la ley en sentido estricto.

La Corte entiende la expresión “regularidad jurídica de leyes internas, adoptadas de acuerdo con la Constitución”, como referida en términos generales, a la conformidad de las mismas con el ordenamiento jurídico interno e internacional.

27. Dicho de otro modo, el hecho de que se trate de “leyes internas” y de que éstas hayan sido “adoptadas de acuerdo con lo dispuesto por la Constitución”, nada significa si mediante ellas se violan cualesquiera de los derechos o libertades protegidos. Las atribuciones de la Comisión en este sentido no están de manera alguna restringidas por la forma como la Convención es violada.

29. Esto no significa que la Comisión tenga atribuciones para pronunciarse sobre la forma como se adopta una norma jurídica en el orden interno. Esa es función de los órganos competentes del Estado. Lo que la Comisión debe verificar, en un caso concreto, es si lo dispuesto por la norma contradice la Convención y no si contradice el ordenamiento jurídico interno del Estado. La atribución otorgada a la Comisión para “formular recomendaciones... a los gobiernos de los Estados Miembros para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos *dentro del marco de sus leyes internas y su preceptos constitucionales*” (art. 41.b) (destacado de la Corte) o el compromiso de los Estados de adoptar las medidas legislativas necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades garantizados por la Convención “*con arreglo a sus procedimientos constitucionales*” (art. 2) (destacado de la Corte), no le dan a la Comisión facultad para calificar el cumplimiento por el Estado de los preceptos constitucionales en la elaboración de las normas internas.

31. Como ya lo ha dicho la Corte, “el concepto de derechos y libertades y, por ende, el de sus garantías [según el Pacto de San José] es... inseparable del sistema de valores y principios que lo inspira” [El *habeas corpus* bajo suspensión de garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC 8/87 del 30 de enero de 1987, Serie A, N.º 8, párr. 26]. Dentro de tales valores y principios aparece que “la democracia representativa es determinante en todo el sistema del que la Convención forma parte” (La expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Ha señalado también la Corte que:

el principio de la legalidad, las instituciones democráticas y el Estado de Derecho son inseparables [y que] en una sociedad democrática los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de Derecho constituyen una tríada, cada uno de cuyos componentes se define, completa y adquiere sentido en función de los otros (el hábeas corpus bajo suspensión de garantías, párrs. 24 y 26).

Y en la parte dispositiva decidió, por unanimidad, que:

«1. Que la Comisión es competente, en los términos de las atribuciones que le confieren los artículos 41 y 42 de la Conven-

ción, para calificar cualquier norma del derecho interno de un Estado Parte como violatoria de las obligaciones que éste ha asumido al ratificarla o adherirse a ella, pero no lo es para dictaminar si contradice o no el ordenamiento jurídico interno de dicho Estado. En cuanto a la terminología que la Comisión puede utilizar para calificar normas internas, la Corte se remite a lo dicho en el párrafo 35 de esta opinión».

7. Y luego, en la Opinión Consultiva OC 14/94, del 9 de diciembre de 1994, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, amplió sus razonamientos y, dentro del mismo marco conceptual, agregó:

«31. La primera pregunta planteada por la Comisión se refiere a los efectos jurídicos de una ley que manifiestamente viole las obligaciones contraídas por el Estado al ratificar la Convención. Al contestar la pregunta la Corte entenderá la palabra “ley” en su sentido material y no formal.

39. Como consecuencia de esta calificación, podrá la Comisión recomendar al Estado la derogación o reforma de la norma violatoria y para ello es suficiente que tal norma haya llegado por cualquier medio a su conocimiento, haya sido o no aplicada en un caso concreto. Esta calificación y recomendación pueden ser hechas por la Comisión directamente al Estado (art. 41.b) o en los informes a que se refieren los artículos 49 y 50 de la Convención

41. Es conveniente señalar, en primer lugar, que una ley que entra en vigor no necesariamente afecta a la esfera jurídica de personas determinadas. Puede suceder que esté sujeta a actos normativos posteriores, al cumplimiento de ciertas condiciones o, llanamente, a su aplicación por funcionarios del Estado, antes de afectar esa esfera. O puede ser que, en cambio, las personas sujetas a jurisdicción de la norma se afecten por la sola vigencia de la misma. A estas últimas normas, y a falta de mejor denominación, la Corte las llamará “leyes de aplicación inmediata” en el curso de esta opinión.

42. En el caso de que la ley no sea de aplicación inmediata y no haya sido aún aplicada a un caso concreto, la Comisión no puede comparecer ante la Corte para someter un caso contra el Estado con base en la sola emisión de la ley. La ley que no es de aplicación inmediata es mera facultad dada a las autoridades para tomar medidas de acuerdo con ella. No representa, *per se*, violación de los derechos humanos.

43. En el caso de las leyes de aplicación inmediata, tal como han sido definidas anteriormente, la violación de los derechos humanos, individual o colectiva, se produce por el solo hecho de su

expedición. Así, una norma que despojara de algunos de sus derechos a una parte de la población, en razón, por ejemplo, de su raza, automáticamente lesiona a todos los individuos de esa raza.

44. Cuando se trate de aquellas normas que solamente violan los derechos humanos cuando se aplican, para evitar que tales violaciones se consumen, la Convención contempla los mecanismos de las medidas provisionales (art. 63.2 de la Convención, art. 29 del Reglamento de la Comisión).

45. La razón de que la Comisión no pueda someter a la Corte casos de leyes que no sean de aplicación inmediata y que aún no hayan sido aplicadas es que, conforme el artículo 61.2 de la Convención, “para que la Corte pueda conocer de cualquier caso, es necesario que sean agotados los procedimientos previstos en los artículos 48 a 50”, y para que esos procedimientos puedan ser iniciados es indispensable que la Comisión reciba una comunicación o petición que contenga una denuncia o queja de una violación concreta de derechos humanos respecto de individuos determinados.

48. Si el caso llegare a la Corte después de seguido el procedimiento indicado en los artículos pertinentes, ella tendría que considerar y resolver si el acto que se imputa al Estado constituye una violación de los derechos y libertades protegidos por la Convención, independientemente de que esté o no de acuerdo con la legislación interna del Estado y, en caso afirmativo, que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados y, si ello fuere procedente, que se reparen las consecuencias del acto violatorio y se pague una indemnización.

49. La jurisdicción contenciosa de la Corte se ejerce con la finalidad de proteger los derechos y libertades de personas determinadas y no con la de resolver casos abstractos. No existe en la Convención disposición alguna que permita a la Corte decidir, en el ejercicio de su competencia contenciosa, si una ley que no ha afectado aún los derechos y libertades protegidos de individuos determinados es contraria a la Convención. Como antes se dijo, la Comisión sí podría hacerlo y en esa forma daría cumplimiento a su función principal de promover la observancia y defensa de los derechos humanos. También podría hacerlo la Corte en ejercicio de su función consultiva en aplicación del artículo 64.2 de la Convención.

50. La Corte concluye que la promulgación de una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado al ratificar o adherir a la Convención constituye una violación de ésta y que, en el evento de que esa violación afecte a derechos y libertades protegidos respecto de individuos determinados, genera responsabilidad internacional para el Estado».

8. ¿Cómo pueden resumirse, en forma de conclusiones, estos criterios de la Corte Interamericana y qué conclusiones es posible extraer?

En cuanto a lo primero:

La Corte ha afirmado muy claramente que se ha referido al concepto de ley en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. No se ha pronunciado sobre este concepto ni en el Derecho constitucional ni en el Derecho administrativo de los Estados Partes.

9. En lo que se refiere al concepto de ley en la Convención, ha hecho una precisión fundamental. Cuando se trata de la ley a que se refiere el artículo 30 de la Convención, es la ley en sentido formal, adoptada de acuerdo con los procedimientos constitucionales, por razones de interés general, enderezada al bien común. Une, en consecuencia, el concepto de ley formal a las ideas de legalidad y legitimidad, al Estado de Derecho y a la organización democrática de todo el sistema político, es decir, del Estado y del Gobierno.

10. Sin embargo, la Corte no ha estudiado hasta ahora, con profundidad, el «principio de legalidad» reconocido en el artículo 9 de la Convención en relación con el concepto de ley. Este artículo, muy defectuosamente redactado y para cuya interpretación no pueden utilizarse los confusos trabajos preparatorios, tiene su fuente en el artículo 7 de la Convención Europea, que, sin embargo, no posee como título del artículo una frase con la referencia al «principio de legalidad». El principio de legalidad supone el reconocimiento de la «reserva de la ley» para todo lo relativo a la limitación o, cuando fuera jurídicamente posible, la privación de los derechos, libertades y garantías.

Interpretando el artículo 9 de acuerdo con este principio, con el objeto y el fin del Pacto de San José, y relacionándolo con el artículo 30 del mismo Pacto, creemos que la expresión «derecho aplicable» en la cláusula primera, cuando se trata del Derecho interno, significa leyes en sentido formal, ya que no pueden tipificarse delitos ni penas por acto administrativo. Y pensamos, asimismo, que la expresión «ley» en la cláusula tercera, en cuanto se refiere a una ley que ha modificado la duración o caracteres de una pena o de unas penas —que, a su vez, debían haber sido establecidas por ley—, está usada como ley formal, con una acepción análoga a la que la Corte le dio a esa palabra en la utilización hecha por el artículo 30 de la Convención.

Todo el moderno Derecho penal liberal, unido a las ideas de democracia y Estado de Derecho, comunes a todos los países americanos, reposa en que la tipificación de delitos y la determinación de los límites y duración de las penas, es una competencia legislativa, materia reservada

a la ley. Jamás, en consecuencia, una ley material, que no fuera al mismo tiempo ley formal, como sería el caso, por ejemplo, de un decreto de carácter general del Poder Ejecutivo, podría considerarse ley a los efectos del artículo 9 del Pacto de San José.

En cambio, en principio, en todos los demás artículos de la Convención, la palabra ley estaría usada, según la Corte, en sentido material, sin perjuicio de que el Derecho interno en esos casos, o en algunos de ellos, puede darle a la palabra ley el sentido de ley formal.

11. Acabamos de señalar nuestras reservas respecto de limitar el concepto de ley formal en la Convención, al solo caso del artículo 30 de la misma.

Pero, además, es necesario tener en cuenta que la exigencia de ley formal para regular determinadas materias, según el Derecho interno, no puede automáticamente trasladarse al Derecho internacional que, en lo que se refiere a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, utilizaría el concepto de ley formal sólo en su artículo 30, de acuerdo con la jurisprudencia consultiva de la Corte. Según nosotros, a este caso debe agregarse el del artículo 9 de la Convención Americana.

12. La Corte —así como la Comisión— han reconocido que no pueden, en general —salvo quizás el caso de la aplicación del artículo 30 de la Convención—, entrar a analizar el proceso de elaboración de la ley interna. Sólo le corresponde pronunciarse sobre si una ley interna es o no violatoria de la Convención.

No son competentes tampoco, ni la Comisión ni la Corte, para pronunciarse sobre la compatibilidad de una ley interna con la Constitución de ese país, ni respecto de su razonabilidad o conveniencia en relación con el sistema constitucional interno⁸. Las competencias de estos dos órganos de contralor se limitan a la apreciación de la compatibilidad del Derecho interno con el Derecho internacional, en cuanto a los derechos humanos reconocidos y garantizados por éste.

13. Para que sea posible declarar que una ley es violatoria de la Convención, por conculcar los derechos humanos reconocidos y declarados en ésta, se requiere, según la Corte, como lo ha dicho en su jurisprudencia consultiva, que la ley sea directa e inmediatamente aplicable, sin estar subordinada al dictado de otros actos de Derecho interno o a condiciones *sin el cumplimiento de las cuales la ley no puede aplicarse*.

Esta afirmación es correcta.

⁸ Opinión Consultiva OC 13/93, párrafos 29-31.

Pero, además, afirmó que la ley debe haberse aplicado, violándose con ello un derecho humano, para que esa ley pueda en los casos contenciosos ser declarada como habiendo violado la Convención.

En la Opinión Consultiva OC 14/94 (Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención), del 9 de diciembre de 1994, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, cuyos párrafos 41 a 50 ya hemos transcrito, la Corte desarrolló su pensamiento a este respecto.

14. En cuanto a las conclusiones que, a mi juicio, deben extraerse en relación con este punto.

Coincido, en general, con los criterios expuestos por la Corte respecto de los puntos reseñados en los capítulos II al VII, que constituyen el desarrollo de la primera cuestión (a) que hemos planteado. Y estimo que sus afirmaciones han constituido un aporte importante a la clarificación del asunto.

15. Tengo, en cambio, reservas respecto del criterio reseñado en el capítulo VIII.

Creo, a este respecto, que es necesario hacer dos observaciones. La primera de carácter general y la segunda referida concretamente a lo dicho en el capítulo VIII.

Primero, que la Corte no ha desarrollado aún suficientemente en su jurisprudencia consultiva el concepto de «principio de legalidad» y la consiguiente idea de «reserva de la ley» (capítulo VII, párrafo 10).

Segundo, con respecto al capítulo VIII, que, aunque los ha tratado muy brevemente, no ha profundizado tampoco en su jurisprudencia consultiva⁹, la distinción necesaria entre la posibilidad genérica de señalar que una ley viola la Convención, aunque no se haya aplicado —lo que creo que podría hacerse, en sus opiniones consultivas— y la cuestión diferente, o, por lo menos, no exactamente igual, que se plantea en los casos contenciosos.

Con referencia a los asuntos en los que ejerce competencia consultiva, la Corte, en los párrafos 45-49 de la Opinión Consultiva OC 14/94, estimó que no podía pronunciarse si la ley no había sido aplicada aún, porque la violación se configura cuando la norma se aplica.

Tengo reservas respecto de esta afirmación hecha de manera, a mi juicio, demasiado general y sin entrar a necesarias matizaciones. Luego precisaré mi pensamiento al respecto.

En cambio, coincido en que la Corte, incluso en vía consultiva, no puede declarar que una ley interna viola la Convención, si la aplicación

⁹ Opinión Consultiva OC 14/94.

de esa ley está necesariamente subordinada al cumplimiento de otros actos de Derecho interno o a condiciones sin el cumplimiento de las cuales dicha ley no puede aplicarse.

En su jurisprudencia contenciosa, en el caso «El Amparo, Reparaciones», Sentencia del 14 de septiembre de 1996, la Corte, citando el párrafo 49 de la Opinión Consultiva OC 14/94, mantuvo el criterio de que es necesario que la ley haya sido aplicada para poderse pronunciar. Pero no lo hizo por unanimidad, ya que el Juez Antonio Cançado Trindade no estuvo de acuerdo e hizo un fundado y extenso voto disidente. Con algunas reservas de matiz, estoy de acuerdo con esta opinión discordante y estimo que «una ley puede violar *per se* derechos reconocidos, en razón de su propia existencia, aun cuando no se haya aplicado, cuando hay una amenaza concreta y real de que podría haber sido o puede ser aplicada a las personas que han interpuesto la acción contenciosa».

16. Como conclusión, creo que sería necesario, para mejorar el enfoque hecho por la Corte, profundizar en la distinción entre competencia contenciosa y competencia consultiva en lo que se refiere a la posibilidad de declarar que una ley es violatoria de la Convención y que, en cuanto a la competencia contenciosa, habría que matizar y mejorar lo que se sostuvo en la Sentencia del 14 de septiembre de 1996.

En cuanto a las actuaciones incluidas en su competencia consultiva, estimo que la Corte puede siempre declarar que una ley es violatoria de la Convención. Esta posibilidad existe haya sido o no aplicada la ley, aunque sería necesario distinguir ambas situaciones que son evidentemente distintas. Sólo hay que matizar esta afirmación, relativa a que la Corte, en sus opiniones consultivas, puede declarar que una ley viola la Convención, aunque no haya sido aplicada, considerando los casos en que la ley no es directa y autónomamente aplicable, situación a la que ya nos hemos referido y en la que sería muy dudoso que la Corte pudiera declarar directamente esa violación.

En lo que se refiere a los casos resultantes del ejercicio de su competencia contenciosa, las posibilidades de declarar que una ley interna viola la Convención son más limitadas que las existentes como consecuencia del ejercicio de la competencia consultiva. Resultan de la aplicación de una ley al caso o casos concretos *sub judice*, y además, para nosotros, cuando hay una «amenaza cierta y real de que podría haber sido o puede aplicarse a las personas que han interpuesto la acción contenciosa».

3. LA LEY INTERNA EN EL PACTO DE SAN JOSÉ EN CUANTO A LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL POR EXPEDICIÓN Y APLICACIÓN DE LEYES VIOLATORIAS DE LA CONVENCION

17. Veamos ahora la cuestión de la ley interna en el Pacto de San José en cuanto a la responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención, que hemos individualizado como (b).

A este asunto, de manera preliminar, ya nos referimos precedentemente.

Precisemos ahora el tema.

La cuestión fue específicamente encarada por la Corte en la Opinión Consultiva OC 14/94, del 9 de noviembre de 1994 (Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención), solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que reitera y amplía los criterios expuestos antes en la Opinión Consultiva OC 13/93.

18. En esta Opinión Consultiva OC 14/94, varios de cuyos párrafos ya hemos transcrito, se expresa además:

«36. Es indudable que, como se dijo, la obligación de dictar las medidas que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades reconocidos en la Convención, comprende la de no dictarlas cuando ellas conduzcan a violar esos derechos y libertades.

37. Ya en una ocasión anterior esta Corte ha dicho:

Son muchas las maneras como un Estado puede violar un tratado internacional y, específicamente, la Convención. En este último caso, puede hacerlo, por ejemplo, omitiendo dictar las normas a que está obligado por el artículo 2. También, por supuesto, dictando disposiciones que no estén en conformidad con lo que de él exigen sus obligaciones dentro de la Convención [Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (arts. 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC 13/93, del 16 de julio de 1993, Serie A, N.º 13, párr. 26].

38. Para el caso de que un Estado emitiera una ley contraria a la Convención, esta Corte ha dicho:

que la Comisión es competente, en los términos de las atribuciones que le confieren los artículos 41 y 42 de la Convención, para calificar cualquier norma del derecho interno de un Estado Parte como violatoria de las obligaciones que éste ha asumido al ratificarla o adherir a ella [...] (Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, supra 37, parte resolutive 1).

50. La Corte concluye que la promulgación de una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado al ratificar o adherir a la Convención constituye una violación de ésta y que, en el evento en que esa violación afecte derechos y libertades protegidos respecto de individuos determinados, genera responsabilidad internacional para el Estado.

51. La segunda pregunta de la Comisión se refiere a las obligaciones y responsabilidades de los agentes o funcionarios del Estado que den cumplimiento a una ley violatoria de la Convención.

52. El Derecho internacional puede conceder derechos a los individuos e, inversamente, determinar que hay actos u omisiones por los que son criminalmente responsables desde el punto de vista de ese Derecho. Esa responsabilidad es exigible en algunos casos por tribunales internacionales. Lo anterior representa una evolución de la doctrina clásica de que el Derecho internacional concernía exclusivamente a los Estados.

53. Sin embargo, actualmente la responsabilidad individual puede ser atribuida solamente por violaciones consideradas como delitos internacionales en instrumentos que tengan ese mismo carácter, tales como los crímenes contra la paz, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad o el genocidio, que, naturalmente, afectan también los derechos humanos específicos.

54. En el caso de los delitos internacionales referidos no tiene ninguna trascendencia el hecho de que ellos sean o no ejecutados en cumplimiento de una ley del Estado al que pertenece el agente o funcionario. El que el acto se ajuste al derecho interno no constituye una justificación desde el punto de vista del Derecho internacional.

19. Mi opinión sobre este punto es totalmente coincidente con lo expuesto por la Corte.

Nada tengo que agregar y observar a lo dicho por la Corte en los párrafos 36 a 50 de su Opinión Consultiva OC 14/94.

En cuanto a la cuestión evocada de manera preliminar por la Corte en los párrafos 51 a 54, he estudiado el asunto en dos trabajos recientes¹⁰. Coincido, como ya lo he dicho, con el criterio de la Corte. Pero este criterio y su fundamentación deberán ser profundizados en el futuro, teniendo en cuenta los más modernos desarrollos del Derecho penal internacional.

¹⁰ HÉCTOR GROS ESPIELL, «Responsabilidad Internacional del Estado y Responsabilidad Internacional Penal Individual», en *Liber Amicorum Héctor Fix Zamudio*, San José, 1998, y HÉCTOR GROS ESPIELL, «El Tribunal Penal Internacional. Un Punto de Vista Uruguayo», *Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 15, Montevideo, enero-junio 1999.

4. EL *HABEAS CORPUS* Y OTRAS GARANTÍAS DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LAS CONSTITUCIONES AMERICANAS Y SU RELACIÓN CON LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS

20. El tercer tema (c), indicado en el capítulo I, al que nos referiremos, es el del Habeas Corpus y otras garantías de los derechos humanos en las Constitucionales americanas y su relación con la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

El asunto fue encarado en dos Opiniones Consultivas, la OC 8/87, del 30 de enero de 1987 (El Habeas Corpus Bajo suspensión de garantías), solicitada, como ya se dijo, por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y en la Opinión Consultiva OC 9/87 (Garantías Judiciales en Estados de Emergencia), del 6 de octubre de 1987, solicitada por el Gobierno del Uruguay.

21. La Convención Americana sobre Derechos Humanos contiene tres normas de importancia esencial a este respecto: los artículos 7.6, 25 y 27.2.

La doctrina los ha estudiado con cuidado y pertinencia^{11 y 12}.

¹¹ HÉCTOR GROS ESPIELL, *Los Estados de Excepción en América Latina y su incidencia en la cuestión de los Derechos Humanos en casos de disturbios internos*, Seminario CICR-IIDH, Buenos Aires, 1985; HÉCTOR FERNÁNDEZ LEDESMA, «La protección de los Derechos Humanos en Situaciones de Emergencia», *Essays in Honor of Luis RB, Sohn*, Edited by T. Buergenthal, N. P. Engel, 1984; DANIEL ZOVATTO, «La interpretación del art. 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en las Opiniones Consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», *Revista IIDH*, núm. 7, San José, 1987; HÉCTOR GROS ESPIELL, RODOLFO PIZA y DANIEL ZOVATTO, «Los Estados de Excepción y su incidencia en la cuestión de los derechos humanos en casos de disturbios internos», en *Estados de Emergencia en la Región Andina*, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1987; THOMAS BUERGENTHAL, «To respect and to ensure, State Obligation and Permissible Derogations», en LOUIS HENKIN, *The International Bill of Rights*, New York, 1981; CLAUDIO GROSSMAN, «A framework for the Examinations of States or Emergency under the American Convention of Human Rights», *The American University Journal of International Law and Policy*, vol. I, 1986; DANIEL O'DONNELL, *Legitimidad de los Estados de Excepción a la luz de los instrumentos de Derechos Humanos*; DANIEL HUGO MARTINS, «La Protección de los Derechos Humanos frente a la suspensión de las garantías constitucionales o estados de sitio», en *La Organización de los Estados Americanos y los Derechos Humanos, 1960-1967*, Washington, 1972, pp. 122-151; CLAUDIO GROSSMAN, «Algunas consideraciones sobre el régimen de situaciones de excepción bajo la Convención Americana de Derechos Humanos», en *Derechos Humanos. Homenaje a Carlos A. Dunshee de Abranches*, OEA, Washington, 1984.

¹² CARLOS AYALA CORAO, *Del Amparo Constitucional al Amparo Interamericano como Institutos para la Protección de Derechos Humanos*, Caracas/San José, 1998; HÉCTOR GROS ESPIELL, «El Recurso de Amparo y la Convención Americana sobre Derechos Humanos»,

Estos textos son, sin duda, de significación muy grande en América Latina, dado los antecedentes históricos y su realidad institucional y política e, incluso, de su situación actual, para la protección y la verdad de los derechos humanos en la región.

Los criterios sustentados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en las dos Opiniones Consultivas antes citadas constituyen interpretaciones correctas, basadas en una exégesis adecuada del Pacto de San José y de las realidades americanas. Los comparto sin reservas.

En especial hay que destacar que la Corte, con gran acierto, luego de determinar qué debe entenderse por «garantías judiciales indispensables» en el artículo 27.2 —garantías que no pueden suspenderse nunca— estimó que éstas son las contenidas en los artículos 25.1 (amparo) y 7.6 (habeas corpus), consideradas dentro del marco y según los principios del artículo 8, y también las inherentes a la preservación del Estado de Derecho, aun bajo la legalidad excepcional que resulta de la «suspensión de garantías», por usar la expresión utilizada en el acápite del artículo 27 del Pacto de San José¹³.

5. LOS ESTADOS FEDERADOS Y LAS OBLIGACIONES INTERNACIONALES DEL ESTADO CENTRAL O FEDERAL

22. El cuarto tema (d) que encararemos es el de los Estados confederados o federados y las obligaciones internacionales del Estado central o federal.

23. En la Opinión Consultiva OC 16/99, del 1 de octubre de 1999, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, el capítulo XII trata de esta cuestión.

Y los párrafos 138, 139 y 140 dicen al respecto:

«138. México solicitó a la Corte que interpretara si,

tratándose de países americanos constituidos como Estados federales que son Parte en el Pacto de Derechos Civiles, y en el marco

en *Estudios Constitucionales*, Ingranussi, Montevideo, 1998; HÉCTOR GROS ESPIELL, «Habeas Corpus», en *El Poder y su Control*, Universidad Católica, Montevideo, 1989; HÉCTOR GROS ESPIELL, «El artículo 25 de la Convención», en *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos. Análisis Comparativo*, cit., pp. 116 y 117; HILDEGARED, «Rondó de Sansó, el Amparo y el Derecho a un Recurso Efectivo en la Convención Americana de Derechos Humanos», en *XXV Jornadas J. M. Domínguez Escobar. Los Derechos Humanos y la Agenda del Tercer Milenio*, Barquisimeto, enero de 2000.

¹³ Opiniones Consultivas OC 8/87, párrafos 25, 26 y 27, y OC 9/97, párrafos 28, 29, 30, 31, 38 y 39; HÉCTOR GROS ESPIELL, *La Convención Americana y la Convención Europea*, cit., p. 127.

de los artículos 2, 6, 14 y 50 del Pacto, [...], están obligados dichos Estados a garantizar la notificación oportuna a que se refiere el artículo 36.1.b) de la Convención de Viena [sobre Relaciones Consulares] a todo individuo de nacionalidad extranjera arrestado, detenido o procesado en su territorio por delitos sancionables con la pena capital; y adoptar disposiciones conforme a su derecho interno para hacer efectiva en tales casos la notificación oportuna a que se refiere ese artículo en todas sus partes componentes, si el mismo no estuviese ya garantizado por disposiciones legislativas o de otra índole, a fin de dar plena eficacia a los respectivos derechos y garantías consagrados en el Pacto [...].

139. Si bien la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares no contiene una cláusula relativa al cumplimiento de las obligaciones por parte de los Estados federales (como así lo disponen, por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana), esta Corte ha ya establecido que “un Estado no puede alegar su estructura federal para dejar de cumplir una obligación internacional”.

140. Asimismo, de conformidad con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados,

un tratado será obligatorio para cada una de las partes por lo que respecta a la totalidad de su territorio, salvo que una intención diferente se pretenda de él o conste de otro modo.

La Corte ha constatado que de la letra y espíritu de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares no se desprende la intención de establecer una excepción a lo anteriormente señalado. Por lo tanto, la Corte concluye que las disposiciones internacionales que conciernen a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos, inclusive la consagrada en el artículo 36.1.b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, deben ser respetadas por los Estados americanos Partes en las respectivas convenciones independientemente de su estructura federal o unitaria».

24. Coincido totalmente con lo dicho por la Corte a este respecto.

25. Debo, sin embargo, señalar que la Corte Internacional no invocó expresamente el artículo 28 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos —aunque recordó su existencia en el párrafo 139, probablemente porque se trataba de una Opinión Consultiva referida a una situación que podía involucrar a un ciudadano de un Estado Americano, Estados Unidos, que no es parte del Pacto de San José—.

Por lo demás, la pregunta hecha por México, recordada en el párrafo 138, obligaba, en cierta forma, a seguir la línea de pensamiento encarrada por la Corte.

Sin embargo, estimo que es necesario tener en cuenta este artículo 28 para encarar adecuadamente esta cuestión.

El artículo 28 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone:

«1. Cuando se trate de un Estado Parte constituido como Estado federal, el gobierno nacional de dicho Estado Parte cumplirá todas las disposiciones de la presente Convención relacionadas con las materias sobre las que ejerce jurisdicción legislativa y judicial.

2. Con respecto a las disposiciones relativas a las materias que corresponden a la jurisdicción de las entidades componentes de la Federación, el gobierno nacional debe tomar de inmediato las medidas pertinentes, conforme a su constitución y sus leyes, a fin de que las autoridades competentes de dichas entidades puedan adoptar las disposiciones del caso para el cumplimiento de esta Convención.

3. Cuando dos o más Estados Parte acuerden integrar entre sí una federación y otra clase de asociación, cuidarán de que el pacto comunitario correspondiente contenga las disposiciones necesarias para que continúen haciéndose efectivas en el nuevo Estado así organizado las normas de la presente Convención».

26. He hecho anteriormente un extenso análisis de este artículo del Pacto de San José:

En lo esencial he sostenido:

«... El artículo 28 de la Convención Americana ("Cláusula Federal") regula la situación de los Estados Federales Partes contratantes ante las obligaciones que resultan de la Convención. En tal caso, el gobierno nacional cumplirá todas las disposiciones relacionadas con las materias sobre las que ejerce jurisdicción legislativa y judicial (párrafo 1). Con respecto a las materias que corresponden a la jurisdicción de las entidades componentes de la Federación, debe tomar todas las medidas conformes a su constitución y sus leyes a fin de que las autoridades competentes de dichas entidades puedan adoptar las disposiciones para el cumplimiento de la Convención (párrafo 2). Cuando dos o más Estados partes se unan para formar una Federación cuidarán que el pacto contenga las disposiciones requeridas para que en el nuevo Estado continúen haciéndose efectivas las normas de la Convención (párrafo 3).

El párrafo 3 carece de interés práctico, pues se trata de una hipótesis de hecho que es casi imposible que ocurra en América Latina. En cambio, los párrafos 1 y 2 son importantes porque Ar-

gentina, Brasil, Colombia, Venezuela, México y Estados Unidos son Estados Federales.

...

Tal como está redactado el artículo 28 puede provocar una situación, en algunos Estados Federales, como por ejemplo los Estados Unidos si algún día llegaran a ser partes en la Convención, que significaría prácticamente la imposibilidad de aplicar la mayor parte del Pacto de San José. El proyecto original de la Convención era infinitamente mejor y no presentaba este peligro. Pero, con o sin artículo 28, es evidente que el Estado Parte, ese Estado Federal, está internacionalmente obligado y es responsable ante el Derecho internacional del cumplimiento del Tratado»¹⁴.

27. Thomas Buergenthal ha realizado una crítica muy pertinente del artículo 28 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que es preciso reproducir. Dice así:

«El artículo 28 es un anacronismo que se remonta a la era de la Liga de las Naciones. Muy pocos instrumentos internacionales modernos de derechos humanos contienen una cláusula similar. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos adopta precisamente el principio opuesto al declarar en su artículo 50 que “las disposiciones del presente Pacto serán aplicables a todas las partes componentes de los estados federales, sin limitación ni excepción alguna”. Ni la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial de la ONU contiene cláusula federal; todas las disposiciones de estas Convenciones se aplican por igual a Estados unitarios y federales. Además, muchos Estados con fuerte tradición federal, incluyendo a Canadá y a la República Federal de Alemania, han podido adherirse a estos instrumentos sin ninguna reserva de naturaleza federal.

El artículo 28 de la Convención Americana fue incluido en la misma debido a la insistencia de los Estados Unidos.

La presente Convención [...] no obliga al Gobierno de los Estados Unidos a ejercer jurisdicción con respecto a materias sobre las cuales no podría ejercer autoridad a falta de la Convención. Los Estados Unidos están simplemente obligados a tomar medidas adecuadas a fin de que las autoridades estatales y locales puedan adoptar las disposiciones que se permitan cumplir con esta Convención. Las medidas pertinentes podrían, por ejemplo, consistir en recomendaciones a los Estados.

¹⁴ HÉCTOR GROS ESPIELL, *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos. Análisis Comparativo*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1991, pp. 201 y 202.

La determinación de cuáles medidas son adecuadas es una cuestión de competencia interna. La Convención no requiere la adopción de medidas legislativas para incluir dentro del ámbito federal nuevas materias»¹⁵.

28. Ojalá en el futuro la Corte tenga oportunidad de pronunciarse sobre este tema con referencia a un Estado Parte en la Convención Americana, interpretando su artículo 28 lo que no hizo en la Opinión Consultiva OC 16.

29. La jurisprudencia consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre los asuntos antes referidos es sin duda muy importante y de necesario conocimiento para comprender la materia. Constituye un aporte serio y plausible que mucho ha contribuido y ha de seguir contribuyendo a la mejor protección internacional regional de los derechos humanos.

En muchos aspectos debe completarse con criterios que la propia Corte ha desarrollado en su jurisprudencia contenciosa. No nos hemos de referir ahora a ellos, pero sin embargo es preciso señalar que en ningún aspecto contradicen lo dicho en las Opiniones Consultivas, aunque podrían señalarse algunos leves matices diferenciales que no es del caso analizar ahora.

¹⁵ THOMAS BUERGENTHAL, «El Sistema Interamericano para la Protección de los Derechos Humanos», *Anuario Jurídico Interamericano 1981*, OEA, Washington, 1982, pp. 127 y 128.

