

# LOS ESTÁNDARES INTERAMERICANOS DE DERECHOS HUMANOS Y EL ESTADO DE DERECHO: UNA EVALUACIÓN CRÍTICA

## *THE INTER-AMERICAN STANDARDS OF HUMAN RIGHTS AND RULE OF LAW: A CRITICAL EVALUATION*

RENÉ TAPIA HERRERA\*  
GONZALO CANDIA FALCÓN\*\*

**RESUMEN:** El trabajo evalúa, desde una perspectiva de estado de derecho, la doctrina de los estándares interamericanos de derechos humanos. A través de la misma, la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos han establecido para los Estados un conjunto de estándares de conducta no recogidos por instrumentos convencionales. El artículo argumenta que la controversia generada a partir del establecimiento de los señalados estándares demuestra su grave problema de promulgación, el cual produce efectos “acumulativos” que limitan la realización de otras exigencias de estado de derecho. Los autores concluyen que los problemas planteados son lo suficientemente graves para reevaluar el alcance de la doctrina de los estándares interamericanos.

**Palabras clave:** Estándares interamericanos de derechos humanos, sistema interamericano de derechos humanos, estado de derecho, Lon Fuller.

**ABSTRACT:** This work evaluates, from a rule of law perspective, the doctrine of the Inter-American standards of human rights. By developing this doctrine, both the Commission and the Inter-American Court of Human Rights have imposed standards of conduct on States which are not expressly recognized by conventional instruments. This paper argues that the controversy existing around the doctrine of standards demonstrates important problems of promulgation whose “accumulative” effects limits the realization of other rule of law requirements. The authors conclude that those problems are sufficiently critical to revisit the scope of the doctrine of Inter-American standards.

**Keywords:** Inter-American standards of human rights, Inter-American system of human rights, rule of law, Lon Fuller.

\* Abogado, LLM Pontificia Universidad Católica de Chile, mención Derecho Constitucional. Profesor Universidad Finis Terrae; doctorando en Derecho Constitucional Universidad de Barcelona. Dirección postal: Av. Pedro de Valdivia 1509, Providencia. Correo electrónico: rtapiahe35@alumnes.ub.edu. ORCID ID 0000-0001-7844-3504.

\*\* Doctor en Derecho, Universidad de Georgetown. Profesor de Derecho Público, Pontificia Universidad Católica de Chile, Profesor Afiliado, Centro de Estudios Internacionales UC. Dirección postal: Alameda 340, Pontificia Universidad Católica de Chile, Facultad de Derecho, cuarto piso. Dirección de correo electrónico: gfcandia@uc.cl. ORCID ID 0000-0003-2557-0117.

El presente artículo se enmarca en la ejecución del proyecto de investigación PUENTE-2022-24, de la Dirección de Investigación de la Pontificia Universidad Católica de Chile, titulado “Los desiderata del estado de derecho y los estándares interamericanos de derechos humanos: una relación necesaria”, del cual el profesor Gonzalo Candia Falcón es investigador responsable.

## I. INTRODUCCIÓN

Durante los últimos años de funcionamiento del sistema interamericano de derechos humanos (en adelante, “SIDH”), los órganos que lo estructuran –la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, “CIDH”) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, “Corte IDH”)–, han promovido la doctrina de los estándares interamericanos de derechos humanos. Dicha doctrina considera que las normas de conducta jurídicamente exigibles a los Estados partes del SIDH se encuentran contenidas no sólo en los instrumentos regionales de protección como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, “la Convención”), sino también en ciertas decisiones que, tanto la CIDH como la Corte IDH, adoptan en el ejercicio de sus competencias. Desde esta perspectiva existirían estándares de conducta que, pese a su carácter extra convencional, igualmente obligarían a los Estados.

Sin embargo, esta doctrina no ha resultado del todo pacífica. Efectivamente, una revisión de la literatura especializada permite concluir que, si bien existe certeza respecto del carácter obligatorio de ciertos estándares –como los estándares contemplados *expresamente* en los tratados del SIDH–, existe controversia respecto de la fuerza normativa de otros –los estándares extra convencionales, esto es, aquellos establecidos a partir de decisiones de los mismos órganos del SIDH–. Este trabajo se sirve de esta controversia para evaluar la doctrina en cuestión a la luz de las exigencias del estado de derecho. En este sentido, el artículo afirma que, cualquiera sea la concepción que se sostenga del estado de derecho, resulta exigencia indubitada de aquel que todo ordenamiento jurídico permita a sus destinatarios no sólo acceder al contenido de los mandatos del ordenamiento jurídico, sino también determinar de manera cierta cuáles son los criterios que permiten a los destinatarios de las normas distinguir entre una norma de conducta jurídicamente vinculante de aquella que no lo es. La doctrina denomina *promulgación* a esta exigencia de estado de derecho.

Ahora bien, en la medida que existe un significativo grado de discusión en torno a los criterios que permitirían determinar cuáles estándares de conducta estatal resultarían jurídicamente obligatorios dentro del SIDH, es posible concluir que aquellos se encuentran afectados por un problema de estado de derecho; más específicamente, por un problema de promulgación. En efecto, subsisten importantes interrogantes al interior del SIDH acerca de si las actuaciones tanto de la CIDH, como de la Corte IDH, representan un criterio válido para identificar estándares de conducta obligatoria para los Estados, discusión que no tiene lugar respecto de otros estándares: aquellos expresamente señalados en los instrumentos regionales de protección. Ello, precisamente, porque respecto de estos últimos, el criterio de promulgación es generalmente aceptado: el consentimiento de los Estados.

El artículo concluye que este problema –representado por la ausencia de criterios ciertos para determinar la exigibilidad jurídica de cierto tipo de estándares interamericanos–, resulta particularmente grave cuando dichos estándares son utilizados por la CIDH y la Corte IDH para efectos de atribuir responsabilidad internacional a los Estados. Ello, porque la adjudicación de casos concretos a partir de los referidos estándares podría, eventualmente, dar lugar a una aplicación retroactiva del derecho con consecuencias sumamente perjudiciales para los destinatarios de las normas del SIDH. De igual manera, el artículo

afirma que el problema de promulgación que afecta a la doctrina de los estándares también termina por impactar otros aspectos críticos del estado de derecho, tales como la consistencia interna que todo ordenamiento jurídico debe satisfacer, o la congruencia entre el derecho establecido y el utilizado para resolver casos concretos. Desde esta perspectiva, los autores concluyen la necesidad de reevaluar la construcción de la doctrina de los estándares interamericanos. Ello, evidentemente, con el propósito de asegurar la capacidad del ordenamiento regional de derechos humanos para orientar adecuadamente la conducta de sus actores, reforzando con ello la seguridad y certeza propios de todo sistema jurídico que realiza razonablemente las exigencias del estado de derecho.

Para exponer el planteamiento anteriormente descrito el presente artículo se divide en las siguientes secciones. En una primera sección, el trabajo explicará sintéticamente la doctrina de los estándares interamericanos de derechos humanos. En una segunda parte, se describirá cuál es –a grandes rasgos– el debate doctrinario existente en torno a la normatividad de los estándares extra convencionales. En una tercera sección, el artículo explicará por qué la existencia de dicho debate da cuenta de un problema de estado de derecho asociado, en primer lugar, a la exigencia de promulgación, problema que, en atención a su carácter “acumulativo”, permea hacia otras demandas del estado de derecho. En esta sección, el trabajo expondrá algunos posibles caminos a seguir para, o bien superar los problemas de estado de derecho diagnosticados, o al menos, atenuarlos. Finalmente, se ofrecerá una conclusión.

## II. LA DOCTRINA DE LOS “ESTÁNDARES INTERAMERICANOS DE DERECHOS HUMANOS”: SU ALCANCE Y PREVALENCIA DENTRO DEL SISTEMA REGIONAL DE DERECHOS HUMANOS

### 1. EL CONCEPTO DE “ESTÁNDAR INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS” EN LOS PRONUNCIAMIENTOS DE LA CIDH

En términos generales, para la CIDH, los estándares interamericanos de derechos humanos representan “orientaciones generales” cuya función es proveer “mínimos de protección que deben ser necesariamente respetados por el Estado”<sup>1</sup>. El objetivo principal de los estándares interamericanos sería “servir de guía para los Estados Miembros de la OEA sobre cómo cumplir con diversas obligaciones”<sup>2</sup>. En este sentido, para la CIDH, los estándares especificarían los contenidos de los instrumentos regionales de protección de derechos humanos, definiendo para los Estados ciertas prioridades que deberían ser consideradas por aquellos para dar cumplimiento a sus obligaciones internacionales<sup>3</sup>. Desde esta perspectiva, los estándares constituirían verdaderas obligaciones de conducta a las cuales todos los Estados del SIDH se encontrarían sometidos.

Ahora bien, la CIDH ha sostenido que estas obligaciones de conducta tendrían diversas fuentes. En efecto, la CIDH ha indicado que los estándares interamericanos de derechos humanos estarían conformados por las obligaciones estatales contenidas en: (i) el

<sup>1</sup> COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2009) párrafo 15.

<sup>2</sup> COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2011) párrafo 9.

<sup>3</sup> COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2018).

texto de los tratados interamericanos que resguardan derechos humanos, (ii) las sentencias y opiniones consultivas de la Corte IDH, y (iii) el conjunto de decisiones, informes temáticos y de país, y otras recomendaciones adoptadas por la misma CIDH<sup>4</sup>. Asimismo, la CIDH también ha atribuido el carácter de estándares a un conjunto de deberes de acción recogidos por protocolos regionales que los Estados deben implementar para prevenir infracciones de derechos humanos. Por ejemplo, la CIDH, trata como un estándar el deber de los Estados de desagregar información de datos al momento de sistematizar la información relacionada con situaciones de violencia contra la mujer<sup>5</sup>.

La doctrina anteriormente referida ha sido reiterada por la CIDH en su recientemente aprobado “Compendio sobre la obligación de los Estados de adecuar su normativa interna a los Estándares Interamericanos de Derechos Humanos”<sup>6</sup> del año 2021. En este trabajo, si bien la CIDH no define el concepto de estándar interamericano de derechos humanos, sí provee de manera implícita, cierta información respecto de la tipología de los mismos. En primer lugar, para la CIDH sería claro que las normas contenidas en los tratados regionales de derechos humanos se encontrarían necesariamente dentro de la categoría de estándares interamericanos, entendidos éstos como obligaciones de conducta estatal<sup>7</sup>. De igual manera, la CIDH considera estándares las obligaciones de conducta estatal recogidas en las decisiones de la Corte IDH<sup>8</sup>. Adicionalmente, la CIDH también considera como estándares interamericanos aquellas recomendaciones incorporadas en sus propios informes. En este sentido, tanto los pronunciamientos de la CIDH, como aquellos de la Corte IDH, formarían parte de “los estándares de derechos humanos *desarrollados* en el marco del sistema interamericano de protección y promoción de derechos humanos”<sup>9</sup>.

La CIDH ha sido clara en torno al deber jurídico de los Estados de cumplir con lo dispuesto por los estándares interamericanos de derechos humanos. En este sentido, la CIDH –a la luz de lo dispuesto en el Preámbulo y el artículo 2 de la Convención, así como en lo preceptuado por los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados–, ha concluido que la incorporación de los estándares interamericanos de derechos humanos a los ordenamientos jurídicos nacionales representaría una obligación para los Estados<sup>10</sup>. Así, la CIDH ha manifestado que “la eficacia del SIDH requiere (...) de la incorporación y debida aplicación de los estándares interamericanos por parte de las autoridades internas”<sup>11</sup>. En efecto, “la obligación de los Estados de adecuar su normativa interna a los estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (...), ha sido parte de las recomendaciones históricas que la CIDH ha realizado a través de sus pronunciamientos

<sup>4</sup> COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2011) párrafo 10.

<sup>5</sup> COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2019) párrafo 17.

<sup>6</sup> COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2021).

<sup>7</sup> En este sentido, COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2021), párrafo 39.

<sup>8</sup> Por ejemplo, véase las consideraciones contenidas en COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2021) párrafo 51.

<sup>9</sup> COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2021) párrafo 2.

<sup>10</sup> COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2021) párrafo 3.

<sup>11</sup> COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2013) párrafo 72; COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2021) párrafo 44.

en los que se concluye que las disposiciones de derecho interno contrarias a la Convención Americana no surten efectos jurídicos”<sup>12</sup>. Aún más: la CIDH ha establecido que los Estados tienen el deber no sólo de ajustar su normativa interna a los estándares, sino que también deben hacerlo respecto de sus prácticas y políticas<sup>13</sup>. Si los Estados no cumplieran con esta obligación, aquellos incurrirían en responsabilidad internacional<sup>14</sup>.

## 2. EL CONCEPTO DE “ESTÁNDAR INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS” EN LOS PRONUNCIAMIENTOS DE LA CORTE IDH

La Corte IDH también ha abrazado, de manera más restringida, la doctrina de los estándares interamericanos de derechos humanos. En efecto, y en el contexto del desarrollo jurisprudencial del *control de convencionalidad*, este tribunal ha atribuido a sus interpretaciones de las normas de la Convención, el carácter de “estándar mínimo”<sup>15</sup>, obligatorio para todos los Estados partes del SIDH. Ello, en la medida que la Corte IDH sería “[el] intérprete último de (...) [la Convención]”<sup>16</sup>. Así las cosas, el tribunal interamericano ha exigido que los órganos nacionales, particularmente los tribunales, al momento de aplicar la normativa interna del Estado, lo hagan “teniendo en cuenta (...) los precedentes o lineamientos jurisprudenciales de la Corte Interamericana”<sup>17</sup>. En este sentido, el control de convencionalidad implementado por las autoridades domésticas debe realizarse “tomando en consideración (...) la lectura que [de la Convención] ha realizado la Corte”<sup>18</sup>. De esta forma, la autoridad nacional y, en particular la judicial, debe buscar “integrar en el sistema de sus decisiones las normas contenidas en la Convención Americana de Derechos Humanos (...) y los estándares desarrollados por la jurisprudencia”<sup>19</sup>. La Corte IDH ha agregado que los estándares en cuestión representarían el parámetro a través del cual las autoridades estatales no sólo deben juzgar la convencionalidad de su normativa interna, sino también la legitimidad de sus propias políticas públicas<sup>20</sup>. Finalmente, la Corte IDH ha agregado que los estándares aplicables por los Estados al momento de hacer uso del control de convencionalidad, no sólo son aquellos contenidos en sentencias pronunciadas en el ejercicio de su función contenciosa, sino también aquellos recogidos por sus opiniones consultivas<sup>21</sup>.

<sup>12</sup> COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2021) párrafo 3.

<sup>13</sup> COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2021) párrafo 18.

<sup>14</sup> COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2021) párrafos 35-36.

<sup>15</sup> FERRER (2011) p. 532; FERRER y PELAYO (2012) p. 148.

<sup>16</sup> BAZÁN (2014) Tomo I, p. 233.

<sup>17</sup> *GELMAN vs. URUGUAY* (2013) párrafo 69.

<sup>18</sup> BAZÁN (2014) Tomo I, p. 233.

<sup>19</sup> NASH (2013) p. 494; en el mismo sentido: GALDÁMEZ (2014) p. 336; NASH y NÚÑEZ (2017) pp. 16-17; DÍAZ (2020) p. 313.

<sup>20</sup> E.g.: *RADILLA PACHECO vs. MÉXICO* (2009) párrafo 339.

<sup>21</sup> *OPINIÓN CONSULTIVA OC-21/14 “DERECHOS Y GARANTÍAS DE NIÑAS Y NIÑOS EN EL CONTEXTO DE LA MIGRACIÓN Y/O EN NECESIDAD DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL”* párrafo 31; *OPINIÓN CONSULTIVA OC-22/16 “TITULARIDAD DE DERECHOS DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS (INTERPRETACIÓN Y ALCANCE DEL ARTÍCULO 1.2, EN RELACIÓN CON LOS ARTÍCULOS 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46, Y 62.3 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, ASÍ COMO DEL ARTÍCULO 8.1 A Y B DEL PROTOCOLO DE SAN SALVADOR)”* párrafo 26; *OPINIÓN CONSULTIVA OC-24/17 “IDENTIDAD DE GÉNERO, E IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN A*

### 3. CONCLUSIÓN: LOS ESTÁNDARES INTERAMERICANOS COMO NORMAS DE CONDUCTA ESTATAL OBLIGATORIA

Tal como se ha apreciado, tanto la CIDH, como la Corte IDH, han conceptualizado los estándares interamericanos como verdaderas normas de conducta que resultan obligatorias para los Estados y cuyo incumplimiento acarrea la responsabilidad internacional de aquellos. En este respecto, tanto la CIDH, como la Corte IDH, han coincidido que esos estándares pueden tener como fuente normativa sus propias decisiones y no necesariamente, el texto de la Convención. Como se apreciará a continuación, esta posición no ha resultado del todo pacífica.

## III. CONTROVERSIA EN TORNO A LA DOCTRINA DE LOS ESTÁNDARES INTERAMERICANOS DE DERECHOS HUMANOS: CRITERIOS DE IDENTIFICACIÓN Y NORMATIVIDAD DE LOS ESTÁNDARES EXTRA CONVENCIONALES

### 1. DUDAS ACERCA DEL ALCANCE DE LOS ESTÁNDARES EN LA JURISPRUDENCIA DE LOS ÓRGANOS DEL SIDH

Si bien la CIDH y la Corte IDH han adherido conjuntamente a la doctrina de los estándares interamericanos, reconociendo que los mismos no se encuentran únicamente contenidos en los instrumentos de protección, ambas instituciones difieren en torno a las actuaciones que podrían servir de fuente para el establecimiento, precisamente, de esos estándares. En efecto, si bien la CIDH ha atribuido a los pronunciamientos contenciosos y no-contenciosos de la Corte IDH el carácter de estándares interamericanos, este tribunal supranacional no ha operado de la misma manera tratándose de las decisiones de la CIDH. Ello, por cuanto la Corte IDH no ha reconocido, al menos, en términos expresos, el carácter de estándar a las decisiones adoptadas por la CIDH, excluyendo implícitamente a estas últimas del listado de criterios a partir del cual las autoridades nacionales están llamadas a efectuar el control de convencionalidad.

Al respecto, si bien existe coincidencia material en la gran mayoría de los estándares construidos por la CIDH y la Corte IDH, han existido ciertas áreas en las cuales esos estándares han tenido carácter diverso, cuestión que ha originado decisiones contrapuestas por parte de aquellas instituciones. Un ejemplo de aquello son los estándares construidos por ambos órganos en torno a cuestiones de libertad de expresión. Mientras para la CIDH el único estándar de sanción aceptable frente a eventuales atentados contra la honra de las personas –particularmente de aquellas que ejercen funciones públicas–, era uno de índole civil, la Corte IDH promovía un estándar más laxo, permitiendo bajo ciertas circunstancias, la concurrencia de la sanción penal<sup>22</sup>. No obstante, el estándar en cuestión ha ido

*PAREJAS DEL MISMO SEXO. OBLIGACIONES ESTATALES EN RELACIÓN CON EL CAMBIO DE NOMBRE, LA IDENTIDAD DE GÉNERO, Y LOS DERECHOS DERIVADOS DE UN VÍNCULO ENTRE PAREJAS DEL MISMO SEXO (INTERPRETACIÓN Y ALCANCE DE LOS ARTÍCULOS 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 Y 24, EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 1 DE LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS)*” párrafo 16.

<sup>22</sup> RIVERA (2010) p. 27.

progresivamente uniformándose a través de la adopción, por parte de la Corte IDH, del criterio construido por la CIDH<sup>23</sup>.

En resumen: pese al esfuerzo que tanto la CIDH como la Corte IDH han realizado para promover la idea de estándares interamericanos y su carácter obligatorio, se han evidenciado ciertos problemas en torno a su conceptualización e implementación. Efectivamente, la Corte IDH no ha reconocido en términos expuestos el carácter vinculante de las decisiones de la CIDH. Ello, pese a que la CIDH sí atribuye carácter de estándar a las decisiones contenciosas y no-contenciosas de la Corte IDH. Las consecuencias de esta diversidad de criterios entre ambas instituciones pueden resultar eventualmente complejas. Ello, porque si bien existe un consenso generalizado en torno al carácter obligatorio de las sentencias de la Corte IDH respecto de los Estados que son partes de los procesos en los cuales el tribunal pronuncia su sentencia, existen aún interrogantes respecto de la vinculatoriedad jurídica de las decisiones de la CIDH.

## 2. DUDAS ACERCA DEL ALCANCE DE LOS ESTÁNDARES EN LA PRÁCTICA DE LOS ESTADOS Y LA LITERATURA ESPECIALIZADA

La aplicación de los estándares por las autoridades nacionales ha sido una cuestión no exenta de dificultades. De hecho, la misma Asamblea General de la Organización de Estados Americanos se ha hecho eco de esta situación<sup>24</sup>. Distintas son las razones que se han ofrecido para explicar esos problemas. Tratándose del incumplimiento de estándares convencionales, la CIDH ha manifestado que ello encontraría su origen, muchas veces, en la falta de ratificación de los instrumentos regionales de protección por parte de los Estados, particularmente en la esfera angloparlante<sup>25</sup>. Ello, porque la ausencia de ratificación privaría a la Corte IDH de la posibilidad de desarrollar y aplicar aquellos estándares en el contexto de casos concretos al carecer de competencia para conocer de casos contenciosos<sup>26</sup>. En este sentido, la ausencia de ratificación produciría que “las personas afectadas no se puedan beneficiar de los aportes jurisprudenciales de la Corte como intérprete autorizada de la Convención Americana, y otros instrumentos interamericanos”<sup>27</sup>. Igualmente, la CIDH ha manifestado que “si bien se han registrado avances importantes en la implementación de las recomendaciones de la CIDH y en el cumplimiento de las decisiones de la Corte, aún no se ha logrado alcanzar un nivel de cumplimiento que permita garantizar la efectividad del sistema interamericano”<sup>28</sup>.

Al interior de la doctrina, una de las razones que buscan explicar los incumplimientos dice relación con las problemáticas de legalidad que viven los Estados de la región<sup>29</sup>. Sin embargo, existe una línea doctrinal más crítica para la cual los problemas de implementa-

<sup>23</sup> *ÁLVAREZ RAMOS VS. VENEZUELA* (2019) y *PALACIO URRUTIA Y OTROS VS. ECUADOR* (2021).

<sup>24</sup> E.g.: ASAMBLEA GENERAL DE LA OEA (2011) punto resolutivo 3.d).

<sup>25</sup> COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2014), párrafos 31-33.

<sup>26</sup> COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2014), párrafos 36-37.

<sup>27</sup> COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2014), párrafo 37.

<sup>28</sup> COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2014), párrafo 38.

<sup>29</sup> BURGORGUE-LARSEN (2014) p. 136.

ción de los estándares, particularmente de aquellos extra convencionales, tendría su origen en la ausencia de certeza en torno a la normatividad de estos últimos en atención a la fuente de la cual derivarían: las actuaciones tanto de la CIDH como de la Corte IDH.

Así, por ejemplo, MOLINA indica que el carácter “polisémico” con el que sería utilizado el concepto de estándar, por parte de la CIDH y la Corte IDH, generaría serias incertezas al interior del SIDH, cuestión que, evidentemente, impactaría negativamente en la implementación de los estándares<sup>30</sup>. Para DE CASAS, dichas incertezas estarían asociadas al hecho de que la CIDH y la Corte IDH conceptualizarían como estándares de igual valor jurídico tanto las normas de conducta recogidas por los instrumentos regionales de protección, así como la especificación que de aquellas normas realizan los órganos de supervisión del SIDH, pese a que respecto de estas últimas existirían serias dudas en torno a su vinculatoriedad jurídica *erga omnes*, cuestión que generaría problemáticas en torno a la identificación de las fuentes de comportamiento estatal<sup>31</sup>. En este mismo sentido, estudios tempranos acerca del SIDH elaborados previamente a los pronunciamientos de la Corte IDH que dieron lugar a la doctrina del control de convencionalidad manifestaban que los Estados “no se encontraban bajo la obligación jurídica de cumplir con los contenidos de decisiones [de la Corte IDH] pronunciados en casos en los cuales ellos no eran partes”<sup>32</sup>. De hecho, el surgimiento mismo de la doctrina del control de convencionalidad dentro del SIDH no ha estado exento de fuertes críticas<sup>33</sup>. En efecto, para ciertos autores, la obligatoriedad que se predicaría, por ejemplo, de los estándares contenidos en pronunciamientos de la Corte IDH, “no t[endría] un sustento normativo sólido en la Convención Americana”<sup>34</sup>.

Así las cosas, pese a los esfuerzos de los órganos del sistema por promover la normatividad de los estándares extra convencionales,

Queda aún la duda si un estándar entregado por la Corte IDH es norma obligatoria incorporada al derecho interno a través de las facultades interpretativas de la Corte sobre la CADH, o son meras declaraciones de principios con términos laxos como *recomendar*, *promover* o *alentar*, los cuales transforman el contenido jurídico de un estándar a una categoría de mera recomendación<sup>35</sup>.

Pero, además,

¿Qué sucede con las opiniones consultivas de la Corte IDH, o las observaciones generales emitidas por el CIDH? ¿Podemos entender que sus amplios textos son un estándar? ¿Es unánime que los tribunales nacionales las incorporen como derecho nacional, y por ende se utilicen más que como meras recomendaciones a los Estados?<sup>36</sup>.

<sup>30</sup> MOLINA (2018) pp. 249-250.

<sup>31</sup> DE CASAS (2019) p. 298.

<sup>32</sup> DAVIDSON (1997) p. 213.

<sup>33</sup> E.g.: SILVA (2018); PAÚL (2019) y HUIZA (2021).

<sup>34</sup> CONTRERAS (2015) p. 427.

<sup>35</sup> MOLINA (2018) pp. 245-246.

<sup>36</sup> MOLINA (2018) p. 248.

En este sentido, aún persistiría “la duda sobre cuál es el mecanismo dentro del SIDH [apto] para la creación de los [estándares interamericanos], su relación de obligatoriedad con los Estados y su relación con otros conceptos jurídicamente relevantes”<sup>37</sup>. Prueba fehaciente de ello serían las interrogantes que origina la jurisprudencia de la Corte IDH al negar, al menos tácitamente, que el pronunciamiento de informes por parte de la CIDH, represente precisamente, uno de aquellos mecanismos aptos para construir estándares interamericanos.

Por otro lado, la práctica judicial de los Estados también da cuenta de la persistencia de ciertas dudas al interior del SIDH respecto de la obligatoriedad de los estándares extra convencionales. Mientras tribunales de ciertos Estados han hecho uso efectivo de los mismos<sup>38</sup>, otros han manifestado que estos estándares extra convencionales no resultarían necesariamente obligatorios<sup>39</sup>, o bien que los mismos no podrían vincular a los Estados si ellos contradicen estándares expresamente recogidos en los instrumentos regionales de protección<sup>40</sup>. De hecho, esto último ha dado lugar a una fuerte reacción por parte de la Corte IDH, la cual ha buscado reafirmar el carácter jurídicamente vinculante de los estándares establecidos por sus pronunciamientos en el contexto de la dictación de sentencias de supervisión<sup>41</sup>.

En conclusión: la doctrina desarrollada por la práctica de la CIDH y de la Corte IDH en torno a los estándares interamericanos de derechos humanos no es del todo pacífica. Por el contrario, la visión crítica manifestada por cierto sector de la doctrina, y la práctica de ciertos actores del SIDH, permiten afirmar que aún subsisten importantes interrogantes, particularmente en torno a cuáles serían las fuentes del derecho que, válidamente, permitirían establecer dichos estándares de conducta, con carácter obligatorio, a los Estados.

### 3. CONCLUSIÓN: UNA NUEVA PERSPECTIVA DE ANÁLISIS

La controversia anteriormente descrita permite acreditar que, pese a la acción decidida de la CIDH y de la Corte IDH, aún subsisten importantes interrogantes acerca de la doctrina de los estándares. Particularmente, existen importantes dudas en torno a cuáles serían las fuentes del derecho que, válidamente, serían capaces de construir, de manera obligatoria, esos estándares *vis a vis* los Estados. Ahora bien, la persistencia de este debate permite explorar la doctrina de los estándares interamericanos de derechos humanos desde una nueva perspectiva: la del estado de derecho. Ello, por cuanto no podría resultar indiferente para este último la circunstancia que, dentro de un sistema jurídico —como el interamericano—, los destinatarios de las normas carezcan de certezas plenas en torno a los criterios que permitan distinguir formas de conducta jurídicamente obligatorias, de otras que no lo son. De hecho, como se verá, este es claramente un problema de estado de derecho que debe abordarse como tal.

<sup>37</sup> MOLINA (2018) p. 250.

<sup>38</sup> Véase, por ejemplo: NOGUEIRA (2017); BREWER-CARIAS (2018); VILLACÍS (2018); GARCÍA y PALOMINO (2013).

<sup>39</sup> MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES Y CULTO *S/ INFORME SENTENCIA DICTADA EN EL CASO “FONTEVECCHIA Y D’AMICO VS. ARGENTINA”* (2017).

<sup>40</sup> AA.BB. *Denuncia. Excepción de Inconstitucionalidad Artículos 1°, 2° y 3° de la Ley N° 18.831, IUE 2-109.9717/2011* (2013).

<sup>41</sup> *GELMAN VS. URUGUAY* (2013).

#### IV. EL ESTADO DE DERECHO Y LOS ESTÁNDARES INTERAMERICANOS DE DERECHOS HUMANOS. UNA APROXIMACIÓN A ALGUNAS DE SUS PROBLEMÁTICAS

##### 1. EL ESTADO DE DERECHO Y SUS *DESIDERATA*

La teorización de la idea de estado de derecho es compleja<sup>42</sup>. Ello, por cuanto se han subsumido dentro de la misma una serie de elementos sustantivos, formales y procedimentales<sup>43</sup>. A su vez, esto ha producido el surgimiento de concepciones de estado de derecho disímiles<sup>44</sup>. No obstante esas diferencias, una evaluación atenta de las distintas teorizaciones acerca de estado de derecho permite concluir que ellas comparten un *sustrato común* en relación con cuáles son sus exigencias básicas. Dicho sustrato común está conformado por los criterios técnicos de excelencia que, empleados en los procesos de producción e implementación del derecho, permiten dotar de eficacia y operatividad al ordenamiento jurídico<sup>45</sup>. La formulación más conocida y discutida de dichos criterios es la referida por Lon Fuller en su texto *The Morality of Law*. Fuller identifica esos criterios por medio de la enunciación de los *desiderata* –condiciones “deseables”– del estado de derecho. Dichos *desiderata* suponen que el derecho sea establecido y administrado de forma que éste satisfaga los requerimientos de: (a) generalidad, (b) claridad, (c) promulgación, (d) no-retroactividad, (e) estabilidad, (f) coherencia, (g) posibilidad de obediencia y (h) congruencia entre el derecho y su aplicación por las autoridades pertinentes<sup>46</sup>.

Los mencionados *desiderata* del estado de derecho producen efectos sistémicos dentro de los ordenamientos y, por tanto, “se aplican a todo lo largo y a todo lo ancho de todas las operaciones básicas de un sistema jurídico”<sup>47</sup>. En este sentido, la razonable satisfacción de los *desiderata* en los procesos de elaboración, administración y aplicación del derecho deben permitir que, en la práctica, las reglas y estándares recogidos por cualquier sistema jurídico sean capaces de: (i) ordenar las acciones de sus destinatarios de forma tal que éstos puedan, efectivamente, cumplir con sus exigencias, y (ii) establecer límites ciertos a las facultades discrecionales de quienes ejercen autoridad dentro de aquel sistema<sup>48</sup>. De hecho, son estas bondades las que explican por qué las diversas aproximaciones a la noción de estado de derecho convergen necesariamente en el reconocimiento de los *desiderata* como núcleo fundamental de toda teoría admisible de estado de derecho<sup>49</sup>.

En este sentido, y más allá de los cuestionamientos que ciertos autores dirigen hacia la aplicabilidad de las exigencias de estado de derecho en contextos de derecho internacio-

<sup>42</sup> TAMANAHA (2004) p. 91.

<sup>43</sup> WALDRON (2011a) pp. 4-5.

<sup>44</sup> PISARELLO (2001); FERRAJOLI (2002); VILLAR (2007) p. 74; BURGOS (2010) p. 232.

<sup>45</sup> E.g.: DWORKIN (1985) p. 12; VILLAR (2007) p. 74; BINGHAM (2011) pp. 17-18; FINNIS (2011) pp. 270-271.

<sup>46</sup> FULLER (1969) pp. 33-81.

<sup>47</sup> ATIYAH y SUMMERS (2002) p. 44.

<sup>48</sup> FULLER (1969) pp. 33-91; PETTIT (1997) p. 174; en el ámbito europeo continental: VIGNOLO (2011) p. 785; TRUJILLO (2015).

<sup>49</sup> PETTIT (1997) pp. 174-175.

nal<sup>50</sup>, resulta claro que aquellas no resultan indiferentes para el proceso de establecimiento e implementación de los estándares interamericanos de derechos humanos. En efecto, es sólo por medio de la realización suficiente de los *desiderata* del estado de derecho que los estándares pueden aspirar, de manera efectiva, a: (i) ordenar la conducta de los Estados respecto de las personas sujetas a su jurisdicción, y (ii) establecer límites a la discrecionalidad de juicio con la que pueden actuar los diversos actores del SIDH al momento de resolver casos concretos, precisamente, a partir de los mencionados estándares.

## 2. ESTÁNDARES INTERAMERICANOS Y LA DEFICIENCIA EN EL *DESIDERÁTUM* DE PROMULGACIÓN

Tal como se planteó anteriormente, todo sistema jurídico que cumpla mínimamente los estándares del estado de derecho es uno cuyas normas están configuradas e implementadas de manera tal que sus destinatarios sean capaces de conocerlas, comprenderlas y cumplirlas. Desde esta perspectiva, la sola existencia de interrogantes significativas entre los actores del SIDH, y la literatura especializada, en torno a los criterios que permitirían identificar correctamente estándares de conducta estatal fuera del texto de los instrumentos regionales de protección representa, por sí misma, un problema de estado de derecho. Esto, particularmente, desde la dimensión del *desideratum* de *promulgación*.

En términos generales, para Fuller, el cumplimiento de aquel *desideratum* exige dos cuestiones. Primero, que los destinatarios de las normas jurídicas puedan acceder a sus mandatos de manera que, conociéndolos, puedan cumplirlos, cuestión asociada a la publicidad de aquellos mandatos<sup>51</sup>. Sin embargo, para que aquellos destinatarios puedan conocer y cumplir con esos mandatos, es necesario, primero, que éstos puedan atribuir carácter *jurídico* a aquellas normas de conductas exigidas por el ordenamiento. Esto supone la existencia de un ordenamiento que disponga de criterios ciertos y estables que permitan a sus destinatarios distinguir con propiedad entre una norma que crea obligaciones sancionadas por el derecho, y otras que no<sup>52</sup>. En otras palabras, para permitir a los destinatarios de las normas la posibilidad de cumplir con los mandatos del derecho resulta necesario que dichas normas puedan ser identificadas como tales por sus destinatarios a partir de ciertos criterios claramente establecidos y consensuados al interior del sistema jurídico<sup>53</sup>. Así las cosas, la exigencia de promulgación –al menos en los términos planteados por Fuller–, no se cumpliría con la sola posibilidad que los actores del sistema jurídico tuvieran conocimiento de que ciertas conductas resultan esperables por la autoridad –publicidad–. Es necesario, además, que los destinatarios de esos comportamientos que se publicitan como deseables por la autoridad, tengan certeza que representan obligaciones jurídicas y, por tanto, deben ser imperativamente cumplidas. En efecto, no resultaría razonable exigir a los destinatarios de las normas jurídicas adherir estrictamente a sus mandatos si no existiera suficiente certeza, al interior del ordenamiento, en torno a los criterios que permiten distinguir entre normas

<sup>50</sup> E.g.: WALDRON (2011b).

<sup>51</sup> FULLER (1969) pp. 49-51.

<sup>52</sup> RAZ (2009) p. 215.

<sup>53</sup> RAZ (2009) p. 214.

jurídicamente obligatorias, y normas de otro tipo. Más complejo aún resultaría imputar algún tipo de responsabilidad jurídica a un destinatario frente al incumplimiento de una norma de conducta en un escenario dentro del cual aquel no podía concluir, con suficiente seguridad, el carácter jurídicamente obligatorio de la norma al momento en que ocurrieron los hechos del supuesto incumplimiento.

Por lo tanto, un ordenamiento jurídico exhibe serios problemas de estado de derecho si el mismo presenta serias interrogantes para sus destinatarios en torno a cuáles son los criterios que permiten identificar, de manera cierta y estable en el tiempo, una regla o estándar de actuación jurídicamente obligatorio. En efecto, un ordenamiento como el descrito vería disminuida su capacidad para orientar adecuadamente los comportamientos de sus destinatarios, dado que, precisamente, ofrece más dudas que certezas en torno a los lineamientos de acción sancionados por el derecho. De igual manera, la problemática descrita disminuiría la capacidad del sistema jurídico para limitar de manera efectiva la discrecionalidad de la autoridad llamada a resolver conflictos, precisamente, a partir de esas normas.

### 3. LOS PROBLEMAS DE PROMULGACIÓN QUE AFECTAN A LOS ESTÁNDARES INTERAMERICANOS EXTRA CONVENCIONALES

Tal como se examinó en la sección anterior, al interior del SIDH existe una importante controversia en torno a cuáles serían las fuentes del derecho a partir de las cuales se podrían construir válidamente estándares de conducta estatal. Si bien existe certeza que el acuerdo expreso de los Estados partes, formalizado a través de la ratificación de un instrumento regional de protección, representa una fuente apta para establecer estándares de conducta obligatorios para los Estados, existen interrogantes significativas en torno a la capacidad de las decisiones de los órganos del SIDH para construir válidamente estándares de conducta jurídicamente vinculantes. De hecho, dichas interrogantes existen al interior de los mismos órganos que se atribuyen autoridad para definir esos estándares.

La sola existencia de esta discusión da cuenta, por sí misma, de la presencia de un problema de estado de derecho asociado al *desideratum* de promulgación. En efecto, la controversia en cuestión plantea serias interrogantes en torno al sistema de fuentes del derecho al interior del SIDH. Se cuestiona, ni más ni menos, la validez de ciertos criterios que, dentro del ordenamiento interamericano de derechos humanos, permitirían obligar jurídicamente a los Estados partes. Además, la discusión no sólo recae sobre la aptitud jurídica de las decisiones de la CIDH y de la Corte IDH para elaborar estándares de conducta vinculantes para los Estados. Por el contrario, la discusión también se extiende a la determinación de qué actuaciones de los órganos del SIDH serían aptas para construir aquellos estándares obligatorios para los Estados. Efectivamente, acerca de este último punto, ni siquiera existe un consenso expreso entre la CIDH y la Corte IDH. Ello, dado que la Corte IDH ha reservado celosamente el carácter jurídicamente obligatorio únicamente para sus propios pronunciamientos contenciosos y no-contenciosos, ignorando tácitamente con ello las decisiones de la CIDH. En este escenario, las interrogantes existentes en torno a la suficiencia del cumplimiento del *desideratum* de promulgación, por parte de los estándares interamericanos, naturalmente impactan la capacidad de aquellos para “servir de guía para

los Estados Miembros de la OEA sobre cómo cumplir con (...) [sus] obligaciones”<sup>54</sup>. Ello, porque esta problemática dificulta a los Estados anticipar, con plena certeza y seguridad jurídica, cuál es el comportamiento específico esperado de aquellos frente a determinados supuestos. Esto, simplemente, porque no existiría un criterio unánimemente compartido por todos los actores, al interior del SIDH, acerca de cuáles serían los cánones que permitirían válidamente atribuir fuerza obligatoria a los estándares interamericanos de conducta estatal.

#### 4. EVALUANDO LA GRAVEDAD DEL PROBLEMA DE PROMULGACIÓN: EL EFECTO “ACUMULATIVO” DE FULLER

Ahora bien, cabe señalar que la no-realización plena de alguno de los *desiderata* dentro de un sistema jurídico no acarrea necesariamente la invalidez de un sistema jurídico desde la perspectiva del estado de derecho. En efecto, la literatura ha planteado que resulta imposible concebir un sistema jurídico que de manera perfecta realice las exigencias de cada uno de los *desiderata* del estado de derecho, incluyendo aquel de promulgación<sup>55</sup>. En este sentido, la realización de cada *desideratum* del estado de derecho se mueve, en la práctica, dentro de un continuo que debería satisfacer, más o menos, los requerimientos básicos de aquella exigencia<sup>56</sup>. Así, resultaría admisible la pervivencia de ciertos déficits de legalidad al interior de un sistema jurídico en la medida que esos déficits no terminen por frustrar las exigencias mismas del estado de derecho: coordinar adecuadamente la acción de sus destinatarios y limitar el ejercicio de la autoridad.

En este contexto, resulta necesario estudiar cuán grave es el problema de promulgación anteriormente señalado. Para ello, este artículo considerará uno de los criterios planteadas por Fuller en *La Moralidad del Derecho*. Para el autor en cuestión, las problemáticas de estado de derecho tienden a ser “acumulativas”<sup>57</sup>. En efecto, para Fuller, si la realización de uno de los *desiderata* del estado de derecho resulta insuficiente, dicho problema terminará, tarde o temprano, afectando otras exigencias de aquel<sup>58</sup>. Así las cosas, un criterio perfectamente válido para evaluar la gravedad del problema de promulgación que padecen los estándares interamericanos es determinar cuáles son las consecuencias que dicho problema acarrea para el resto de las exigencias del estado de derecho y evaluar sus consecuencias para el ordenamiento jurídico.

#### 5. PRIMER PROBLEMA “ACUMULATIVO”: LA EVENTUAL IMPUTACIÓN RETROACTIVA DE RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL AL ESTADO A PARTIR DE ESTÁNDARES EXTRA CONVENCIONALES

Considérese que, si los destinatarios de un sistema jurídico tienen dudas o incertezas en torno a cuáles son los criterios que permiten identificar una norma de comportamiento obligatorio, es posible que los actores del sistema, al momento de juzgar la normatividad de

<sup>54</sup> COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2011) párrafo 9.

<sup>55</sup> FULLER (1969) p. 45.

<sup>56</sup> FULLER (1969) p. 46.

<sup>57</sup> FULLER (1969) p. 92.

<sup>58</sup> FULLER (1969) p. 92.

una determinada regla o estándar, terminen por incumplir un mandato jurídico. Esto, en sí mismo, representa un problema de estado de derecho en la medida que ese ordenamiento se vuelve menos cierto y predecible. Sin embargo, la gravedad de este problema de promulgación podría verse peligrosamente incrementada si la autoridad llamada a implementar aquellas reglas o estándares imputa alguna forma de responsabilidad jurídica a los destinatarios que optaron por no dar cumplimiento a la conducta en el pasado. En este escenario hipotético, no sería extraño que esa autoridad termine, eventualmente, aplicando el derecho de manera retroactiva, castigando a los destinatarios incumplidores por la no ejecución de una conducta cuya existencia o exigibilidad resultaban dudosas al momento de la ocurrencia de los hechos, como consecuencia del problema de promulgación que padecía ese ordenamiento. En esta hipótesis, la autoridad *ex post facto* resolvería la cuestión acerca de la existencia de la norma cuya exigibilidad era puesta en duda por su destinatario al momento de la ocurrencia de los hechos.

El problema anteriormente descrito podría perfectamente tener lugar dentro del SIDH. Hipotéticamente, la existencia de incertezas entre los actores del SIDH, en torno a los criterios que permitirían válidamente atribuir carácter obligatorio a ciertos estándares de conducta estatal —particularmente aquellos fuera de los textos convencionales—, contribuiría a crear las condiciones necesarias para que los actores del SIDH incurran en dos tipos de error. Mientras uno podría afectar a los Estados, el otro podría afectar a la CIDH y a la Corte IDH. Primero, es probable que las incertezas que afectan la promulgación del sistema puedan llevar a los Estados a errar su juicio, absteniéndose de implementar un estándar que, para los órganos de supervisión del sistema, resultaba jurídicamente obligatorio al momento de la ocurrencia de los hechos que dieron origen a un caso. Segundo, es probable que, en el contexto de incertidumbre existente al interior del SIDH en torno a los criterios que permiten jurídicamente validar la exigibilidad de una conducta, la CIDH, o la Corte IDH, resuelvan aplicar al Estado un estándar cuya normatividad resultaba, al menos, cuestionable al tiempo de los hechos que dieron lugar a un caso. En ambas situaciones, el error cometido llevará a la CIDH, o bien a la Corte IDH, a evaluar la conducta estatal de una manera que, eventualmente, podría resultar retroactiva. Esto, en la medida que los Estados, el tiempo en que ocurrieron los hechos del caso, no tenían certeza plena en torno a la exigibilidad de la conducta esperada de ellos por parte de los órganos del SIDH. Ahora bien, la posibilidad que una hipótesis como la descrita llegue a ocurrir no es menor, considerando ciertas características propias del SIDH.

Una primera circunstancia que contribuiría a crear un escenario dentro del cual podría presentarse el problema del uso retroactivo de estándares para la resolución de casos al interior del SIDH, es la adhesión, por parte de sus órganos, a la doctrina que ve en los tratados regionales de protección de derechos humanos “instrumentos vivos”<sup>59</sup>, “cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales”<sup>60</sup>. Asumiendo la validez de esta tesis, los órganos del SIDH podrían, eventualmente, imputar responsabilidad internacional a un Estado por el incumplimiento de un

<sup>59</sup> E.g.: “MASACRE DE MAPIRIPÁN” vs. COLOMBIA (2005).

<sup>60</sup> E.g.: ATALA RIFFO Y NIÑAS vs. CHILE (2012) párrafo 83.

estándar extra convencional formulado por la CIDH, o la Corte IDH, en el contexto del caso concreto sometido a su decisión. Esto podría ocurrir cuando la CIDH, o la Corte IDH, formulen el referido estándar con el propósito de adaptar las exigencias de la Convención a una nueva realidad social, cultural o económica. Esto, pese a que el Estado afectado, al tiempo en que ocurrieron los hechos que dieron lugar al caso, ignoraba la existencia del estándar en cuestión o, al menos, dudaba razonablemente acerca de su carácter normativo en atención a la fuente a partir de la cual dicho estándar se generó.

El escenario anteriormente descrito no resulta del todo exagerado. Ello, particularmente considerando que la misma Corte IDH ha declarado que, entre sus competencias, se encuentra aquella de “actualizar” las exigencias de los estándares contenidos en la Convención<sup>61</sup>. Esto ha permitido, por ejemplo, que la Corte IDH condene a un Estado por no respetar las exigencias del derecho a la “identidad cultural”, pese a que el mismo no se encontrase expresamente recogido por el artículo 26 del tratado, y pese a que el estándar extra convencional en cuestión tampoco hubiese sido utilizado previamente, por algún órgano del SIDH, para condenar previamente a un Estado<sup>62</sup>. Casos como el descrito podrían, efectivamente, representar peligrosas instancias de aplicación retroactiva del derecho, cuestión que resulta de suyo complicada de cara a las exigencias del estado de derecho.

Un segundo factor que incrementa las probabilidades de que un Estado sea condenado, a partir de la aplicación eventualmente retroactiva de estándares extra convencionales, es la doctrina que la Corte IDH ha desarrollado acerca de la idea de consenso regional. Para este tribunal, cada una de sus decisiones “debe remitirse única y exclusivamente a las estipulaciones de las obligaciones internacionales contraídas por decisión soberana de los Estados a través de la Convención Americana”<sup>63</sup>. Por tanto, la Corte IDH ha excluido el uso del consenso regional como criterio válido para determinar si un Estado se encontraba jurídicamente obligado por un estándar de conducta en el pasado. Luego, la ausencia de ese consenso regional en torno a la normatividad de un estándar extra convencional, al tiempo de la ocurrencia de los hechos de un caso, no sería óbice para que la Corte IDH juzgue y condene a un Estado, en el tiempo presente, por su incumplimiento<sup>64</sup>. Ello, pese a que el Estado afectado pueda alegar que, al tiempo en que ratificó la Convención, “prest[ó] su consentimiento a una idea de derechos humanos que tenía en mente ciertos tipos de violación, y no otras que en su momento no existían”<sup>65</sup>.

Un tercer factor que complejiza aún más el escenario es la consideración del grave retardo procesal que aqueja al SIDH, el cual continúa persistiendo pese a los importantes esfuerzos que los órganos del sistema han realizado para ponerle término<sup>66</sup>. Este retardo

<sup>61</sup> *COMUNIDADES INDÍGENAS MIEMBROS DE LA ASOCIACIÓN LHAKA HONHAT (NUESTRA TIERRA) VS. ARGENTINA* (2020) párrafo 199; *CUSCUL PIVARAL Y OTROS VS. GUATEMALA* (2019) párrafo 101; y *HERNÁNDEZ VS. ARGENTINA* (2019) párrafo. 66. Para una opinión en contrario, ver: *HERNÁNDEZ VS. ARGENTINA* (2019) voto disidente del juez Eduardo Vio Grossi p. 21.

<sup>62</sup> *COMUNIDADES INDÍGENAS MIEMBROS DE LA ASOCIACIÓN LHAKA HONHAT (NUESTRA TIERRA) VS. ARGENTINA* (2020).

<sup>63</sup> *ATALA RIFFO Y NIÑAS VS. CHILE* (2012) párrafo 92.

<sup>64</sup> *ATALA RIFFO Y NIÑAS VS. CHILE* (2012) párrafo 92-93.

<sup>65</sup> *ATALA RIFFO Y NIÑAS VS. CHILE* (2012) párrafo 74.

<sup>66</sup> Véase, por ejemplo: *DULITZKY* (2015) y *CARVAJAL y GUZMÁN* (2017).

permite que la Corte IDH termine conociendo de casos cuyos hechos transcurrieron muchos años atrás. En este escenario, se incrementa dramáticamente la probabilidad de que un Estado sea condenado por el tribunal a partir de la formulación de un estándar extra convencional cuya imperatividad jurídica resultaba, al menos, cuestionable al tiempo en que se presentaron los hechos materia de juzgamiento. Ello, por cuanto la valoración de la conducta del Estado por parte de los órganos del SIDH podría haberse visto modificada de manera relevante a lo largo del tiempo que medió entre la presentación de la petición ante la CIDH, y el pronunciamiento de la sentencia por parte de la Corte IDH. Esa nueva valoración de los hechos justificaría, de acuerdo con los criterios de aquel tribunal, “actualizar” las exigencias de la Convención en el contexto de la resolución de un caso concreto. Ello, a su vez, obligaría a los órganos del SIDH a conocer los hechos bajo una mirada completamente distinta a aquella con la cual se planteó, originalmente, el caso en cuestión. Esto podría tener lugar, particularmente, si la Corte IDH decidiera aplicar el criterio *iura novit curia* para ampliar el ámbito infraccional que motivaría la eventual condena del Estado<sup>67</sup>.

En conclusión: a partir de los argumentos expuestos, el déficit de promulgación asociado a los estándares interamericanos podría originar, de cara a las exigencias del estado de derecho, y considerando las particularidades del SIDH, problemáticas asociadas a la aplicación retroactiva de estándares extra convencionales. Ahora, resulta necesario determinar cuán graves resultan, en los hechos, las problemáticas de retroactividad diagnosticadas.

## 6. LA GRAVEDAD DEL PROBLEMA “ACUMULATIVO” DE RETROACTIVIDAD ASOCIADO A LOS DÉFICITS DE PROMULGACIÓN DE LOS ESTÁNDARES INTERAMERICANOS

Tal como lo ha planteado Fuller, el estado de derecho no supone la absoluta ausencia de retroactividad al interior de los ordenamientos jurídicos. Por el contrario, ciertos grados de retroactividad dentro de aquellos resultan, en principio, aceptables<sup>68</sup>. Ello, en la medida que esos grados de retroactividad no afecten de manera sustantiva la capacidad orientadora que todo sistema jurídico debe disponer para identificarse con un estado de derecho. Desde esta perspectiva, la gravedad con la cual aparece la retroactividad al interior de los ordenamientos variará<sup>69</sup>. Uno de los factores para apreciar, desde una mirada de estado de derecho, la gravedad de la aplicación retroactiva de las normas jurídicas es la sanción asociada a su incumplimiento<sup>70</sup>. Así, entre más grave sea la naturaleza de la pena aplicada, más grave resultará, desde la perspectiva de estado de derecho, el uso retroactivo de normas jurídicas en un proceso de adjudicación. Esto explica, por ejemplo, que los sistemas jurídicos admitan ciertos ámbitos de retroactividad en materia civil, pero no así en materia penal, particularmente cuando la aplicación retroactiva de normas opere en perjuicio del afectado<sup>71</sup>.

Así las cosas, la gravedad del problema ocasionado al SIDH, por el uso retroactivo de estándares extra convencionales, variará de acuerdo con los contextos en los cuales ese

<sup>67</sup> Para un panorama general del uso de este principio, véase: NIETO (2014).

<sup>68</sup> FULLER (1969) p. 53.

<sup>69</sup> FULLER (1969) p. 59.

<sup>70</sup> FULLER (1969) pp. 57-59.

<sup>71</sup> FULLER (1969) pp. 57-59.

uso se presente. Por ejemplo, resulta menos grave que, al momento de ejercer sus funciones de *monitoreo*, la CIDH utilice eventualmente, ciertos estándares interamericanos cuya existencia o exigibilidad era dudosa o desconocida anteriormente por los Estados. Ello, particularmente, si esos estándares determinan formas de conducta virtuosa que, en el pasado, eran abrazados, en los hechos, por la gran mayoría de los Estados partes del SIDH<sup>72</sup>. En este sentido, si bien un Estado podría resentir una crítica dirigida por la CIDH a partir de la aplicación retroactiva de un estándar en el contexto de una *visita*, o de la elaboración de un *informe país*, las consecuencias estrictamente jurídicas que se derivarían de ello, para el Estado afectado, no resultarían, al menos, necesariamente, graves. Efectivamente, en el peor de los escenarios, el juicio de la CIDH concluiría con la formulación de algún tipo de recomendación.

Sin embargo, cosa distinta es que, dentro de un contexto de alta incerteza normativa en torno a la existencia o exigibilidad jurídica de los estándares extra convencionales, la CIDH o la Corte IDH, utilicen, en el tiempo presente, algunos de esos estándares como fundamento para atribuir responsabilidad internacional a un Estado por el eventual incumplimiento de aquellos en el pasado. Efectivamente, la atribución de responsabilidad internacional es la sanción más grave que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos reserva para los Estados. Es una sanción que afecta al Estado no sólo en términos jurídicos, sino también en términos políticos: como consecuencia de la condena su imagen podría verse seriamente comprometida frente a la comunidad internacional. Por ejemplo, condenas reiteradas por parte de la CIDH podrían dar lugar a la inclusión del Estado en el temido capítulo IV de su informe anual. Por otro lado, la imputación de responsabilidad internacional por parte de la Corte IDH es una decisión que no es susceptible de ser impugnada. No hay recurso que permita al Estado invalidarla.

Adicionalmente, el pronunciamiento de la condena para un Estado por parte de la Corte IDH, supone la adopción por parte de la autoridad nacional, de un conjunto de medidas de distinta naturaleza que pueden, en los hechos, resultar sumamente gravosas. Ello, en la medida que el artículo 63.1 de la Convención permite a la Corte IDH exigir formas de reparación de índole no-pecuniaria. Muchas de esas medidas podrían, eventualmente, generar conflictos políticos al interior del Estado, especialmente si las mismas dicen relación con la modificación de la legislación en temáticas que resultan socialmente controversiales y sobre las cuales no existe un consenso entre los actores políticos del Estado.

Por otro lado, el fallo condenatorio de la Corte IDH deja al Estado sometido a la jurisdicción del tribunal, en lo que concierne al cumplimiento del fallo en cuestión, hasta que aquel haya cumplido con la totalidad de la sentencia en conformidad al juicio del tribunal. Esto acarrea la aplicación, por parte de la Corte IDH, de procedimientos judiciales de supervisión, en los cuales el Estado, eventualmente, podría verse cuestionado de manera más o menos permanente a lo largo del tiempo por el ilícito cometido. Ello, incluso si aquel ha cumplido con medidas relevantes de reparación, tales como el pago de las compensaciones por los daños materiales e inmateriales producidos a las víctimas declaradas de un caso.

<sup>72</sup> FULLER (1969) p. 92.

Finalmente, cabe considerar que, desde la perspectiva estatal, el pronunciamiento de una sentencia que impute responsabilidad internacional a un Estado por infracción de derechos humanos resulta, en términos comparativos, mucho más gravosa al interior del SIDH. En efecto, en otros sistemas regionales de derechos humanos, como el europeo, la condena del Estado, básicamente, se traduce en el pago de una compensación económica a la víctima<sup>73</sup>. De igual forma, y tal como lo indica el artículo 46.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, una vez pronunciada la sentencia por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la supervisión de su cumplimiento queda entregada a un órgano de naturaleza política, escapando así el Estado de la supervisión del mismo tribunal que previamente lo condenó.

Todo lo anterior permite concluir que la imputación de responsabilidad internacional a un Estado, a partir del incumplimiento de estándares extra convencionales cuya existencia o exigibilidad resultaba, al menos dudosa, al tiempo de la ocurrencia de los hechos de un caso representa, desde la perspectiva del estado de derecho, una de aquellas hipótesis de retroactividad de mayor gravedad. Esto, precisamente en atención a la entidad y al impacto que, para el Estado, tiene esa sanción. Efectivamente, la imputación de responsabilidad internacional es el castigo más severo que establece el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, cuyas consecuencias van más allá del plano estrictamente jurídico. Asimismo, tratándose de los Estados partes del SIDH, la gravedad de la sanción en cuestión resulta aún más intensa. Esto, por cuanto las medidas de reparación que puede resolver la Corte IDH exceden con creces lo puramente económico, razón por la cual su implementación, por parte del Estado, puede representar un verdadero desafío para éste. En un escenario como el descrito, el problema “acumulativo” de retroactividad, ocasionado por los déficits de promulgación que afectan endémicamente a los estándares extra convencionales, no puede dar lo mismo. Al menos, claro está, desde la perspectiva del estado de derecho.

#### 7. OTRAS PROBLEMÁTICAS “ACUMULATIVAS” DE ESTADO DE DERECHO: ESTABILIDAD, CONSISTENCIA INTERNA Y CONGRUENCIA ENTRE EL DERECHO VIGENTE Y EL DERECHO UTILIZADO PARA LA RESOLUCIÓN DE CASOS CONCRETOS

Tampoco es posible desconocer otros complejos problemas “acumulativos” de estado de derecho asociados a las problemáticas de promulgación y retroactividad anteriormente mencionados. Un importante *desiderátum* del estado de derecho es que las normas jurídicas gocen de una mínima estabilidad, cuestión que resulta necesaria para orientar la conducta de los destinatarios del sistema jurídico, en particular en lo atingente a decisiones de largo plazo<sup>74</sup>. Si bien la estabilidad del sistema jurídico es un valor del estado de derecho que acepta ser relativizado, es importante recordar que cambios inesperados o imprevistos pueden impactar negativamente la fuerza directiva de cualquier ordenamiento. En el caso concreto, si la práctica de los Estados ha asumido que un determinado estándar no era jurídicamente exigible, por no cumplir éste con ciertos criterios de identificación, lo más probable es que esos Estados actúen en consecuencia y, por tanto, orienten sus decisiones

<sup>73</sup> Véase: SCHNEIDER (2015) p. 71.

<sup>74</sup> FULLER (1969) p. 79; RAZ (2009) p. 214.

asumiendo ese supuesto. Si, en razón de una decisión sobreviniente de la CIDH o de la Corte IDH, ese estándar repentinamente se transforma en obligatorio para los Estados, evidentemente se afecta la estabilidad del derecho aplicable de una manera que resta importantes grados de previsibilidad a la operatividad del SIDH.

Otro problema de estado de derecho asociado a una insuficiente promulgación está conectado con la necesidad de preservar la consistencia del sistema jurídico, evitando contradicciones<sup>75</sup>. Esa problemática de inconsistencia se produciría en la medida que los actores del SIDH podrían tener posiciones distintas en torno a cuáles son los criterios que, válidamente, permitirían identificar un estándar interamericano obligatorio fuera del texto de los instrumentos convencionales aplicables. Esto, a su vez, podría producir dos problemas bien concretos de estado de derecho. Primero, que los destinatarios de los estándares de conducta del SIDH no puedan anticipar con suficiente tiempo las consecuencias jurídicas de ciertas actuaciones de cara a los órganos supervisores del sistema, los cuales, precisamente, podrían utilizar criterios distintos para identificar normas jurídicas. En segundo lugar, la problemática de inconsistencia permitiría, en la práctica, crear las condiciones necesarias para que los órganos del SIDH disfruten de un amplio margen de discrecionalidad para establecer nuevos estándares más allá de los textos convencionales del sistema, sin que las normas de estos últimos puedan efectivamente disciplinar aquella discrecionalidad. Ello, precisamente, porque no existiría total certeza, al interior del SIDH, acerca de cuáles serían los únicos criterios válidos para juzgar a los Estados.

Un último problema de estado de derecho es aquel que dice relación con la necesidad de promover la congruencia entre lo que es el derecho, y su aplicación por parte de la autoridad llamada a implementarlo<sup>76</sup>. La idea fundamental de este *desideratum* es que las decisiones de los órganos llamados a resolver conflictos a partir de la implementación del derecho vigente, lo hagan de una manera tal que resulte consistente con los contenidos del sistema jurídico.

En este respecto, considérese el caso en el cual alguno de los órganos del SIDH establece un estándar extra convencional en el contexto de la resolución de un caso. Tal como se examinó, ese órgano podría argumentar que el establecimiento de dicho estándar resultaba necesario para “actualizar” lo dispuesto por la Convención. Precisamente, esta línea de argumentación da cuenta del problema de congruencia entre derecho vigente y derecho utilizado para resolver casos, problema, a su vez, derivado de la ausencia de criterios ciertos para atribuir carácter obligatorio a ciertos estándares de conducta estatal. En efecto, cuando se resuelve un caso a partir de un estándar establecido en razón de la necesidad de “actualizar” un tratado, implícitamente se está afirmando que el criterio a partir del cual el caso es resuelto no está contemplado en el texto del tratado correspondiente. Por tanto, en términos estrictamente lógicos, el órgano en cuestión estaría resolviendo a partir de un criterio que no está contemplado en el derecho vigente<sup>77</sup>, cuestión que, necesariamente, representa-

<sup>75</sup> FULLER (1969) p. 65; RAZ (2009) p. 214.

<sup>76</sup> FULLER (1969) p. 81.

<sup>77</sup> FINNIS (2016) p. 83.

ría un grave problema de estado de derecho, especialmente si de ello se deriva una sanción como la imputación de responsabilidad internacional a un Estado.

## 8. ¿QUÉ HACER?

A la luz de los antecedentes expuestos, resulta meridianamente claro que la doctrina de los estándares interamericanos adolece de ciertas problemáticas de estado de derecho. En este sentido, el problema de promulgación que sufren los estándares interamericanos extra convencionales no es uno menor o irrelevante desde la perspectiva del estado de derecho. Por el contrario, el problema en cuestión afecta la normatividad misma del SIDH. El problema de promulgación diagnosticado es tan grave, que el mismo termina por producir efectos de índole “acumulativa” en lo que respecta a otras exigencias del estado de derecho, tales como la irretroactividad de las normas jurídicas, su estabilidad y la necesidad de preservar tanto la consistencia interna del ordenamiento jurídico, como la de promover la congruencia entre el derecho vigente y el derecho utilizado para la resolución de casos concretos.

Los problemas de estado de derecho diagnosticado se traducen, en la práctica, en la disminución de la capacidad del ordenamiento interamericano de derechos humanos para orientar las decisiones y acciones de sus destinatarios. En efecto, como consecuencia de los problemas asociados a la promulgación, los Estados disponen de menos certezas para identificar el estándar de conducta que los órganos supervisores del SIDH esperan de ellos en situaciones concretas. Por otro lado, en este mismo contexto, y dentro de las jurisdicciones nacionales, las personas van a tener mayores dudas respecto de qué conductas válidamente exigir o no a sus Estados para que éstos den cumplimiento a sus compromisos convencionales de derechos humanos. Finalmente, los problemas de estado de derecho referidos restan aptitud al ordenamiento interamericano de derechos humanos para limitar la discrecionalidad de juicio que, naturalmente, debe emplear tanto la CIDH como la Corte IDH, para resolver casos a partir de normas abstractas y muchas veces extremadamente generales, tales como aquellas que integran la Convención.

Así las cosas, y a la luz de los problemas de estado de derecho que perturban endémicamente la doctrina de los estándares, resulta natural plantear la necesidad de buscar soluciones al problema. En este contexto, se conciben como posibles dos caminos de solución. Mientras que el primero busca ofrecer soluciones más de fondo, reforzando el carácter normativo de los instrumentos regionales de protección como expresión del consenso de los Estados Partes, el segundo busca proponer soluciones más bien parciales que, si bien permiten limitar la gravedad de las consecuencias del problema, o bien acotar el ámbito del mismo, no resuelven, por sí mismas, el problema de estado de derecho descrito en este trabajo.

En cuanto al primer camino de solución, éste necesariamente pasa por reforzar la capacidad orientadora del SIDH. Ello puede llevar al SIDH en dos direcciones posibles. Una primera dirección es aquella que busca reafirmar la normatividad del sistema de fuentes del ordenamiento interamericano a través de la adopción de dos estrategias por parte de sus actores. Una primera estrategia implicaría asumir que el conjunto de estándares interamericanos de conducta, que resultan jurídicamente exigibles a los Estados, es únicamente aquel integrado por las normas iusfundamentales expresamente recogidas por los instrumentos convencionales, excluyendo, por tanto, de la categoría de estándar a las construcciones que

tanto la CIDH, como la Corte IDH, efectúan a través de sus pronunciamientos. Dentro de esta misma dirección, una segunda estrategia exigiría –esta vez, a los Estados–, asumir sus propias responsabilidades a la luz de lo dispuesto en el artículo 77.1 de la Convención.

Esta disposición establece un mecanismo que permite fijar nuevos estándares de conducta para los Estados partes del SIDH, distintos de aquellos expresamente reconocidos en los actuales instrumentos de protección regional. En efecto, en conformidad a esta regla, los Estados podrían “incluir progresivamente en (...) [su] régimen de protección (...) otros derechos y libertades” a través de la celebración de nuevos protocolos facultativos. Por medio del uso de este mecanismo, los actores del SIDH podrían, por un lado, definir nuevos estándares interamericanos distintos de aquellos existentes –haciéndose cargo, por ejemplo, del surgimiento de nuevas circunstancias y sensibilidades en torno a los derechos humanos en la región–, pero sin que ello significara crear problemáticas altamente complejas de estado de derecho dentro del sistema. Ello, porque, para efectos de atribuir obligatoriedad jurídica a los referidos estándares, se utilizaría un criterio de promulgación cuya validez resultaría incuestionable: el consentimiento expreso de los Estados. La adopción de esta alternativa por parte de los actores del SIDH permitiría, a la larga, reforzar la capacidad orientadora del sistema interamericano de derechos humanos, dado que ofrecería, al menos, mayores grados de certeza y seguridad jurídica tanto a los Estados, como a los órganos de supervisión, acerca de las fuentes del derecho aptas para producir normas jurídicas de conducta.

Un segundo camino posible es la adopción de soluciones parciales al problema de estado de derecho diagnosticado, sin ofrecer soluciones definitivas al mismo. En efecto, dichas propuestas buscarían atenuar las consecuencias más complejas del problema, o bien reducir el ámbito de situaciones dentro del cual se presentaría el problema de estado de derecho.

Este tipo de búsqueda de soluciones no sería completamente novedosa. En efecto, éste parece ser el camino adoptado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Esta jurisdicción regional, al momento de condenar a un Estado a partir de la aplicación de un estándar extra convencional establecido de manera retroactiva, ha optado, por ejemplo, por reducir el impacto de la sanción para el Estado, eximiendo a este último del pago de compensaciones<sup>78</sup>. Evidentemente, con ello, el Tribunal ha buscado reducir la gravedad del problema de estado de derecho derivado de condenar retroactivamente a un Estado por el incumplimiento de un estándar extra convencional. Por otro lado, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha adoptado la estrategia de reducir el ámbito de posibilidades dentro de las cuales el problema puede presentarse. En este sentido, el uso de la doctrina del margen de apreciación ha permitido acotar el número de casos en los cuales los Estados resultan condenados por el incumplimiento de estándares extra convencionales respecto de los cuales no existía un claro consenso regional acerca de su existencia o exigibilidad al tiempo de la ocurrencia de los hechos del caso. Así, por ejemplo, el Tribunal se ha abstenido de condenar a aquellos Estados denunciados por no incorporar dentro de su legislación el matrimonio entre personas del mismo sexo, habida cuenta de que no existiría en el continente europeo un consenso suficiente para afirmar la existencia de un estándar extra convencional en la materia<sup>79</sup>.

<sup>78</sup> CHRISTINE GOODWIN V. REINO UNIDO (2002) párrafo 119.

<sup>79</sup> E.g.: CHAPIN Y CHARPENTIER V. FRANCIA (2016) párrafos 38-39.

Dentro del ámbito del SIDH, el uso del margen de apreciación como herramienta para limitar el ámbito de casos dentro de los cuales un Estado puede ser condenado por el incumplimiento de estándares extra convencionales, respecto de los cuales no existía consenso regional en torno a su existencia al momento de la ocurrencia de los hechos del caso, resulta una estrategia poco viable. Ello, habida cuenta que los órganos del SIDH han declarado no admitir el empleo del margen de apreciación como mecanismo para resolver casos concretos<sup>80</sup>. Sin embargo, dentro de este marco de soluciones parciales al problema de estado de derecho que afecta a los estándares extra convencionales, podrían plantearse otras estrategias que, eventualmente, permitirían limitar el ámbito dentro del cual se presenta el problema. En este sentido, una opción posible sería asumir que, dado que existen discusiones en torno al carácter jurídicamente obligatorio de las decisiones de la CIDH, éstas no sean consideradas como fuentes creadoras de estándares extra convencionales. A su vez, esta opción estaría en línea con el planteamiento –al menos, implícito– de la Corte IDH, que considera a las normas de los instrumentos regionales de protección, y a sus propios pronunciamientos, como los únicos estándares de convencionalidad aplicables de manera obligatoria a los Estados dentro del SIDH. Esto permitiría, al menos, acotar el problema de estado de derecho al ámbito de las decisiones de la Corte IDH, pero sin ofrecer una solución definitiva a los problemas diagnosticados en este trabajo.

Finalmente, y dentro de este conjunto de soluciones parciales, otra opción evaluable sería el empleo, por parte de la CIDH y de la Corte IDH, de criterios de escrutinio diferenciados, que resulten menos exigentes a la hora de evaluar el cumplimiento, por parte de los Estados, de estándares extra convencionales. Lo anterior permitiría acotar el impacto de los problemas de estado de derecho que sufren los estándares extra convencionales en contextos concretos, aunque, evidentemente, sin resolverlos del todo.

## V. CONCLUSIÓN

La doctrina de los estándares interamericanos, desarrollada por la CIDH y por la Corte IDH, ha buscado ampliar el ámbito de las conductas jurídicamente exigibles a los Estados partes del SIDH. En efecto, ambos órganos de supervisión han establecido que los Estados no se encuentran únicamente obligados por los estándares de conducta recogidos por los instrumentos convencionales, sino también por estándares producidos a partir de decisiones adoptadas tanto por la CIDH, como por la Corte IDH. Si bien no existe unanimidad entre ambas instituciones al momento de definir qué actuaciones permitirían establecer esos estándares extra convencionales, ambas coinciden en reconocer que los Estados se encontrarían sometidos a estándares no recogidos expresamente en las convenciones del SIDH.

Pese al esfuerzo realizado por la CIDH y la Corte IDH por persuadir tanto a los Estados como a los autores, acerca de la legitimidad de la doctrina de los estándares, igualmente subsisten controversias en torno a la fuerza vinculante de los estándares interamericanos extra convencionales. Desde una perspectiva de estado de derecho, dichas interro-

<sup>80</sup> *ATALA RIFFO Y NIÑAS VS. CHILE* (2012) párrafo 74-75; *ARTAVIA MURILLO Y OTROS (FECUNDACIÓN IN VITRO) VS. COSTA RICA* (2012) párrafo 316.

tes producen un severo problema de promulgación que impacta también otros *desiderata*. Todos estos problemas terminan por disminuir la capacidad orientadora del SIDH. Ello, en la medida que los Estados partes carecen de las suficientes certezas para identificar con precisión cuáles serían los estándares que les resultarían jurídicamente obligatorios. Esa pérdida de capacidad orientadora, a su vez, disminuye la habilidad del mismo SIDH para limitar la discrecionalidad de juicio de sus órganos supervisores, contribuyendo con ello a generar espacios de incerteza. De allí la necesidad de que los diversos actores del SIDH, al menos, reevalúen sus posiciones en torno a la doctrina de los estándares buscando introducir con ello mayores grados de seguridad jurídica al interior del SIDH.

### BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ATIYAH, Patrick y SUMMERS, Robert (2002): *Form and Substance in Anglo-American Law. A comparative Study in Legal Reasoning, Legal Theory, and Legal Institutions* (Oxford, Oxford University Press).
- BAZÁN, Víctor (2014): “Algunos retos temáticos para la justicia constitucional en América Latina”, en ETO CRUZ, Gerardo (edit.), *Treinta años de jurisdicción constitucional en el Perú*, Tomo I (Centro de Estudios Constitucionales, Lima) pp. 195-239.
- BINGHAM, Tom (2011): *The Rule of Law* (London, Penguin UK).
- BREWER-CARÍAS, Allan (2018): “Sobre el control de convencionalidad ejercido por los tribunales nacionales y el derecho administrativo”, en HERNÁNDEZ MENDIBLE, Víctor y VILLEGAS MORENO, José Luis (coord.), *Hacia un derecho administrativo para retornar a la democracia. Liber Amicorum al profesor José Araujo Juárez* (Caracas, CIDEP) pp. 295-318.
- BURGORGUE-LARSEN, Laurence (2014): “El contexto, las técnicas y las consecuencias de la interpretación de la Convención Americana de los Derechos Humanos”, *Estudios Constitucionales*, vol. 12, N° 1: pp. 105-161.
- BURGOS, José (2010): “Estado de derecho: del modelo formal al sustancial”, *Revista Diálogos de Saberes*, N° 33: pp. 231-244.
- CANDIA FALCÓN, Gonzalo Fernando (2015): “Derechos implícitos y Corte Interamericana de Derechos Humanos: una reflexión a la luz de la noción de estado de derecho”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 42, N° 3: pp. 873-902.
- CANDIA FALCÓN, Gonzalo Fernando (2016): “La concepción sustantiva del estado de derecho: problemáticas y desafíos”, *Revista Jurídicas*, vol. 13, N° 2: pp. 9-26.
- CANDIA FALCÓN, Gonzalo Fernando (2017): “Interpretation of Regional Human Rights Conventions and Originalism: Different Context, Same Myths”, *DPCE Online*, vol. 31, N° 3: pp. 597-606.
- CANDIA FALCÓN, Gonzalo Fernando (2018): “Causales de inadmisibilidad de opiniones consultivas: reforzando el carácter subsidiario del sistema interamericano de derechos humanos”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 45, N° 1: pp. 57-80.
- CARVAJAL MARTÍNEZ, Jorge Enrique y GUZMÁN RINCÓN, Andrés Mauricio (2017): “¿Justicia demorada? El tiempo de los derechos en el sistema Interamericano”, *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, vol. 47, N° 126: pp. 143-167.

- CONTRERAS VÁSQUEZ, Pablo (2015): “Análisis Crítico del Control de Convencionalidad”, en NÚÑEZ POBLETE, Manuel Antonio (ed.), *La Internacionalización del Derecho Público* (Santiago, Thomson Reuters) pp. 425-469.
- DAVIDSON, Scott (1997): *The Inter-American Human Rights System* (Aldershot, Dartmouth).
- DE CASAS, Ignacio (2019): “¿Qué son los estándares de derechos humanos?”, *Revista Internacional de Derechos Humanos*, vol. 9, N° 2: pp. 291-301.
- DÍAZ TOLOSA, Regina Ingrid (2020): “Aplicación de los estándares interamericanos sobre expulsión de extranjeros en el sistema jurídico chileno”, *Estudios Constitucionales*, vol. 18, N° 1: pp. 309-352.
- DULITZKY, Ariel (2015): “Muy poco, muy tarde: la morosidad procesal de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, *Buenos Aires*, N° 12. Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r33492.pdf>. Fecha de consulta: 4 de abril de 2023.
- DWORKIN, Ronald (1985): *A Matter of Principle* (Cambridge, Harvard University Press).
- FERRAJOLI, Luigi (2002): “Juspositivismo crítico y democracia constitucional”, *Isonomía*, N° 16: pp. 7-20.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (2011): “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, *Estudios Constitucionales*, vol. 9, N° 2: pp. 531-622.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y PELAYO MÖLLER, Eduardo (2012): “La obligación de ‘respetar’ y ‘garantizar’ los derechos humanos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Análisis del artículo 1° del pacto de San José como fuente convencional del derecho procesal constitucional mexicano”, *Estudios Constitucionales*, vol. 10, N° 2: pp. 141-192.
- FINNIS, John (2011): *Natural Law and Natural Rights* (Oxford, Oxford University Press, segunda edición).
- FINNIS, John (2016): “Judicial Law-Making and the ‘Living’ instrumentalisation of the ECHR” en BARBER, Nicholas, EKINS, Richard y YOWELL, Paul (edits.), *Lord Sumption and the Limits of the Law* (Oxford, Hart Publishing) pp. 73-120.
- FULLER, Lon (1969): *The Morality of Law* (New Haven, Yale University Press, second edition).
- GALDÁMEZ ZELADA, Liliana (2014): “El valor asignado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Estudios Constitucionales*, vol. 12, N° 1: pp. 329-364.
- GARCÍA BELAUNDE, Domingo y PALOMINO MANCHEGO, José (2013): “El control de convencionalidad en el Perú”, *Pensamiento Constitucional*, vol. 18, N° 18: pp. 223-241.
- HUIZA PINTO, Severo Pablo: (2021): “Una mirada crítica del control de convencionalidad desde el pensamiento de Michel Foucault”, *Revista Jurídica Derecho*, vol. 10, N° 15: pp. 21-50.
- MOLINA VERGARA, Marcela (2018): “Estándares jurídicos internacionales: Necesidad de un análisis conceptual”, *Revista de Derecho (Coquimbo. En línea)*, año 25, N° 1: pp. 233-256.

- NASH ROJAS, Claudio (2013): “Control de convencionalidad. Precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año XIX: pp. 489-509.
- NASH ROJAS, Claudio y NÚÑEZ, Constanza (2017): “Recepción formal y sustantiva del derecho internacional de los derechos humanos: experiencias comparadas y el caso chileno”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLX, N° 148: pp. 185-231.
- NIETO NAVIA, Rafael (2014): “La aplicación del principio *jura novit curia* por los órganos del sistema interamericano de derechos humanos”, en REY CARO, Ernesto y RODRÍGUEZ DE TABORDA, María (direct.) *Estudios de Derecho Internacional: en homenaje a la Dra. Zlata Drnas de Clément* (Córdoba, Advocatus) pp. 619-639.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2017): “El control de convencionalidad por los Estados parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y tribunales chilenos”, *Revista de Derecho (Universidad Católica Dámaso A. Larrañaga)*, año 13, N° 15: pp. 143-200.
- PAÚL DÍAZ, Álvaro (2019): “Los enfoques acotados del control de convencionalidad: las únicas versiones aceptables de esta doctrina”, *Revista de derecho (Concepción)*, vol. 87, N° 246: pp. 49-82.
- PETTIT, Philip (1997): *Republicanism: A Theory of Freedom and Government* (Oxford, Oxford University Press).
- PISARELLO, Gerardo (2001): “Del estado social legislativo al estado social constitucional: por una protección compleja de los derechos sociales”, *Isonomía*, N° 15: pp. 81-107.
- RAZ, Joseph (2009): *The Authority of Law: essays on Law and Morality* (Oxford, Oxford University Press, segunda edición).
- RIVERA RUGELES, Juan Camilo (2010): “Las sanciones penales frente a expresiones sobre temas de relevancia pública: ¿Limitación o violación a la libertad de expresión?”, *American University International Law Review*, vol. 26, N° 1: pp. 7-32.
- SCHNEIDER, Jan (2015): *Reparation and enforcement of judgments: a comparative analysis of the European and InterAmerican human rights systems*, (Berlin, epubli GmbH). Disponible en: [https://www.ssoar.info/ssoar/bitstream/handle/document/45633/ssoar-2015-Schneider-Reparation\\_and\\_enforcement\\_of\\_judgments.pdf?sequence=3&isAllowed=y&lnkname=ssoar-2015-Schneider-Reparation\\_and\\_enforcement\\_of\\_judgments.pdf](https://www.ssoar.info/ssoar/bitstream/handle/document/45633/ssoar-2015-Schneider-Reparation_and_enforcement_of_judgments.pdf?sequence=3&isAllowed=y&lnkname=ssoar-2015-Schneider-Reparation_and_enforcement_of_judgments.pdf). Fecha de consulta: 06 de noviembre de 2022.
- SILVA ABBOTT, Max (2018): “¿Es realmente viable el control de convencionalidad?”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 45, N° 3: pp. 717-744.
- TAMANAH, Brian (2004): *On the rule of law. History, Politics, Theory* (Cambridge, Cambridge University Press).
- TRUJILLO, Isabel (2015): “Estado de derecho y práctica de los derechos humanos”, *Persona y Derecho*, vol. 73, N° 2: pp. 161-180.
- VIGNOLO CUEVA, Orlando (2011): “La cláusula del estado de derecho, el principio de legalidad y la administración pública. Postulados básicos y transformaciones”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLIV, N° 131: pp. 783-813.
- VILLACÍS LONDOÑO, Henry (2018): “El control de convencionalidad y su aplicación en Ecuador”, *Revista San Gregorio*, N° 26: pp. 84-91.

- VILLAR BORDA, Luis (2007): “Estado de derecho y Estado social de derecho”, *Revista Derecho del Estado*, N° 20: 73-96.
- WALDRON, Jeremy (2011a): “Thoughtfulness and the Rule of Law”, *New York University School of Law Public Law & Legal Theory research paper series working paper N° 11-13*: pp. 1-20.
- WALDRON, Jeremy (2011b): “Are Sovereigns Entitled to the Benefit of the Rule of Law?”, *European Journal of International Law*, vol. 22 N° 2: pp. 315-343.

## NORMAS E INSTRUMENTOS CITADOS

- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: “Informe sobre seguridad ciudadana y derechos humanos” (31 de diciembre de 2009).
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: “Estándares jurídicos vinculados a la igualdad de género y a los derechos de las mujeres en el sistema interamericano de derechos humanos: desarrollo y aplicación” (3 de noviembre de 2011).
- ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS, ASAMBLEA GENERAL: “Fortalecimiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en Seguimiento de los Mandatos Derivados de las Cumbres de las Américas”, Resolución AG/RES. 2675 (XLI-0/11) (7 de junio de 2011).
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: “Informe Anual 2013”, Capítulo IV (A) (31 de diciembre de 2013).
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: “Consideraciones sobre la ratificación universal de la Convención Americana y otros tratados interamericanos en materia de derechos humanos” (14 de agosto de 2014).
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: “Políticas públicas con enfoque de derechos humanos” (15 de septiembre de 2018).
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: “Anexo 1. Principales estándares y recomendaciones en materia de violencia y discriminación contra mujeres, niñas y adolescentes” (14 de noviembre de 2019).
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: “Compendio sobre la obligación de los Estados de adecuar su normativa interna a los Estándares Interamericanos de Derechos Humanos” (25 de enero de 2021).

## JURISPRUDENCIA CITADA

- Sentencias DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS
- CASO DE LA “MASACRE DE MAPIRIPÁN” VS. COLOMBIA (2005): Corte Interamericana de DD.HH., Serie C No. 134.
- CASO RADILLA PACHECO VS. MÉXICO (2009): Corte Interamericana de DD.HH., Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 209.
- CASO ATALA RIFFO Y NIÑAS VS. CHILE (2012): Corte Interamericana de DD.HH., Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 239.
- CASO ARTAVIA MURILLO Y OTROS (FECUNDACIÓN IN VITRO) VS. COSTA RICA (2012): Corte Interamericana de DD.HH., Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 257.

*CASO GELMAN vs. URUGUAY* (2013): Corte Interamericana de DD.HH., Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de marzo de 2013.

*CASO CUSCUL PIVARAL Y OTROS vs. GUATEMALA* (2018): Corte Interamericana de DD.HH., Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 359.

*CASO ÁLVAREZ RAMOS vs. VENEZUELA* (2019): Corte Interamericana de DD.HH., Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 380.

*CASO HERNÁNDEZ vs. ARGENTINA* (2019): Corte Interamericana de DD.HH., Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 395.

*CASO COMUNIDADES INDÍGENAS MIEMBROS DE LA ASOCIACIÓN LHAKA HONHAT (NUESTRA TIERRA) vs. ARGENTINA* (2020): Corte Interamericana de DD.HH., Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 400.

*CASO PALACIO URRUTIA Y OTROS vs. ECUADOR* (2021): Corte Interamericana de DD.HH., Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 446.

#### OPINIONES CONSULTIVAS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

*DERECHOS Y GARANTÍAS DE NIÑAS Y NIÑOS EN EL CONTEXTO DE LA MIGRACIÓN Y/O EN NECESIDAD DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL* (2014): Corte Interamericana de DD.HH., Opinión Consultiva OC-21/14, Serie A No. 21.

*TITULARIDAD DE DERECHOS DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS (INTERPRETACIÓN Y ALCANCE DEL ARTÍCULO 1.2, EN RELACIÓN CON LOS ARTÍCULOS 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46, Y 62.3 DE LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, ASÍ COMO DEL ARTÍCULO 8.1 A Y B DEL PROTOCOLO DE SAN SALVADOR)* (2016): Corte Interamericana de DD.HH., Opinión Consultiva OC-22/16, Serie A No. 22.

*IDENTIDAD DE GÉNERO, E IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN A PAREJAS DEL MISMO SEXO. OBLIGACIONES ESTATALES EN RELACIÓN CON EL CAMBIO DE NOMBRE, LA IDENTIDAD DE GÉNERO, Y LOS DERECHOS DERIVADOS DE UN VÍNCULO ENTRE PAREJAS DEL MISMO SEXO (INTERPRETACIÓN Y ALCANCE DE LOS ARTÍCULOS 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 Y 24, EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 1 DE LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS)* (2017): Corte Interamericana de DD.HH., Opinión Consultiva OC-24/17. Serie A No. 24.

#### SENTENCIAS DEL CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS

*CHRISTINE GOODWIN v. REINO UNIDO* (2002). Corte Europea de DD.HH., N° 28957/95, 11/07/2002.

*CHAPIN Y CHARPENTIER v. FRANCIA* (2016). Corte Europea de DD.HH., N° 40183/07, 09/06/2016.

#### SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA NACIONAL DE ARGENTINA

*Corte Suprema de Justicia de la Nación* (2017): *Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada para el caso “Fontevicchia y D 'Amico vs. Argentina” por la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Disponible en: <http://www.saij.gob>.

ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-ministerio-relaciones-exteriores-culto-informe-sentencia-dictada-caso-fontevecchia-damico-vs-argentina-corte-interamericana-derechos-humanos-fa17000003-2017-02-14/123456789-300-0007-1ots-eupmocsollaf. Fecha de consulta: 12 de abril de 2023.

SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE URUGUAY

*AA.BB. Denuncia. Excepción de Inconstitucionalidad Artículos 1°, 2° y 3° de la Ley N° 18.831, IUE 2-109.9717/2011 (2013).*