

CONTROLES DE CONVENCIONALIDAD DE LAS LEYES

Ernesto REY CANTOR*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Primera etapa de la jurisprudencia*. III. *Segunda etapa de la jurisprudencia*.

I. INTRODUCCIÓN

Se trata de “la responsabilidad derivada por ‘hecho ilícito del Estado’, como con secuencia de la actividad legislativa, o su omisión”.

“En consecuencia, el hecho que se pretende estudiar es el imputado a un órgano del Estado, en este caso, al poder legislativo. Se trata de casos en los cuales el hecho del Estado apunta al orden jurídico interno, como por lo general ocurre con los actos legislativos. Pese a ello, las repercusiones afectan a las normas de derecho internacional que establecen la obligación”.¹ En otras palabras, es el hecho —acto u omisión— ilícito internacional del Estado-legislador.

Podría sostenerse que pasó a la historia constitucional del derecho occidental —en la mayoría de los Estados— el principio de la supremacía del Parlamento (equivalente a soberanía del Parlamento), principio con el que se significaba que la ley era intocable por ser absoluta, como también forma parte de esa historia el aforismo latino *dura lex, sed lex*. En el Estado moderno se abrió paso el principio de la supremacía de la Constitución, que significa que “la Constitución es norma de normas”.²

* Profesor de derecho constitucional en Colombia.

¹ Urioste Braga, Fernando, *Responsabilidad internacional de los Estados en los derechos humanos*, Montevideo, Editorial B de F, 2002, p. 11.

² Constitución Política de Colombia, artículo 4o.

La Constitución es la normativa de superior jerarquía a la que está subordinado el orden jurídico infraconstitucional, siendo el tribunal o corte constitucional el máximo intérprete de la Constitución. Esta afirmación categórica también ha comenzado a ser historia, a partir del momento en que el Estado parte en un tratado o convención internacional que reconoce derechos humanos adquiere obligaciones internacionales *erga omnes* de “respetar y garantizar su libre y pleno ejercicio”, porque queda sometido a la normativa internacional, incluida la Constitución. En este orden de ideas, podemos decir que “la Convención Americana de Derechos Humanos es norma de normas” en la Organización de Estados Americanos (OEA) y “la Corte Interamericana se establece como auténtico guardián e intérprete final de la Convención”,³ según palabras del distinguido tratadista mexicano Eduardo Ferrer Mac-Gregor.

Peter Häberle⁴ expresa que “si hasta ahora se hablaba de la «interpretación conforme a la Constitución» de las leyes ordinarias, hoy nos encontramos ante el mandato de la interpretación de los derechos fundamentales conforme a los derechos humanos”. En otras palabras, el derecho interno (Constitución) debe interpretarse de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos.

¿Cuándo el derecho interno (Constitución, ley, actos administrativos, jurisprudencia, prácticas administrativas y judiciales, etcétera) es incompatible con el derecho internacional de los derechos humanos?

Se presentan varias situaciones, según Urioste Braga: 1) cuando el Estado, por medio del órgano Legislativo, aprueba una ley, o el poder constituyente adopta una nueva norma constitucional; por ejemplo, al expedir una Constitución o reformar la vigente (se trata de meros hechos), y esta normatividad es violatoria de normas internacionales que reconocen los derechos humanos; 2) “Hay situaciones en las cuales la responsabilidad no deriva de ningún acto o hecho del Estado, sino precisamente de una omisión. Nos encontramos con estas situaciones en los casos en que existe una obligación internacional de dictar una ley con un determinado contenido, y precisamente el Estado no la dicta. Aquí el hecho generador es la omisión”.⁵

³ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Los tribunales constitucionales en Iberoamérica*, México, Ediciones Fundap, 2002, p. 144.

⁴ Häberle, Peter, *El Estado constitucional*, México, UNAM, 2001, p. 185.

⁵ Cfr. Urioste Braga, *cit.*, pp. 11-14.

En efecto, es posible que el Estado-legislador dicte normas (constitucionales legales, administrativas) que violen los derechos humanos (i), o no adopte las medidas legislativas para hacer efectivos tales derechos (ii), o no derogue las normas contrarias a esos derechos (iii). En la primera hipótesis, hay responsabilidad por acción, en la segunda y tercera hipótesis, la responsabilidad será por omisión. De ahí que nos refiramos al hecho —acto u omisión— ilícito internacional del Estado-legislador.

Siguiendo la jurisprudencia de la Corte Interamericana, exponemos los lineamientos plasmados en opiniones consultivas y en las sentencias en casos contenciosos, relacionados con el incumplimiento de las obligaciones internacionales y las consecuencias que se derivan de la responsabilidad internacional, cuando el Estado dicta normas contrarias a los derechos humanos reconocidos en un tratado que el Estado es parte.

Del repertorio jurisprudencial a analizar construiremos el principio de la supremacía de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, según Ferrer Mac-Gregor: “la Convención es norma de normas, en la OEA”. Este principio se garantiza por medio de dos controles de convencionalidad: control de convencionalidad en sede internacional, y control de convencionalidad en sede interna.

II. PRIMERA ETAPA DE LA JURISPRUDENCIA

Examinemos en la jurisprudencia de la Corte las opiniones consultivas para establecer el gradual avance jurisprudencial y posteriormente los casos contenciosos que la van consolidando para crear el control de convencionalidad.

1. *Opinión consultiva, OC-13/93*

En la opinión consultiva OC-13/93, del 16 de julio de 1993, la Corte expresó:

27. ... el hecho de que se trate de «leyes internas» y de que estas 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.

28. ... Tal como lo ha manifestado la Corte, el cumplimiento de un procedimiento constitucional «no impide en todos los casos que una ley apro-

bada por el Parlamento llegue a ser violatoria de los derechos humanos» (La expresión ‘leyes’ en el artículo 30 de la Convención).

29. ... 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... no le da facultad para calificar el cumplimiento por el Estado de los preceptos constitucionales en la elaboración de las normas internas.

30. En el ámbito internacional lo que interesa determinar es si una ley resulta violatoria de las obligaciones internacionales asumidas por un Estado en virtud de un tratado. Esto puede y debe hacerlo la Comisión a la hora de analizar las comunicaciones y peticiones sometidas a su conocimiento sobre violaciones de derechos humanos y libertades protegidos por la Convención...

35. Una norma interna puede resultar violatoria de la Convención por ser irrazonable o porque no resulte ‘conforme’ con ella y, por supuesto, una ley contraria a las obligaciones de un Estado derivadas de la Convención no puede ser estimada ‘razonable’ ni ‘conveniente’.⁶

Esta jurisprudencia nos permite concluir que, en cuanto a la expedición y validez de las leyes, se presentan diversas situaciones: que la ley sea aprobada por el Congreso (o parlamento, o asamblea legislativa), con el cumplimiento pleno de las formalidades del procedimiento constitucional —supremacía formal— y de conformidad con la sustancia regulada por la Constitución —supremacía material—. En estos términos y según el derecho constitucional, dicha ley estaría amparada por el principio de “presunción de constitucionalidad de la ley”, y, por consiguiente, estaría revestida de validez. En esta situación, la jurisdicción internacional no realizará un *control de constitucionalidad*, porque es de competencia exclusiva de los tribunales o cortes constitucionales. Distinto será el caso cuando la ley sea incompatible con la Convención Americana, aunque internamente sea considerada constitucional. Esta valoración no exime al Estado del cumplimiento de las obligaciones internacionales (generales y específicas) derivadas de este tratado internacional. Dicho de otra forma: la ley podría ser compatible con la Constitución, pero incompatible con la Convención Americana; el examen de confrontación normativa (ley frente al tratado) lo realizaría, en primer lugar, la Comisión Interamericana, en un caso con-

⁶ Corte IDH, opinión consultiva O.C.-13/93, “Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (artículos 41, 42, 44, 46, 47, 50, 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)”.

creto sometido a su consideración. En efecto, existiría violación a los derechos humanos. Veamos el avance jurisprudencial al respecto:

2. *Opinión consultiva OC-14/94*

En otra oportunidad, la Corte Interamericana expresó lo siguiente:

22. ... En los supuestos o hipótesis de violación de las obligaciones internacionales asumidas por los Estados Parte y que resulten de una eventual contradicción entre sus normas de derecho interno y las de la Convención, aquellas serán evaluadas por la Corte en los procesos contenciosos como simples hechos o manifestaciones de voluntad, susceptibles de ser ponderados solo respecto de las convenciones y tratados involucrados y con prescindencia de la significación o jerarquía que la norma nacional tenga dentro del ordenamiento jurídico del respectivo Estado...

28. ... De manera que, si la Comisión considera que la reforma de la Constitución peruana puede representar una violación manifiesta de las obligaciones de ese Estado frente a la Convención, puede utilizar esa circunstancia como fundamento de una solicitud de opinión que tenga carácter general...

33. Naturalmente, si se ha contraído la obligación de adoptar las medidas aludidas, con mayor razón lo está la de no adoptar aquellas que contradigan el objeto y fin de la Convención...

36. ..., 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...

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

«[q]ue 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 este ha asumido al ratificarla o adherir a ella... (Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, parte resolutive 1)».

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 puede ser hecha por la Comisión directamente al Estado...

41. Es conveniente señalar, en primer lugar, que una ley que entra en vigor no necesariamente afecta 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 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 una 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)...

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 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. ... 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.

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 derechos y libertades protegidos respecto de individuos determinados, genera responsabilidad internacional para el Estado.

Por las razones expuestas, la Corte decide:

1. Que la expedición de una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado al ratificar o al adherir a la Convención, constituye una violación de esta y, en el caso de que esa violación afecte derechos y libertades protegidos respecto de individuos determinados, genera responsabilidad internacional para el Estado.

2. Que el cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley manifiestamente violatoria de la Convención, genera responsabilidad internacional del Estado...⁷ (cursiva fuera del texto).

Como conclusiones de lo anterior, podemos afirmar que se presentan dos hipótesis en la expedición de leyes incompatibles con la Convención Americana: en la primera, se trata de ley que no es de aplicación inmediata; por tanto, no representa, *per se*, violación. En el caso de una ley de aplicación inmediata, hay violación de los derechos humanos por el solo hecho de su expedición, y si por su aplicación se lesionan los derechos humanos de una persona determinada (presunta víctima), consecuentemente se genera responsabilidad internacional del Estado. Se ampliarán estos análisis en el caso Raxcacó Reyes contra Guatemala (párrafos 88 y 132), entre otros.

Cuando la Corte expresa “afecte derechos y libertades protegidos respecto de individuos determinados”, significa que la ley de aplicación inmediata violaría el tratado que reconoce los derechos humanos por la sola expedición, y si es aplicada a una persona determinada surgiría la responsabilidad, siendo la víctima la que sufre la lesión a sus derechos. Dicho de otra forma: si la ley es aplicada a una persona, ésta sería la víctima y, por ende, hay violación y, consecuentemente, nace la responsabilidad internacional del Estado-legislador.

Destacamos finalmente la procedibilidad de las medidas provisionales o medidas cautelares, según el caso, cuando se trate de normas que manifiestamente sean incompatibles y, consecuentemente, violan los derechos humanos cuando se expidan; para el caso, podríamos traer a colación el ejemplo que ofrece Jiménez de Aréchaga: una ley que autoriza

⁷ Corte IDH, opinión consultiva OC-14/94, 9 de diciembre de 1994, “Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (Convención Americana sobre Derechos Humanos, arts. 1o. y 2o.)”.

expropiar bienes sin indemnización, por sí misma, ha afectado la posibilidad de venta de los bienes a aquellos seres humanos que se hallen en la hipótesis que contempla la ley; consideramos que procedería la solicitud de medidas cautelares por la Comisión frente al Estado, antes de la aplicación de dicha ley, a fin de evitar la consumación de las violaciones y, por ende, los daños irreparables.

La Corte Interamericana, en la primera etapa de su jurisprudencia, en los casos contenciosos, estimó que para establecer la incompatibilidad de una norma de derecho interno con la Convención Americana, era necesaria la existencia de un daño causado a una víctima como consecuencia de la aplicación de la referida norma. Veamos los casos sobresalientes.

3. *Caso Lacayo contra Nicaragua*⁸

En sentencia de excepciones preliminares del 27 de enero de 1995, la Corte expresó:

49. ... Sin embargo, en el presente caso, la compatibilidad en abstracto, tal como lo ha planteado la Comisión, de los referidos decretos con la Convención, tiene que ver con la competencia consultiva de la Corte (art. 64.2) y no con la contenciosa (art. 62.3).

50. La competencia contenciosa de la Corte no tiene por objeto la revisión de las legislaciones nacionales en abstracto, sino que es ejercida para resolver casos concretos en que se alegue que un acto del Estado, ejecutado contra personas determinadas, es contrario a la Convención.

En la sentencia de fondo, del 29 de enero de 1997, expresó:

91. En relación con el incumplimiento por parte del Gobierno del artículo 2o. de la Convención Americana por la aplicación de los decretos Núms. 991 y 600, esta Corte manifestó que la jurisdicción militar no viola *per se* la Convención y con respecto a la alegada aplicación de algunas de las disposiciones de dichos decretos que pudieren ser contrarias a la Convención, ya se determinó que en el presente caso no fueron aplicadas... En consecuencia, la Corte no emite pronunciamiento sobre la compatibilidad

⁸ Hechos: el 28 de octubre de 1980, agentes del Estado dieron muerte a Jean Paul Genie Lacayo, lo que originó un proceso penal contra estos agentes. El 23 de julio de 1991 comenzó la ejecución de la denegación de justicia, por el retardo en el trámite del proceso y la renuencia de la jurisdicción penal de sancionar a los responsables.

de estos artículos con la Convención ya que proceder en otra forma constituiría un análisis en abstracto y fuera de las funciones de esta Corte.

Cançado Trindade, en voto disidente, expresó:

la noción de situación continuada, —hoy respaldada por una amplia jurisprudencia en el campo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos—, abarca violaciones de derechos humanos que, *v. g.* no pueden ser desvinculadas de la legislación de la cual resultan (y que permanecen en vigencia)... Tal situación continuada puede configurarse, por ejemplo, por la persistencia, sea de leyes nacionales incompatibles con la Convención, sea de una jurisprudencia constante de los tribunales nacionales claramente adversa a la víctima (párrafos 9 y 27).

Es lo que en otros términos se denomina “hechos ilícitos continuados”.

4. *Caso El amparo contra Venezuela*⁹

La Corte, en la sentencia de reparaciones del 14 de septiembre de 1996, consideró lo siguiente:

56. En resumen, la Comisión concreta las reparaciones no pecuniarias en la reforma del Código de Justicia Militar y de los reglamentos e instrucciones castrenses que resulten incompatibles con la Convención...).

57. Por su parte, el Estado alega que los artículos impugnados del Código de Justicia Militar no han sido aplicados en el presente caso y son solo una habilitación al Presidente de la República; que la satisfacción a las víctimas se consuma por el reconocimiento de responsabilidad por Venezuela y que las reparaciones no patrimoniales no están de acuerdo con la jurisprudencia internacional en general ni con la de ésta Corte en particular.

58. En relación con lo anterior, la Corte considera que, efectivamente, el artículo 54 del citado Código que concede al Presidente de la República la facultad de ordenar que no se abra juicio militar en casos determinados cuando lo estime conveniente a los intereses de la Nación y ordenar el sobreseimiento de los juicios militares en cualquier estado de la causa, no ha sido aplicado en el presente caso.

60. ... en abstracto sobre la compatibilidad del Código de Justicia Militar de Venezuela y sus reglamentos e instrucciones con la Convención

⁹ Hechos: el 29 de octubre de 1988, fuerzas armadas efectuaron un operativo militar contra dieciséis pescadores, dando muerte a catorce, cuando participaban en una pesca, en el río Arauca.

Americana, y por lo tanto no cabe ordenar al Estado de Venezuela la reforma solicitada por la Comisión.

La Corte distingue la incompatibilidad en abstracto de la ley (sin aplicación, no se consume un daño y no hay víctima) de la incompatibilidad en concreto de la ley (aplicación de la ley, se consume un daño y hay víctima).

El juez Cançado Trindade, en un voto disidente, expresó:

2. ... En mi entendimiento, la propia existencia de una disposición legal puede *per se* crear una situación que afecta directamente los derechos protegidos por la Convención Americana. Una ley puede ciertamente violar estos derechos en razón de su propia existencia, y, en la ausencia de una medida de aplicación o ejecución, por la amenaza real a la(s) persona(s), representada por la situación creada por dicha ley.

3. No me parece necesario esperar la ocurrencia de un daño (material o moral) para que una ley pueda ser impugnada; puede serlo sin que esto represente un examen o determinación in abstracto de su incompatibilidad con la Convención. Si fuera necesario aguardar la aplicación efectiva de una ley ocasionando un daño, no habría cómo sostener el deber de prevención. Una ley puede, por su propia existencia y en la ausencia de medidas de ejecución, afectar los derechos protegidos en la medida en que, por ejemplo, por su vigencia priva a las víctimas o a sus familiares de un recurso efectivo ante los jueces o tribunales nacionales competentes, independientes e imparciales, así como de las garantías judiciales plenas (en los términos de los artículos 25 y 8 de la Convención americana)...

La jurisprudencia internacional en el presente dominio, en los planos tanto regional como global, ha evolucionado a punto de admitir hoy día que un individuo puede, bajo determinadas condiciones, reivindicar ser víctima de una violación de derechos humanos perpetrada por la simple existencia de medidas permitidas por la legislación, sin que hayan sido a él aplicadas. Puede efectivamente hacerlo ante el simple riesgo de ser directamente afectado por una ley, ante la amenaza continua representada por el mantenimiento en vigor de la legislación impugnada. Se reconoce actualmente que un individuo puede efectivamente impugnar una ley que todavía no ha sido aplicada en su perjuicio, bastando para esto que dicha ley sea aplicable en forma tal que el riesgo o amenaza que él sufra sus efectos sea real, sea algo más que una simple posibilidad teórica...

Una ley puede *per se* configurarse incompatible con la Convención en la medida en que, por ejemplo, inhiba el ejercicio de los derechos protegidos, aún en la ausencia de una medida de aplicación. Una ley puede *per se* revelarse incompatible a la Convención en la medida en que, por ejemplo,

no imponga límites precisos al poder discrecional atribuido a las autoridades públicas de interferir en el ejercicio de los derechos protegidos. Una ley puede *per se* mostrarse incompatible con la Convención en la medida en que, por ejemplo, dificulte las investigaciones en curso, u ocasione obstrucciones en el proceso judicial, o conlleve a la impunidad de los responsables por las violaciones de los derechos humanos.

Con esta tesis jurídica del juez Cançado Trindade, la jurisprudencia de la Corte Interamericana comienza a abrirse paso, con el fin de examinar en los casos contenciosos sometidos a su consideración, las normas internas (Constituciones, leyes, actos administrativos, prácticas, etcétera) que podrían ser incompatibles con la Convención, por el hecho de su sola expedición, independientemente de que haya sido aplicada y cause daños a los seres humanos. En esta hipótesis, se presentaría una amenaza al ejercicio de los derechos humanos.

Se abona al anterior aporte doctrinal, por ejemplo, el caso en que por la expedición de una ley se amenacen los derechos humanos de un grupo de personas, quienes potencialmente podrán ser víctimas; como sería una ley que excluya a los extranjeros de color negro de la nacionalización, eventualmente los expondría a ser expulsados del país en cualquier momento. Estas víctimas futuras podrían demandar por inconstitucionalidad la ley ante la jurisdicción constitucional, por violar la Constitución y los tratados de derechos humanos en ella incorporados, si la Constitución los legitima para hacerlo, con objeto de que mediante sentencia se retire del ordenamiento jurídico. Ésta es una forma de garantizar el deber de prevención; suponiendo que el acceso a la justicia constitucional esté restringido, tales personas podrían solicitar medidas cautelares ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, a fin de que no sea aplicada la ley, y así evitar un daño irreparable.

5. *Caso Caballero Delgado contra Colombia*¹⁰

En la sentencia de reparaciones del 29 de enero de 1997, la Corte consideró: “57. ... En relación con lo anterior, esta Corte estima que la cues-

¹⁰ Hechos: el 7 de febrero de 1989, en el departamento del Cesar, Isidro Caballero Delgado (dirigente sindical del magisterio) y María del Carmen Santana, fueron detenidos arbitrariamente y desaparecidos por una patrulla militar, por cuanto participaban en la movilización de la población civil para llevar a cabo un encuentro popular.

tión de la competencia de los tribunales militares y su compatibilidad con los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, implicaría una revisión de la legislación colombiana que no es apropiado hacer en forma incidental y en la fase de reparaciones y menos aún cuando ha sido presentada por la Comisión en una forma hipotética”.

El juez Cançado Trindade, en un voto disidente, en términos generales, reitera su tesis jurídica, expuesta en el voto disidente anteriormente expuesto. Al respecto expresó:

1. Lamento no poder compartir la decisión tomada por la mayoría de la Corte..., en el sentido de abstenerse la Corte de proceder a una revisión de las disposiciones pertinentes de la legislación interna colombiana en cuanto al recurso de habeas corpus, para determinar su compatibilidad o no con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y de ordenar la tipificación legislativa del delito de desaparición forzada de personas...

3. ... El cumplimiento de la obligación de garantizar los derechos protegidos depende no solo de las disposiciones constitucionales o legislativas existentes —que frecuentemente no son suficientes *per se*— pero requiere además otras providencias de los Estados Partes en el sentido de capacitar a los individuos bajo su jurisdicción para hacer ejercicio pleno de todos los derechos protegidos. Tales providencias incluyen la adopción de medidas legislativas y administrativas, en el sentido de eliminar obstáculos o lagunas y perfeccionar las condiciones de ejercicio de los derechos protegidos.

...

5. Dificilmente se podría negar que a veces la propia reparación de violaciones comprobadas de derechos humanos en casos concretos pueda requerir cambios en las leyes nacionales y en las prácticas administrativas... La eficacia de los tratados de derechos humanos se mide, en gran parte, por su impacto en el derecho interno de los Estados Partes. No se puede legítimamente esperar que un tratado de derechos humanos se ‘adapte’ a las condiciones prevalecientes al interior de cada país, por cuanto debe, *a contrario sensu*, tener el efecto de perfeccionar las condiciones de ejercicio de los derechos por él protegidos en el ámbito del derecho interno de los Estados Partes.

Estos razonamientos jurídicos de Cançado Trindade van abriendo el camino jurisprudencial de la Corte Interamericana, por los nuevos casos que se le presentaran y se examinan a continuación, destacando su creatividad.

III. SEGUNDA ETAPA DE LA JURISPRUDENCIA

En la segunda etapa de la jurisprudencia de la Corte Interamericana se considera que la expedición de una norma de derecho interno podría ser violatoria *per se* del artículo 2o. de la Convención Americana, independientemente de que sea aplicada en un caso concreto en la jurisdicción interna del Estado, produzca o no un daño, lo cual ha constituido un significativo avance en la protección de la persona humana, por lo cual la Corte ordena a los Estados, reformar su derecho interno con objeto de que sea compatible con dicha Convención, en el evento de haber sido aplicada la norma a una persona humana (la presunta víctima), considerando la existencia de las violaciones a partir de su expedición.

El fundamento jurídico de la competencia de la Corte podría hallarse, en nuestro concepto, en los *travaux préparatoires* de la Convención Americana, que permiten consultar cuál era la voluntad de los Estados cuando aprobaron dicho tratado, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, llevada a cabo en San José de Costa Rica, al examinar el informe rendido por una comisión, el 17 de noviembre de 1969, se expresó: “las delegaciones expresaron su opinión de que se dotara a la Corte de una competencia que le permitiera ser el instrumento eficaz para la protección jurisdiccional de los derechos humanos”.

Consideramos que la única forma en que la Corte Interamericana podría lograr la eficacia en la protección jurisdiccional internacional de los derechos humanos es reconociéndole su competencia para declarar la incompatibilidad de una ley con la Convención, como una medida de reparación por las violaciones a los derechos. Si no lo hace la Corte, mucho menos los Estados estarán dispuestos e interesados a reconocer que su ejercicio legislativo desprotege a la persona humana y que, por ende, es fuente de violaciones. Muestra de ello es la declaratoria de constitucionalidad de algunas leyes por el tribunal constitucional nacional, que posteriormente la Corte Interamericana declaró incompatibles con la Convención, o la expedición de normas constitucionales generadoras de esta violaciones, las que en el derecho interno no serían inconstitucionales, pero a la luz de la Convención son incompatibles. Aceptar la argumentación contraria, esto es, que la Corte no tiene competencia, sería propiciar nuevos casos de violaciones, por la aplicación en sede nacional de una ley que la Corte no declaró incompatible, los que tarde o temprano resolverá con las mismas conclusiones de las violaciones semejantes, contri-

buyendo con esta jurisprudencia ineficaz e inadecuada a que los hechos se repitan, configurando un cuadro de violaciones sistemáticas, o un patrón de violaciones, etcétera, lo que debilitaría el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, haciéndolo inoperante, para lo cual no fue creado.

Otro argumento en favor de la competencia de la Corte se infiere de la II Conferencia Mundial de Derechos Humanos, Declaración y Programa de Acción de Viena (1993), en la que se exhortó a los Estados a “derogar la legislación que favorezca la impunidad de los responsables de violaciones graves de los derechos humanos... y sancionar esas violaciones...”. Suponiendo que los Estados hagan caso omiso a esta recomendación, estas sanciones correspondería imponerlas a la Corte, declarando incompatible la legislación que favorece la impunidad y que el Estado no derogó.

Por otra parte, debemos recordar el célebre *obiter dictum* de la Corte Permanente de Justicia Internacional, en el caso de Ciertos Intereses Alemanes en la Alta Silesia Polaca, que en la sentencia de fondo (1926) llegó a la conclusión de que las normas de derecho interno no son nada más que simples “hechos”. En efecto, que estos “hechos” (leyes) desaparezcan en la jurisdicción interna, por voluntad e iniciativa del Estado-legislador, o por orden de la Corte Interamericana, en nada afecta el ejercicio legislativo, sino por el contrario, lo fortalece en cumplimiento de las obligaciones internacionales de adoptar medidas legislativas de derecho interno, de conformidad con el artículo 2 de la de la Convención Americana.

Examinemos el primer caso contencioso resuelto por la Corte revolucionando su jurisprudencia y, por consiguiente, la jurisprudencia nacional:

1. *Caso Suárez Rosero contra Ecuador*¹¹

La Corte, en la sentencia de fondo del 12 de noviembre de 1997, expresó:

95. El artículo 114 bis [del Código Penal Ecuatoriano] en estudio establece que

¹¹ Hechos: el señor Rafael Iván Suárez Rosero, el 23 de junio de 1992, fue arrestado en forma ilegal y arbitraria por agentes de la policía, por vínculos con el narcotráfico, y permaneció incomunicado durante 36 días sin ser puesto a disposición en un plazo razonable ante el juez competente; fue sometido a torturas, tratos crueles, inhumanos y degradantes, como también se le violaron las garantías judiciales, por las restricciones del párrafo tercero del Código Penal (que se trataba de una excepción para los delitos de narcotráfico).

[l]as personas que hubieren permanecido detenidas sin haber recibido auto de sobreseimiento o de apertura al plenario por un tiempo igual o mayor a la tercera parte del establecido por el Código Penal como pena máxima para el delito por el cual estuvieren encausadas, serán puestas inmediatamente en libertad por el juez que conozca del proceso.

De igual modo las personas que hubieren permanecido detenidas sin haber recibido sentencia, por un tiempo igual o mayor a la mitad del establecido por el Código Penal como pena máxima por el delito por el cual estuvieren encausadas, serán puestas en libertad por el tribunal penal que conozca del proceso.

Se excluye de estas disposiciones a los que estuvieren encausados, por delitos sancionados por la Ley sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas.

97. Como la Corte ha sostenido, los Estados Parte en la Convención no pueden dictar medidas que violen los derechos y libertades reconocidos en ella... Aunque las dos primeras disposiciones del artículo 114 bis [del Código Penal Ecuatoriano] asignan a las personas detenidas el derecho de ser liberadas cuando existan las condiciones indicadas, el último párrafo del mismo artículo contiene una excepción a dicho derecho.

98. La Corte considera que esa excepción despoja a una parte de la población carcelaria de un derecho fundamental en virtud del delito imputado en su contra y, por ende, lesiona intrínsecamente a todos los miembros de dicha categoría de inculpados. En el caso concreto del señor Suárez Rosero esa norma ha sido aplicada y le ha producido un perjuicio indebido. La Corte hace notar, además, que, a su juicio, esa norma *per se* viola el artículo 2 de la Convención Americana, independientemente de que haya sido aplicada en el presente caso (lo resaltado fuera del texto).

En la parte resolutive de esta sentencia la Corte declaró que la norma del Código Penal del Ecuador era violatoria del artículo 2 de la Convención Americana, sin impartir ninguna orden al Estado.

En la sentencia de reparaciones del 20 de enero de 1997, la Corte consideró: “88. Ha sido demostrado que el artículo sin numeración después del artículo 114 del Código Penal del Ecuador fue declarado inconstitucional. Por lo tanto, la Corte considera que no es necesario dar consideración a la solicitud de la Comisión al respecto”.

Al respecto, comenta Cançado Trindade lo siguiente:

...la Corte hizo notar no solo que la disposición legal impugnada había sido aplicada en el *cas d'espèce*, sino además que, a su juicio, aquella nor-

ma del Código Penal ecuatoriano violaba *per se* el artículo 2o. de la Convención, “independientemente de que no haya sido aplicada en el presente caso”. De ese modo, la Corte endosaba, en fin, la tesis de la responsabilidad internacional objetiva del Estado, admitiendo que una norma de derecho interno puede, en las circunstancias de un caso concreto, por su propia existencia y aplicabilidad infringir la Convención Americana...¹²

Con esta decisión comienza la etapa transformadora de la jurisprudencia de la Corte, en la que asume una nueva competencia.

2. *Caso Castillo Petruzzi y otros contra Perú*¹³

La Corte, en sentencia de fondo del 30 de mayo de 1999, expresó:

205. Como la Corte ha sostenido, los Estados Partes en la Convención no pueden dictar medidas que violen los derechos y libertades reconocidos en ésta. La Corte ha establecido que una norma puede violar *per se* el artículo 2 de la Convención, independientemente de que haya sido aplicada en el caso concreto (lo resaltado fuera del texto).

222. ... Esta Corte ha declarado que las normas internas que hacen aplicable a civiles la justicia militar son violatorias de los preceptos de la Convención Americana. Por ello el Estado debe adoptar las medidas apropiadas para reformar dichas normas y asegurar el goce de los derechos consagrados en la Convención...¹⁴

En la parte resolutive de la citada sentencia, la Corte ordenó al Estado “adoptar las medidas apropiadas para reformar las normas que han sido declaradas violatorias de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en la presente sentencia y asegurar el goce de los derechos consagrados en la Convención”.

En principio, sin aplicar la ley en el caso concreto, es violatoria del artículo 2 de la Convención a partir del momento de su expedición, según

¹² Cançado Trindade, voto concurrente en el caso “La última tentación de Cristo” contra Chile, sentencia de fondo del 5 de febrero de 2001, párrafo 13.

¹³ Hechos: los ciudadanos chilenos Jaime Francisco Castillo Petruzzi, María Concepción Pincheira Saez y otros, fueron detenidos el 14 de octubre de 1993 y condenados a cadena perpetua por un tribunal militar sin rostro, por el delito de traición a la patria, mediante sentencia ejecutoriada, violándoseles el derecho a la nacionalidad, porque Perú no era su patria.

¹⁴ Corte IDH, caso Suárez Rosero contra Ecuador, párrafo 87.

la Corte, porque esta disposición, al ser aplicada, somete a los civiles al juzgamiento ante la justicia militar, violando el principio del juez natural y, por consiguiente, las garantías judiciales (artículo 8). Es por ello que el tribunal ordena al Estado reformar esta legislación.

3. *Caso Las Palmeras contra Colombia*

La Corte, en sentencia del 4 de febrero de 2000, expresó:

32. ... Cuando un Estado es Parte en la Convención Americana y ha aceptado la competencia de la Corte en materia contenciosa, se da la posibilidad de que ésta analice la conducta del Estado para determinar si la misma se ha ajustado o no a las disposiciones de aquella Convención aun cuando la cuestión haya sido definitivamente resuelta en el ordenamiento jurídico interno. La Corte es así mismo competente para decidir si cualquier norma de derecho interno o internacional aplicada por un Estado, en tiempos de paz o de conflicto armado, es compatible o no con la Convención Americana. En esta actividad la Corte no tiene ningún límite normativo: toda norma jurídica es susceptible de ser sometida a este examen de compatibilidad.

33. Para realizar dicho examen la Corte interpreta la norma en cuestión y la analiza a la luz de las disposiciones de la Convención. El resultado de esta operación será siempre un juicio en el que se dirá si tal norma o tal hecho es o no compatible con la Convención Americana. Esta última solo ha atribuido competencia a la Corte para determinar la compatibilidad de los actos o de las normas de los Estados con la propia Convención...¹⁵

En nuestro concepto, en este fallo la Corte estableció el control de convencionalidad en sede internacional: “toda norma jurídica [es] susceptible de ser sometida a este examen de compatibilidad”, sin importar su jerarquía. Por norma entiéndase Constitución, leyes, actos administrativos, prácticas judiciales, administrativas, etcétera, “aun cuando la cuestión haya sido definitivamente resuelta en el ordenamiento jurídico interno”, esto es, con sentencia que haya hecho tránsito a cosa juzgada, lo cual no impide que la Corte asuma competencia para ejercer dicho control para establecer la incompatibilidad de la ley y, consecuentemente,

¹⁵ Corte IDH, caso Las Palmeras contra Colombia, sentencia de excepciones preliminares del 4 de febrero de 2000, párrafos 32 y 33.

las violaciones a los derechos humanos. En efecto, se establecerá con la jurisprudencia de la Corte que el carácter absoluto de la cosa juzgada en materia penal desapareció por violaciones al debido proceso, reconocido como derechos humanos (artículo 8, Convención Americana).

Examinemos la incompatibilidad de la Constitución de Chile con la Convención Americana; primer caso en el sistema interamericano de derechos humanos.

4. Caso “*La última tentación de Cristo*” contra Chile¹⁶

Debemos resaltar que el decreto-ley y reglamentario se expidieron por el Poder Ejecutivo de acuerdo con lo dispuesto en la Constitución Política¹⁷ de Chile de 1980, lo que significa que estaban amparados por la presunción de constitucionalidad y legalidad, en el orden interno; según las autoridades chilenas, las normas nacionales y las sentencias judiciales fueron expedidas de conformidad con la Constitución —pero incompatibles con la Convención Americana que reconocía la libertad de expresión—.

¹⁶ Hechos: el Decreto-ley 679 de 1974, expedido durante la junta militar de gobierno de Pinochet, había establecido un Consejo de Calificación Cinematográfica (adscrito al Ministerio de Educación). El Reglamento de dicho decreto-ley está contenido en el decreto supremo de Educación 376, de 1975. La Constitución de Chile de 1980 reconoció el derecho a la libertad de expresión y, a su vez, estableció un “sistema de censura para la exhibición y publicidad de la producción cinematográfica”. En noviembre de 1988, por medio de una resolución (acto administrativo) el Consejo rechazó la exhibición de la película “*La última tentación de Cristo*”, ante una petición de la “United International Pictures Ltda.”; resolución que al ser apelada fue confirmada por un tribunal de apelación mediante sentencia de marzo de 1989. En noviembre de 1996, el Consejo revisó la decisión de la prohibición de exhibición de la película, a fin de autorizarla, para espectadores mayores de 18 años. Unos ciudadanos, en nombre propio, de la Iglesia católica y de Jesucristo, promovieron un recurso de protección para la salvaguarda de los derechos fundamentales, y la Corte de Apelaciones de Santiago, en enero de 1997, por sentencia judicial, dejó sin efecto la segunda resolución administrativa (quedando vigente la prohibición de la exhibición de la película), y resuelto desfavorablemente un recurso de apelación contra esta decisión. La Corte Suprema de Justicia de Chile confirmó la sentencia apelada. En conclusión, se negó la exhibición cinematográfica, con sentencia judicial ejecutoriada y, por consiguiente, amparada por la “cosa juzgada” absoluta, por ser el último fallo de esta Corte.

¹⁷ Chile depositó el instrumento de ratificación de la Convención Americana el 21 de agosto de 1990.

En efecto, de la lectura de los hechos se infiere claramente que eran incompatibles con el artículo 13 de la Convención Americana (que reconoció el derecho a la libertad de expresión, sin estar sujeto a censura previa), el artículo 19, numeral 12, de la Constitución de Chile, el que también reconoció el derecho a la libertad de expresión y, a su vez, estableció un “sistema de censura para la exhibición y publicidad de la producción cinematográfica”; también eran incompatibles el decreto-ley y el decreto reglamentario (acto administrativo); preceptiva normativa que se aplicó por medio de las sentencias judiciales, que también contribuyeron a la violación de la libertad de expresión. El conjunto de las decisiones estatales configuró el hecho internacionalmente ilícito atribuible al Estado, por el incumplimiento de las obligaciones internacionales *erga omnes* de “respetar y garantizar el libre y pleno ejercicio” de los derechos humanos a la libertad de expresión.

La Corte Interamericana, en sentencia del 5 de febrero de 2001, concluyó lo siguiente:

72. Esta Corte entiende que la responsabilidad internacional del Estado puede generarse por actos u omisiones de cualquier poder u órgano de éste, independientemente de su jerarquía, que violen la Convención Americana. Es decir, todo acto u omisión, imputable al Estado, en violación de las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, compromete la responsabilidad internacional del Estado. En el presente caso ésta se generó en virtud de que el artículo 19, número 12 de la Constitución establece la censura previa en la producción cinematográfica y, por lo tanto, determina los actos de los poderes ejecutivo, legislativo y judicial.

85. La Corte ha señalado que el deber general del Estado, establecido en el artículo 2 de la Convención, incluye la adopción de medidas para suprimir las normas y prácticas de cualquier naturaleza que impliquen una violación a las garantías previstas en la Convención, así como la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la observancia efectiva de dichas garantías.

86. La Corte advierte que, de acuerdo con lo establecido en la presente sentencia, el Estado violó el artículo 13 de la Convención Americana en perjuicio de los señores Juan Pablo Olmedo Bustos y otros, por lo que el mismo ha incumplido el deber general de respetar los derechos y libertades reconocidos en aquélla y de garantizar su libre y pleno ejercicio, como lo establece el artículo 1.1 de la Convención...

88. En el presente caso, al mantener la censura cinematográfica en el ordenamiento jurídico chileno (artículo 19 número 12 de la Constitución

Política y Decreto Ley número 679) el Estado está incumpliendo con el deber de adecuar su derecho interno a la Convención de modo a hacer efectivos los derechos consagrados en la misma, como lo establecen los artículos 2 y 1.1 de la Convención.

La Corte Interamericana le ordenó al Estado chileno modificar su ordenamiento jurídico interno (reformular la Constitución y la legislación), a fin de hacerlo compatible con las obligaciones internacionales.

Es importante resaltar que la legislación chilena por medio de la cual se estableció el Consejo de Calificación Cinematográfica, con competencia para establecer censuras, es anterior a la entrada en vigencia de la Constitución de Chile de 1980, en la que se constitucionalizó el sistema de censura para la exhibición y publicidad de la producción cinematográfica, y a partir de 1990 Chile es Estado parte en la Convención. El 29 de noviembre de 1988 el Consejo, por medio de resolución, negó la exhibición de la película, pero en noviembre de 1996 autorizó parcialmente su exhibición.

En su voto concurrente, Cançado Trindade expresó:

5. ...Los hechos del presente caso ‘La última tentación de Cristo’ demuestran, a mi juicio, que estas ponderaciones son válidas para toda la normativa del derecho interno (abarcando las normas de rangos tanto infraconstitucional como constitucional)...

14. Si alguna duda todavía persistía en cuanto a este punto, *i. e.*, a que la propia existencia y aplicabilidad de una norma de derecho interno (sea infraconstitucional o constitucional) pueden *per se* comprometer la responsabilidad estatal bajo un tratado de derechos humanos, los hechos del presente caso ‘La última tentación de Cristo’ contribuyen, a mi modo de ver decisivamente, a disipar dicha duda. De los hechos en este caso se desprende, más bien, que, en circunstancias como las del *cas d’espèce*, el intento de distinguir entre la existencia y la aplicación efectiva de una norma de derecho interno, para el fin de determinar la configuración o no de la responsabilidad internacional del Estado, resulta irrelevante, y revela una visión extremadamente formalista del derecho, vacía de sentido.¹⁸

¹⁸ Cançado Trindade, voto concurrente en el caso “La última tentación de Cristo” contra Chile, sentencia de fondo del 5 de febrero de 2001, párrafo 14.

5. Caso “*Barrios Altos*” contra Perú¹⁹

En este caso se trataba de una ley de amnistía que exoneraba de responsabilidad penal a militares, policías y civiles que hubieren cometido, entre 1980 y 1995, violaciones a los derechos humanos.

En la sentencia de fondo, del 14 de marzo de 2001, la Corte expresó lo siguiente entre sus consideraciones:

41. Esta Corte considera que son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el derecho internacional de los derechos humanos.

43. ... Es por ello que los Estados Parte en la Convención que adopten leyes que tengan este efecto, como lo son las leyes de autoamnistía, incurren en una violación de los artículos 8o. y 25 en concordancia con los artículos 1.1 y 2 de la Convención...

44. Como consecuencia de la manifiesta incompatibilidad entre las leyes de autoamnistía y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las mencionadas leyes carecen de efectos jurídicos y no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso ni para la identificación y el castigo de los responsables, ni

¹⁹ Hechos: el 3 de noviembre, seis individuos, miembros del Ejército peruano que actuaban en el “escuadrón de eliminación” llamado “Grupo Colina”... irrumpieron en el (un) inmueble... ubicado en el vecindario conocido como Barrios Altos de la ciudad de Lima, obligaron a las presuntas víctimas a arrojar al suelo y dispararon indiscriminadamente, matando a 15 personas e hiriendo gravemente a otras cuatro. Investigaciones judiciales e informes periodísticos revelaron que el “Grupo Colina” llevaba a cabo su propio programa antisubversivo, en posible represalia contra presuntos integrantes de Sendero Luminoso... Mientras las autoridades judiciales investigaban el caso, el Congreso peruano sorpresivamente expidió la ley de amnistía, que exoneraba de responsabilidad a los militares, policías, y también a civiles, que hubieran cometido, entre 1980 y 1995, violaciones a los derechos humanos o participado en esas violaciones, lo que derivaría en el archivo definitivo de las investigaciones judiciales y así evitar la responsabilidad penal de los autores de la masacre. No obstante lo anterior, la juez decidió inaplicar dicha ley, por ser incompatible con la Constitución Política de Perú y, por ende, continuar con el curso del proceso. En Congreso dictó una segunda ley que estableció que “...mientras se tramitaba un recurso de apelación contra la providencia judicial”. El superior jerárquico revocó la anterior decisión ordenando aplicar dichas leyes, y así garantizar la impunidad de los autores de la masacre.

puedan tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención Americana acontecidos en el Perú.

En la parte resolutive de la sentencia, la Corte declaró, conforme a los términos del reconocimiento de responsabilidad efectuado por el Estado, que éste incumplió los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, como consecuencia de la expedición y aplicación de las leyes de amnistía, por cuanto eran incompatibles con la Convención y, por consiguiente, declaró además que dichas leyes “carecen de efectos jurídicos”. La Corte innovó de esta forma teniendo en cuenta la voluntad reticente del gobierno peruano no sólo con el caso Barrios Altos, sino también contra la Corte Interamericana, porque era de esperar que no cumpliría con un fallo en que se le ordenara reformar tales leyes. En consecuencia, se ordenó investigar de nuevo los hechos punibles para determinar las personas responsables de las violaciones de los derechos humanos.

En la sentencia de interpretación del 3 de septiembre de 2001 (párrafo 18), la Corte Interamericana expresó claramente que “La promulgación de una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado Parte en la Convención constituye *per se* una violación de esta y genera responsabilidad internacional del Estado. En consecuencia, la Corte considera que, dada la naturaleza de la violación constituida por las leyes de amnistía, lo resuelto en la sentencia de fondo tiene efectos generales”.²⁰

Cançado Trindade profundiza el tema, en los siguientes términos:

5. Las llamadas autoamnistías son, en suma, una afrenta inadmisibles al derecho a la verdad y al derecho a la justicia...

6. ... El *corpus juris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, pone de relieve que no todo lo que es legal en el ordenamiento jurídico interno lo es en el ordenamiento jurídico internacional, y aún más cuando están en juego valores superiores (como la verdad y la justicia). En realidad, lo que se pasó a denominar leyes de amnistía, y particularmente la modalidad perversa de las llamadas leyes de autoamnistía, aunque se consideren leyes bajo un determinado ordenamiento jurídico interno, no lo son en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

²⁰ Corte IDH, caso Barrios Altos contra Perú, interpretación de la sentencia de fondo, 3 de septiembre de 2001.

7. Esta misma Corte observó, en una Opinión Consultiva de 1986, que la palabra “leyes” en los términos del artículo 30 de la Convención Americana significa norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, elaborada según el procedimiento constitucionalmente establecido, por órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos. ¿Quién se atrevería a insinuar que una “ley” de autoamnistía satisface a todos estos requisitos? No veo cómo negar que “leyes” de este tipo carecen de carácter general, por cuanto son medidas de excepción. Y ciertamente en nada contribuyen al bien común, sino todo lo contrario: configúranse como meros subterfugios para encubrir violaciones graves de los derechos humanos, impedir el conocimiento de la verdad (por más penosa que sea ésta) y obstaculizar el propio acceso a la justicia por parte de los victimados. En suma, no satisfacen los requisitos de “leyes” en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

8. ... Mientras dichas leyes permanecen en vigor, confórmase una situación continuada de violación de las normas pertinentes de los tratados de derechos humanos que vinculan el Estado en cuestión (en el presente caso, los artículos 8 y 25, en concordancia con los artículos 1(1) y 2 de la Convención).

...

10. Hay otro punto que me parece aún más grave en relación con la figura degenerada —un atentado en contra del propio Estado de Derecho— de las llamadas leyes de autoamnistía. Como los hechos del presente caso Barrios Altos lo revelan —al llevar la Corte a declarar, en los términos del reconocimiento de responsabilidad internacional efectuado por el Estado demandado, las violaciones de los derechos a la vida y a la integridad personal, —dichas leyes afectan derechos inderogables— el *minimum* universalmente reconocido, que recaen en el ámbito del *jus cogens*.

11. Siendo así, las leyes de autoamnistía, además de ser manifiestamente incompatibles con la Convención Americana, y desprovistas, en consecuencia, de efectos jurídicos, no tienen validez jurídica alguna a la luz de la normativa del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Son más bien la fuente (*fons et origo*) de un acto ilícito internacional: a partir de su propia adopción (*tempus commisi delicti*), e independientemente de su aplicación posterior, comprometen la responsabilidad internacional del Estado. Su vigencia crea *per se* una situación que afecta de forma continuada derechos inderogables, que pertenecen, como ya lo he señalado, al dominio del *jus cogens*. Configurada, por la expedición de dichas leyes, la responsabilidad internacional del Estado, encuéntrase éste bajo el deber de hacer cesar tal situación violatoria de los derechos fundamentales de la persona humana (con la pronta derogación de aque-

llas leyes), así como, en su caso, de reparar las consecuencias de la situación lesiva creada.²¹

En consecuencia, en virtud de la sentencia de la Corte Interamericana se establece una clara limitación a cualquier gobierno para establecer medidas que consoliden una situación de impunidad.²²

En concreto, dichas leyes “carecen de efectos jurídicos” por ser manifiestamente contrarias a las obligaciones internacionales y, por ende, constituyen una violación de la Convención Americana de la que emergen estos compromisos para el Estado (Legislador, Ejecutivo, Judicial) y, en consecuencia, los jueces tienen la obligación internacional de inaplicar estas leyes, en el caso concreto, en ejercicio del control de convencionalidad, porque resultan violatorias de la Constitución (bloque de constitucionalidad: integración a la Constitución de los tratados de derechos humanos). Todo con objeto de iniciar las investigaciones penales y sancionar a los autores —agentes del Estado y/o particulares— de los hechos, purgando la impunidad.

Se examinará este caso en cuanto a las violaciones al debido proceso.

6. Caso “*Hilaire, Constantine y Benjamín y otros*” contra Trinidad y Tobago²³

En el presente caso se presentaron incompatibilidades de la Constitución de Trinidad y Tobago con una ley penal que ordenaba la aplicación de la pena de muerte, así como también normas carcelarias con la Convención Americana.

²¹ Cançado Trindade, voto concurrente en el caso “Barrios Altos”.

²² Abad Yupanqui, Samuel B., “Autoamnistías vs. derechos humanos. El rol de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Defensoría del Pueblo en la lucha contra la impunidad”, en la obra colectiva *Defensa de la Constitución, garantismo y controles. Libro en reconocimiento al doctor Germán J. Bidart Campos*, Buenos Aires, Ediar, 2003, p. 187.

²³ Hechos: las personas mencionadas fueron juzgadas y sentenciadas por homicidio intencional con fundamento en la Ley de Delitos contra la Persona, de 1925, y que, además, fueron condenadas a morir en la horca. A pesar de que uno de los condenados se encontraba amparado con medidas provisionales ordenadas por la Corte, el Estado hizo efectiva la sentencia condenatoria y lo ejecutó, mientras su caso estaba pendiente ante el sistema interamericano.

En la sentencia de fondo del 21 de junio de 2002, en sus consideraciones, la Corte expresó lo siguiente:

103. La Corte constata que la Ley de Delitos contra la Persona de Trinidad y Tobago de 1925, ordena la aplicación de la pena de muerte de manera automática y genérica para el delito de homicidio intencional y desconoce que éste puede presentar diversos órdenes de gravedad. De este modo, la referida ley impide al juez considerar circunstancias básicas en la determinación del grado de culpabilidad y en la individualización de la pena, pues se limita a imponer, de modo indiscriminado, la misma sanción para conductas que pueden ser muy diferentes entre sí, lo que, a la luz del artículo 4o. de la Convención Americana, es sumamente grave cuando se encuentra en riesgo el bien jurídico mayor, que es la vida humana, y constituye una arbitrariedad en los términos del artículo 4.1 de la Convención...

105. La Corte coincide con la afirmación de que al considerar a todo responsable del delito de homicidio intencional como merecedor de la pena capital, ‘se está tratando a acusados de ese crimen no como seres humanos individuales y únicos, sino como miembros indiferenciados y sin rostro de una masa que será sometida a la aplicación ciega de la pena de muerte’.

106. Una de las formas que puede asumir la privación arbitraria de la vida, en los términos de la prohibición del artículo 4.1 de la Convención, es la que se configura cuando, en los países en que aún existe la pena de muerte, esta se utiliza para castigar delitos que no presentan las características de máxima gravedad, como ocurre en Trinidad y Tobago en virtud de lo dispuesto por la Ley de Delitos contra la Persona, es decir, cuando la aplicación de esa pena no se ciñe a las previsiones del artículo 4.2 de la Convención Americana...

116. La Corte estima que aun cuando no se ha ejecutado a 31 de las presuntas víctimas en este caso, es posible declarar una violación del artículo 2 de la Convención, en virtud de que la sola existencia de la Ley de los delitos contra la persona es *per se* violatoria de esa disposición convencional...

211. La Corte ha observado que la forma como se encuentra penalizado el delito de homicidio intencional en la Ley de Delitos contra la Persona, es de por sí violatoria de la Convención Americana.

212. Esta constatación conduce a la Corte a considerar que el Estado de Trinidad y Tobago debe abstenerse de aplicar la ley mencionada y, dentro de un plazo razonable, debe modificarla, adecuándola a la Convención Americana..., de manera que se garantice el respeto y el goce de los dere-

chos a la vida, a la integridad personal, al debido proceso legal y a las garantías judiciales... Entre las respectivas modificaciones de la legislación debe quedar incluida la referente a la introducción de diversas categorías (tipos penales) de homicidio intencional..., y se debe establecer una gradación de los niveles de severidad de la pena...

217. Por último, la Corte considera pertinente y necesario ordenar al Estado que ajuste las condiciones del sistema carcelario a las normas internacionales de protección de los derechos humanos aplicables a la materia.

En la parte resolutive de esta sentencia y a título de reparaciones, la Corte ordenó:

8. Que el Estado debe abstenerse de aplicar la Ley de Delitos contra la Persona de 1925 y, dentro de un plazo razonable, debe modificarla adecuándola a las normas internacionales de protección de los derechos humanos...

14. Que el Estado debe modificar las condiciones de su sistema carcelario para adecuarla a las normas internacionales de protección de los derechos humanos.

Como en el proceso penal en que se produjo la sentencia condenando a la pena de muerte se basó en la precitada ley, la Corte, a diferencia del caso Barrios Altos, dispuso su inaplicabilidad en el caso penal y, consensualmente, estableció la obligación internacional de reformarla.

En cuanto a la incompatibilidad de la Constitución Política con la Convención Americana, la Corte analizó la ineficacia del control de constitucionalidad de algunas leyes, a fin de determinar dicha incompatibilidad. Examinemos:

149. Con respecto al derecho a un recurso efectivo, la Corte considera que en este caso resulta evidente... que en Trinidad y Tobago es técnicamente compleja y de difícil acceso la interposición de acciones constitucionales sin la asistencia de un abogado, y que no se dispone en la práctica trinitaria de la posibilidad de presentar acciones constitucionales de manera efectiva.

150. Sobre el particular, la Corte ha reiterado que no basta con que se prevea la existencia de recursos, si estos no resultan efectivos para combatir la violación de los derechos protegidos por la Convención...

152. En razón de lo anteriormente expuesto, la Corte presenta el siguiente análisis:

... b. Igualmente, este tribunal estima... que... no se encuentra a la disposición de los inculpados de homicidio intencional, la asistencia legal adecuada para que presenten acciones constitucionales de manera efectiva...

c. La Corte llama la atención sobre el hecho de que la sección 6 de la Constitución de la República de Trinidad y Tobago, que data de 1976, establece que ninguna norma anterior a la entrada en vigencia de esta, puede ser objeto de impugnación constitucional... La Ley de Delitos contra la Persona es incompatible con la Convención Americana y, por lo tanto, cualquier disposición que determine su impugnabilidad, también lo es en virtud de que Trinidad y Tobago, al ser Parte de la Convención en el momento de los hechos, no puede invocar las disposiciones de su derecho interno para justificar el incumplimiento de sus obligaciones internacionales.

Es decir, la misma Constitución Política impide el ejercicio de la acción de inconstitucionalidad contra algunas leyes que la violen, o sea que no se facilita el acceso a la jurisdicción constitucional, porque el control de constitucionalidad de estas leyes es ineficaz. Ello produce violación a los derechos humanos de acceso a la justicia constitucional y, por ende, al debido proceso. Sin embargo, la Corte no ordenó reformar la Constitución, porque de ella provenía la incompatibilidad con la Convención Americana, lo cual se alcanzó en el siguiente caso.

Este caso se retomará adelante, en relación con las violaciones provenientes de las condenas a pena de muerte en el presente caso (artículo 8, Convención).

*7. Caso Caesar contra Trinidad y Tobago*²⁴

La Corte, en sentencia de fondo y de reparaciones del 11 de marzo de 2005, expresó:

92. Las violaciones del artículo 5.1 y 5.2 de la Convención, en perjuicio del señor Caesar, resultaron no sólo de las acciones y omisiones de los

²⁴ Hechos: el 11 de noviembre de 1983, el señor Caesar fue arrestado y posteriormente condenado por el delito de tentativa de violación sexual, tipificado en la Ley de Delitos contra la Persona, de Trinidad y Tobago, a una pena de veinte años de prisión con trabajos forzados y a recibir quince azotes con el “gato de 9 colas”, los que recibió (flagelación). Esta ley no podía ser impugnada por motivos de inconstitucionalidad, porque una norma de la Constitución Política lo impedía.

agentes estatales sino, primordialmente, de la existencia misma y de los términos de la Ley de Penas Corporales.

93. La Corte ha declarado que dicha ley es incompatible con el artículo 5 de la Convención Americana. Una vez que la Convención entró en vigor para Trinidad y Tobago, el Estado debió haber aceptado su legislación de conformidad con las obligaciones contenidas en dicho tratado, con el fin de asegurar la más efectiva protección de los derechos humanos consagrados en la misma. Es necesario reafirmar que, de conformidad con el artículo 2 de la Convención, la obligación de adaptar la legislación interna es, por su propia naturaleza, una de resultado y, consecuentemente, la denuncia de la Convención por parte del Estado no puede extinguir las obligaciones internacionales por éste asumidas mientras el tratado se encontraba en vigencia. Dichas obligaciones tienen un carácter autónomo y automático, y no dependen de ninguna declaración de los órganos de supervisión de la Convención respecto de una legislación interna específica.

94. Al haber declarado la incompatibilidad de la Ley de Penas Corporales con la Convención americana, y por el hecho de que el Estado no derogó o de cualquier manera anuló dicha ley después de la ratificación de la Convención, la Corte debe declarar que Trinidad y Tobago incumplió con las obligaciones establecidas en el artículo 2o. de la Convención, en relación con el artículo 5.1 y 5.2 de la misma (lo resaltado en cursivas fuera del texto).

132. Por haber declarado que la Ley de Penas Corporales es incompatible con los términos del artículo 5.1 y 5.2 de la Convención, la Corte requiere al Estado que adopte, dentro de un plazo razonable, las medidas legislativas de otra índole necesarias para derogar la Ley de Penas Corporales.

Se destaca que la Corte ordenó derogar la ley que había sido aplicada y dispuso reformar la Constitución, por cuanto ésta estableció la negativa de impugnar algunas leyes por inconstitucionales, por lo que al no existir control de constitucionalidad, ello no la exime de ser incompatible con la Convención, así como también lo es la Constitución que no gozaba de la supremacía constitucional, respecto de dichas leyes. En otras palabras, no operaba la jurisdicción constitucional plenamente. Veamos:

133. La Corte ha establecido que 'la sección 6 de la Constitución de la República de Trinidad y Tobago, que data de 1976, establece que ninguna norma anterior a la entrada en vigencia de ésta, puede ser objeto de impugnación constitucional en cuanto a sus Secciones 4 y 5... La ley de delitos contra la persona es incompatible con la Convención Americana y, por

lo tanto cualquier disposición que determine su inimpugnabilidad, también lo es en virtud de que Trinidad y Tobago, al ser Parte de la Convención en el momento de los hechos, no puede invocar las disposiciones de su derecho interno para justificar el incumplimiento de sus obligaciones internacionales. En el mismo sentido, al imposibilitar que la ley de penas corporales sea impugnada, la ‘cláusula de exclusión’ contenida en la Sección 6 de la Constitución es incompatible con la Convención. En consecuencia, la Corte considera pertinente ordenar que el Estado enmiende, dentro de un plazo razonable, la mencionada Sección 6 de la Constitución, en cuanto imposibilite a las personas el acceso a un recurso efectivo ante un tribunal competente para la protección de violaciones de sus derechos humanos.

La Corte Interamericana, como en el caso chileno, le ordenó al Estado de Trinidad y Tobago reformar la Constitución, a fin de hacerla compatible con las obligaciones internacionales derivadas del artículo 2 de la Convención, teniendo en cuenta que este Estado había denunciado este tratado.

8. *Caso Fermín Ramírez contra Guatemala*²⁵

La Corte, en sentencia de fondo y de reparaciones del 20 de junio de 2005, expresó lo siguiente:

89. En sus alegatos sobre la violación del artículo 8o. de la Convención, la Comisión señaló que el artículo 132 del Código Penal de Guatemala contiene un elemento subjetivo relativo a la posibilidad de que una persona pueda

²⁵ Hechos: el señor Fermín Ramírez, el 10 de mayo de 1997 fue detenido por un grupo de vecinos en una aldea, por el delito de violación sexual contra un menor de edad, siendo condenado a la pena de muerte, por haber cometido el delito de asesinato, sin que hubiera tenido oportunidad de ejercer su derecho a la defensa, por cuanto el juez se abstuvo en su oportunidad de comunicarle previa y detalladamente los hechos en los que se fundó la sentencia condenatoria, en la que hubo cambio de la calificación jurídica del delito de violación sexual, por el delito de asesinato, en un procedimiento penal que no se ajustó a las reglas del debido proceso, porque se violó el principio de congruencia entre la acusación y la sentencia. Se aplicó en este caso el artículo 132 del Código Penal, el cual fue demandado ante la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, en ejercicio de una acción de inconstitucionalidad parcial de carácter general, habiendo sido declarada sin lugar mediante sentencia en un proceso constitucional, es decir, que no violaba la Constitución Política, pero sí resultó incompatible con la Convención Americana, según la Corte Interamericana.

cometer hechos delictuosos en el futuro. Esto requiere una valoración científica, a través de medios probatorios adecuados. La peligrosidad criminal, como cualquier otra agravante o atenuante, genérica o específica, no puede ser presumida, sino debe probarse en el juicio; cuando no se menciona en la acusación, se quebranta el principio de contradicción. Los representantes alegaron que la introducción de valoraciones subjetivas en un tipo penal, como la peligrosidad de delincuente o las características personales del autor, constituye una violación del principio de legalidad. Dado que el señor Fermín Ramírez fue condenado a la pena de muerte con base en dicho artículo 132 del Código Penal, la Corte estima pertinente analizar la compatibilidad de dicha norma con la Convención Americana...

91. El artículo 132 del Código Penal tipifica el delito de asesinato y establece como sanción aplicable al autor la privación de libertad de 25 a 50 años o a la pena de muerte.

92. Del penúltimo párrafo de ese precepto se desprende la posibilidad de que el juez condene al imputado a una u otra pena con base en el juicio de peligrosidad del agente, al indicar que la pena de muerte será aplicada en lugar del máximo de prisión si “se revelare una mayor particular peligrosidad del agente”, determinable ésta según “las circunstancias del hecho y de la ocasión, la manera de realizarlo y los móviles determinantes”. En tal virtud, la consideración de peligrosidad constituye un elemento del que depende la aplicación de la máxima pena...

94. En concepto de esta Corte, el problema que plantea la invocación de la peligrosidad no sólo puede ser analizado a la luz de las garantías del debido proceso, dentro del artículo 8o. de la Convención. Esa invocación tiene mayor alcance y gravedad. En efecto, constituye claramente una expresión del ejercicio del *ius puniendi* estatal sobre la base de las características personales del agente y no del hecho cometido, es decir, sustituye el Derecho Penal de acto o de hecho, propio del sistema penal de una sociedad democrática, por el Derecho Penal de autor, que abre la puerta al autoritarismo precisamente en una materia en la que se hallan en juego los bienes jurídicos de mayor jerarquía.

95. La valoración de la peligrosidad del agente implica la apreciación del juzgador acerca de las probabilidades de que el imputado cometa hechos delictuosos en el futuro, es decir, agrega a la imputación por los hechos realizados, la previsión de hechos futuros que probablemente ocurrirán. Con esta base se despliega la función penal del Estado. En fin de cuentas, se sancionaría al individuo —con pena de muerte inclusive— no con apoyo en lo que ha hecho, sino en lo que es...

96. En consecuencia, la introducción en el texto penal de la peligrosidad del agente como criterio para la calificación típica de los hechos y la

aplicación de ciertas sanciones, es incompatible con el principio de legalidad criminal y, por ende, contrario a la Convención...

98. Por todo lo anterior, la Corte considera que el Estado ha violado el artículo 9o. de la Convención, en relación con el artículo 2o. de la misma, por haber mantenido vigente la parte del artículo 122 del Código Penal que se refiere a la peligrosidad del agente, una vez ratificada la Convención por parte de Guatemala.

De esta forma, la Corte estableció la incompatibilidad de un código penal (una ley) con la Convención Americana, por lo que

dispone las siguientes medidas:

b) la regulación del asesinato en la forma prevista por el segundo párrafo del artículo 132 del Código Penal de Guatemala, es violatoria de la Convención Americana. En consecuencia, el Estado debe abstenerse de aplicar la parte del artículo 132 que se refiere a la peligrosidad del agente, y modificarla dentro de un plazo razonable, adecuándola a la Convención Americana, conforme a lo estipulado en su artículo 2, de manera que se garantice el respeto al principio de legalidad, consagrado en el artículo 9 del mismo instrumento internacional. Se debe suprimir la referencia a la peligrosidad del agente contemplada en este precepto.²⁶

En la parte resolutive de la sentencia, la Corte decidió:

8. El Estado debe abstenerse de aplicar la parte del artículo 132 del Código Penal de Guatemala que se refiere a la peligrosidad del agente, y modificar dicha disposición dentro de un plazo razonable, adecuándola a la Convención Americana, conforme a lo dispuesto en su artículo 2o., de manera que se garantice el respeto al principio de legalidad, consagrado en el artículo 9o. del mismo instrumento internacional. Se debe suprimir la referencia a la peligrosidad del agente contemplada en ese precepto.

Similar al caso anterior, se ordenó reformar la ley, pero no se declaró “sin efectos jurídicos”, como en el caso Barrios Altos.

²⁶ Corte IDH, caso Fermín Ramírez contra Guatemala, sentencia de fondo y reparaciones de junio 20 de 2005, párrafo 130.

9. Caso *Raxcacó Reyes contra Guatemala*²⁷

La Corte, en sentencia de fondo y reparaciones del 15 de septiembre de 2005, consideró lo siguiente:

88. En el presente caso, la Corte estima que, aun cuando no se ha ejecutado al señor Raxcacó Reyes, se ha incumplido el artículo 2 de la Convención. La sola existencia del artículo 201 del Código Penal guatemalteco, que sanciona con pena de muerte obligatoria cualquier forma de plagio o secuestro y amplía el número de delitos sancionados con dicha pena, es *per se* violatoria de esa disposición convencional.²⁸ Este criterio es conforme con la Opinión Consultiva OC-14/94 de la Corte, de acuerdo o con la cual ‘en el caso de las leyes de aplicación inmediata... la violación de los derechos humanos, individual o colectiva, se produce por el solo hecho de su expedición.’²⁹

...

132. Por ello, dispone que el Estado adopte las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter necesarias para adecuar su derecho interno a la Convención Americana, en especial:

i. la modificación, dentro de un plazo razonable, del artículo 201 del Código Penal vigente, de manera que se estructuren tipos penales diversos y específicos para determinar las diferentes formas de plagio o secuestro... Esta modificación, en ningún caso, ampliará el catálogo de delitos

²⁷ Hechos: el señor Raxcacó Reyes y otros secuestraron un niño que fue liberado, y la policía los capturó; adelantado el proceso penal fueron condenados a la pena de muerte, por pena establecida en el Código Penal. Contra la sentencia interpusieron el recurso de apelación, alegando que el código violaba el principio constitucional de preeminencia de los tratados internacionales de derechos humanos sobre el derecho interno, al establecer la pena de muerte. Resulta desfavorablemente la apelación, con los mismos argumentos la Corte Suprema de Justicia declaró improcedente el recurso de casación. En similar sentido se pronunció la Corte de Constitucionalidad al rechazar una acción de amparo constitucional. En conclusión, el Poder Judicial inaplicó la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en que el Estado era parte, dándole preeminencia al Código Penal.

²⁸ *Cfr.* caso Lori Berinson Mejía, sentencia del 25 de noviembre de 2004, párrafo 221; caso Hilaire, Constantine y Benjamín y otros, párrafos 114 y 116; caso Cantornal Benavides, sentencia del 18 de agosto de 2000, párrafo 176, y caso Suárez Rosero, sentencia del 12 de noviembre de 1997, párrafo 98.

²⁹ *Cfr.* caso Hilaire, Constantine y Benjamín y otros, párrafo 116, y Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (artículos 1 y 2, Convención Americana sobre Derechos Humanos), opinión consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994, serie A, núm. 14, párrafo 43.

sancionados con la pena capital previsto con anterioridad a la ratificación de la Convención Americana. Mientras esto ocurra, el Estado deberá abstenerse de aplicar la pena de muerte y ejecutar a los condenados por el delito de plagio o secuestro exclusivamente.³⁰

En este caso el juez dictó sentencia condenando al señor Reyes, al aplicar la ley (Código Penal) que establecía la pena capital, la cual es violatoria de la Convención por su sola existencia. En consecuencia, se ordenó al Estado-legislador reformar la ley. Este aspecto se ampliará adelante con otras violaciones derivadas de la sentencia que condenó a pena de muerte.

10. *Caso Gómez Palomino contra Perú*³¹

La Corte, en sentencia de fondo y reparaciones del 22 de noviembre de 2005, consideró lo siguiente:

94. La Corte tiene presente que respecto al fenómeno de desaparición forzada, ella debe examinar no sólo las posibles violaciones a la Convención Americana, sino también aquéllas que pudieron producirse respecto de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada, puesto que ésta Convención, entre otras cosas, establece modos de proteger los derechos humanos que se vinculan cuando se perpetra este tipo de situaciones...

96. Esto implica que los Estados deben tipificar el delito de desaparición forzada. Esta tipificación debe hacerse tomando en consideración el

³⁰ Corte IDH, caso *Raxcacó Reyes contra Guatemala*, sentencia de fondo y reparaciones del 15 de septiembre de 2005, párrafo 132.

³¹ Hechos: en la madrugada del 9 de julio de 1992 el “Grupo Colina”, un grupo de hombres y mujeres, penetraron violentamente en el domicilio de la señora María Elsa Chipana, con los rostros cubiertos con pasamontañas. Vestían uniformes y botas militares, portaban linternas y armas de fuego, sin presentar una orden judicial; se llevaron arbitrariamente al señor Gómez Palomino en un vehículo, sin informar el motivo de la detención o el sitio a donde lo trasladaban. El 3 de agosto de 1992 se denunció la desaparición forzada ante la Fiscalía General de la Nación. El 7 de agosto el gobierno dictó el decreto-ley 25.659, declarando improcedente la acción de hábeas corpus respecto de detenidos, implicados o procesados por los delitos de terrorismo y traición a la patria. Un ex miembro del grupo señaló que entre los crímenes cometidos estaría la desaparición del señor Gómez Palomino; otro informante confirmó dicha desaparición y señaló el lugar donde se hallarían los restos, y llevadas a cabo las diligencias de excavación y exhumación. Los restos de Gómez Palomino no fueron hallados.

artículo II de la citada Convención, donde se encuentran los elementos que debe contener el tipo penal en el ordenamiento jurídico interno...

99. La Corte hace presente que si bien el tipo penal permite la penalización de ciertas conductas que constituyen desaparición forzada de personas, examinará esta norma con el fin de verificar si cumple a cabalidad las obligaciones internacionales del Estado, a la luz del artículo II de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada...

102. El artículo 320 del Código Penal del Perú restringe la autoría de la desaparición forzada a los ‘funcionarios o servidores públicos’. Esta tipificación no contiene todas las formas de participación delictiva que se incluyen en el artículo II de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de personas, resultando así incompleta...

104. En el presente caso, la Corte ha podido observar que el artículo 320 del Código Penal Peruano no lo incluye, por lo que corresponde al Estado adecuar su legislación interna para compatibilizarlo con sus obligaciones internacionales...

109. La Corte valora los esfuerzos realizados por el Perú para la reforma del citado artículo 320 del Código Penal. Sin embargo, observa que estas medidas no han sido concretadas para lograr su efectiva adecuación a la normativa internacional vigente sobre la desaparición forzada de personas...

149. El Estado debe adoptar las medidas necesarias para reformar, dentro de un plazo razonable, su legislación penal a efectos de compatibilizarla con los estándares internacionales en materia de desaparición forzada de personas, con especial atención a lo dispuesto en la Convención Americana y en la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada.³²

En la parte resolutive, la Corte declaró que: “5. El Estado ha incumplido las obligaciones previstas en el artículo 2 (Deber de Adoptar Decisiones de Derecho Interno) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, para garantizar debidamente los derechos a la vida, la libertad personal y la integridad personal del señor Santiago Gómez Palomino y el artículo I b) de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada”.

Y dispuso, que: “12. El Estado debe adoptar las medidas necesarias para reformar, dentro de un plazo razonable, su legislación penal a efectos de compatibilizarla con los estándares internacionales en materia de desaparición forzada de personas”.

³² Corte IDH, caso Gómez Palomino contra el Perú, sentencia de fondo y reparaciones del 22 de noviembre de 2005, párrafos 109 y 149.

De los casos estudiados, éste es el primero en el que la Corte efectúa el control de convencionalidad con un instrumento internacional diferente a la Convención Americana, esto es, con la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada, a fin de establecer que el código penal, al tipificar la desaparición forzada como delito, resultó incompleta la norma interna que lo describió frente a esta Convención, incumpliendo así las obligaciones internacionales derivadas del artículo 2 de la Convención Americana, por lo que debió adecuar su legislación interna para compatibilizarla con sus obligaciones internacionales. A diferencia de los casos anteriores, la Corte le ordenó al Estado-legislador reformar el Código Penal no para derogarlo, sino para mejorarlo normativamente, con una nueva redacción que incluyera todos los elementos previstos en la norma internacional.

11. *Caso Palamara Iribarne contra Chile*³³

La Corte, en sentencia de fondo y reparaciones del 22 de noviembre de 2005, consideró lo siguiente:

254. La Corte valora la reforma del Código Penal establecida mediante la publicación de la Ley No. 20.048 el 31 de agosto de 2005, por la cual se derogaron y modificaron algunas normas que hacían referencia al delito de desacato. Con respecto al ordenamiento interno que continúa regulando dicho delito, el Estado debe adoptar, en un plazo razonable, todas las medidas necesarias para derogar y modificar cualesquiera normas internas que sean incompatibles con los estándares internacionales en materia de libertad de pensamiento y de expresión, de manera tal que se permita que las personas puedan ejercer el control democrático de todas las instituciones estatales y de sus funcionarios, a través de la libre expresión de sus ideas y opiniones sobre las gestiones que ellas realicen, sin temor a su represión posterior.³⁴

³³ Hechos: el señor Palamara Iribarne era ingeniero naval mecánico, quien ingresó en la armada de Chile en 1972. A fines de 1992 escribió el libro *Ética y servicios de inteligencia*, el cual fue publicado, sin autorización de sus superiores militares; por lo tanto, se inició en su contra un proceso penal, porque atentaba contra la seguridad y la defensa nacionales. El fiscal naval ordenó la incautación de la obra, y detuvo a su autor, sin que se le notificaran las razones de su detención ni los cargos formulados en su contra; pero recibida su declaración, se dispuso su libertad. Sin embargo, fue condenado por los delitos de desobediencia y desacato tipificados en una ley.

³⁴ Corte IDH, caso Palamara Iribarne contra Chile, sentencia de fondo y reparaciones del 22 de noviembre de 2005, párrafo, 254.

Como quiera que el señor Palamara fue condenado por delitos contemplados en un código penal incompatible con la Convención (artículo 2), además de esta violación se constituyó otra, concretamente a las garantías judiciales (artículo 8), que se expondrá adelante.

12. *Caso Almonacid Arellano contra Chile*³⁵

La Corte, en sentencia de fondo y de reparaciones del 26 de septiembre de 2006, expresó:

119. Leyes de amnistía... conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad de los crímenes de lesa humanidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana e indudablemente afectan derechos consagrados en ella. Ello constituye *per se* una violación de la Convención y genera responsabilidad internacional del Estado. En consecuencia, dada su naturaleza, el Decreto Ley No. 2.191 carece de efectos jurídicos y no puede seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso, ni para la identificación y el castigo de los responsables, ni puede tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención Americana acontecidos en Chile.

120. Por otro lado, la Corte... recalca que un Estado viola la Convención Americana cuando dicta disposiciones que no están en conformidad con las obligaciones dentro de la misma; el hecho de que esas normas se hayan adoptado de acuerdo con el ordenamiento jurídico interno o contra él, es indiferente para estos efectos.

123. La descrita obligación legislativa del artículo 2 de la Convención tiene también la finalidad de facilitar la función del Poder Judicial de tal forma que el aplicador de la ley tenga una opción clara de cómo resolver un caso particular. Sin embargo, cuando el Legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, el Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo

³⁵ Hechos: el señor Almonacid Arellano era un comunista en la época del régimen de la dictadura militar en Chile, en la cual se adoptó una “política de Estado” con el fin de perseguir a sus adversarios políticos. El 16 de septiembre de 1973 fue detenido por los carabineros, quienes le dispararon en presencia de su familia al salir de su casa. El gobierno militar en ejercicio expidió el Decreto-ley 2191, que concedía la amnistía por los delitos que se cometieron con posterioridad al 11 de septiembre de 1973. Su esposa inició la acción penal contra los responsables ante el fuero militar, en el cual sobreyeron a los autores del crimen, aplicando dicho decreto.

lo 1.1 de la misma y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella. El cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado, y es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado recogido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el sentido de que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados, según el artículo 1.1 de la Convención.

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

Constituyen avances jurisprudenciales los siguientes: a diferencia del caso *Barrios Altos*,³⁶ el caso que se comenta contiene una novedad, y consiste en que a partir de su expedición (desde un inicio) una ley carece de efectos jurídicos, por ser contraria al objeto y fin de la Convención —la protección de los derechos humanos—; ello quiere decir que se configura al menos una violación (artículo 1.1) y genera responsabilidad internacional del Estado en el momento de la expedición de dicha ley, independientemente de que sea aplicada en un caso concreto. No obstante, el juez competente para resolver el caso tiene la obligación (internacional) de inaplicar la ley y aplicar la Convención, por ser aquélla incompatible con ésta, garantizando así el “libre y pleno ejercicio de los derechos humanos” reconocidos en la Convención; es decir, que el juez da aplicabilidad

³⁶ Dijo la Corte: “44. Como consecuencia de la manifiesta incompatibilidad entre las leyes de autoamnistía y la Convención Americana, las mencionadas leyes carecen de efectos jurídicos”.

al tratado del que emergen obligaciones internacionales exigibles inmediatamente (*self executing*) por el titular del derecho, así éste no lo solicite. Éste es un problema jurídico relacionado con la aplicabilidad de la norma, y otro es el referente a su interpretación: seleccionada la disposición legal para el caso, corresponde al juez acudir a un sistema de interpretación de la norma internacional que reconoce los derechos humanos. ¿Cuál es esa interpretación?, entendiendo el objeto y fin del tratado (Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, artículo 31, núm. 1), que, según la jurisprudencia de la Corte Interamericana, es la interpretación *pro homine*.³⁷ Éste es el control de convencionalidad en sede interna.

³⁷ Corte IDH, caso 19 Comerciantes contra Colombia, sentencia de fondo y de reparaciones de julio 4 de 2004, párrafo 173.