

ADAPTACIÓN DEL DERECHO INTERNO AL DERECHO INTERNACIONAL, ESPECIALMENTE EN LO QUE SE REFIERE A LEYES PENALES

Ramiro J. García Falconí

RESUMEN. Los Estados suscriptores de un tratado o convenio internacional sobre derechos humanos se comprometen a cumplir de buena fe lo establecido en el texto, de conformidad con el principio *pacta sunt servanda*. Como parte de un tratado o convenio internacional de derechos humanos no solamente deben considerarse las normas contenidas en él, sino también las decisiones adoptadas por el órgano de aplicación del tratado o convenio. En el caso de la Convención Americana de Derechos Humanos, las decisiones del sistema interamericano de derechos humanos, especialmente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, deben ser consideradas como vinculantes y, por tanto, de aplicación obligatoria por los jueces nacionales en la resolución de los casos puestos a su consideración. Los jueces se encuentran obligados a aplicar el control de convencionalidad en la resolución de los casos nacionales, lo cual implica adecuar las normas de derecho interno, incluidas las de rango constitucional, a la Convención Americana. Las decisiones adoptadas como resultado de ejercicios de democracia directa no se encuentran exentas del control de convencionalidad, y su legitimidad radica no solo en lo formal a través de la aplicación de la regla de mayorías, sino en lo sustancial, a través de la adecuación de la decisión democrática a los dictados de la Convención.

Palabras clave: tratados internacionales, derecho internacional de los derechos humanos, control jurisdiccional, efecto vinculante, control de convencionalidad.

ZUSAMMENFASSUNG. Die Unterzeichnerstaaten eines internationalen Menschenrechtsvertrags oder –abkommens verpflichten sich, die im Text enthaltenen Vorschriften nach bestem Wissen und Gewissen entsprechend dem Grundsatz *pacta sunt servanda* zu erfüllen. Dabei sind nicht nur die Bestimmungen des internationalen Menschenrechtsvertrags oder –abkommens als dessen Bestandteile zu erachten, sondern auch

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

die von dem für seine Anwendung verantwortlichen Organ getroffenen Entscheidungen. Im Falle der Amerikanischen Menschenrechtskonvention sind die Entscheidungen des interamerikanischen Menschenrechtssystems, insbesondere des Interamerikanischen Gerichtshofs für Menschenrechte, als verbindlich anzusehen, weshalb auf nationaler Ebene ihre Anwendung durch die Richter bei der Entscheidung der ihnen vorgelegten Fälle obligatorisch ist. Die Richter sind bei der Lösung der Fälle auf nationaler Ebene zur Kontrolle der Vertragskonformität verpflichtet; dies bedeutet, dass die Bestimmungen des nationalen Rechts einschließlich der Normen mit Verfassungsrang an die Amerikanische Konvention anzupassen sind. Auch die auf dem Weg der direkten Demokratie getroffenen Entscheidungen sind nicht von der Kontrolle der Vertragskonformität ausgenommen, ihre Legitimität beruht nicht allein in formaler Hinsicht auf der Beachtung des Grundsatzes der Mehrheitsentscheidung, sondern auch in materieller Hinsicht auf der Anpassung der demokratischen Entscheidung an die Bestimmungen der Konvention.

Schlagwörter: Internationale Verträge, internationales Recht der Menschenrechte, gerichtliche Kontrolle, bindende Wirkung, Kontrolle der Vertragskonformität.

ABSTRACT. The States signatory to a treaty or international convention on human rights undertake to comply in good faith with the provisions of the text, according to the *pacta sunt servanda* principle. Treaties or international conventions on human rights consist not only of the rules included in them but also of the decisions adopted by the monitoring bodies of the treaty or convention. In the case of the American Convention on Human Rights, the decisions of the Inter-American system – specifically the Inter-American Court of Human Rights – are binding and must be applied by national judges when deciding the cases submitted to them. When deciding national cases, judges must exercise conventionality control, which implies adjusting domestic legislation, including the constitution, to the American Convention. The decisions adopted as a result of direct democracy initiatives are also subject to conventionality control. Their legitimacy is based not only on the formal aspect – application of the majority rule – but also, in substance, on the observance by those democratic decisions of the provisions enshrined in the Convention.

Keywords: international treaties, international human rights law, jurisdictional control, binding effect, conventionality control.

RAMIRO J. GARCÍA FALCONÍ

Una de las facultades inherentes a la actividad judicial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) es la de supervisar el cumplimiento de sus decisiones por los países miembros. El artículo 68.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos estipula que “los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes”, vinculando las obligaciones convencionales de los Estados partes a todos los poderes o funciones del Estado.¹ La misma Corte ha señalado que la obligación de cumplir lo dispuesto en sus decisiones corresponde a un principio básico del derecho sobre la responsabilidad internacional del Estado, respaldado por la jurisprudencia internacional, según el cual los Estados deben acatar sus obligaciones convencionales internacionales de buena fe (*pacta sunt servanda*) y, conforme se ha insistido en jurisprudencia reiterada emitida por la Corte IDH y lo dispone el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, aquellos no pueden, por razones de orden interno, dejar de asumir la responsabilidad internacional ya establecida.²

Este cumplimiento de buena fe de las obligaciones generadas por el derecho internacional conlleva, como se señaló, el que no pueda invocarse para su incumplimiento el derecho interno, dentro del cual deben entenderse incluso las disposiciones constitucionales.³ Estas reglas son consideradas principios generales del derecho, conforme las ha tratado tanto la Corte Permanente de Justicia Internacional y la Corte Internacional de Justicia⁴ como, de forma reiterada, la propia Corte IDH, tanto en las sentencias dictadas dentro de casos contenciosos como en las supervisiones de sentencia y opiniones consultivas.⁵

¹ Caso *Castillo Petrucci y otros contra Perú*, supervisión de cumplimiento de sentencia, resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 17 de noviembre de 1999, serie C, n.º 59, considerando tercero, y caso *Vargas Areco contra Paraguay*, supervisión de cumplimiento de sentencia, resolución del presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de julio de 2010, considerando cuarto.

² Caso *Baena Ricardo y otros contra Panamá*, supervisión de cumplimiento de sentencia, resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 28 de mayo de 2010, considerando quinto.

³ *Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (artículos 1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, opinión consultiva OC- 14/94, de 9 de diciembre de 1994, serie A, n.º 14, § 35. Sobre este tema cabe señalar que resultaría contrario a la Convención y por tanto ilegítimo el artículo 425 de la Constitución de la República del Ecuador, que establece un orden jerárquico normativo por el cual, en caso de conflicto, se aplicaría la Constitución por sobre la Convención.

⁴ Caso de las *Comunidades Greco-Búlgaras (1930)*, serie B, n.º 17, p. 32; caso de *Nacionales Polacos de Danzig (1931)*, series A/B, n.º 44, p. 24; caso de las *Zonas Libres (1932)*, series A/B, n.º 46, p. 167; *Aplicabilidad de la obligación a arbitrar bajo el Convenio de Sede de las Naciones Unidas (Caso de la Misión del PLO) (1988)*, pp. 12, 31-2, § 47.

⁵ *Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (artículos 1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, opinión consultiva OC- 14/94, supra nota 3; caso *Cinco pensionistas contra Perú*, supervisión de cumplimiento de sentencia, resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 24 de noviembre de 2009, considerando sexto, y caso *Ivcher Bronstein contra Perú*,

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

Los Estados partes en la Convención deben garantizar el cumplimiento de las disposiciones convencionales y sus efectos propios (*effet utile*) en el plano de sus respectivos derechos internos. Este principio se aplica no solo en relación con las normas sustantivas de los tratados de derechos humanos (es decir, las que contienen disposiciones sobre los derechos protegidos), sino también en relación con las normas procesales, tales como las que se refieren al cumplimiento de las decisiones de la Corte.⁶ Estas obligaciones deben ser interpretadas y aplicadas de manera que la garantía protegida sea verdaderamente práctica y eficaz, teniendo presente la naturaleza especial de los tratados de derechos humanos.

Sobre la naturaleza especial de los tratados de derechos humanos, la Corte ha señalado en la opinión consultiva OC-2/82:

[...] los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción.⁷

Este criterio coincide con el expuesto en su momento por otros órganos jurisdiccionales internacionales, como la Corte Internacional de Justicia, en su opinión consultiva relativa a *Reservas a la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio* (1951), la cual afirmó: “[...] en este tipo de tratados, los Estados contratantes no tienen intereses propios; solamente tienen, por encima de todo, un interés común: la consecución de los propósitos que son la razón de ser de la Convención”. La Comisión y la Corte Europeas de Derechos Humanos se han pronunciado en forma similar. En el caso *Austria contra Italia* (1961), la Comisión Europea declaró que las obligaciones asumidas por los Estados partes en la Convención Europea de Derechos Humanos “son

supervisión de cumplimiento de sentencia, resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 24 de noviembre de 2009, considerando quinto.

⁶ European Commission of Human Rights, Applications nr. 15299/89, 15300/89 and 15318/89, *Chrysostomos et alii v. Turkey* (1991), *Decisions and Reports*, Estrasburgo, C. E., [1991], vol. 68, pp. 216- 253.

⁷ Opinión consultiva OC-2/82, de 24 de septiembre de 1982, denominada *El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana* (artículos 74 y 75), § 29.

RAMIRO J. GARCÍA FALCONÍ

esencialmente de carácter objetivo, diseñadas para proteger los derechos fundamentales de los seres humanos de violaciones de parte de las Altas Partes Contratantes en vez de crear derechos subjetivos y recíprocos entre las Altas Partes Contratantes”.⁸ En igual sentido, la Corte Europea afirmó, en el caso *Irlanda contra Reino Unido* (1978):

[...] a diferencia de los tratados internacionales del tipo clásico, la Convención comprende más que simples compromisos recíprocos entre los Estados Partes. Crea, por encima de un conjunto de compromisos bilaterales, mutuos, obligaciones objetivas que, en los términos del Preámbulo, cuentan con una “garantía colectiva”.⁹

En el caso *Soering contra Reino Unido* (1989), la Corte Europea declaró que la Convención Europea “debe ser interpretada en función de su carácter específico de tratado de garantía colectiva de derechos humanos y libertades fundamentales, y que el objeto y fin de este instrumento de protección de seres humanos exige comprender y aplicar sus disposiciones de manera que haga efectivas y concretas aquellas exigencias”.¹⁰

Teniendo en cuenta las decisiones anotadas, debe considerarse que existen varias formas en las que un Estado miembro puede violar un tratado internacional y específicamente la Convención Americana. En el caso de la Convención, la vulneración puede producirse tanto por omisión al dictar las normas o los mecanismos jurídicos a que se encuentran obligados —por ejemplo, aquellas que por mandato del artículo 2 deben incorporarse a los ordenamientos jurídicos nacionales— como por la incorporación de normas o mecanismos jurídicos que no estén conformes con lo que de él exigen sus obligaciones dentro de la Convención. Si esas normas se han adoptado de acuerdo con el ordenamiento jurídico interno o en contra de él, es indiferente para los efectos de protección de los derechos humanos.¹¹ Para una mejor comprensión del tema, es necesario iniciar con el concepto de *ley* que nos propone la Corte IDH:

[...] la norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según

⁸ European Commission of Human Rights, Decision as to the Admissibility of Application nr. 788/60, *Austria v. Italy case*, *Yearbook of the European Convention on Human Rights*, La Haya, M. Nijhoff, 1961, p. 140.

⁹ European Court HR, *Ireland v. United Kingdom case*, judgment of 18 January 1978, serie A, n.º 25, p. 90, § 239.

¹⁰ European Court HR, *Soering case*, decision of 26 January 1989, serie A, n.º 161, § 87.

¹¹ Opinión consultiva OC-13/93, del 16 de julio de 1993, serie A, n.º 13, § 26; *Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos* (artículos 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados Partes para la formación de las leyes.¹²

El hecho de que una ley pertenezca al ordenamiento jurídico interno de un Estado miembro y que haya sido adoptada “de acuerdo con lo dispuesto por la Constitución” nada significa si mediante ella se viola cualquiera de los derechos o libertades protegidos por la Convención. Las atribuciones de la Corte en este sentido no están de manera alguna restringidas por la forma como la Convención es violada.¹³ Tal como lo ha manifestado la Corte, el cumplimiento de un procedimiento constitucional “no impide en todos los casos que una ley aprobada por el Parlamento llegue a ser violatoria de los derechos humanos”.¹⁴

Respecto del tratamiento que debe darse a la norma interna violatoria de la Convención Americana, tanto por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Com IDH) como por la Corte IDH, esta última ha señalado que la Com IDH 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. Como consecuencia de esta calificación, podrá la Com IDH recomendar al Estado la derogación o la reforma de la norma violatoria, y para ello es suficiente que tal norma haya llegado por cualquier medio a su conocimiento, haya sido o no aplicada en un caso concreto. Esta calificación y recomendación pueden ser hechas por la Com IDH directamente al Estado (artículo 41.b) o en los informes a que se refieren los artículos 49 y 50 de la Convención.¹⁵ Diferente es el caso de la actuación de la Corte IDH, la cual, en ejercicio de su competencia consultiva y en aplicación del artículo 64.2, puede referirse a la eventual violación de la Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos por una norma interna o meramente a la compatibilidad entre esos instrumentos.

En caso de tratarse de la jurisdicción contenciosa, el análisis debe realizarse según parámetros diferentes, pues debe considerarse, por una parte, que una ley que entra en

¹² Opinión consultiva OC-6/86, del 9 de mayo de 1986, serie A, n.º 6, § 38, *La expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*.

¹³ Opinión consultiva OC-13/93, supra nota 11, § 27.

¹⁴ Opinión consultiva OC-13/93, supra nota 11, § 22.

¹⁵ Opinión consultiva OC-14/94, del 9 de diciembre de 1994, *Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención* (artículos 1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), § 38 y 39.

RAMIRO J. GARCÍA FALCONÍ

vigor no necesariamente afecta la esfera jurídica de personas determinadas. Es posible que esté sujeta a actos normativos posteriores, al cumplimiento de ciertas condiciones o, simplemente, a su aplicación por funcionarios del Estado, antes de afectar esa esfera. Es posible, asimismo, que las personas sujetas a jurisdicción de la norma se afecten por la sola vigencia de esta. A estas últimas normas y a falta de mejor denominación, la Corte las denomina “leyes de aplicación inmediata”.¹⁶ En el caso de que la ley no sea de aplicación inmediata y no haya sido aún aplicada a un caso concreto, la Comisión no puede comparecer ante la Corte para someter un caso contra el Estado con base en la sola emisión de la ley. La ley que no es de aplicación inmediata es mera facultad dada a las autoridades para tomar medidas de acuerdo con ella, y a criterio de la Corte, no representa, *per se*, violación de los derechos humanos.¹⁷

En el caso de las leyes de aplicación inmediata, tal como han sido definidas, 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 lesionaría a todos los individuos de esa raza. Si se trata de 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 (artículo 63.2 de la Convención y artículo 29 del Reglamento de la Comisión).

La razón de que la Comisión no pueda someter a la Corte casos de leyes que no sean de aplicación inmediata y que aún no hayan sido aplicadas es que, conforme al artículo 61.2 de la Convención, “para que la Corte pueda conocer de cualquier caso, es necesario que sean agotados los procedimientos previstos en los artículos 48 a 50”, y para que esos procedimientos puedan ser iniciados es indispensable que la Comisión reciba una comunicación o petición que contenga una denuncia o queja de una violación concreta de derechos humanos respecto de individuos determinados.¹⁸

La exigencia de que se trate de individuos determinados se desprende del artículo 46.1.b, que exige que la petición o comunicación “sea presentada dentro del plazo de seis meses, a partir de la fecha en que el presunto lesionado en sus derechos haya sido notificado de la decisión definitiva”, y del artículo 46.2.b, que no requiere el agotamiento de los recursos internos y exime de la exigencia del plazo mencionado cuando “no se haya

¹⁶ Opinión consultiva OC-14/94, *supra* nota 15, § 41.

¹⁷ Opinión consultiva OC-14/94, *supra* nota 15, § 42.

¹⁸ Opinión consultiva OC-14/94, *supra* nota 15, § 45.

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

permitido al presunto lesionado en sus derechos el acceso a los recursos de la jurisdicción interna, o haya sido impedido de agotarlos”.¹⁹ Esta posición sin duda muestra la adhesión de la Corte IDH a la posición sostenida sobre el tema por la Corte Europea de Derechos Humanos.²⁰

Si el caso llega a la Corte después de haberse seguido el procedimiento pertinente, 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 fuera procedente, que se reparen las consecuencias del acto violatorio y se pague una indemnización.²¹

La Corte señala como finalidad de su jurisdicción contenciosa el proteger los derechos y libertades de personas determinadas, por lo que no cabe decisión respecto de casos abstractos, pues 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.²² Sin embargo, la Corte podría pronunciarse en estos casos dentro de su función consultiva, en aplicación del artículo 64.2 de la Convención. La Comisión, por su parte, podría hacer como se señaló anteriormente, y en esa forma cumpliría su función principal de promover la observancia y defensa de los derechos humanos. 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 esta y que, en el evento de que esa violación afecte derechos y libertades protegidos respecto de individuos determinados, genera responsabilidad internacional para el Estado.²³

El cumplimiento tanto de las disposiciones de la Convención como de las resoluciones de la Corte IDH va más allá de la reparación de los derechos individuales de la víctima, pues, como se señala en reiterados fallos, los Estados partes en la Convención

¹⁹ Opinión consultiva OC-14/94, supra nota 15, § 46.

²⁰ Casos *Klass and others* (Judgment of 6 September 1978, serie A, n.º 28), *Marckx* (Judgment of 13 June 1979, Series A n.º 31) y *Adolf* (Judgment of 26 March 1982, serie A, n.º 49), al interpretar la palabra “víctima” que usa el artículo 25 del Convenio (Europeo) para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales.

²¹ Opinión consultiva OC-14/94, supra nota 15, § 48.

²² *Ibidem*, § 49.

²³ Opinión consultiva OC-14/94, supra nota 15, § 50.

RAMIRO J. GARCÍA FALCONÍ

no pueden dictar medidas que violen los derechos y libertades reconocidos en ella.²⁴ Tampoco pueden los Estados dejar de tomar las medidas legislativas “o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”, en los términos del artículo 2 de la Convención. Estas medidas son las necesarias para “garantizar el libre y pleno ejercicio” de dichos derechos y libertades, en los términos de su artículo 1.1.²⁵

La Corte ha sido enfática en señalar que la Convención Americana “establece la obligación de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención, para garantizar los derechos en ella consagrados” y que esta obligación del Estado parte implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas. Esto significa que el Estado ha de adoptar todas las medidas para que lo establecido en la Convención sea realmente cumplido en el orden jurídico interno. Y esas medidas son efectivas cuando la comunidad, en general, adapta su conducta a la normativa de la Convención y, si no ocurre así, cuando se aplican efectivamente las sanciones previstas en ella.

La posición de la Corte IDH en este punto no se basa únicamente en la naturaleza de los tratados de protección de derechos humanos sino en argumentos hasta cierto punto *iusnaturalistas*, como el acudir al “derecho de gentes” casi como un cuerpo normativo positivizado, cuando señala que en el derecho de gentes una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha celebrado un convenio internacional debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de las obligaciones asumidas.²⁶ Esta norma es considerada por la Corte IDH como válida universalmente y la ha calificado como un principio evidente.²⁷

La Convención Americana establece la obligación de cada Estado parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención para garantizar los derechos en ella consagrados, por lo que el deber general del artículo 2 de la Convención Americana implica adoptar medidas en dos vertientes. Por una parte, suprimir las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención. Por la otra, expedir normas y desarrollar prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías.²⁸

²⁴ Caso *Suárez Rosero*; sentencia de 12 de noviembre de 1997, serie C, n.º 35, § 97.

²⁵ Caso *Cesti Hurtado contra Perú*, fondo; sentencia de 29 de septiembre de 1999, serie C, n.º 56, § 166.

²⁶ Caso *Garrido y Baigorria*, reparaciones (artículo 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos); sentencia de 27 de agosto de 1998, serie C, n.º 39, § 68 y 69.

²⁷ “Principe allant de soi”; *Echange des populations grecques et turques*, avis consultatif, 1925, CPJL, serie B, n.º 10, p. 20.

²⁸ Caso *Castillo Petruzzi y otros contra Perú*; fondo, reparaciones y costas; sentencia de 30 de mayo de 1999, serie C, n.º 52, § 207.

Cuando hablamos del derecho interno no nos referimos únicamente a la legislación nacional de cada país, sino también a los mecanismos jurídicos implementados hacia dentro por los Estados partes, pues en casos como la vulneración del artículo 7.3 de la Convención (privación de libertad arbitraria), la violación puede producirse pese a haberse aplicado la norma interna, si esta o la argumentación utilizada es contraria al principio de inocencia, a la Convención y a lo que la Corte ha decidido en la materia.

1. El control de convencionalidad

Al control de las modalidades de adecuación de normas, decisiones y mecanismos jurídicos nacionales a la Convención, se denomina *control de convencionalidad*, criterio introducido por la Corte IDH en 2006²⁹ y ratificado posteriormente en varias resoluciones.³⁰ En principio la Corte IDH señala su consciencia respecto de que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y en tal razón, obligados a la aplicación del derecho interno. Sin embargo, la ratificación de un tratado internacional por parte de un Estado y en específico de la Convención Americana, somete a los jueces a la misma, como parte del aparato estatal y 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. Dichas leyes a criterio de la misma Corte IDH desde un inicio carecen de efectos jurídicos.

En consecuencia, los órganos judiciales deben ejercer un *control de convencionalidad* entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana, tarea en la cual deberán tomar en cuenta no solamente las normas contenidas en la Convención, sino la interpretación que de ellas ha realizado la Corte IDH, en su calidad de intérprete última de la Convención.³¹ Esta decisión obedece al principio de buena fe en el cumplimiento de los tratados, al que ya hemos hecho referencia, por

²⁹ Caso *Almonacid Arellano y otros contra Chile*; excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas; sentencia de 26 de septiembre de 2006, serie C, n.º 154, § 124.

³⁰ Caso *Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) contra Brasil*; excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas; sentencia de 24 de noviembre de 2010, serie C, n.º 219, § 176, y caso *Cabrera García y Montiel Flores contra México*; excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas; sentencia de 26 de noviembre de 2010, serie C, n.º 220, § 225.

³¹ Caso *Almonacid Arellano y otros contra Chile*, supra nota 29, § 124.

RAMIRO J. GARCÍA FALCONÍ

el cual no pueden invocarse para su incumplimiento normas del derecho interno.³² El control de convencionalidad analizado debe ser aplicado *ex officio* por los jueces, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, tomando las normas de la Convención Americana y la interpretación de estas efectuada por la Corte IDH, por una parte, y, por otra parte, las normas internas, en aplicación de las normas 1.1, 2, 8 y 25 de la Convención Americana.³³

Varios de los más altos tribunales latinoamericanos se han pronunciado al respecto. Así, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica ha señalado:

[...] si la Corte Interamericana de Derechos Humanos es el órgano natural para interpretar la Convención Americana sobre Derechos Humanos [...], la fuerza de su decisión al interpretar la convención y enjuiciar leyes nacionales a la luz de esta normativa, ya sea en caso contencioso o en una mera consulta, tendrá —de principio— el mismo valor de la norma interpretada.³⁴

En el mismo sentido, dijo el Tribunal Constitucional del Perú:

[...] la vinculatoriedad de las sentencias de la C[orte Interamericana] no se agota en su parte resolutive (la cual, ciertamente, alcanza sólo al Estado que es parte en el proceso), sino que se extiende a su fundamentación o *ratio decidendi*, con el agregado de que, por imperio de la [Cuarta Disposición Final y Transitoria (CDFT)] de la Constitución y el artículo V del Título Preliminar del [Código Procesal Constitucional], en dicho ámbito la sentencia resulta vinculante para todo poder público nacional, incluso en aquellos casos en los que el Estado peruano no haya sido parte en el proceso. En efecto, la capacidad interpretativa y aplicativa de la Convención que tiene la Corte Interamericana, reconocida en el artículo 62.3 de dicho tratado, aunada al mandato de la CDFT de la Constitución, hace que la interpretación de las disposiciones de la Convención que se realiza en todo proceso, sea vinculante para todos los poderes públicos internos, incluyendo, desde luego, a este Tribunal.³⁵

³² Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (artículos 1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), opinión consultiva OC- 14/94, de 9 de diciembre de 1994, serie A, n.º 14, § 35.

³³ Caso *Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) contra Brasil*, supra nota 30, § 176; caso *Cabrera García y Montiel Flores contra México*, supra nota 30, § 225.

³⁴ Sentencia de 9 de mayo de 1995 emitida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, acción inconstitucional, voto 2313-95 (expediente 0421-S-90), considerando VII.

³⁵ Sentencia emitida el 21 de julio de 2006 por el Tribunal Constitucional del Perú (expediente n.º 2730-2006-PA/TC), fundamento 12.

Queda por tanto claro que, además de las normas contenidas en la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José, para los jueces nacionales de los países suscriptores son vinculantes también las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no solo en su parte decisoria, que afecta al país procesado específicamente, sino en sus consideraciones o *ratio decidendi*, en las cuales se desarrolla la interpretación obligatoria de las normas de la Convención.

Una vez establecido el marco general dentro del cual la Corte IDH considera necesaria la modificación de la normativa y las prácticas jurídicas internas, es necesario analizar algunos casos en los cuales la Corte se ha pronunciado expresamente sobre dicha adecuación del ordenamiento jurídico nacional al marco impuesto por la Convención.

2. La ambigüedad en la tipificación de una conducta como vulneración de la Convención Americana

El artículo 9 de la Convención Americana determina que nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

En el caso peruano, mediante el decreto-ley n.º 25659, artículos 1, 2 y 3, y el decreto-ley n.º 25475, artículos 2 y 3, se tipificaron los delitos de traición a la patria y terrorismo, y se establecieron las penas correspondientes a cada uno. La tipificación de dichos delitos resulta tan difusa y laxa en la redacción de los mencionados decretos que permite una amplia interpretación, e incluso la confusión entre ellos. Es así que la Corte inicialmente considera que ambos decretos-leyes se refieren a conductas no estrictamente delimitadas, por lo que podrían ser comprendidas indistintamente en un delito o en otro, según los criterios del Ministerio Público y de los jueces respectivos y, como en el caso examinado, de la “propia Policía (DINCOTE)”, razón por la cual los citados decretos-leyes en este aspecto son incompatibles con el artículo 8.4 de la Convención Americana.³⁶

³⁶ Caso *Loayza Tamayo contra Perú*; fondo; sentencia de 17 de septiembre de 1997, serie C, n.º 33, § 68.

RAMIRO J. GARCÍA FALCONÍ

Posteriormente, sobre casos derivados de la aplicación de los mismos decretos-leyes, tanto la Com IDH como la Corte IDH complementan su análisis y, adicionalmente a la vulneración del derecho del inculpado absuelto por una sentencia firme a no ser nuevamente procesado, encuentra que los mencionados lesionan además el principio de legalidad contenido en el artículo 9 de la Convención. La Com IDH considera que no existen, prácticamente, diferencias entre el tipo penal de terrorismo y el de traición a la patria o terrorismo agravado establecidos en la legislación peruana, y que ambos permiten una amplia interpretación, facilitando la posibilidad de que puedan ser confundidos. Se trata de tipos penales abiertos “que usan términos muy difusos”, en contra de lo que preceptúan los sistemas penales modernos, esto es, términos rígidos que no permitan mayor interpretación. Tal situación viola el principio básico de derecho penal de tipicidad o determinación legal precisa del tipo penal.

Adicionalmente se señala que el delito de traición a la patria, como lo ha reconocido el mismo Estado, es el *nomen juris* de un terrorismo agravado que, aparte de ser un tipo penal abierto, “[traspasa el juzgamiento de la conducta delictiva] del fuero del juez natural, que era el fuero común, a la justicia militar”. Por otra parte, “el delito de traición a la patria como tipo [...] en el derecho penal no tiene nada que ver con terrorismo”, ya que el primero es un delito contra la seguridad de la nación y está destinado a proteger la independencia, la soberanía o la integridad de esta, lo que no está en discusión en este caso, y el artículo 2 del decreto-ley n.º 25659 establece quiénes son los autores del delito de traición a la patria; sin embargo, dicho artículo no contiene previsiones sobre la posible autoría del delito por extranjeros, es decir, no precisa si el Estado exige lealtad a ciertos ciudadanos extranjeros y en qué condiciones debe hacerlo, lo que resulta violatorio del principio de legalidad. La lealtad a la patria peruana es un deber de los ciudadanos peruanos, por lo cual no puede procesarse a extranjeros por su incumplimiento.³⁷

La Corte IDH, por su parte, al analizar el tema, señala que la existencia de elementos comunes y la imprecisión en el deslinde entre ambos tipos penales afecta la situación jurídica de los inculpados en diversos aspectos: la sanción aplicable, el tribunal del conocimiento y el proceso correspondiente. En efecto, la calificación de los hechos como traición a la patria implica que conozca de ellos un tribunal militar *sin rostro*, que se juzgue a los inculpados bajo un procedimiento sumarísimo, con reducción de garantías, y que les sea aplicable la pena de cadena perpetua.³⁸ Ya previamente se había

³⁷ Caso *Castillo Petrucci y otros contra Perú*, supra nota 28, § 114.

³⁸ Caso *Castillo Petrucci y otros contra Perú*, supra nota 28, § 119.

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

pronunciado sobre el sentido de la palabra *leyes*, por cuanto en el contexto de un régimen de protección a los derechos humanos no puede desvincularse de la naturaleza y del origen de tal régimen.

De esta forma, la protección a los derechos humanos, en especial los derechos civiles y políticos recogidos en la Convención, parte de la afirmación de la existencia de ciertos atributos inviolables de la persona humana que no pueden ser legítimamente menoscabados por el ejercicio del poder público. Se trata de esferas individuales que el Estado no puede vulnerar o en las que solo puede penetrar limitadamente.³⁹ La Corte considera que aplicar normas como las contenidas en los decretos-leyes emitidos en el Perú, que no delimitan estrictamente las conductas delictuosas, son violatorias del principio de legalidad establecido en el artículo 9 de la Convención Americana, pues entiende que en la elaboración de los tipos penales es preciso utilizar términos estrictos y unívocos, que acoten claramente las conductas punibles, dando pleno sentido al principio de legalidad penal, el cual implica una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales.

La ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarla con penas que afectan severamente bienes fundamentales, como la vida o la libertad.⁴⁰

En las resoluciones dictadas en los casos *Loayza Tamayo* y *Castillo Petruzzi*, ordena al Perú como Estado miembro que se sirva adoptar las medidas apropiadas para reformar las normas que han sido declaradas violatorias de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en la sentencia y asegurar el goce de los derechos consagrados en ella a todas las personas que se encuentran bajo su jurisdicción, sin excepción alguna.⁴¹ En específico se dispuso:

³⁹ Opinión consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986, serie A, n.º 6, § 21.

⁴⁰ Caso *Castillo Petruzzi* y otros, supra nota 28, § 121.

⁴¹ *Ibidem*, punto resolutivo 14.

RAMIRO J. GARCÍA FALCONÍ

[...] el Estado del Perú debe tomar las medidas de derecho interno necesarias para que los Decretos-Leyes 25.475 (Delito de Terrorismo) y 25.659 (Delito de Traición a la Patria) se conformen con la Convención Americana sobre Derechos Humanos.⁴²

Sobre este tema se han emitido seis resoluciones de supervisión de cumplimiento de sentencia. La última, del 6 de febrero de 2008, establece como decisión de la Corte IDH mantener abierto el procedimiento de supervisión de cumplimiento del punto específico referente a la adecuación de los decretos-leyes a la Convención. Al respecto debe mencionarse que el Tribunal Constitucional del Perú dictó una sentencia de fecha 3 de enero de 2003 por la que declara la inconstitucionalidad de los artículos relevantes del decreto-ley n.º 25659, y se han expedido siete decretos legislativos sobre los decretos-leyes cuestionados.

3. Incompatibilidad directa de leyes de amnistía con la Convención

La facultad de la Corte IDH de decidir respecto de la compatibilidad de normas de derecho interno con lo que determina la Convención —o, mejor dicho, con lo que la Corte IDH entiende que determina la Convención— llega al punto de declarar sin efectos jurídicos a normas emitidas por los órganos legislativos de los Estados partes. Este es el caso de las leyes de amnistía n.ºs 26479 y 26492, emitidas por la República del Perú a propósito del caso conocido como *Barrios Altos*.

Los hechos se produjeron el 3 de noviembre de 1991, cuando seis individuos en automóviles con sirenas policiales llegaron a una casa en el sector denominado Barrios Altos, en Lima, donde se celebraba una fiesta, y luego de exigir a los presentes que se arrojaran al suelo, les dispararon por un lapso de aproximadamente dos minutos. Esta acción dejó como resultado quince personas muertas y cuatro heridas, algunas permanentemente incapacitadas. Las investigaciones posteriores determinaron que los autores de los hechos pertenecían a un “escuadrón de eliminación” denominado Grupo Colina, que operaba dentro de Inteligencia Militar. Las investigaciones comenzaron por iniciativa del Congreso del Perú en 1991, pero quedaron trunca por la instauración del

⁴² Caso *Loayza Tamayo contra Perú*; cumplimiento de sentencia; resolución del 17 de noviembre de 1999, Corte IDH, serie C, n.º 60, § 5 de “Otras formas de reparación”.

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

denominado “gobierno de emergencia y reconstrucción nacional” en 1992 y la disolución del órgano legislativo. Se retomaron en 1995 y fueron interrumpidas nuevamente por la emisión de la ley n.º 26479, que exoneraba de responsabilidad a los militares, policías y también a civiles que hubieran cometido violaciones a los derechos humanos entre 1980 y 1995, o participado en esas violaciones.

Esa ley concedió una amnistía a todos los integrantes de las fuerzas de seguridad y civiles que fueran objeto de denuncias, investigaciones, procedimientos o condenas por violaciones de derechos humanos, o que estuvieran cumpliendo sentencias en prisión por esa causa. Las escasas condenas impuestas a integrantes de las fuerzas de seguridad por violaciones de derechos humanos fueron dejadas sin efecto inmediatamente. En consecuencia, se liberó a los ocho hombres recluidos por el caso conocido como *La Cantuta*, algunos de los cuales estaban procesados por el caso *Barrios Altos*. El proyecto de ley no fue anunciado públicamente ni debatido, sino que fue aprobado tan pronto como se presentó, en las primeras horas del 14 de junio de 1995. La ley fue promulgada de inmediato por el presidente y entró en vigor el 15 de junio de 1995. El efecto de la ley en mención fue el de determinar el archivo definitivo de las investigaciones judiciales y así evitar la responsabilidad penal de los responsables de la masacre.⁴³

La jueza que conocía la causa opinó que dicha ley era inaplicable por contravenir la norma constitucional y por tanto se negó a aplicarla. Ante ello, el Congreso peruano emitió el 28 de junio de 2005 una segunda ley de amnistía, la 26492. Esta no solo estableció que la amnistía, además de no ser revisable en sede judicial, era de obligatoria aplicación, sino que amplió el contenido de la ley 26479 concediendo una amnistía general para todos los funcionarios militares, policiales o civiles que pudieran ser objeto de procesamientos por violaciones de derechos humanos cometidas entre 1980 y 1995, aunque no hubieran sido denunciadas. El efecto de esta segunda ley fue impedir que los jueces se pronunciaran sobre la legalidad o aplicabilidad de la primera ley de amnistía, invalidando lo resuelto por la jueza que conocía la causa e impidiendo decisiones similares en el futuro.⁴⁴ La Corte Superior de Lima, con base en estas disposiciones legales, invalidó lo actuado por la jueza inferior declarando que las leyes de amnistía no se oponen a la norma constitucional y remitiendo el proceso al órgano de control administrativo de la judicatura, para que procesara a la jueza por “interpretación errónea de la norma”.

⁴³ Caso *Barrios Altos contra Perú*; fondo; sentencia de 14 de marzo de 2001, serie C, n.º 75, § 2.i.

⁴⁴ *Ibidem*, § 2.m.

RAMIRO J. GARCÍA FALCONÍ

Sobre este tema, la Corte IDH establece 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 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. En el caso específico, considera que las leyes de amnistía adoptadas por el Perú impidieron que los familiares de las víctimas y las víctimas sobrevivientes en el presente caso fueran oídas por un juez, conforme a lo señalado en el artículo 8.1 de la Convención; violaron el derecho a la protección judicial consagrado en el artículo 25 de la Convención; impidieron la investigación, la persecución, la captura, el enjuiciamiento y la sanción de los responsables de los hechos ocurridos en Barrios Altos, incumpliendo el artículo 1.1 de la Convención, y obstruyeron el esclarecimiento de los hechos del caso. Finalmente, la adopción de las leyes de autoamnistía incompatibles con la Convención incumplió la obligación de adecuar el derecho interno consagrada en su artículo 2.⁴⁵

Señala asimismo la Corte IDH que, a la luz de las obligaciones generales consagradas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, los Estados partes tienen el deber de tomar las providencias de toda índole para que nadie sea sustraído de la protección judicial y del ejercicio del derecho a un recurso sencillo y eficaz, en los términos de los artículos 8 y 25 de la Convención, por lo que los Estados partes en la Convención que adopten leyes que tengan este efecto, como es el caso de las leyes de autoamnistía, incurren en una violación de los artículos 8 y 25 en concordancia con los artículos 1.1 y 2 de la Convención. La Corte, en una posición que podría calificarse como militante, afirma que las leyes de autoamnistía conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana. Este tipo de leyes, a su criterio, impide la identificación de los individuos responsables de violaciones a los derechos humanos, ya que obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia e impide a las víctimas y a sus familiares conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente.

Como consecuencia de la manifiesta incompatibilidad entre las leyes de autoamnistía y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Corte IDH señala que las mencionadas leyes carecen de efectos jurídicos y no pueden seguir representando

⁴⁵ Caso *Barrios Altos contra Perú*, supra nota 43, § 41.

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

un obstáculo para la investigación de las graves violaciones de derechos humanos analizadas ni para la identificación y el castigo de los responsables, ni puedan tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención Americana acontecidos en el Perú.⁴⁶

Con base en estas consideraciones, la Corte IDH resolvió que el Perú incumplió los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos como consecuencia de la promulgación y aplicación de las leyes de amnistía n.ºs 26479 y 26492, y que estas son incompatibles con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, en consecuencia, carecen de efectos jurídicos.⁴⁷ Esta decisión, según aclaró posteriormente la misma Corte, no afecta solamente al caso resuelto, sino que tiene efectos generales.⁴⁸

La decisión de la Corte IDH en este asunto no quedó en lo señalado, pues posteriormente ratificó un acuerdo reparatorio suscrito entre el Perú y los familiares de las víctimas en el que adicionalmente se estableció como obligación del Estado iniciar el proceso por el cual se incorpore “la figura jurídica que resulte más conveniente” para tipificar el delito de ejecuciones extrajudiciales, así como iniciar “el procedimiento para suscribir y promover la ratificación de la Convención Internacional sobre Imprescriptibilidad de Crímenes de Lesa Humanidad”, ambas obligaciones dentro de los treinta días de suscrito el acuerdo.⁴⁹

Estos aspectos que conllevan la obligación de incorporar a la legislación nacional nuevos tipos penales, por una parte, y la suscripción de un convenio en materia de imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, por otra, jamás fueron tocados en la sentencia en la que se decidió el fondo del caso. Esta tendencia de la Corte IDH de llevar la capacidad de investigación, procesamiento y juzgamiento de violaciones de derechos humanos casi hasta sus últimas consecuencias fue reforzada posteriormente, no solo con la imposibilidad de aplicación de leyes de amnistía y su incapacidad de generar efectos en el futuro, sino en la prohibición de argumentar prescripción, irretroactividad de la ley penal, cosa juzgada ni el principio *non bis in idem*, o cualquier excluyente similar de responsabilidad, para excusarse de su deber de investigar y sancionar a los responsables,

⁴⁶ Caso *Barrios Altos contra Perú*, supra nota 43, § 44.

⁴⁷ Caso *Barrios Altos contra Perú*, supra nota 43, puntos resolutivos 3 y 4.

⁴⁸ Caso *Barrios Altos contra Perú*; interpretación de la sentencia de fondo; sentencia de 3 de septiembre de 2001, serie C, n.º 83, punto resolutive 2.

⁴⁹ Caso *Barrios Altos contra Perú*; reparaciones y costas; sentencia de 30 de noviembre de 2001, serie C, n.º 87, puntos resolutivos 5.b y 5.c.

RAMIRO J. GARCÍA FALCONÍ

y ordenó además que se activen las investigaciones pertinentes contra quienes fueron investigados, condenados, absueltos o cuyas causas fueron sobreeséidas en los procesos penales militares.⁵⁰

4. Enmienda de normas constitucionales de un Estado parte por disposición de la Corte IDH

La Corte IDH ha ido ampliando su ámbito de acción, no solo en lo que se refiere a los casos sometidos a su conocimiento, sino también en el caso de aquellos Estados que no son parte de la Convención o de aquellos, como Trinidad y Tobago, que hayan establecido limitaciones en su instrumento de aceptación de la cláusula facultativa de la jurisdicción obligatoria de la Corte, en virtud de lo dispuesto en el artículo 62 de la Convención Americana, por considerar que dicha limitación es incompatible con el objeto y fin de la Convención.⁵¹ La Corte Interamericana señala que al momento de interpretar la Convención Americana de conformidad con las normas generales de interpretación de los tratados contenidas en el artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, y considerando el objeto y fin de la Convención Americana, el tribunal, en ejercicio de la autoridad que le confiere el artículo 62.3 de la Convención Americana, debe actuar de manera tal que se preserve la integridad del mecanismo previsto en el artículo 62.1, por lo que considera inadmisibles subordinar tales preceptos a restricciones que harían inoperante la función jurisdiccional de la Corte y, consecuentemente, el sistema de protección de derechos humanos establecido en la Convención.⁵²

La jurisdicción que la propia Corte IDH reconoce para sí misma, como hemos visto, en lo que a la adaptación del derecho interno al derecho internacional se refiere, no llega solamente a la derogatoria u obligación de incorporar normas legales al ordenamiento jurídico nacional, sino incluso al análisis de la compatibilidad de normas

⁵⁰ Caso *La Cantuta contra Perú*; fondo, reparaciones y costas; sentencia de 29 de noviembre de 2006, serie C, n.º 162, § 226.

⁵¹ Caso *Hilaire*; excepciones preliminares; sentencia de 1 de septiembre de 2001, serie C, n.º 80, § 98; caso *Benjamin y otros*; excepciones preliminares; sentencia de 1 de septiembre de 2001, serie C, n.º 81, § 89, y caso *Constantine y otros*; excepciones preliminares; sentencia de 1 de septiembre de 2001, serie C, n.º 82, § 89.

⁵² Caso *Hilaire*; excepciones preliminares, supra nota 51, § 82 y 84; caso *Benjamin y otros*; excepciones preliminares, supra nota 51, § 73-75, y caso *Constantine y otros*; excepciones preliminares, supra nota 51, § 73-75.

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

constitucionales de los Estados con la Convención. Así, en el caso *Caesar contra Trinidad y Tobago* se pone en consideración de la Corte la aplicación de penas corporales judicialmente ordenadas, con base en la existencia de la Ley de Penas Corporales, la cual prevé para ciertos delitos, a los varones mayores de 18 años, la aplicación de penas como latigazos con una vara de tamarindo u objetos similares, y flagelación con un objeto denominado *el gato de nueve colas* (instrumento de nueve cuerdas de algodón trenzadas, cada una de aproximadamente 30 pulgadas de largo y menos de un cuarto de pulgada de diámetro, asidas a un mango, que son descargadas en la espalda del sujeto, entre los hombros y la parte baja de la espina dorsal).⁵³ En este caso, el señor Caesar fue sometido a esta flagelación, lo cual por supuesto fue considerado por la Corte IDH como una forma de castigo cruel, inhumana y degradante.⁵⁴ Lo paradójico del caso es que ese castigo fue ordenado por la High Court de Trinidad y Tobago, el órgano jurisdiccional de más alto nivel de dicho Estado, y en aplicación de un cuerpo legal vigente.

Sobre este punto, que es el de interés del presente trabajo, la Corte señala que la Ley de Penas Corporales 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 adaptado 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 ella. La Corte es enfática al 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 el Estado no puede extinguir las obligaciones internacionales por este asumidas mientras el tratado se encontraba en vigencia. Se considera que 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. Al haberse 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 ratificar la Convención, la Corte declaró que Trinidad y Tobago había incumplido las obligaciones establecidas en el artículo 2 de la Convención, en relación con su artículo 5.1 y 5.2.⁵⁵

⁵³ Caso *Caesar contra Trinidad y Tobago*; fondo, reparaciones y costas; sentencia 11 de marzo 2005, serie C, n.º 123, § 49.8.

⁵⁴ *Ibidem*, § 72.

⁵⁵ *Ibidem*, § 94.

RAMIRO J. GARCÍA FALCONÍ

La decisión de la Corte IDH no queda en obligar a la derogatoria de la Ley de Penas Corporales, sino que entra incluso en el análisis de la pertinencia de las normas constitucionales. 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 en cuanto a sus secciones 4 y 5. En un caso anterior la Corte estableció que, al ser la Ley de Delitos contra la Persona incompatible con la Convención Americana, 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”.⁵⁶ 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 de Trinidad y Tobago es incompatible con la Convención; por tanto, a criterio de la Corte se torna pertinente ordenar que el Estado enmiende, dentro de un plazo razonable, la mencionada sección 6 de la Constitución de Trinidad y Tobago, en cuanto imposibilita a las personas el acceso a un recurso efectivo ante un tribunal competente para la protección de violaciones de sus derechos humanos.⁵⁷ Cabe señalar que dicha disposición no ha sido acatada hasta el momento por Trinidad y Tobago, conforme ha sido corroborado por la propia Corte IDH.⁵⁸

5. Inadecuación de decisiones tomadas como resultado de ejercicios de democracia directa con la Convención Americana de Derechos Humanos

Uno de los aspectos de mayor polémica, desde la perspectiva del carácter democrático de los Estados suscriptores de la Convención Americana, es el referente al control de convencionalidad de las decisiones producidas como resultado de ejercicios de democracia directa. El viejo paradigma del *vox populi, vox Dei*, planteado en la Edad Media y

⁵⁶ Caso *Hilaire, Constantine y Benjamin y otros*; sentencia de 21 de junio de 2002, serie C, n.º 94, § 152.c

⁵⁷ Caso *Caesar contra Trinidad y Tobago*, supra nota 53, § 133

⁵⁸ Caso *Caesar contra Trinidad y Tobago*; supervisión de cumplimiento de sentencia; resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 21 noviembre de 2007.

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

acogido por el Estado liberal construido según los principios filosóficos de la Ilustración, es así sometido a debate, análisis y decisión judicial.

La pregunta de si puede legítimamente someterse cualquier tema a decisión de democracia directa —esto es a votación del pueblo en las urnas— ha sido negativamente respondida por la Corte IDH en una de sus decisiones más recientes, el caso *Gelman contra Uruguay*.⁵⁹ En este caso, acogiéndose claramente no solo la posición sino la nomenclatura utilizada por la Escuela Analítica Italiana, la Corte IDH considera que la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable de la regla de las mayorías, es decir, de “aquello susceptible de ser decidido” por las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un “control de convencionalidad”, que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no solo del Poder Judicial.⁶⁰

En este mismo sentido, la propia Corte Suprema de Justicia de Uruguay decidió textualmente que el límite de la decisión de la mayoría reside, en esencia, en dos cosas: la tutela de los derechos fundamentales (los primeros, entre todos, son el derecho a la vida y a la libertad personal, y no hay voluntad de la mayoría, ni interés general, ni bien común o público en aras de los cuales esos derechos puedan ser sacrificados) y la sujeción de los poderes públicos a la ley.⁶¹ En el mismo sentido, la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América estableció:

[...] el propósito esencial de la Carta Constitucional de Derechos fue retirar ciertos temas de las vicisitudes de las controversias políticas, colocándolos fuera del alcance de las mayorías y funcionarios, y confiriéndoles el carácter de principios legales para ser aplicados por los tribunales. El derecho de las personas a la vida, libertad y propiedad, a la libertad de expresión, la libertad de prensa, la libertad de culto y de reunión, y otros derechos fundamentales no pueden ser sometidos a votación; no dependen de los resultados de elecciones.⁶²

La Corte Constitucional Colombiana por su parte, ha señalado:

[...] la vieja identificación del pueblo con la mayoría expresada en las urnas es insuficiente para atribuir a un régimen el carácter democrático que, actualmente, también se funda en el respeto de las minorías [...] la institucionalización del pueblo [...] impide que la soberanía que [...] en él reside sirva de pretexto a un ejercicio de su poder ajeno a cualquier límite

⁵⁹ Caso *Gelman contra Uruguay*; fondo y reparaciones; sentencia de 24 de febrero de 2011, serie C, n.º 221.

⁶⁰ Caso *Gelman contra Uruguay*, supra nota 59, § 239.

⁶¹ Suprema Corte de Justicia de Uruguay, caso *Sabalsagaray Curutchet Blanca Stela*; denuncia de excepción de inconstitucionalidad; sentencia n.º 365, de 19 de octubre de 2009, prueba, folios 2325-2379, 1479 y 1480.

⁶² *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943), 319 U.S. 624, 14 de junio de 1943, Suprema Corte de los Estados Unidos de América.

RAMIRO J. GARCÍA FALCONÍ

jurídico y desvinculado de toda modalidad de control. El proceso democrático, si auténtica y verdaderamente lo es, requiere de la instauración y del mantenimiento de unas reglas que encaucen las manifestaciones de la voluntad popular, impidan que una mayoría se atribuya la vocería excluyente del pueblo [...].⁶³

Con los antecedentes planteados, la Corte IDH decidió claramente que el hecho de que una ley que contraviene las normas de la Convención o las decisiones de la Corte IDH como intérprete última de la Convención haya sido aprobada en un régimen democrático y aun ratificada o respaldada por la ciudadanía no le concede, automáticamente ni por sí sola, legitimidad ante el derecho internacional. La participación de la ciudadanía con respecto a dicha ley, utilizando procedimientos de ejercicio directo de la democracia, se debe considerar, entonces, como hecho atribuible al Estado y generador, por tanto, de la responsabilidad internacional de aquel.⁶⁴

6. Conclusiones

La obligatoriedad del cumplimiento de las decisiones de la Corte IDH, especialmente en lo que a modificación o derogatoria de normas internas se refiere, debe ser analizada con detenimiento, pues son muchas y muy fundadas las razones expuestas por algunos críticos respecto al carácter activista y sobre todo poco democrático que podría conllevar el que un grupo de jueces, por alta que fuera su investidura, interviniera en las normas de Estados soberanos, emitidas por órganos legislativos constitucionalmente elegidos, o incluso, eventualmente, dejar sin efecto decisiones adoptadas como resultado de procesos de democracia directa.⁶⁵

Esta discusión se vuelve más álgida todavía si la modificación o supresión de normas por tribunales como la Corte IDH genera efectos en el ámbito penal, al eliminar la prescripción de la acción para perseguir conductas consideradas como graves vulneraciones de derechos humanos, dejar sin efecto leyes de amnistía o incluso desconocer la

⁶³ Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-141 de 2010, de 26 de febrero de 2010, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, por medio de la cual se decide sobre la constitucionalidad de la ley 1354 de 2009, de convocatoria a un referendo constitucional.

⁶⁴ Caso *Gelman contra Uruguay*, supra nota 59, § 238.

⁶⁵ Por todos Ezequiel Malarino: "Activismo judicial, punitivización y nacionalización: tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en Daniel Pastor (ed.): *El sistema penal en las sentencias recientes de los órganos interamericanos de protección de los derechos humanos*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 2010, pp. 21-61.

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

validez de procesamientos penales previos y ordenar nuevos procesamientos, contraviniendo el principio del *ne bis idem* consagrado en el artículo 8.4 de la propia Convención Americana.

Al respecto, deben considerarse varios de los presupuestos sobre los que se asientan el derecho internacional de los derechos humanos y sobre todo el derecho penal internacional, pues de estos dependerán los límites que se impongan a los tribunales internacionales que tienen por objeto el análisis de la responsabilidad de los Estados, como la Corte IDH o, más aún, la Corte Penal Internacional, que tiene por objeto examinar la responsabilidad individual de aquellas personas acusadas de cometer los crímenes tipificados en el Estatuto de Roma. Es necesario, por tanto, analizar qué es lo que hace a una conducta tipificada como delito en la legislación nacional susceptible de intervención o persecución internacional, hasta dónde los tribunales internacionales al analizar esas conductas pueden traspasar las barreras impuestas por la soberanía de los países y cuáles son los límites de impunidad admisibles para el derecho internacional.

Sobre el primer tema —esto es, la determinación de una conducta como susceptible de pronunciamiento por un tribunal internacional—, las posiciones doctrinales concuerdan en la legitimidad de dicha calificación y, en específico, del *ius puniendi* supranacional, aunque no respecto de los fundamentos filosóficos que lo sustentarían. Así por ejemplo, un sector importante de la doctrina parte de que son los elementos propios de dichas conductas o actos —es decir, su naturaleza en sí— los que determinan su persecución internacional.⁶⁶ Esta concepción se basa inicialmente en la dignidad humana kantiana y el reconocimiento de la individualidad de los miembros de la sociedad, para concluir en la necesidad de protección internacional de ciertos derechos, aquellos que hacen parte del núcleo duro de los derechos humanos o, en una posición paralela, de los derechos humanos interculturalmente reconocidos —esto es aquellos derechos humanos reconocidos universal y transculturalmente—, así como en el respeto de los principios de justicia, de manera especial el de la libertad frente a la arbitrariedad y la violencia.⁶⁷ Otro sector considera que los denominados *tipos penales del derecho penal internacional* son tales en razón de haberse dado a los tribunales internacionales jurisdicción para su procesamiento y condena, esto es, por la existencia de normas secundarias de reconocimiento que son aceptadas por la comunidad internacional, sin que exista

⁶⁶ Kai Ambos: *Temas de derecho internacional y europeo*, Madrid: Marcial Pons, 2006, p. 25.

⁶⁷ Otfried Höffe: “Gibt es ein interkulturelles Strafrecht?”, en *Philosophischer Versuch*, Fráncfort: Suhrkamp, 1999, p. 53.

RAMIRO J. GARCÍA FALCONÍ

nada distintivo sobre la naturaleza del crimen en sí mismo que justifique su calidad de *crimen internacional*.⁶⁸

Esta última propuesta, de impronta claramente positivista, hace una evidente referencia a la posición de H. L. A. Hart en cuanto a la determinación de las denominadas *reglas secundarias de reconocimiento*,⁶⁹ que para el caso de los delitos internacionalmente perseguibles estarían constituidas por convenciones y tratados, la ley penal nacional y la costumbre internacional. Sea cual sea la posición de la que se parta, lo cierto es que la gran mayoría de la doctrina está de acuerdo en que se justifica el procesamiento internacional de aquellas conductas consideradas como de mayor vulneración de los derechos humanos, ya sea a través del establecimiento de responsabilidad de los Estados, como dispone la Corte IDH, o de responsabilidad individual de los perpetradores de esos crímenes, como dispone la CPI. Por supuesto, en el segundo caso, tratándose de una corte de naturaleza eminentemente penal, las normas y los estándares a aplicar deben ser mucho más estrictos que en el primero.

En cuanto a la soberanía, debe reconocerse que muchos de los argumentos esgrimidos al respecto resultan demasiado generales y simplistas, por lo que de inicio ha de señalarse que esta no puede entenderse como una especie de nube mística que debe envolver totalmente a los Estados o disiparse por completo, sino que es preciso analizar los aspectos que la componen.⁷⁰

La existencia de cortes y tribunales internacionales evidentemente constituye una ruptura del concepto westfaliano de soberanía, tanpreciado para el derecho y la ciencia política tradicionales. Este concepto nos remite a la Paz de Westfalia, firmada en 1648, por la cual la soberanía se describe como “la existencia de Estados en territorios específicos, dentro de los cuales son sus autoridades políticas domésticas las únicas facultadas para intervenir legítimamente”.⁷¹ Debe señalarse que los conceptos westfalianos de soberanía no hacen referencia a principios de justicia, sino a definir las prerrogativas de los Estados soberanos y facilitar la diplomacia entre ellos.

⁶⁸ Larry May y Zachary Hoskins: *International criminal law and philosophy*, Nueva York, Cambridge University Press, 2010.

⁶⁹ H. L. A. Hart: *The Concept of Law*, Oxford: Oxford University Press, 1961, pp. 97-107. Hart mismo, sin embargo, manifiesta su escepticismo respecto de las normas internacionales, cuando señala: “[...] no solo es discutible [...] que el derecho internacional falta en cuanto a las normas secundarias de cambio y adjudicación que alimentan la legislación y el cambio, pero también respecto de la unificación de las normas de reconocimiento, al establecer las ‘fuentes’ de la ley y proveer criterios generales para la identificación de dichas reglas”.

⁷⁰ Henry Shue: “Eroding Sovereignty: The Advance of Principle”, en Robert McKim y Jeff McMahan (eds.): *The Morality of Nationalism*, Nueva York, Oxford University Press, p. 340.

⁷¹ Stephen Krasner: *Sovereignty: organized hypocrisy*, Princeton: Princeton University Press, 1999, p. 20.

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

No existe unidad de criterios respecto de los espacios en los cuales la soberanía puede ser limitada o interferida por los órganos internacionales de protección de derechos humanos, pues una parte de la doctrina considera que solo en aquellos casos en los cuales un Estado vulnera el derecho de sus miembros a la seguridad física o su subsistencia, o bien no puede o no quiere proteger a sus miembros de daños producidos a su subsistencia, se justifica que los órganos internacionales crucen las fronteras de un Estado soberano a efectos de proteger a las personas.⁷² Otra posición doctrinal, que deja de lado el concepto westfaliano de soberanía, considera que la intervención internacional se justifica si los Estados fallan en su deber de protección o ellos mismos violan los derechos humanos de sus propios ciudadanos, independientemente de que dichas violaciones constituyan o no un asunto internacional en sí mismo.⁷³

Estas posiciones, con sus similitudes y diferencias, dejan de alguna manera sin respuesta el cómo y cuándo se encuentra justificada la intervención internacional en Estados cuya soberanía en ocasiones “normales” no se discutiría. Desde mi punto de vista, esto depende también de la existencia de órganos internacionales con capacidad suficiente para ejercer una adecuada protección de los derechos humanos, pues aun cuando se “intervenga” en los derechos de los Estados soberanos para resolver internamente sus problemas, ello no sirve de nada si no existen órganos internacionales encargados de su efectiva protección. Esta protección efectiva va desde la adopción por los Estados de los estándares jurídicos establecidos por los tribunales internacionales en materia de derechos humanos hasta la eventual intervención directa de fuerzas militares supranacionales. Si se niega la forma más atenuada de intervención, esto es, la imposición de estándares jurídicos que los Estados deben adoptar obligatoriamente, en especial en materia legislativa y judicial, no tendría sentido considerar siquiera la existencia de tribunales internacionales con jurisdicción supranacional y con capacidad de protección de derechos humanos.

En cuanto a las consideraciones sobre el principio democrático de los países suscriptores y su eventual vulneración en el caso de normas legislativas o, más aún, decisiones producto de ejercicios de democracia directa declaradas ilegítimas por la Corte IDH, cabe señalar que la sola existencia de un régimen democrático no garantiza, *per se*, el permanente respeto del derecho internacional, incluido el derecho internacional de

⁷² Larry May: *Crimes Against Humanity: A Normative Account*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, p. 68.

⁷³ Andrew Altman y Christopher Wellman: “A Defence of International Criminal Law”, en *Ethics*, n.º 115, p. 45.

RAMIRO J. GARCÍA FALCONÍ

los derechos humanos, lo cual ha sido así considerado incluso por la propia Carta Democrática Interamericana.⁷⁴ Es necesario dotar a la democracia y sus ejercicios de valores no solamente formales sino sustanciales, representados estos últimos por la garantía de los derechos fundamentales.

Son estas razones las que en mi concepto justifican que dentro del principio de *pacta sunt servanda* se consideren no solamente las normas contenidas en los tratados y convenios suscritos por los Estados, sino las decisiones de los órganos encargados de su aplicación, como, en la región, aquellas resoluciones emitidas por la Corte IDH. La suscripción de tratados internacionales en materia de protección de derechos humanos conlleva la adopción por el Estado suscriptor de una serie de obligaciones unilaterales, la primera de las cuales es sin duda el cumplimiento tanto de las normas contenidas en el convenio o tratado como de las decisiones de los órganos internacionales encargados de su aplicación. La omisión en el cumplimiento de las sentencias y decisiones de dicho órgano no puede ser entendida como facultativa de los órganos nacionales, especialmente judiciales, sino como una nueva vulneración de la Convención Americana de Derechos Humanos.

⁷⁴ Caso *Gelman contra Uruguay*, supra nota 59, § 239; Asamblea General de la OEA, resolución AG/RES. 1 (XXVIII-E/01) de 11 de septiembre de 2001.